

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**NECESIDAD DE REGULAR SOBRE LOS DERECHOS DE LOS
HIJOS Y LAS HIJAS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS
DEL PERÚ. AREQUIPA, 2018.**

Tesis presentada por la Bachiller:

Calcina Montesinos, Carla Sellenne

Para optar el Título Profesional de:

Abogada

Asesor:

Mg. Fajardo Passano, Patricio Marcelo

Arequipa – Perú

2019

Arequipa, 22 de marzo de 2019

Sr. Dr.

Gabriel Torreblanca Lazo

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Católica de Santa María

De mi consideración:

Que habiendo sido nombrado como integrante de la Comisión Dictaminadora de la investigación titulada: *"La necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas del Perú, Arequipa, 2018"* presentado por la señora bachiller Carla Selenne Calcina Montesinos.

En este sentido, y de acuerdo a lo establecido en el Inc. h) del artículo 12, Título III, Capítulo III del Reglamento de Grados y Títulos, procedemos a pronunciarnos sobre el trabajo propuesto, y si tiene el mérito suficiente para ser sustentado oralmente.

I. ANÁLISIS DEL TRABAJO INDIVIDUAL DE INVESTIGACIÓN:

Habiendo revisado la versión final del borrador del trabajo de investigación presentado tanto en los aspectos metodológicos, como en el fondo del tema tratado, se plasman a continuación las principales observaciones al mismo:

1. En cuanto a la hipótesis planteada:

La Hipótesis planteada ha sido demostrada ya que a través de un análisis jurisprudencial y dogmático se ha demostrado que existe necesidad de regular sobre los derechos de los hijos e hijas afines en las familias ensambladas del Perú.

2. En cuanto a los objetivos planteados:

Los objetivos planteados han sido cumplidos, al haber analizado el reconocimiento de la patria potestad de los padres y madres afines en las familias ensambladas, al haber determinado que procede otorgar la tenencia de los hijos e hijas afines a favor de los padres, al haber determinado que el hijo afín tiene derechos hereditarios y al haber demostrado la necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas en el Perú.

3. En cuanto a las conclusiones planteadas:

- Existe concordancia entre los objetivos planteados y las conclusiones arribadas.
- Se advierte que la conclusión es controversial, sin embargo, dado el manejo de fuentes de y desarrollo de la tesis se considera que el planteamiento de la controversia es adecuada.
- Las conclusiones responden a la investigación realizada respecto a la necesidad de regular los derechos de los hijos afines en las familias ensambladas.

II. CONCLUSIÓN:

En virtud a lo señalado y las observaciones anotadas, concluimos en que la sustentación de la tesis resultaría viable.

Atentamente


José Alfredo Lovón Sánchez
Miembro de la Comisión Dictaminadora



Sr. Dr.
Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM
Presente.-


**SEGUNDO DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

Jurado Dictaminador: César Ibarra Valdivia
Graduando: **CALCINA MONTESINOS, Carla Selenne**
Proyecto de tesis: "NECESIDAD DE REGULAR SOBRE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS
Y LAS HIJAS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS DEL
PERÚ, AREQUIPA, 2018"

Luego de haber leído la segunda versión del documento antes señalado, recibido en junio del presente, la graduando ha cumplido, en términos generales, con corregir las observaciones realizadas, por lo que emito mi opinión para que se apruebe y continúe trámite respectivo.

Es todo cuanto informo.

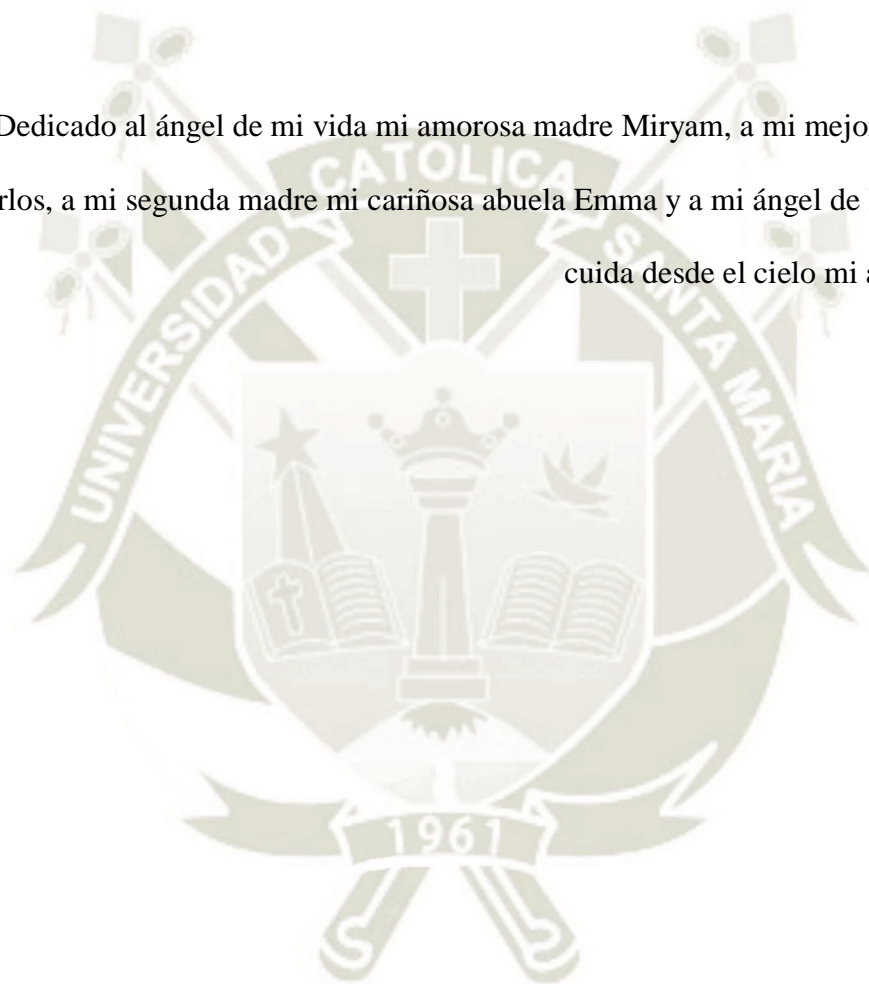
Arequipa, 13 de agosto de 2018.



César Ibarra Valdivia
Jurado dictaminador

DEDICATORIA

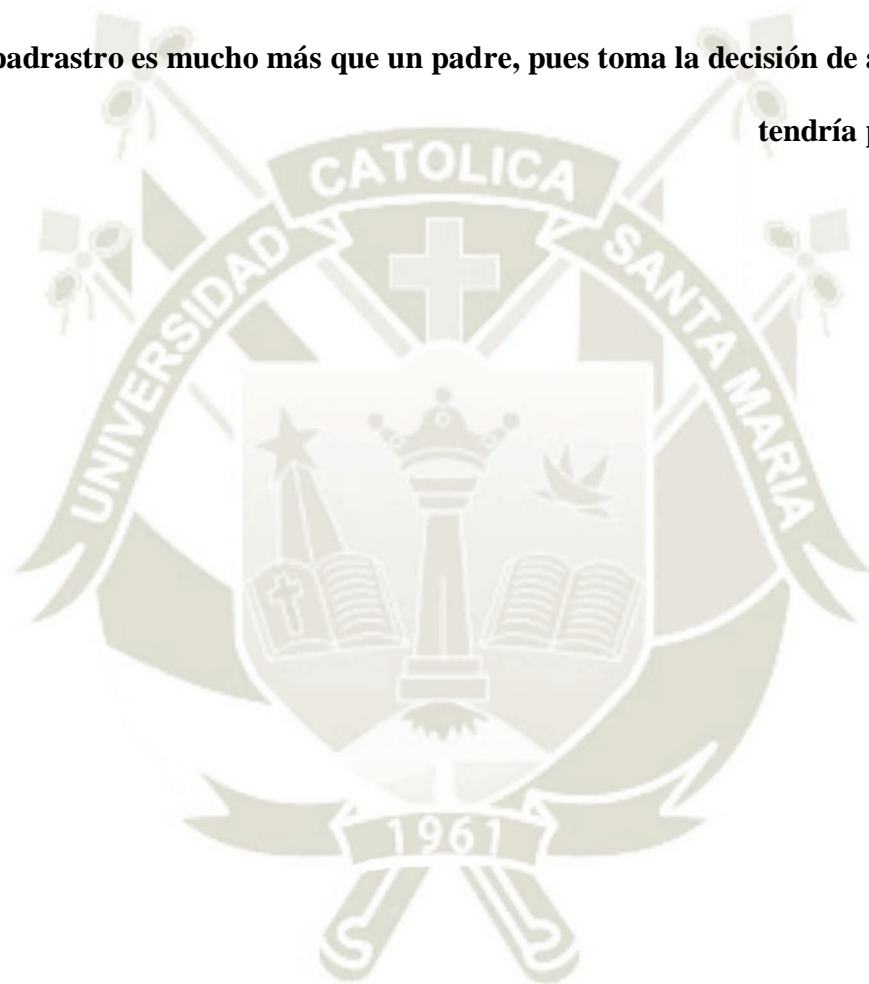
Dedicado al ángel de mi vida mi amorosa madre Miryam, a mi mejor amigo mi padre Carlos, a mi segunda madre mi cariñosa abuela Emma y a mi ángel de la guarda que me cuida desde el cielo mi abuelo Humberto



EPÍGRAFE

**Un padrastro es mucho más que un padre, pues toma la decisión de amar cuando no
tendría por qué hacerlo.**

Anónimo



RESUMEN

Las familias ensambladas, tanto en la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, se definen como aquella forma de organización familiar donde uno o ambos miembros de la pareja tienen hijos de una relación matrimonial o convivencial anterior.

Estas familias generalmente se originan después del rompimiento de una relación familiar, como cuando los que estaban casados quedan separados por divorcio o por muerte de uno de los cónyuges, o cuando los convivientes con hijos se separan. También puede originarse de la unión de personas que conformaban familias monoparentales.

Estas estructuras familiares en nuestro país no han recibido regulación jurídica expresa, por lo que también los deberes y los derechos de los integrantes de estas familias. Sin embargo, conforme a nuestra legislación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional si es posible reconocer el ejercicio de la patria potestad a los padres o madres afines en las familias ensambladas, respecto de sus hijos o hijas afines, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente.

Reconociéndose la patria potestad a los padres o madres afines, también es posible reconocer la tenencia de los hijos e hijas afines a favor de los padres o madres afines, y fijar un régimen de visitas en caso de conclusión de la familia ensamblada, establecer los alimentos para los hijos o hijas afines a cargo de su padre o madre afín, en forma subsidiaria, en caso que de imposibilidad probada del padre biológico o cuando lo que provee es insuficiente. Asimismo, el hijo o la hija afín podrían ser reconocidos como heredero de su padre o madre afín.

En ese sentido, siendo que en nuestro país la familia ensamblada no ha reconocido por la ley, exista la necesidad de regular sobre los derechos de hijos e hijas afines en las familias ensambladas del Perú, requiriéndose para ello modificar normas del Código Civil y Código de Niños y Adolescentes a fin de incorporar normatividad que regule el ejercicio de la patria potestad, la tenencia, alimentos, derechos sucesorio, entre otros respecto a los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas.

Palabras Claves: Familias ensambladas. Progenitor afín. Hijos o hijas afines.

ABSTRACT

The assembled families, both in the doctrine and the national and foreign jurisprudence, are defined as that form of family organization where one or both members of the couple have children of a previous marital or coexistence relationship.

These families generally originate after the breakup of a family relationship, as when those who were married are separated by divorce or death of one of the spouses, or when the cohabitants with children separate. It can also originate from the union of people who made up single-parent families.

These family structures in our country have not received express legal regulation, so also the duties and rights of the members of these families. However, according to our legislation and jurisprudence of the Constitutional Court if it is possible to recognize the exercise of parental authority to parents or related mothers in families assembled, with respect to their children, in order to safeguard the best interests of the child and adolescent .

Recognizing the parental authority of like-minded parents, it is also possible to recognize the tenure of related sons and daughters in favor of the parents or similar mothers, and to establish a regime of visits in case of conclusion of the assembled family, to establish the food for related children by their father or related mother, in subsidiary form, in case of proved impossibility of the biological father or when what he provides is insufficient. Likewise, the related son or daughter could be recognized as the heir of his or her father or related mother.

In that sense, since in our country the assembled family has not recognized by law, there is a need to regulate the rights of related sons and daughters in the assembled families of Peru, requiring to modify the norms of the Civil Code and Code of Conduct. Children and adolescents in order to incorporate regulations that regulate the exercise of parental authority, tenure, food, inheritance rights, among others with respect to children and related daughters in assembled families.

Keywords: Assembled families. Related progenitor. Related sons or daughters.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, observando los noticieros, los diarios, así como en conversación con parejas en segundas nupcias o segundo compromiso, vemos que la mayoría de ellos se unen a su nueva pareja llevando hijos provenientes de un compromiso anterior.

Los hijos que ingresan al nuevo hogar no siempre reciben el mismo trato que los hijos nacidos en ese nuevo compromiso, más teniendo en cuenta que en nuestro país no contamos con una ley que reconozca derechos a los hijos e hijas en las familias ensambladas.

Hay ciertos derechos y beneficios que no pueden gozar los hijos o hijas afines. Por ejemplo, los hijos de los trabajadores estatales gozan de seguro de salud en ESSALUD, los hijos de docentes estatales acceden a becas de estudios, los hijos de ciertos profesionales tienen beneficios en sus Clubs, los hijos legítimos pueden viajar con tranquilidad con sus padres, tanto al interior y exterior del país, entre otros. Mientras, los hijos e hijas afines no pueden gozar de estos beneficios al igual que un hijo nacido en el nuevo matrimonio, pues los padres afines no tienen un documento que acredite que están a cargo del menor.

Estas situaciones nos hacen ver que los hijos afines tienen una desventaja frente a los hijos nacidos en el nuevo matrimonio. Ello no sería así si es que existiera una ley que reconociera los derechos de los hijos afines, así como de los padres afines en las familias ensambladas. Una ley así permitiría que estos hijos, que en los hechos viven en el seno familiar tal igual que sus hermanos nacidos en el nuevo matrimonio, puedan recibir un trato igualitario. Nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia de Expediente N° 09332-2006-PA/TC, ha señalado que el parentesco que se genera entre los padrastros e hijastros, es parentesco por afinidad, por lo que resultarían extensivos, los derechos, prohibiciones e incompatibilidades previstas por el Código Civil, y el vacío existente debería ser suplido por el legislador.

Es por esta razón que me planteo la presente investigación, titulada “Necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas del Perú. Arequipa, 2018”, con la finalidad de demostrar que existe la necesidad de regular sobre los derechos de los hijos e hijas afines en las familias ensambladas, con la finalidad de suplir el vacío existente y así permitir que los hijos afines puedan recibir un trato igualitario en el seno de las familias ensambladas en nuestro país.

Los objetivos que guiaron la presente investigación fueron los siguientes:

1. Analizar el reconocimiento del ejercicio de la patria potestad a los padres o madres afines en las familias ensambladas, respecto de sus hijos o hijas afines, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente.
2. Determinar si procede otorgar la tenencia de los hijos e hijas afines a favor de los padres o madres afines en las familias ensambladas.
3. Evaluar si al hijo o la hija afín le asiste el derecho de reclamar alimentos al padre afín en las familias ensambladas, en caso que de imposibilidad para proveer del padre biológico.
4. Determinar si el hijo o la hija afín tiene derecho de reclamar herencia a su padre o madre afín en las familias ensambladas.
5. Demostrar la existencia de la necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas en el Perú.

En estos momentos considero que se ha logrado concretar los objetivos planteados en nuestro proyecto de investigación, así como demostrado la hipótesis planteada.

Con la finalidad de presentar de una manera ordenada, el presente informe de Tesis se ha estructurado en cuatro capítulos. El primer capítulo referido a las familias ensambladas, el Segundo Capítulos referido a los deberes y derechos en las familias ensambladas; el Tercer Capítulo referido al principio de interés superior del niño; y en el Cuarto Capítulo nos referimos a los resultados de la investigación. En la última parte acompañamos nuestras conclusiones, recomendaciones, el Proyecto de Ley y la Bibliografía.

Finalmente mis agradecimiento y reconocimiento a todas las personas que de una u otra manera hicieron realidad el presente trabajo de investigación.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	vii
INTRODUCCIÓN	viii
ÍNDICE GENERAL.....	x
CAPÍTULO I LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS	1
1. LA FAMILIA.....	1
1.1. CONCEPTO DE LA FAMILIA	1
1.2. TIPOS DE FAMILIAS EN NUESTRO PAÍS	3
1.2.1. Entidades familiares explícitas	3
1.2.2. Entidades familiares implícitas	4
1.3. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL PERÚ	5
1.3.1. Protección constitucional.....	5
1.3.2. Protección legal	5
1.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCION DE LA FAMILIA.....	6
1.4.1. El principio de protección a la familia	6
1.4.2. Principio de promoción del matrimonio	7
1.4.3. Principio de protección de la uniones de hecho	7
1.4.4. El principio de igualdad de categorías de filiación	8
1.4.5. Principio de protección a los menores e incapaces	9
2. LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL PERÚ	10
2.1. LA FAMILIA ENSAMBLADA.....	10
2.2. ORIGEN DE LA FAMILIA ENSAMBLADA.....	11
2.3. INTEGRANTES DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS	12
2.4. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA ENSAMBLADA.....	12
2.4.1. Núcleo familiar complejo y frágil.....	13
2.4.2. Núcleo familiar difuso	13
2.4.3. Núcleo familiar estable y de público reconocimiento	14
CAPÍTULO II DERECHOS Y DEBERES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS.....	15
1. LAS RELACIONES FAMILIARES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS	15
2. LOS DERECHOS Y DEBERES QUE NACERÍAN EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS	16
2.1. LA PATRIA POTESTAD	17
2.1.1. CONCEPTUALIZACION	17
2.1.2. TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD	18
2.1.3. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	19

2.1.4.	CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD	20
2.2.	LA TENENCIA DE HIJOS MENORES	21
2.2.1.	CONCEPTUALIZACION	21
2.2.2.	TIPOS DE TENENCIA	21
2.2.3.	TENENCIA EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS	22
2.3.	EL RÉGIMEN DE VISITAS.....	24
2.3.1.	CONCEPTUALIZACION	24
2.3.2.	TITULARES DEL RÉGIMEN DE VISITAS	24
2.3.3.	FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE VISISTAS	25
2.4.	LOS ALIMENTOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS	26
2.4.1.	CONCEPTUALIZACIÓN	26
2.4.2.	OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.....	27
2.4.3.	OBLIGADOS A BRINDAR ALIMENTOS.....	27
2.4.4.	LOS BENEFICIARIOS DE LOS ALIMENTOS	28
2.5.	DERECHOS HEREDITARIOS	29
2.5.1.	LA HERENCIA.....	29
2.5.2.	LOS HEREDEROS	29
2.5.3.	LOS DERECHOS HEREDITARIOS Y LA FAMILIA ENSAMBLADA	30
CAPÍTULO III PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS.....		32
1.	PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	32
1.1.	DEFINICIÓN	32
1.2.	CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	34
1.3.	FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	35
1.4.	OBLIGADOS POR EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	37
1.5.	FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 39	
CAPÍTULO IV		44
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....		44
1.	La situación de las familias ensambladas en el Perú.....	44
1.1.	Las familias ensambladas en el Perú	44
1.2.	Origen de las familias ensambladas en el Perú	47
1.2.1.	El divorcio en la formación de las familias ensambladas.....	48
1.2.2.	La viudez en la formación de las familias ensambladas.....	49
1.2.3.	Las familias monoparentales en el Perú.....	51
2.	La regulación jurídica de las familias ensamblas en el Perú	52

2.1.	Las familias ensambladas en las normas constitucionales	53
2.2.	Las familias ensambladas en las normas legales.....	56
2.2.1.	En el Código Civil	57
2.2.2.	En el Código de Niños y Adolescentes	58
2.3.	Las familias ensambladas en la legislación comparada	61
2.3.1.	En Francia	61
2.3.2.	En Suiza.....	62
2.3.3.	En Holanda.....	63
2.3.4.	En Uruguay.....	63
2.3.5.	En Argentina.....	65
2.4.	Las familias ensambladas en la jurisprudencia nacional	67
2.4.1.	Las familias ensambladas en la jurisprudencia del Poder Judicial	67
2.4.2.	Las familias ensambladas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	68
3.	Los derechos de los hijos afines en las familias ensambladas y la necesidad de su regulación	96
3.1.	La patria potestad en las familias ensambladas.....	96
3.2.	Tenencia de hijas e hijos afines en las familias ensambladas.....	101
3.3.	El régimen de visitas en las familias ensambladas.....	104
3.4.	Los alimentos para los hijos o hijas afines en las familias ensambladas	107
3.5.	Derechos sucesorios de los hijos o hijas afines en las familias ensambladas	113
4.	Necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas en el Perú.	115
	CONCLUSIONES	119
	RECOMENDACIONES	120
	PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY.....	121
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	126
	ANEXOS	132
	ANEXO 1	133

CAPÍTULO I

LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

1. LA FAMILIA

1.1. CONCEPTO DE LA FAMILIA

A nivel de la legislación peruana no encontramos definición de la familia, ni a nivel constitucional ni a nivel legal.

Si bien la Constitución Política, aunque no define la familia, en su artículo 4° señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 4). De esta manera la Constitución reconoce a la familia como una institución natural y fundamental de la sociedad.

A nivel de normas internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Artículo 16, inciso 3). Similarmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (Artículo 17, inciso 1). Estas normas internacionales, por haber sido ratificadas por el Perú, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución forman parte de nuestro derecho interno y tienen rango constitucional. De modo que, en el Perú la familia ha sido reconocida constitucionalmente como una institución o elemento natural y fundamental de la sociedad (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

A nivel doctrinal, Bossert y Zannoni (2016), manifiestan que la familia puede definirse desde dos perspectivas. De una perspectiva sociológica, “la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”, y de una perspectiva jurídica, consideran que “la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco” (pp. 5-6).

De una manera más didáctica Alex Plácido (2010) señala que “no es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.

- a.- Familia en sentido amplio (familia extendida). En el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco.
- b.- Familia en sentido restringido (familia nuclear). En el sentido más restringido, la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad.
- c.- Familia en sentido intermedio (familia compuesta). Es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella” (pp. 15-16).

En ese sentido, para los fines de la presente investigación, entenderemos a la familia en un sentido más amplio, como conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o por afinidad, pues ya no podemos hablar de un solo tipo de familia, sino de estructuras familiares diversas. Hoy por hoy, la familia nuclear ha sido rebasada, hay más presencia de familias compuestas o extendidas, por lo que la responsabilidad como el cuidado y la alimentación de los hijos o hijas ya no recae solamente en los padres biológicos, sino muchas veces en personas distintas que los padres, como los abuelos, tíos, hermanos e incluso en terceras personas, como es el caso de la nueva pareja de papá o mamá, con quienes no tienen vínculo sanguíneo, sino de afinidad, por lo que con razón se viene denominando padres y madres afines.

1.2. TIPOS DE FAMILIAS EN NUESTRO PAÍS

Debido a los cambios socioculturales de nuestros tiempos, la estructura de la familia tradicional o familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, ha cambiado inmensamente. Ello es así porque como señala el Tribunal Constitucional: “la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, que han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias, por lo que a la fecha se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 09332-2006-AA/TC. FJ. 6.)

En ese sentido, ya no se puede hablar de un solo tipo de familia, sino de varios tipos. Varsi (2011), teniendo en cuenta si la entidad familiar ha sido reconocida o no legalmente, agrupa a estas entidades “en dos grupos: explícitas e implícitas” (p. 61).

1.2.1. Entidades familiares explícitas

Son aquellas entidades familiares que se encuentran expresamente reguladas en la legislación peruana. Entre ellas se encuentran:

- a.- **Las familias nucleares.-** Es la entidad familiar que está conformada por el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad. Es la familia básica de padres e hijos.
- b.- **La familia extendida.-** Es la entidad familiar compuesta por la familia nuclear y otros parientes, como pueden estar formadas por los padres e hijos, además por abuelos, tíos, tías, sobrinos u otros familiares.
- c.- **La familia compuesta.-** Es la entidad familiar compuesta por la familia nuclear y una o más personas que no tiene parentesco, como pueden ser los padres e hijos, además de terceras personas que no tienen relación parental de sangre. Por ejemplo, el yerno, la nuera, cuñados, etc.
- d.- **Las uniones de hecho.-** Es una entidad familiar formada por la convivencia de un hombre y una mujer no casados, más sus hijos. También podría presentarse la presencia de otras personas familiares o no en el seno de estas

familias, como los hijos de la pareja de un compromiso anterior (hijos o hijas afines) u otras personas.

1.2.2. Entidades familiares implícitas

Son aquellas organizaciones familiares que no gozan de reconocimiento expreso por la ley, pero su presencia o existencia en la sociedad es innegable. Entre ellas podemos citar:

- a.- La familia monoparental.-** Es aquella entidad familiar conformada solo por uno de los padres y sus hijos. Es el caso de los padres solteros y las madres solteras, los viudos y las viudas, los que tuvieron matrimonio se separaron o fueron abandonados, etc.
- b.- La familia ensamblada.-** Es la entidad familiar originada por la unión matrimonial o convivencial de una pareja de viudos, divorciados, o de padres solteros, que mantienen una relación estable, donde uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos provenientes de una relación previa.
- c.- La familia homo afectiva.-** Es una entidad familiar conformada por la unión de vida formada por personas del mismo sexo, es decir, son las parejas homosexuales.

De esta manera ubicamos a las familias ensambladas en el grupo de las familias implícitas. Es decir, las familias ensambladas forman parte de ese grupo familiar que no se encuentran reconocidas por la ley. Ello muestra las dificultades y los múltiples problemas a la que se encuentran expuestas los miembros de estas familias.

1.3. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL PERÚ

1.3.1. Protección constitucional

La Constitución Política del Perú, en su artículo 4° señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 4).

De esta manera la familia ha recibido una protección constitucional, más teniendo en cuenta que la familia también ha sido consagrada en cartas internacionales de derechos humanos, que conforme al Tribunal Constitucional “no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0025-2005-PI/TC, FJ. 26).

De esta manera se establece la protección constitucional de la familia, al señalar que tanto la comunidad y el Estado protegen principalmente a los niños, el adolescente, la madre, y al anciano en abandono, reconociendo como institutos naturales y fundamentales de la sociedad a la familia y el matrimonio, y en tal condición. Establecer la protección integral de la familia.

Por otra parte, el artículo 5° de la misma Carta Magna ha reconocido a la unión convivencial como una forma de familia, haciéndonos ver que nuestra Constitución reconoce tanto a la familia matrimonial y extramatrimonial, sin considerar la base de su constitución legal o de hecho, por lo que sus miembros, entre ellos los hijos, se encuentran protegidos sin ninguna distinción.

1.3.2. Protección legal

A nivel legal, nuestro Código Civil dedica el Libro III a la regulación jurídica de la familia. Sin embargo, la referencia precisa a la familia encontramos en el artículo 233°, cuando señala que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

Esta norma aunque no define ni hace referencia a los elementos de la familia, hace referencia a la finalidad de la regulación de la familia, señalando que es para consolidar y fortalecer dicha institución en armonía con la regulación

constitucional. Es decir, proteger como institución natural y fundamental de la sociedad, sin hacer distinción de su origen matrimonial o extramatrimonial.

Además del Código Civil, actualmente contamos con otras normas de protección especial a la familia, tal es el caso del Código de Niños y los Adolescentes, la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos referente a las uniones de hecho, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley de protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, entre otros. Todos ellos en aras de garantizar la protección integral de la familia, incidiendo en la protección de la mujer, de los niños y los adultos mayores (Constitución política del Perú, 1993).

1.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCION DE LA FAMILIA

1.4.1. El principio de protección a la familia

El artículo 4° de la Constitución Política del Perú al señalar que “la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad”, nos hace ver la protección que se hace a la familia en forma general, más no a un tipo o clase de familia.

Nuestra Constitución no hace ninguna distinción por su origen matrimonial o extramatrimonial, ni por alguna otra cualidad. Ello es así, porque como señala Varsi (2011) “la familia como célula básica de la sociedad y de la humanidad necesita de protección sin importar la forma como está conformada. Este principio vela por el respeto, seguridad, protección y todo en cuanto le favorece a la familia a modo de seguridad, sin importar su origen, condición, ni calidad de sus integrantes” (p. 252).

A nivel de los tratados internacionales sobre derechos humanos que fueron aprobados y ratificados por el Perú, también se establece la protección a la familia. La Declaración de los Derechos Humanos (1948) señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Artículo 16).

1.4.2. Principio de promoción del matrimonio

El artículo 4° de la Constitución señala que la comunidad y el estado “protegen a la familia y promueven el matrimonio”. Con ello nos hace ver que la familia tiene una estrecha relación con el matrimonio, sin embargo queda claro que el matrimonio no es la única fuente de la familia, pues existen familias que no se originan necesariamente en el matrimonio. Por ello la Constitución no establece la protección del matrimonio, sino promoción del matrimonio.

Ello también encontramos en cartas internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por la leyes internas” (Artículo 16). Señala que se reconoce el derecho del hombre y mujer a poder casarse, sin embargo no establece como única opción para formar la familia, pues existen otros tipos de familias que no siempre se originan en el matrimonio.

De modo que es política del Estado la promoción del matrimonio, ello con idea de “publicitar, ofertar, fomentar y presentar el matrimonio como una forma atractiva y provocativa de constituir familia” (Varsi, 2011, p. 255). Sin embargo, no muestra como la única forma de formar la familia. Por lo tanto, en nuestro país se fomenta la celebración del matrimonio, incluso con muchas ventajas frente a las uniones de hecho, sin que ello signifique que los otros tipos de familias (no matrimoniales) no gocen de una adecuada protección constitucional.

1.4.3. Principio de protección de la uniones de hecho

El artículo 5° de la Constitución señala que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. Ello nos hace ver que las uniones de hecho conforme a ley dan lugar a la formación de una familia, por lo que como señala Plácido (2002) “surgiendo la familia de este tipo de uniones merece una protección sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como base de su constitución” (Plácido, 2002) p. 88).

Este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce efectos personales y patrimoniales similares a los del matrimonio. Asimismo, vemos que nuestra legislación sigue la tesis de la apariencia al estado matrimonial, lo que se aprecia con mayor claridad en el artículo 326 del Código Civil que señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio” (Código Civil, 1984, artículo 326).

En ese sentido, la unión de hecho constituye fuente de formación de la familia, por lo que ha merecido una protección constitucional. Siendo así, las familias ensambladas no matrimoniales se encuentran bajo los alcances y la protección de este principio.

1.4.4. El principio de igualdad de categorías de filiación

El principio de igualdad filiatoria implica que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. Es decir, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley. Ello es así, por cuanto como señala la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo).

Asimismo, la Convención Americana de derechos Humanos (1969) ha dejado establecida que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (Artículo 17, inciso 5).

Nuestra Constitución Política señala en su artículo 6° que “todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”. En ese sentido, los hijos tienen iguales derechos sin considerar el tipo de filiación matrimonial o extramatrimonial.

En cualquiera de los casos, la filiación impone al padre el ejercicio de todos los deberes y derechos de patria potestad conforme el ordenamiento jurídico (Artículos 418 y siguientes del Código Civil y artículos 74° y siguientes del Código de Niños y Adolescentes), y al hijo le impone el ejercicio de todos los deberes y derechos que por ley le corresponde como hijo.

A través de la filiación, el hijo tiene derecho sobre todo a los alimentos que incluye techo, comida, vestido, educación, entre otros, y a la herencia, pues el Código Civil impone a los padres la obligación mutua de alimentar y educar a sus hijos (artículo 287), lo que se complementa con lo dispuesto en los artículos 472 al 487 del mismo Código referido a la obligación alimentaria y lo señalado entre los artículos 92° al 97° del Código de Niños y adolescentes.

1.4.5. Principio de protección a los menores e incapaces

El artículo 4 de la Constitución Política establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. Similarmente, el artículo 7° de la misma Carta Magna señala que “la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. Ello nos hace ver que “los niños, adolescentes, madres y ancianos gozan de derechos especiales en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentran. Es por ello que se justifica, objetiva y razonablemente, el otorgarles un trato diferente, sui generis, específico que sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos tomando en cuenta su estado; en igual sentido, aquellas personas incapacitadas a causa de una deficiencia física o mental. Por lo que le corresponde al Estado que las normas sean eficaces, y, por lo tanto, se cumplan a cabalidad sus objetivos. a fin de que no se sume a la incapacidad la indiferencia de la sociedad” (Varsi, 2011, p. 271).

Este principio parte de admitir la especial situación de indefensión en que se encuentra la persona en determinados momentos de la vida y de reconocer la necesidad de erradicar algunos patrones socioculturales de conducta que lesionan su interés. En tal virtud, se proclama proteger al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

A nivel de normas internacionales, la Convención Americana de derechos Humanos (1969), refiriéndose a los niños, ha dejado establecido que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Artículo 19).

Sobre la protección del adolescente establecen, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha señalado que se debe “adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral” (Artículo 15). De esta manera, tanto a nivel de normas nacionales e internacionales encontramos que los niños y adolescentes por su estado de desarrollo deben merecer una protección especial, concordante con el principio de interés superior del niño.

2. LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL PERÚ

2.1. LA FAMILIA ENSAMBLADA

Entre los estudiosos del derecho de familia no existe unanimidad respecto a la definición de las familias ensambladas, así como no existe denominación única con la cual identificar.

El término ‘familia ensamblada’ fue acuñado en el vecino país Argentina, después de la entrada en vigencia de la Ley 23.515, del año 1987, conocida como la Ley del Divorcio. Dicha terminología también adoptamos en el Perú. Sin embargo, no es el único término o nombre con que se conoce estas organizaciones familiares, sino se utilizan “diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras” (Domínguez et al, 2006, p. 183).

A nivel doctrinal, Davison nos dice que “las familias ensambladas, se definen como aquella forma de organización familiar en la que uno o ambos miembros de la pareja tienen hijos de una unión anterior” (Davison, 2019).

Varsi Rospigliosi (2011) define a la familia ensamblada como aquella “estructura familiar que mantiene una persona con otra, en la que una de ellas o ambas tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente). Es la pareja en segundas nupcias con hijos propios y comunes” (p. 71).

A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional ha definido a la familia ensamblada como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 02478-2008-PA/TC, F. J. 4).

De esta manera, la familia ensamblada entendemos como aquella establecida en una segunda unión matrimonial o convivencial, donde uno o ambos miembros ingresan a este segundo compromiso con hijos provenientes del compromiso anterior, los mismos que convivirán, dado el caso, con los hijos de la pareja nacidos en el nuevo compromiso.

2.2. ORIGEN DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

A partir de las definiciones señaladas nos damos cuenta que los miembros de la pareja que conforman la familia ensamblada, sea ambo o uno de ellos han tenido una relación matrimonial o convivencial anterior.

Ello nos hace ver que las familias ensambladas se originan generalmente después del rompimiento de una relación familiar, como cuando los que estaban casados quedan separados por divorcio o por muerte de uno de los cónyuges, o cuando los convivientes con hijos se separan. Sin embargo, también puede originarse de la unión de personas que conformaban familias monoparentales.

El Tribunal Constitucional ha señalado que las familias ensambladas “generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2018, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 34).

En cualquiera de los casos, una de las personas se unen a la otra o ambos se unen llevando consigo uno o más hijos fruto de una relación anterior, quienes convivirán en esta nueva familia, conjuntamente con los nuevos hijos que pudieran tener la pareja. Justamente es por ello que recibe el nombre de ensamblada, pues como señala Davison, la palabra ensamble “proveniente de la ingeniería y alude al resultado de la unión, encaje, o más precisamente, al ensamble de piezas de distinto origen, cuyo resultado es una unidad nueva y diferente de aquellas que le dieron nacimiento, pero que a la vez, conserva en este proceso su forma anterior. (...) así la familia ensamblada es una unidad nueva (tiene una estructura y funcionamiento propio) y diferente de aquellas que le dieron origen (están precedida por la muerte de un progenitor o el divorcio entre ambos progenitores acaecido en una familia anterior) y a la vez conserva vínculos de parentesco establecidos previamente (parento-filiales,

lazo de coparentalidad que une a los progenitores, y lazos con otros parientes: hermanos, abuelos, etc.)” (Davison, 2012, 1).

2.3. INTEGRANTES DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

La familia ensamblada por ser una familia que se origina de un segundo compromiso, donde uno o ambos integrantes llevan hijos provenientes de un anterior compromiso, es que hay la presencia de algunos elementos especiales: Los padres biológicos, padres afines, los hijos comunes y los hijos afines.

Los padres biológicos serán el padre, la madre o ambos que llevan un hijo o hijos al nuevo compromiso, respecto a estos hijos que llevan al nuevo compromiso, mientras serán padre o madre afín para el hijo fruto de un compromiso anterior que su pareja trae a este nuevo compromiso. Esto es lo que anteriormente se llamaba padrastro o madrastra.

El hijo/a afín es aquel hijo/a solamente de uno de los integrantes de la pareja que forma la familia ensamblada, tenido en un compromiso anterior, respecto a su nueva pareja (lo que comúnmente se llamaba hijastros o entenados); mientras si es hijo/a nacido de ambos integrantes del nuevo compromiso, recibe hijo común.

En la relación de los hijos con sus padres biológicos no existe ninguna complicación en cuanto al goce de sus derechos, pero sí respecto a los hijos afines. Los hijos biológicos tienen derecho a todo lo que la ley les reconoce como hijos, mientras en el caso de los hijos o hijas afines no existe norma alguna que reconozca derechos de éstos respecto a su padre o madre afín.

2.4. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

En una reciente sentencia el Tribunal Constitucional, ha señalado que entre las principales características de las familias ensambladas tendrían:

“(i) Comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual.

- (ii) Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil.
- (iii) La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características puede consistir en habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2018, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 34).

Calderón (2014) ha establecido algunas características muy interesantes respecto a las familias ensambladas, señalando que estas familias constituyen “núcleo familiar compleja y frágil, núcleo familiar difuso y núcleo familiar estable y de público reconocimiento” (p. 14 y ss.).

2.4.1. Núcleo familiar complejo y frágil

Las relaciones en la familia ensamblada no se instauran a partir del parentesco consanguíneo, sino se sustentan en el afecto y en la solidaridad familiar.

A diferencia de otras formas de tipología familiar, la familia ensamblada, resulta siendo uno de los núcleos familiares de mayor complejidad y fragilidad, esto debido a las experiencias pasadas de sus miembros. “La familia ensamblada es compleja, porque confluye en ella una diversidad de vínculos, ello alude a que uno o ambos miembros de la pareja estuvieron casados o unidos de hecho con otra persona, con la cual, uno o ambos, tuvieron uno o más hijos, la conformación de la familia reconstituida (por matrimonio o concubinato) implica, de suyo, un proceso de integración de hijos afines (o hijastros) a una familia” (Siverino, 2008, p. 79).

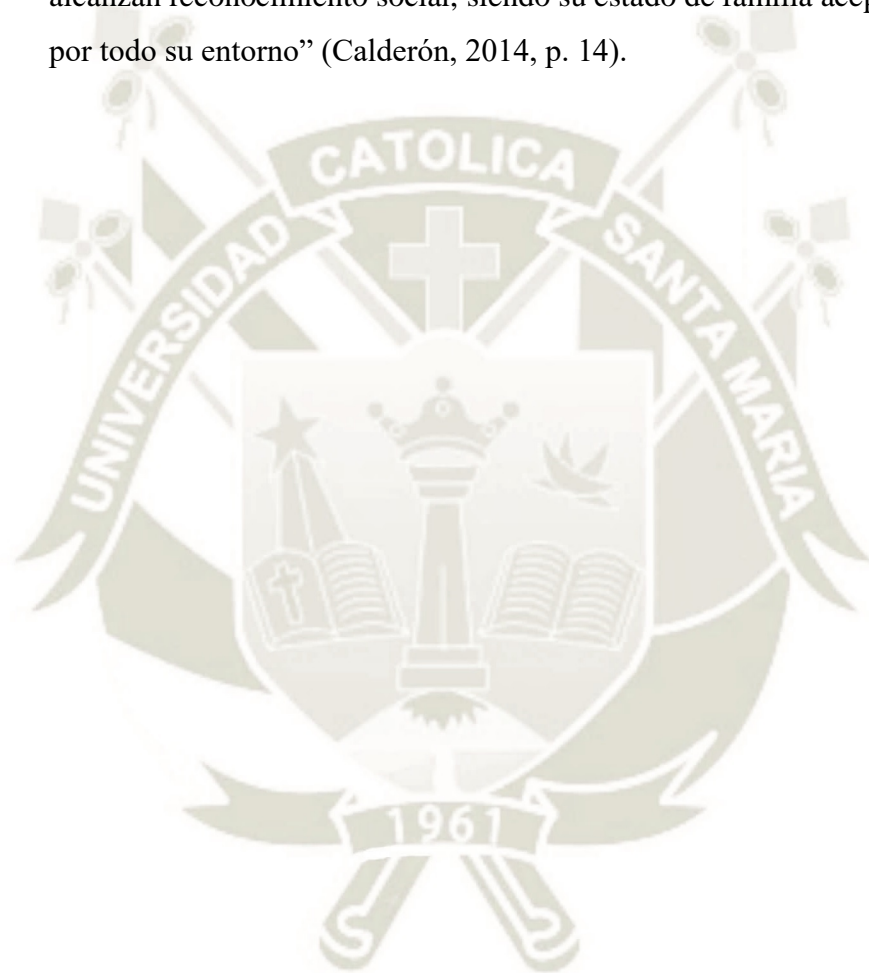
2.4.2. Núcleo familiar difuso

Ello ocurre debido a que respecto a la familia ensamblada existe muy poca o ninguna regulación legal entre padrastros e hijastros. Por ello, a diferencia de la familia nuclear donde cada quién sabe las obligaciones conyugales y parentales que les corresponde, en la familia ensamblada existirá una tercera persona, el padrastro, que también asumirá obligaciones y derechos parentales sobre sus

hijastros, roles que dado la poca o nula preocupación del legislador, en la actualidad se mantienen en la indefinición.

2.4.3. Núcleo familiar estable y de público reconocimiento

Cuando los miembros de la familia ensamblada logran superar su inicial periodo de adaptación, el núcleo familiar suele alcanzar estabilidad, lo cual implica la solidez y permanencia de sus relaciones. Además las familias ensambladas alcanzan reconocimiento social, siendo su estado de familia aceptado y respetado por todo su entorno” (Calderón, 2014, p. 14).



CAPÍTULO II

DERECHOS Y DEBERES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

1. LAS RELACIONES FAMILIARES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Los hijos o las hijas afines (conocido todavía como hijastros/as) son los hijos del o de la cónyuge o conviviente provenientes de una relación anterior, y por otra parte, el padre o madre afín (conocido todavía como padrastro o madrastra) es el nuevo cónyuge o conviviente del padre o la madre biológica.

La situación jurídica de la relación entre los hijos/as afines con los padres o madres afines no ha sido tratada por el nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es innegable en nuestro país y nuestra localidad la presencia de las familias ensambladas, pues debido a los altos niveles de divorcios y separaciones, también la presencia de estas familias ha venido acrecentándose. Por ello, en los últimos años el Tribunal Constitucional ha emitido algunas sentencias referidas a este tipo de familias, aunque a nivel del Poder Judicial todavía no existen pronunciamientos conocidos sobre esta materia.

El Tribunal Constitucional, en una de sus sentencias, refiriéndose a los hijos afines y la familia ensamblada ha señalado que “el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 02478-2008-PA/TC. FJ. 11).

De esta manera el Tribunal Constitucional reconoce la presencia de las familias ensambladas y en su seno, el caso de los hijos e hijas afines, mostrándonos que a pesar que nuestra legislación no haya regulado la situación y los derechos de los mismos, no dejan de encontrarse protegidos por las normas constitucionales, por cuanto nuestra Constitución protege a todo tipo de familia sin distinguir su origen o su constitución.

Luego de haber hecho la precisión indicada líneas arriba, el mismo Tribunal puntualiza que “la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen

económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 02478-2008-PA/TC. FJ. 12).

Ello nos hace ver que la relación entre los hijos afines y los padres afines es de un parentesco por afinidad, por lo que resultarían extensivos, los derechos, prohibiciones e incompatibilidades previstas por el Código Civil y normas conexas. Es decir, las relaciones entre los padres o madres afines con los hijos/as afines deben ser observadas de acuerdo a la normativa señalada. Por ejemplo, en virtud del artículo 237° del Código Civil, entre ellos se generaría un parentesco por afinidad, lo que naturalmente conllevaría al impedimento matrimonial señalado en el artículo 242° del mismo cuerpo normativo.

Asimismo, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional los hijos o hijas a fines podrían merecer los alimentos de parte del padre afín. Pues en la sentencia arriba referida, al pronunciarse sobre las familias ensambladas, ha señalado que nada impide que los padres afines provean alimentos para los hijos afines, aunque ello “no ha subsanado el vacío legal respecto a los derechos y deberes en la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro en el caso de las familias ensambladas, pues no constituye precedente vinculante de acuerdo con los lineamientos que nos da el artículo VII del Código Procesal Constitucional” (Castro, 2010, pp. 7-8).

En ese sentido la relación de los padres o madres afines con los hijos/as afines, al no existir norma específica que lo regule, se encontraría bajo la cobertura de las normas constitucionales y legales, en aplicación extensiva.

2. LOS DERECHOS Y DEBERES QUE NACERÍAN EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

En las familias ensambladas, como ya se ha señalado, uno o ambos miembros de la pareja llevan hijos de una unión anterior a la nueva relación familiar, sea este matrimonial o convivencial.

De esa manera la nueva organización familiar englobará a la pareja y sus hijos propios y comunes. En este ámbito, al haberse formado una familia, el padre o la madre afín comenzará a asumir y ejercer responsabilidades respecto a los hijos afines, como es el caso de los cuidados personales, que comprenderá la crianza y la educación, su formación en el ámbito doméstico, que exige tomar decisiones en casos urgentes,

participar y colaborar en ciertos actos diarios de los hijos del otro, como llevarlos o traerlos de la escuela, participar en las reuniones escolares, acompañarlos al médico, colaborar con la mantención del hogar, etc., el padre o madre afín también se ocupa de la alimentación no solo de sus hijos propios y comunes, sino también de los hijos de la pareja (hijo afín), entre otros.

Lo descrito nos hace ver que el hijo/a afín forma parte de la familia y recibe el trato de hijo, no de otro. Sin embargo, en muchos casos, los hijos afines no siempre reciben el mismo trato que los hijos nacidos en el nuevo compromiso, por cuanto en nuestro país no contamos con una ley que reconozca derechos a los hijos e hijas en las familias ensambladas.

Hay ciertos beneficios que no pueden gozar los hijos o hijas afines. Por ejemplo, los hijos de los trabajadores estatales gozan de seguro de salud en ESSALUD, los hijos de docentes estatales acceden a becas de estudios, los hijos de ciertos profesionales tienen beneficios en sus Clubs, los hijos legítimos pueden viajar con tranquilidad con sus padres, tanto al interior y exterior del país, los hijos legítimos heredarán a sus padres, entre otros. Mientras, los hijos e hijas afines no pueden gozar de estos derechos y beneficios al igual que un hijo nacido en el nuevo matrimonio.

Ello nos hace ver que existe la necesidad de normar referente a los derechos de los hijos afines en las familias ensambladas, lo que se tratará en un posterior capítulo del presente trabajo, por lo que en esta parte estableceremos el marco teórico de los posibles derechos que podrían tener los hijos afines en el marco de estas familias.

2.1. LA PATRIA POTESTAD

2.1.1. CONCEPTUALIZACION

Benjamín Aguilar (2013) nos dice que “la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos”. A continuación, el mismo autor aclara diciendo que “este concepto pretende abarcar no sólo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo,

sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas [http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/suspension de la patria potestad.htm](http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/suspension_de_la_patria_potestad.htm) - ftn3” (p. 306).

Varsi Rospigliosi (2012) señala que “la patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante la cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad” (p. 294).

En ese sentido, por la patria potestad los padres asumen deberes y derechos para cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, y de manera correlativa los hijos hacia los padres, pues nuestra Constitución claramente ha establecido en su artículo 6° cuando dice que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, y correlativamente, los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6).

En ese sentido, en las familias ensambladas también surgiría ese deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos propios, comunes y afines, y correlativamente, también de estos hijos tendrían el deber de respetar y asistir a sus padres biológicos y afines, por lo que las características y las condiciones de estos deberes y derechos deben ser regulados.

2.1.2. TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

La regulación de la patria potestad aparece en el artículo 418 del Código Civil, estableciendo que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (Código Civil, 1984, artículo 418).

Como podemos ver, a través de esta norma “la patria potestad, más que derechos a favor de los padres, impone deberes que son de ineludible cumplimiento, con la finalidad de garantizar el desarrollo de los hijos” (Aguilar, 2018, 386).

Ello nos hace ver que “la titularidad de la patria potestad corresponde, en principio a ambos padres” (Peralta, 2008, p. 466). Es decir, la titularidad de la patria potestad corresponde a los padres, sin embargo, nuestra Constitución Política al señalar en su artículo 6° que “correlativamente, los hijos tienen el deber de

respetar y asistir a sus padres” nos está diciendo que la patria potestad también impone a los hijos deberes a los hijos para con sus padres.

De esta manera, la patria potestad establece una relación de los padres con los hijos, que implica el cumplimiento de ciertos deberes y como también beneficiarse de ciertos derechos.

2.1.3. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Mejía (2009) nos dice que “el ejercicio de la patria potestad es la parte dinámica de la patria potestad, pues es el movimiento del derecho a decidir, conducir los hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva y cumpla con sus fines y resultados” (p. 25).

La titularidad de la patria potestad no es lo mismo que el ejercicio de la patria potestad. La titularidad siempre es de los padres, mientras el ejercicio de la patria potestad no siempre recae en ambos, puede ser en uno de ellos, es más podría ser que de hecho una tercera persona esté cumpliendo con las exigencias de la patria potestad, como es en el caso de los padres o madres afines para con sus hijos o hijas afines.

Como señalan Bossert y Zannoni (1989) “es posible advertir que la titularidad es el conjunto de los derechos y deberes, que, en principio, corresponden a ambos padres, e independientemente, el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos-deberes, y que corresponde en unos casos a uno u otro o a ambos progenitores. De manera que puede haber en algunos supuestos titularidad con ejercicio actual de la patria potestad, y en otros, si bien se comparte la titularidad, se carece de ese ejercicio” (p. 420).

En nuestro país, el Código Civil reconoce a los padres la titularidad de la patria potestad. Sin embargo, en nuestros tiempos, el ejercicio de los atributos de la patria potestad no siempre está a cargo de los padres, como en el caso de las familias ensambladas, en los hechos, el ejercicio de los atributos de la patria potestad está a cargo de la pareja del nuevo compromiso, el padre o la madre afín se encuentra cumpliendo con todas las necesidades de los hijos o hijas afines.

2.1.4. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

Por ello, conforme al artículo 418° del Código Civil “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”, y a través del artículo 423° del mismo Código se señalan los derechos y deberes que los padres asumen por ejercer la patria potestad:

“Artículo 423.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
- b.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- c.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
- d.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
- e.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
- f.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- g.- Administrar los bienes de sus hijos.
- h.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004”.

De manera similar ha regulado el contenido de la patria potestad el artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes (CNA).

De manera que, podemos decir que la patria potestad encierra una serie de atributos, como “velar por su desarrollo integral, tenerlos a su lado, proveer su sostenimiento y educación, dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente y cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente, representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y de responsabilidad civil, administrar y

usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, entre ellos la tenencia, como uno de los derechos, sino el más importante, uno de los que más se demanda en los tribunales de familia” (Aguilar Llanos, 2012, 28).

La patria potestad según nuestra legislación es entendida como derecho privativo de los padres, sin embargo, esto no debería ser así, pues existen muchos padres que prohíjan a niños y niñas que no son sus hijas, lo que ocurren con los padres afines, a los cuales creemos que se le puede reconocer los atributos de la patria potestad, en salvaguarda del interés superior del niño.

2.2. LA TENENCIA DE HIJOS MENORES

2.2.1. CONCEPTUALIZACION

Canales (2014) nos dice que la tenencia “es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario” (p. 30).

Nuestra Corte Suprema señala que la “tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres, al encontrarse éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca del bienestar del menor, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro” (Casación N° 1738-2000-Callao, 2000).

Lo que nos hace ver que la tenencia es una institución familiar que se instituye para velar por el cuidado de los hijos cuando los padres están separados de hecho, con el fin de establecer con quien se quedan y garantizar la continuidad de la relación con el otro padre.

2.2.2. TIPOS DE TENENCIA

Siguiendo a Yolanda Gallegos y Rebeca Jara (2014), diríamos que se habla de tres tipos de tenencia, la tenencia unipersonal o exclusiva, la tenencia compartida y la tenencia negativa (P. 436).

a) La tenencia unipersonal.- También es conocida como tenencia exclusiva o monoparental. Ocurre que “cuando se le reconoce o se le otorga a uno de los

padres la tenencia de su(s) hijo(s), teniendo en cuenta el nivel de relación entre el padre o madre con el hijo o hijos” (Bermúdez, 2012,156).

Esta modalidad de tenencia era la única reconocida por la legislación peruana, hasta la introducción de la tenencia compartida, en artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, en setiembre del 2008.

b) La tenencia compartida.- Es una modalidad de tenencia de los hijos, a través del cual, luego de que se produce la separación de los padres, ambos continúan de manera conjunta conviviendo con sus hijos o hijas, ejercitando de manera adyacente y en ribetes de igualdad los roles parentales que han surgido de la consanguinidad. En este caso, “el hijo o hija convive por un tiempo determinado con uno de los padres, trasladándose luego al domicilio de su otro progenitor, de esta manera el niño o niña conservará íntegramente sus relaciones familiares paternas y maternas y ambos padres compartirán igualmente sin distinciones sus deberes y obligaciones paterno filiales” (Calderón, 2011,109).

c) La tenencia negativa y de facto.- La tenencia negativa se da cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. En estos casos los hijos permanecen con los abuelos, tíos, hermanos, etc. y en otros casos simplemente terminan como niños abandonados.

La tenencia es de facto, se da en el caso que los padres sin recurrir al poder judicial, toman la decisión expresa o tácitamente. Será expresa cuando uno de los padres comunica su voluntad de dejar al menor al cuidado del otro, y será tácita, cuando uno de los padres por sus actos hace ver que no quiere tener al menor, por lo que el niño se queda en poder del otro.

2.2.3. TENENCIA EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Para muchas parejas, sobre todo para la mujer, es natural que al contraer nuevas nupcias, ingresar al nuevo matrimonio con sus hijos, es decir con la tenencia de sus hijos habidos antes de esta segundas nupcias,

De esta manera se conforma una nueva familia, la familia ensamblada, donde habrá hijos comunes de la pareja y también hijos propios de uno de ellos o de ambos, donde del cuidado y de la manutención de los menores se encargan ambos cónyuges, puesto que vivir en esta familia implica también asumir un rol de

cuidado y manutención. Sin embargo ello no está regulado, por lo que dicha función cumplen de manera voluntaria.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas (Familias ensambladas), es factible recurrir a la doctrina o al derecho comparado a fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional. Así, puede tenerse por ejemplo lo expuesto por cierta doctrina comparada, en cuanto indica que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior” (Sentencia del tribunal Constitucional Exp. N.º 04493-2008-PA/TC, FJ. 21, 2008).

Asimismo el mismo Tribunal señala que el hijo afín forma parte de la nueva familia ensamblada “con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado”, por lo que la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida” (STC, EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, FJ. 11 y 12).

De modo que, el menor en la nueva familia convive con el padre o madre afín, conjuntamente con una madre o un padre biológico. Es decir la tenencia de hecho o de facto tiene uno de los padres biológicos (puede ser padre o madre) y un padre o madre afín. En este ámbito el menor se identifica con sus padres, como también el padre afín con sus hijos afines, por lo que viven en familia, sin excluir de la patria potestad al otro padre biológico. Por ello, en aras de mantener esta continuidad y el respeto al principio del interés superior del menor, sería dable que se pueda reconocer el derecho de tenencia a favor del padre o madre afín.

2.3. EL RÉGIMEN DE VISITAS

2.3.1. CONCEPTUALIZACION

Canales Torres (2014) señala que el régimen de visitas “es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paternofilial. Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente” (p. 107).

Nuestra Corte Suprema ha señalado que el “régimen de visitas es aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos” (CAS. N° 0856-2000 APURIMAC, fundamento primero, 2000).

De modo que, el régimen de visitas es un derecho que permite la continuidad de las relaciones personales entre los padres y los hijos que no conviven. Ahí radica su importancia, pues a través del régimen de visitas el padre mantiene contacto y expresa su afecto paternal al hijo con quien no vive juntos, como también el hijo tiene la oportunidad de estar cerca de papá o mamá con quien no vive, a fin de velar por el desarrollo integral del menor en salvaguarda de su interés superior.

En ese sentido, modernamente el régimen de visitas ya no se ve como el derecho de los padres solamente, sino también de los hijos. Al respecto, Aguilar Llanos (2013), “el derecho de visita no solo debe contemplarse como un derecho del padre, sino también como un deber, y consecuentemente como un derecho del menor” (p. 344).

2.3.2. TITULARES DEL RÉGIMEN DE VISITAS

El Código de Niños y Adolescentes señala que “los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria” (Código de Niños y Adolescentes, 2000, artículo 88).

En ese sentido, los primeros legitimados para solicitar el régimen de visitas son el padre o madre que no tiene consigo al hijo, por existir separación entre los padres. Sin embargo, el artículo 90° del mismo cuerpo legal establece que “el Régimen

de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique” (Código de Niños y Adolescentes, 2000, artículo 90).

Es decir, en caso de que uno de los padres hubiera fallecido, o se encontrara fuera del lugar del domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas tanto los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, como los abuelos, los hermanos, tíos, entre otros familiares. Así como terceras personas si el interés superior del niño lo justifique.

2.3.3. FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE VISISTAS

La finalidad principal del régimen de visitas es velar por la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos, en salvaguarda sobre todo del interés superior del niño, niña o adolescente.

Como señala Aguilar Llanos (2013), es permitir que “el padre o madre que no ejerce tenencia de su hijo tenga acceso a éste, con la finalidad de que el menor sufra lo menos posible con la separación legal, divorcio, invalidez del matrimonio o separación de hecho de los padres, derecho de visita que implica la relación y comunicación con el hijo, de manera que ni siquiera la culpa en el divorcio podrá ser una razón suficiente para negar al cónyuge culpable este derecho” (p. 344).

Lo que el régimen de visitas procura es que la separación de los padres con los hijos no afecte la relación personal entre el hijo y el padre o la madre que no tiene la tenencia, toda vez que esa relación constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo de los menores, por lo que se debe asegurar, promover y facilitar dicho contacto. Por lo que en el entorno de las familias ensambladas no puede privarse al niño, niña o adolescente mantener las relaciones personales con su padre biológico que no integra esta nueva relación familiar. Como señala Varsi Rospigliosi (2013) “la necesidad de mantener la solidaridad e integración familiar así como proteger los afectos es el fundamento de este derecho, teniendo como beneficiario al niño y no a los adultos, como se ha establecido en muchas sentencias judiciales” (p. 311).

2.4. LOS ALIMENTOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

2.4.1. CONCEPTUALIZACIÓN

El artículo 472° del Código Civil señala que “se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo” (Código Civil, 1984, artículo 472).

De manera similar el Código de niños y adolescentes en su artículo 92° señala que “se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto” (Código de niños y adolescentes, 2000, artículo 92).

En ese sentido, los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y abarcan la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, comprenden, además, los gastos necesarios para su educación primaria y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

A nivel doctrinal Cornejo Chávez (1999) señala que “los alimentos comprenden todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, según su rango y condición social” (p. 568).

Hernández Alarcón (2003) manifiesta, los alimentos constituyen un “deber natural de solidaridad y colaboración frente a las necesidades de subsistencia de los integrantes de un grupo” (p. 231).

De modo que los alimentos constituyen el sustento elemental para la subsistencia, como derecho nace en virtud del parentesco, conforme a ley. En ese sentido, en una relación familiar ensamblada nada impediría que el padre o la madre afín se obligue los alimentos para su hijo o hija afín, es más en la realidad de los hechos, los padres o madres afines proveen para el sustento de los hijos afines.

2.4.2. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La obligación alimentaria o derecho de alimentos, como manifiesta Carlos López (2005), es una “obligación legal impuesta a ciertas personas para que efectúen, respecto de otras, las prestaciones necesarias con el fin de satisfacer las necesidades de existencia de éstas” (p. 581).

Según Cornejo Chávez (1999), constituye “el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona” (p. 568).

En ese sentido, la obligación alimentaria es un deber impuesto legalmente para proveer los alimentos de una persona, normalmente menor de edad, en virtud a al parentesco consanguíneo o legalmente establecida. Sin embargo, nada impide que una persona pueda obligarse a prestar alimentos a otra persona sin que medie parentesco, y con mayor razón cuando al menos exista una parentesco por afinidad, como en el caso de los padres afines respecto a sus hijos afines.

2.4.3. OBLIGADOS A BRINDAR ALIMENTOS

El Código Civil en su artículo 474 señala que “Se deben alimentos recíprocamente:

- 1.- Los cónyuges.
- 2.- Los ascendientes y descendientes.
- 3.- Los hermanos” (Código Civil, 1984, artículo 474).

Luego en su artículo 475 señala que “los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

- 1.- Por el cónyuge.
- 2.- Por los descendientes.
- 3.- Por los ascendientes.
- 4.- Por los hermanos” (Código Civil, 1984, artículo 475).

De manera similar, el Código de Niños y Adolescentes en su artículo 93° señala que “es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad;
2. Los abuelos;
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y
4. Otros responsables del niño o del adolescente” (Código de Niños y Adolescentes, 2000, artículo 93).

En ese sentido, vemos que conforme a nuestra normatividad la obligación de prestar a alimentos para los hijos menores de edad son los padres, en caso de encontrarse muerto o imposibilitado de brindar los alimentos, dicha función podrán asumir los hermanos mayores de edad, los abuelos, los parientes colaterales hasta el tercer grado y otros responsables del niño o del adolescente, en este último caso estaríamos hablando del padre o madre afín.

2.4.4. LOS BENEFICIARIOS DE LOS ALIMENTOS

Conforme a la normativa citada en el punto anterior, los beneficiarios de los alimentos básicamente son los hijos menores de edad, aunque conforme a nuestra legislación también pueden ser beneficiarios personas mayores de edad, conforme las reglas establecidas por nuestra legislación misma.

En nuestros tiempos actualmente existen parejas que contraen matrimonio con hijos de un compromiso anterior, por lo que para muchas parejas, es natural que al contraer nuevas nupcias, su nuevo cónyuge también preste alimentos a los hijos que ésta tuvo en una previa unión familiar. En estos casos, la idea predominante es el socorro de la nueva pareja, pues más allá de que pueda o no establecerse un deber legal en este sentido, las personas que conforman una familia ensamblada se ven como eso, es decir como una familia.

Esto no es ajeno a cónyuges de estas mujeres, pues muchos asumen que el convivir implica también asumir un rol de manutención. Sin embargo ello no está regulado, por lo que dicha función cumplen de manera voluntaria, pero que merecería un reconocimiento legal.

Ante el vacío y ausencia de normatividad específica, así como de jurisprudencia a nivel judicial, el Tribunal Constitucional, ha realizado una aproximación y planteamiento del problema, en el EXP. N.º 04493-2008-PA/TC, derivado de un proceso de reducción de alimentos, donde el demandante logró que se reduzca una

obligación alimentaria, establecida por el Juzgado Especializado en Familia de Tarapoto-San Martín, alegando “deber familiar de asistencia alimentaria” para con tres los hijos de su conviviente. En el caso en particular el Tribunal señaló “nada impide que Jaime Walter Alvarado Ramírez pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines, pero estas serían manifestaciones de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho” (Sentencia del tribunal Constitucional, EXP. N.º 04493-2008-PA/TC. FJ. 28). Por lo que, sí podría regularse de manera complementaria o subsidiaria alimentos para los hijos e hijas afines respecto a sus padres afines, en caso el padre biológico esté imposibilitado para hacerlo.

2.5. DERECHOS HEREDITARIOS

2.5.1. LA HERENCIA

La herencia se entiende como el conjunto o universalidad de bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio de una persona a su fallecimiento, llamado también como caudal hereditario.

Al fallecer una persona sus herederos reciben como herencia los bienes, derechos y obligaciones (deudas) del finado. Pues conforme al artículo 660º del Código Civil “desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores” (Código Civil, 1984, artículo 660).

2.5.2. LOS HEREDEROS

Los herederos son las personas físicas o jurídicas que tienen derecho al total o a una parte de los bienes de una herencia. El régimen jurídico que regula las herencias es el derecho de sucesiones, donde se encuentran las reglas básicas de reconocer a los herederos y sus derechos.

Como señala Ferrero (2012), “los herederos pueden ser por la clase de sucesión o por la calidad del derecho” (p. 130).

Por la clase de sucesión se habla de los testamentarios, cuando heredan en virtud de un testamento, puesto que nuestro Código Civil en su artículo 686 dispone que “por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de

la ley y con las formalidades que ésta señala” (Código Civil, 1984, artículo 686), y de los herederos legales o no testamentarios, que “se presenta cuando heredan por mandato de la ley a falta de testamento” (Ferrero, 2012, p. 131).

Por la calidad del derecho (solo en sucesión testamentaria), se habla de los herederos forzosos o legitimarios, que son herederos que no pueden ser excluidos, salvo por las causales de indignidad o desheredación establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, y los no forzosos o voluntarios que son aquellos herederos que no necesariamente heredan, pues el causante los puede eliminar por testamento.

En este último grupo se encuentran los hermanos, los tíos, los tíos abuelos, los sobrinos, los sobrinos nietos y los primos hermanos. Puede verse que tanto los herederos forzosos como los no forzosos son herederos legales, cuya regulación se encuentra en el artículo 816, que establece el orden sucesorio. En este grupo se podría incluir a los hijos o hijas afines, respecto a su padre o madre afín.

2.5.3. LOS DERECHOS HEREDITARIOS Y LA FAMILIA ENSAMBLADA

Revisando nuestro derecho familiar vigente podemos también encontrar la separación existente entre el derecho familiar y la regulación de la sucesión, toda vez que nuestro Código no ha previsto los nuevos tipos de familias que surgirían en estos últimos tiempos.

El derecho de las familias debe conducir a un nuevo derecho de las sucesiones, menos formalista y más tuitivo, menos rígido y más sensible, que sin dejar de abandonar sus principios, incorpore en su normativa las nuevas formas familiares y el conjunto de valores que esta época impone.

Las profundas transformaciones que se viene incorporando en las instituciones del derecho de familia no se hallan reflejadas, paralelamente, en el derecho sucesorio. Claro ejemplo de ello, es que la disposición sucesoria, no incorpora los nuevos modelos familiares. El matrimonio sigue siendo la única fuente que da nacimiento al derecho hereditario en la sucesión ab intestato, desconociéndose el inevitable correlato que debe respetarse si admitimos que las nuevas formas familiares representan una forma de familia reconocida por la sociedad. Por más efectos jurídicos que se reconozcan, si no se reconoce un derecho hereditario, por ley, se

distingue, arbitrariamente una familia matrimonial de una extra matrimonial. Todas las familias merecen protección, aún en el derecho hereditario.

Por lo que, consideramos que es necesario una adecuada regulación de los derechos sucesorios en las familias ensambladas, especialmente para los hijos y las hijas afines.



CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

1. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1.1. DEFINICIÓN

Para ocuparnos sobre el principio de interés superior del niño debemos ocuparnos de algunas normas pioneras y de trascendental importancia que dieron su origen y fundamento.

Así tenemos, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño que establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (CDN, 1959, artículo 2).

Este es el primer principio sobre el interés superior del niño que se enuncia a nivel de normas internacionales de derechos humanos, considerándose como un derecho fundamental del niño que debe ser respetado y atendido con preminencia sobre cualquier otro derecho.

Luego, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 3° lo reitera y desarrolla, disponiendo que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Concordante con ello, a nivel de nuestra legislación en el Código de Niños y Adolescentes ha establecido que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (Artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, 21 de julio del 2000).

De esta manera, como lo ha entendido nuestra Corte Suprema, “el principio de intereses superior del niño implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización” (Casación N° 4881-2009-Amazonas, del 05/04/2011, Quinto Considerando).

También a nivel de la doctrina nacional y extranjera se ha entendido en ese sentido. Alex Placido (2008) señala que “el interés superior del niño es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc. que también influyen en los medios elegibles” (p. 171)

Zermatten (2003) señala que “el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia” (p. 15).

En ese sentido, el principio de interés superior del niño implica “la satisfacción, integral, simultánea y armónica de sus derechos. Se trata de un principio que obliga al Estado y a la sociedad a reconocer y garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes y otorga preeminencia al interés superior del niño por sobre otros intereses y consideraciones” (Poder Judicial, 2015, p. 25).

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Nuestro Poder Judicial (2015) ha señalado que “el principio de interés superior del niño tiene las siguientes características:

- a.- El interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual.
- b.- Es un deber general.
- c.- Es aplicable en todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna.
- d.- Se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos).
- e.- La represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes” (p. 25).

En forma similar y de manera más amplia Zermatten (2003), nos dice que “la noción del interés superior del niño reviste varias características:

- a.- El interés superior no es un derecho subjetivo o sustancial stricto sensu sino que es un principio de interpretación que debe ser usado en todo tipo de medidas que conciernan a los niños.
- b.- El artículo 3.1 de la Convención de los derechos del niño impone una obligación a los Estados de que el interés superior del niño o niños será una consideración inmediata durante el proceso de toma de decisiones en temas que conciernan a los niños y adolescentes.
- c.- Si bien este artículo establece una obligación clara, es tan sólo una entre muchas normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, además de otras fuentes legales nacionales e internacionales que afectarán los que constituye el interés superior del niño y adolescente. Por tanto, siempre ha de tenerse en cuenta el estándar más alto favorable al interés superior de los niños.

- d.- Esto es particularmente importante porque como veremos más adelante el Perú cuenta con un estándar más alto de protección del interés superior del niño y adolescente.
- e.- El concepto de interés superior es uno indeterminados que debe ser clarificado en la práctica. La jurisprudencia debe ayudar a desarrollar soluciones para situaciones individuales o de un grupo de niños.
- f.- Este principio está inmerso en un espacio y tiempo en particular. Por tanto, su determinación en el caso concreto va a depender del conocimiento científico en constante evolución y ha de tener en cuenta los estándares de interpretación válidos existentes.
- g.- Una decisión que tenga en cuenta el interés superior del niño deberá haber considerado las consecuencias a corto, mediano y largo plazo de la misma.
- h.- Es un principio en constante evolución pues el conocimiento continúa desarrollándose.
- i.- El criterio del interés superior es doblemente subjetivo. Por un lado, está la subjetividad colectiva (en una sociedad, en cualquier momento de la historia, existe una idea de lo que es mejor para un niño) y, por otro, la subjetividad individual (que incluye las ideas de lo que significa el interés superior para los padres (o representantes legales), para el niño en cuestión y para el juez o el funcionario que tiene a su cargo tomar decisiones)”. (pp. 11-12).

1.3. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El Comité de los Derechos del Niño (2013), “señala que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación

intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos” (Observación General N° 14, Fundamento 6).

En ese sentido, el principio de interés superior del niño, también cumple una triple función, de constituir un derecho sustantivo para que en cualquier proceso que involucre a un niño, su interés sea considerado como primordial; en caso de que una norma requiera interpretación para ser aplicado, el principio de interés superior se constituirá en fuente para dicha interpretación y; en cualquier proceso que involucre a niños, el principio de interés superior servirá como guía del procedimiento a seguir.

A ello complementa lo señalado por Miguel Cillero (1999), cuando nos dice que “la noción de interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen” y en base a ello, señala “que las funciones que cumple este principio son:

- a.- Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.
- b.- Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.
- c.- Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.
- d.- Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto "la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo" (p. 57 y ss.).

En ese sentido, resumiendo podemos decir que el principio de interés superior del niño, primeramente es un derecho sustantivo del niño, niña y adolescente, de que cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalezcan los primeros. En segundo lugar, permite que se haga una interpretación sistémica y acorde con el predominio de los derechos de la infancia y finalmente, “su cumplimiento se impone como obligación tanto en el ámbito público como privado” (Alegre, Hernández y Roger, 2014, p. 8), esto es, conforme a los procedimientos establecidos para la cabal protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

1.4. OBLIGADOS POR EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Como señala el Comité de los Derechos del Niño (2013), “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Observación General N° 14, Fundamento 4).

Con esa finalidad, el principio de interés superior del niño es un principio que contiene una serie de criterios que buscan ayudar al pleno desarrollo del niño o niña, con la finalidad que crezca en un ambiente adecuado y llegar a ser un buen ciudadano que contribuya a la sociedad. Por lo que, este principio constituye un “lineamiento normativo que consolida los derechos del niño como valores primordiales en las decisiones y actividades de autoridades y sociedad civil” (Minjus, 2014, p. 26). Es

decir, la obligación de considerar el principio de interés superior del niño alcanza al estado y a la sociedad civil.

Por ello, en base a las normas internacionales señaladas, así como el artículo 4° de nuestra Constitución, podemos extraer tres niveles de obligados:

1.- En primer lugar y de manera primordial, el principio de interés superior del niño obliga a los padres, que incluye a la familia, toda vez que es la primera institución que debe velar por el adecuado desarrollo del niño y el adolescente, desde su nacimiento hasta que alcance su mayoría de edad.

Para los padres, este principio constituye una especie de límite para que puedan ejercer correctamente los atributos de la patria potestad, cuidando siempre lo que más le favorece al menor.

2.- En segundo lugar, el principio del interés superior del niño obliga al Estado a atender adecuadamente a la niñez. Por ello, el Estado, a través de todos sus poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, así como los órganos constitucionales, debe velar por el adecuado tratamiento a los niños y adolescentes.

Justamente por ello, la política legislativa relacionada a los niños, niñas y adolescentes debe ser guiada por el principio del interés superior del niño, así como las decisiones de los Juzgado, en procesos donde se encuentren involucrados los niños o los derechos de los niños, deben ser inspiradas y orientados por el principio del interés superior del niño.

3.- Finalmente, el principio de interés superior del niño obliga a toda la sociedad, por lo que todos nos encontramos obligados a velar por el respeto y la protección de los derechos del niño y del adolescente, conforme a nuestra legislación interna y las normas internacionales de derechos humanos (Minjus, 2014, p. 26).

De esta forma, el principio de interés superior del niño constituye un límite para el accionar del estado, de los padres y la sociedad en general, a fin de garantizar el respeto de los derechos de los niños y los adolescentes, y así constituir una sociedad con ciudadanos valores y principios.

1.5. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Por la importancia del principio de interés superior del niño, éste ha sido consagrado tanto normas internacionales de derechos humanos, así como normas nacionales.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (Declaración de los Derechos del Niño, del 20/11/1959, Principio 2).

Sobre la base de lo establecido por la Declaración de los Derechos del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3.1 dispone que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 3.1).

Con la dación de la Convención de los Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño alcanza su plenitud y se constituye en uno de los principios cardinales que orienta en todo proceso que involucre a los niños.

A través de esta Convención se reconoce que los niños y adolescentes no sólo son sujetos de protección especial, sino plenos sujetos de derecho, por lo que, sea en instancias judiciales, administrativas o de cualquier otra índole, el referente para resolver sobre los derechos del niño niños es el principio de interés superior del niño.

Con referencia al artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño, en el año 2013 ha elaborado la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño, con la finalidad de velar por la aplicación primordial del interés superior en cualquier controversia que involucre a niños.

Por lo que a decir del mismo Comité, en concreto, dicha observación repercutirá “en los siguientes aspectos:

- a) La elaboración de todas medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos;
- b) Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto;
- c) Las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, incluidas las organizaciones con y sin fines de lucro, que prestan servicios relacionados con los niños o que les afectan;
- d) Las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con los niños y para ellos, en particular los padres y los cuidadores” (Observación General N° 14, Fundamento 12).

Asimismo, podemos citar otras normativas o documentos internacionales que consagran el principio del interés superior del niño. Así tenemos, la Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que señala que “el principio de interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, OC-17/02, párr. 56).

También tenemos el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, que establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.

A nivel de nuestra normativa nacional, el artículo 4° de la Constitución Política establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)” (Constitución Política del Perú. 1993, artículo 4).

De modo que, al señalar que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, implícitamente está consagrando el interés superior del niño. Así el Tribunal

Constitucional ha señalado que “teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (Sentencia del tribunal Constitucional en el EXP. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ 11.).

En ese orden, el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, dispone que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (Código de Niños y Adolescentes, Artículo IX del TP 2000).

Finalmente, el 27 de mayo del 2016 se ha expedido la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, que tiene por “objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes”.

La indicada normatividad señala que “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos” (Ley N° 30466, 2016, artículo 2).

En ese sentido, en su artículo 3° establece los parámetros de aplicación primordial del interés superior del niño. Señala que “de conformidad con la Observación General 14 del Comité de los derechos del niño, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

- 1.- El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
- 2.- El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
- 3.- La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 4.- El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 5.- Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo”.

Asimismo, en su artículo 4° esta norma menciona las garantías procesales que se deben tener en cuenta en la aplicación del interés superior del niño. Señala que “de conformidad con la Observación General 14, que son los siguientes:

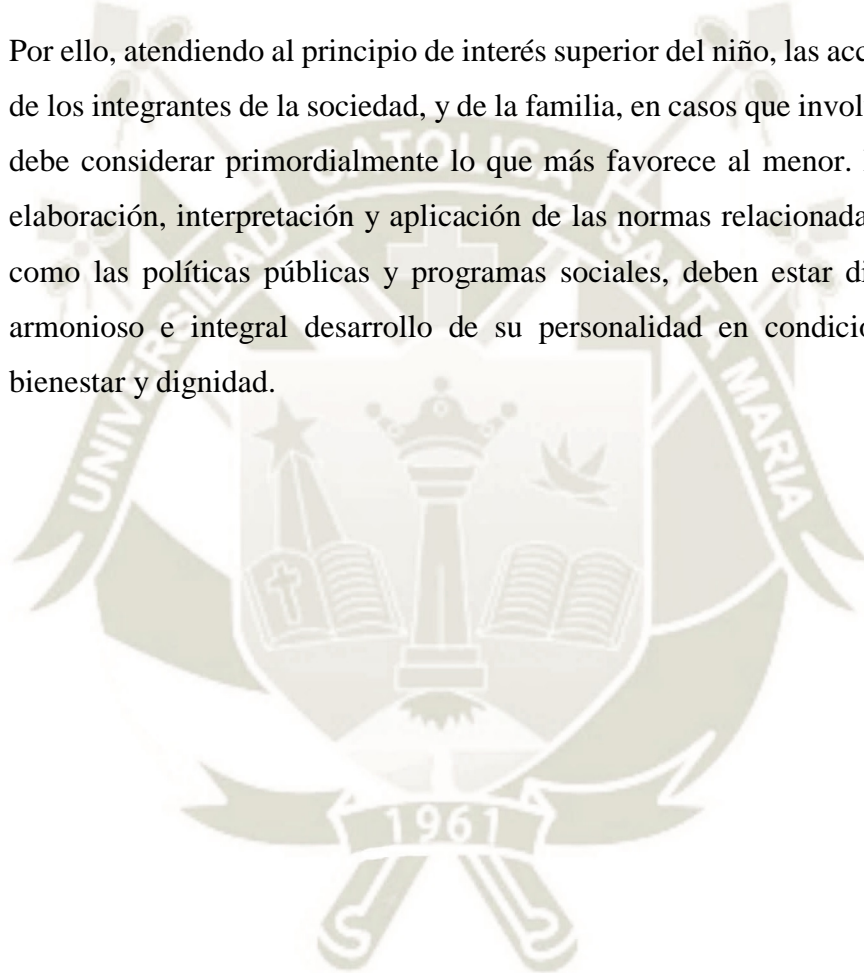
- 1.- El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
- 2.- La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
- 3.- La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
- 4.- La participación de profesionales cualificados.
- 5.- La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
- 6.- La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
- 7.- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
- 8.- La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño”.

Asimismo hace hincapié en que, “en los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los

niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño” (Ley N° 30466, 2016, artículo 4).

Por lo que “los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes” (Ley N° 30466, 2016, artículo 5).

Por ello, atendiendo al principio de interés superior del niño, las acciones del Estado, de los integrantes de la sociedad, y de la familia, en casos que involucren a los niños, debe considerar primordialmente lo que más favorece al menor. Por lo que, en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas a los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deben estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. La situación de las familias ensambladas en el Perú

1.1. Las familias ensambladas en el Perú

La situación de la familia en nuestro país ha sufrido muchos cambios. El Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021 señala que “las familias han vivido acelerados cambios generados no solo por los avances tecnológicos y procesos sociales, sino por cambios específicos como la transición demográfica, el ingreso masivo de las mujeres al sistema educativo, laborales y al aspecto público político, y el surgimiento de nuevos movimientos sociales que han influido en la ampliación del alcance de los derechos humanos” (p. 26).

La crisis económica y el clima de violencia que vivió el país por más de tres décadas (los años 80 y 90 sobre todo), los acelerados avances tecnológicos y procesos sociales, para los que el Perú no se encontraba preparado, provocó la desestructuración de las familias y el surgimiento de otros tipos de familias, distintos a las familias nucleares que eran el modelo preminente hace algunas décadas atrás.

Aunque no contamos con estadísticas sobre las familias en el Perú, existen datos obtenidos a través de los censos y encuestas nacionales, que encontramos en los archivos y página Web del INEI, RENIEC, SUNARP, entre otros, y en ellas se trabaja con hogares y personas, no con familias como unidades estadísticas para el análisis. Estos datos constituyen un referente para darnos cuenta de la realidad de las familias en el país.

A continuación observaremos la conformación de los hogares en nuestro país:

Tabla N° 1

Tipo de hogares en el Perú en el año 2017

Tipo de hogares	N	%
Nuclear	4 451 706	53.9
Extendido	1 701 064	20.6
Compuesto	204 418	2.5
Unipersonal	1 384 143	16.8
Sin Núcleo	510 953	6.2
Total	8 252 284	100.0

FUENTE: INEI - Censos Nacionales de Población y Vivienda 2017.

Gráfico N° 01

Tipo de hogares en el Perú en el año 2017



FUENTE: Tabla 01

La Tabla N° 01 y su gráfico nos muestran que en el Perú, conforme al Censo Nacional de Población y Vivienda del 2017, existen un total de 8 millones 525 mil 284 hogares, de los cuales 4 millones 451 mil 706 (53,9%) hogares están constituidas por familias nucleares (padres e hijos); 1 millón 701 mil 64 (20,6%) hogares constituidas por familias extendidas; 204 mil 418 (2,5%) hogares, por familias compuestas; 1 millón 384 mil 143 (16,8%) hogares, por familias unipersonales y 510 mil 953 (6,2%) son hogares sin núcleo.

La tabla en comentario nos hace ver la situación de la familia nuclear, que en otros tiempos era la regla general, viene dejando lugar a la formación de otros tipos de familias, como las familias extendidas, que están conformados por un hogar nuclear más otros parientes y las familias compuestas, que además de la familia nuclear incluyen a otras personas que no son parientes, y entre estos grupos es que se encuentran las familias ensambladas, que entre sus integrantes tenemos a los padres/madres e hijos/as afines.

Ello nos muestra los cambios que vienen produciéndose en las familias con el correr de los años, debido a la realidad cambiante en que vivimos. Es que, como señala el Tribunal Constitucional, “la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, que han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias, por lo que a la fecha se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 7), donde las familias reconstituidas o ensambladas son aquellas que están conformadas por la pareja y los hijos/as producto de un compromiso anterior que llevan ambos o uno de ellos.

1.2. Origen de las familias ensambladas en el Perú

Las familias ensambladas mayormente se originan como consecuencia de los divorcios, la viudez y familias monoparentales. A continuación, presentamos el detalle de estos factores:

Tabla N° 2

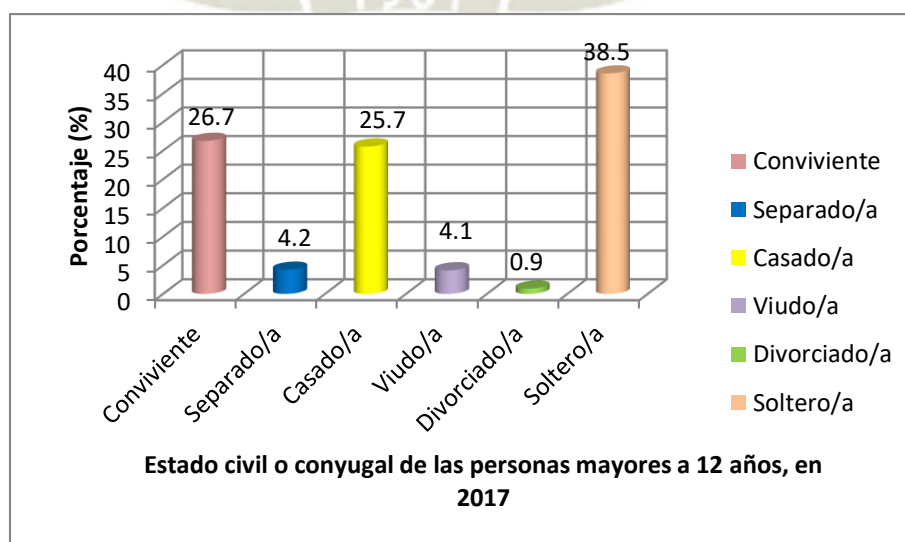
Estado civil o conyugal de las personas mayores a 12 años, en 2017

Estado civil o conyugal	N	%
Conviviente	6 195 795	26.7
Separado/a	968 413	4.2
Casado/a	5 959 966	25.7
Viudo/a	940 437	4.1
Divorciado/a	209 707	0.9
Soltero/a	8 922 073	38.5
Total	23 196 391	100.0

FUENTE: INEI-Censos Nacionales de Población y Vivienda 2017

Gráfico N° 2

Estado civil o conyugal de las personas mayores a 12 años, en 2017



FUENTE: Tabla 02

La Tabla N° 02 y su gráfico nos muestra el estado civil o conyugal de las personas mayores de 12 años en nuestro país, conforme al Censo Nacional de Población y Vivienda del 2017, donde de conformidad con nuestra normatividad jurídica, la cultura y las costumbres del país, los estados de conyugalidad se han agrupado en cinco categorías: Soltero/a, casado/a, conviviente, separado/a, divorciado/a y viudo/a.

Así en el año 2017, los convivientes alcanzan el 26,7%; los separados el 4.2%, los casados alcanzan el 25,7%; los viudos 4,1%; los divorciados el 0,9% y los solteros el 38,5%. Debemos precisar que trabajamos con la estadística del 2017, por cuanto es la estadística oficial más próximos con que contamos.

A continuación pasaremos a ocuparnos de cada uno de los indicados estados civiles o conyugales que constituyen factores que mayormente contribuyen a la formación de las familias ensambladas:

1.2.1. El divorcio en la formación de las familias ensambladas

Como sabemos con el divorcio se disuelve definitivamente el vínculo matrimonial que une a la pareja, que puede ser declarada por el Juez, Notario o Autoridad Municipal (Alcalde), previa verificación de ciertas causales o requisitos previstos en la ley, poniendo fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial. Asimismo, si es que hay hijos menores, estableciéndose la pensión de alimentos, tenencia y el régimen de visitas para los hijos.

A partir de la Tabla analizada, vemos que en nuestro país la cantidad de personas divorciadas al año 2017 es bastante alta. El 0,9% de las personas de 12 años a más, equivalente a 209,707 personas, son divorciados/as.

Conforme a los archivos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, en el año 2012 en total 13 126 matrimonios se divorciaron, en el 2015 un total de 13 757 matrimonios se divorciaron y en el año 2017 llegaron a ser 15931 los matrimonios divorciados. Ello nos hace ver que la cantidad de divorcios va en aumento. Por ejemplo, enfocándonos solo en el año 2017, ocurrieron 15931 divorcios, 45 divorcios por día. Ello significa que el doble de esta cantidad de

personas, 31 862 en total por año, han quedado solos y son potenciales candidatos para formar una familia ensamblada.

Como señala Calderón (2014) “el hecho que existan personas divorciadas con hijos provenientes de este precedente compromiso, ha sido determinante para el incremento de las familias ensambladas, el divorcio es pues en la actualidad el principal origen de la familia ensamblada, pues no son pocos los casos en que los padres divorciados con descendencia establecen segundos compromisos, segundas nupcias” (p. 54).

Similar situación ocurre en el caso de los convivientes, incluso aquellos que han hecho reconocer su unión de hecho, después de un tiempo se separan, constituyendo otro grupo con estado similar al de un divorciado, que son candidatos para formar una familia ensamblada.

1.2.2. La viudez en la formación de las familias ensambladas

La viudez es el estado de una persona cuyo cónyuge ha fallecido. Esta persona podrá quedarse como viudo y podrá decidir volver a casarse.

Si la persona que ha quedado solo o sola por la muerte de su consorte marital tiene hijos, al unirse a una nueva pareja conformará una familia ensamblada. También forma una familia ensamblada aquel viudo o aquella viuda sin hijos que se une a una nueva pareja con hijos. Así, la viudez también constituye una fuente de formación de familias ensambladas.

Conforme a la Tabla en comentarios (Tabla 02) vemos que en nuestro país, en el año 2017, el 4.1% de personas mayores de 12 años son viudos/as, equivalente a 940 437 personas.

Conforme a la misma estadística del Censo Nacional de Población y Vivienda del 2017, el 17.9 % de los viudos/as están entre los 14 a 60 años de edad, que equivale a 168 338 personas, las mismas que por su edad son los que tienen mayor posibilidad de volver a contraer nuevo compromiso y formar una familia, que normalmente es una familia ensamblada, aunque no contamos con estadística oficial de viudas/os con hijos.

En tiempos anteriores, la viudez era la fuente principal del origen de la familia ensamblada, pero en nuestros tiempos al lado de la viudez encontramos otros

factores como el divorcio, las separaciones convivenciales, las familias monoparentales, entre otros, aunque en realidad, la viudez continua siendo un importante factor en la formación de nuevas formas de familias, como el caso de las familias ensambladas.



1.2.3. Las familias monoparentales en el Perú

Las familias monoparentales son aquellas conformadas por padre solo o madre sola con hijos.

Este tipo de familias, no necesariamente son originados por la pérdida de un consorte marital, ni del rompimiento de un matrimonio o unión de hecho, pues buena parte de ellos se originan en relaciones sentimentales casuales, esporádicas, abarca inclusive el caso de las personas que hayan procreado acudiendo a técnicas de procreación asistida.

Estas familias monoparentales, padres o madres con hijos, al unirse a una nueva pareja conforman una familia ensamblada.

Conforme a la Tabla en análisis (Tabla 02) estas familias se encontrarían en el grupo de los separados, que alcanza un considerable 4.2% (968 413 personas). Sin embargo, el Censo Nacional de Población y Vivienda del 2017 nos proporciona una información muy interesante respecto a estas familias:

Tabla N° 3
Hogares de madres y padres solos con hijos o hijas menores de 18 años de edad

Tipos de hogares	N	%
Padres solos con hijos	120 214	1.5
Madres solas con hijos	645 032	7.8
El resto de los hogares	7 487 038	90.7
Total	8 252 284	100.0

FUENTE: INEI-Censos Nacionales de Población y Vivienda 2017

La Tabla 03, nos muestra la cantidad de hogares de madres y padres solos con hijos menores a 18 años. En ella vemos que del total de los hogares peruanos censados, el 1.5% son padres solos con hijos, el 7.8% son madres solas con hijos,

y el 90.7% conforman el resto de los hogares, como los hogares con familias nucleares, hogares con hijos mayores, hogares sin hijos, etc.

De esta manera, los resultados del Censos Nacionales de Población y Vivienda del 2017, nos muestra que nuestro país hay un total de 765 mil 246 hogares de madres y padres solos, que representa el 9,3% respecto del total de hogares. Estos padres o madres solos/as con hijos al unirse a una pareja con hijos o sin hijos forman una familia ensamblada.

Asimismo, en otra estadística el Instituto Nacional de Estadística e Informática, en el Informe Técnico No 1, correspondiente al trimestre Julio-Agosto-Setiembre de 2018, señala que “el 53,9% de los hogares tiene entre sus miembros al menos una persona menor de 18 años” (INEI, 2019, p. 1), lo que nos hace ver que la mayoría de los hogares cuentan con hijos menores de edad (4 447 981 familias), de los cuales 765 246 hogares son de padres o madres solos/as con hijos menores de edad. Lo que significa que existe una alta potencialidad para la conformación de familias ensambladas en nuestro país.

Lo referido en esta parte nos muestra claramente que en nuestro país hay una alta tasa de divorcio, de viudez, de familias monoparentales y de familias separadas, que generalmente vuelven a emparejarse y formar una nueva familia, donde si una de las parejas o ambas llevan hijos, se constituye una familia ensamblada. Como podemos ver existe una alta potencialidad para la conformación de las familias ensambladas y cuya presencia es innegable como se ha visto en la Tabla 01.

2. La regulación jurídica de las familias ensambladas en el Perú

La familia ensamblada no ha recibido una regulación expresa en el ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, ello no significa que debemos ignorar su existencia o que los tribunales no atiendan cuando ante su instancia se someta algún caso suscitado en el ámbito de estas familias.

Actualmente ya no podemos hablar de un solo tipo de familia, sino de presencia de diversas estructuras familiares, entre ellas las familias ensambladas, cuya presencia es cada vez mayor, aunque nuestro Derecho Familiar ha dado respuestas muy tenues, haciendo que las relaciones jurídico-familiares en estos ámbitos se vean un tanto inseguras.

La regulación jurídica en materia de derecho de familia tiene carácter tuitivo, por lo que existen principios orientadores como el principio de protección constitucional de la familia, protección integral del niño, principio de interés superior del niño, entre otros, que son valiosos instrumentos para abordar los problemas que pueden surgir en el ámbito familiar, entre ellos los referidos a las familias ensambladas. Por lo que, aunque no existan normas expresas que regulen a las familias ensambladas, su protección podemos inferir a partir de nuestras normas constitucionales y legales vigentes.

2.1. Las familias ensambladas en las normas constitucionales

Cuando hablamos de las normas constitucionales nos referimos a las normas de nuestra Constitución, así como a las normas internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, que de conformidad con el artículo 55° de la Constitución forman parte de nuestro derecho interno y tienen rango constitucional, pues “los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (Sentencia del tribunal Constitucional, Exp. Exp. N° 0025-2005-PI/TC, F.J. 26).

La Constitución es entendida como “un conjunto de valores, principios, categorías, instituciones, normas y prácticas básicas que pretenden modelar un tipo de sociedad política y que regulan la organización, funcionamiento y competencia del poder estatal, así como los derechos y las obligaciones de las personas entre sí y frente al cuerpo político” (García, 2010, 440). Es decir, la Constitución es la Carta Fundamental que organiza políticamente nuestro Estado, y es vinculante para todos los ciudadanos y los organismos privados y públicos.

Como señala el Tribunal Constitucional la norma constitucional “es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal” (Sentencia del tribunal Constitucional, Exp. 047-2004-AI/TC, F.J. 9), por lo que se trata, ni más ni menos de la norma más importante del ordenamiento jurídico, tanto en sentido formal como material, que independientemente de su estructura o de su contenido normativo, constituye una genuina norma jurídica, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos, por lo que prácticamente no existe ámbitos de la vida social, económica, política u otro que no esté bajo la protección de la norma constitucional.

Cuando hablamos de las familias ensambladas, aunque no hayan sido reguladas en nuestra legislación, a nivel de nuestra normativa constitucional encontramos ciertas normas de quienes implícitamente nace la protección de las familias ensambladas:

Tabla N° 4

Normas constitucionales que implícitamente protegen a las familias ensambladas

<p>Constitución Política</p>	<p>Artículo 4° “La comunidad y el Estado protegen (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.</p> <p>Artículo 5.- “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”</p>
<p>Declaración Universal de los Derechos Humanos</p>	<p>Artículo 6.- “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.</p> <p>Artículo 16. “3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.</p>
<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos</p>	<p>Artículo 17.- “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.</p> <p>4.- Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.</p> <p>5.- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.</p>

FUENTE: Elaboración propia

La Tabla N° 04, nos muestra que la Constitución Política, en su artículo 4° se ocupa a cerca de la protección de la familia y la promoción del matrimonio, reconociéndoles tanto a la familia como al matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad y luego en el artículo 5° reconoce a las uniones de hecho como otra institución que da origen a la familia.

Similarmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y que tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Ello nos hace ver que nuestras normas constitucionales no reconocen una específica forma de familia, sino a todas las estructuras familiares, sin hacer distinción de su origen matrimonial y extramatrimonial. Se encuentran obligados a tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en el matrimonio y en caso de disolución del mismo, a adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos, otorgando iguales derechos tanto a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Es allí donde encontramos la protección implícita de las familias ensambladas, donde conviven los padres y madres afines, con los hijos afines y comunes de la familia. Sin embargo, teniendo en cuenta la presencia creciente de este tipo de organizaciones familiares, sería conveniente su regulación expresa, no hacerlo es contradictorio con el deber constitucional del Estado de proteger a la familia sin distinción alguna por origen o constitución de las mismas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “nuestra Constitución debe reconocer un concepto amplio de familia a la luz de los nuevos contextos sociales, por lo que debe otorgarse especial protección a las denominadas familias ensambladas” (Sentencia del tribunal Constitucional, Exp. N° 1204-2017-PA/TC, FJ. 29).

2.2. Las familias ensambladas en las normas legales

A nivel de nuestras normas de rango de ley tampoco encontramos regulación expresa sobre las familias ensambladas, sin embargo ello no hace que encontremos algunas normas que de manera implícita regularían estas estructuras familiares:

Tabla N° 5

Normas legales que implícitamente protegen a las familias ensambladas

	Artículo 237°.- “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad”.
Código Civil	Artículo 242°.- “No pueden contraer matrimonio entre sí: 3) Los afines en línea recta”.
	Artículo 274°.- “Es nulo el matrimonio: 4) De los consanguíneos o afines en línea recta”.
	Artículo 688°, referido a la nulidad de disposición testamentaria; artículo 704°, referido a impedimentos del notario y artículo 705°, referido a personas impedidas de ser testigos testamentarios
Código de los Niños y Adolescentes	Artículo 90°.- “El Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique”.
Ley N° 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar	Artículo 7. Son sujetos de protección de la Ley: b) Los miembros del grupo familiar. Entiéndase como tales, a los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes; padrastrós, madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”
Código Procesal Civil: Parentesco por afinidad	Artículo 229, numeral 3) referido a la prohibición de declaración; el artículo 827°, numerales 1, 2, 3 y 4, referidos a la legitimidad para solicitar la rectificación de partida; entre otros.

FUENTE: Elaboración personal

La Tabla N° 05 nos muestra que no existe norma expresa a nivel de nuestras normas legales que regule la familia ensamblada, sin embargo, el que no haya sido reconocido de manera expresa en nuestra legislación no implica que no encuentre protección jurídica en nuestro país, sino como señala Calderón (2014) “la existencia de figuras legales como el parentesco por afinidad, determina que en nuestro ordenamiento civil, existan normas que de forma indirecta regulan algunos aspectos referidos a padres e hijos afines” (p. 64).

Así, encontramos normas que regulan el parentesco por afinidad, que de manera implícita regulan ciertos aspectos referidos a los derechos y deberes de los hijos e hijas afines. Entre estas tenemos:

2.2.1. En el Código Civil

El Código Civil peruano dedica su Libro III a la regulación jurídica de la familia, donde se ocupa de regular el ejercicio de la patria potestad, de los alimentos para los miembros de la familia, tenencia y régimen de visitas respecto a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Sin embargo, en ninguna de sus normas se ocupa expresamente sobre la familia ensamblada y su protección, aunque existen normas del Código Civil que indirectamente regularían derechos de los hijos e hijas afines, al regular aspectos relacionados con el parentesco por afinidad:

- El artículo 237° del Código Civil, al regular el parentesco por afinidad señala que el matrimonio produce parentesco por afinidad de cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro, donde cada cónyuge se encuentra en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. Es decir, los hijos de uno de los cónyuges, tendrían el grado de pariente de primer grado en línea recta del otro, pero por afinidad, y este parentesco de afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce.

El parentesco por afinidad que se forma entre los hijos e hijas afines con sus padres o madres afines, produce ciertos efectos jurídicos, que permiten inferir ciertos derechos a favor de los hijos/as afines, como veremos en los siguientes puntos.

- El numeral 3) del artículo 242° del Código Civil, regula el impedimento legal que tienen los afines en línea recta para contraer matrimonio, el que se

mantiene incluso después de disuelto el vínculo matrimonial que dio origen al parentesco por afinidad, por disposición del último párrafo del artículo 237 del mismo Código.

En ese sentido, el padre afín se encuentra impedido legalmente para contraer matrimonio con su hija afín y viceversa, en todas las circunstancias, incluso después de que el matrimonio que dio origen a la familia ensamblada quede disuelto. Por lo que, en este aspecto, el hijo o hija afín gozaría del mismo status que un hijo biológico.

- El numeral 4) del artículo 274° del Código Civil, regula una sanción para los que puedan contradecir los mandatos del artículo 242°, inciso 3 del mismo Código. Por lo que, si a pesar del impedimento legal señalado, los afines en línea recta contraen matrimonio, dicho matrimonio es nulo, tal como se tratara de parientes consanguíneos. Es decir, en cuestiones matrimoniales los hijos y las hijas afines son tratados como si fueran hijos biológicos.
- Además de las normas señaladas, también vemos algunos impedimentos que tienen las personas debido al parentesco por afinidad. Por ejemplo, el artículo 688°, referido a la nulidad de disposición testamentaria; artículo 704°, referido a impedimentos del notario y artículo 705°, referido a personas impedidas de ser testigos testamentarios; entre otros que toma en cuenta el parentesco por afinidad.

2.2.2. En el Código de Niños y Adolescentes

En el Código de los Niños y Adolescentes tampoco hace referencia expresa a la familia ensamblada ni a los derechos y deberes de sus miembros, pero encontramos algunas referencias importantes que de manera indirecta regulan algunos derechos que conciernen a los padres/madres e hijos/as afines.

- **El artículo 90° del Código de Niños y Adolescentes, sobre régimen de visitas.** Señala que el régimen de visitas establecido por el Juez puede extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, incluso a terceros no parientes en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente.

Conforme a nuestra normativa, los padres que no ejercen la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos. En caso de que alguno de los padres hubiera

fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. Sin embargo, conforme al artículo 90° del Código de Niños y Adolescentes este derecho también se puede extender a los parientes afines hasta segundo grado. De modo que, siendo que entre el padre o madre afín y los hijos o hijas afines se establece un parentesco de afinidad de primer grado, el padre o madre afín tendría derecho a solicitar régimen de vistas a favor de su hijo o hija afín.

Otorgar el régimen de visitas a los padres o madres afines es muy favorable para el desarrollo armónico e integral de los/as hijos/as afines, pues en muchos casos de familias ensambladas los lazos afectivos surgidos entre padres e hijos afines, se vuelven mucho más fuertes que los propios lazos parentales nacidos de la consanguinidad.

- **Artículo 128° del Código de Niños y Adolescentes. Adopción por excepción.** Señala que en vía de excepción pueden iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, el que tenga vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar, es decir se refiere al padre o madre afín. Luego reitera que también pueden adoptar por excepción el que tenga vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.

Esta es una de las normas más claras y expresas que hace alusión al padre o madre afín en nuestra legislación, pues el que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar, es el padre o madre afín.

- a) **En la Ley N° 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.**

Esta Ley se promulga con la finalidad de prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, así como en contra de los integrantes del grupo familiar, especialmente cuando se encuentran en situación de

vulnerabilidad, que puede ser por motivos de edad o física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

Esta normativa en su artículo 7° señala que son sujetos de protección de esta ley, además de las mujeres, los miembros del grupo familiar, como los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes; padrastros, madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Por lo tanto, los hijos y las hijas afines también se encuentran bajo la protección de esta norma, como descendientes de los padres o madres afines.

En ese sentido, los padres y madres afines tienen el deber de cuidar y velar por sus hijos, y protegerlos contra cualquier acto de violencia, que pueden causar la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico y económico, que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. A partir de esta normatividad podríamos inferir que los padres y madres afines tienen el derecho-deber de cuidar de la persona y de los bienes de sus hijos o hijas afines, que son atributos de la patria potestad. Incluso sin que exista esta norma los padres y las madres afines ejercen la tenencia de hecho de sus hijos e hijas afines, generalmente proveyendo para su alimentación y demás necesidades.

b) En el Código Procesal Civil

La norma adjetiva ha regulado también ciertos aspectos del parentesco por afinidad. Por ejemplo, el numeral 3) del artículo 229° referido a las prohibiciones para declarar como testigo, pues establece que se encuentra prohibido de declarar “El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria”.

Otro claro ejemplo que tenemos es el artículo 827°, referido a la legitimidad activa en el proceso de inscripción y rectificación de partida, que en sus primeros cuatro numerales hace referencia al parentesco por afinidad, al establecer que la solicitud puede ser formulada por: “1. El representante legal del incapaz, a falta de aquél, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto

grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la rectificación de la partida de nacimiento. 2. La persona cuya partida de nacimiento se trata de rectificar, si es mayor de edad, y, si ha fallecido, por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 3. Cualquiera de los cónyuges o, por fallecimiento de éstos, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la inscripción o rectificación de la partida de matrimonio. 4. Cualquiera de los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del fallecido, para la inscripción o rectificación de la partida de defunción”.

De esta normativa se desprende que por mandato legal, el padre o la madre afín, conjuntamente con otros parientes del menor, tiene legitimidad para obrar activa, pudiendo solicitar al Juzgado la rectificación de partida de su hijo/a afín.

Lo referido en esta sección nos hace ver que nuestra legislación, si bien no ha regulado expresamente los derechos y deberes de los miembros de las familias ensambladas, hace referencias muy importantes que hacen que los derechos y los deberes de los miembros de las familias ensambladas se encuentren protegidas, sin embargo, lo mejor que se puede hacer es que se regulen de manera expresa los derechos y los deberes de los miembros de las familias ensambladas, a fin de proteger de una manera integral a estas familias y sobre todo los intereses de los menores que se encuentran viviendo en estas familias.

2.3. Las familias ensambladas en la legislación comparada

2.3.1. En Francia

La legislación francesa permite al padre biológico delegar la autoridad parental a terceras personas, como el padre afín, a través de un convenio o pacto familiar, que debe ser sometido a aprobación judicial, lo que podemos ver cuando en el artículo 289 del Código Civil francés de señala que “el Juez resolverá sobre las modalidades de ejercicio de la patria potestad o decidirá confiar al hijo a un tercero, a instancia de uno de los esposos, de un miembro de la familia o del ministerio público”. En ese sentido, en la legislación francesa se reconoce una relación legal entre padres e hijos afines.

En caso de los padres no viven juntos, el Código Civil francés en su artículo 372-2 señala que “tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor”, sin embargo “si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres” (artículo 372-2-1), pero “excepcionalmente y si el interés del niño lo exigiera, en particular cuando uno de los padres hubiera sido privado del ejercicio de la patria potestad, el juez podrá confiar el niño a un tercero, preferentemente elegido entre sus familiares” (Artículo 373-3). De esta manera, la intervención de terceras personas, entre ellos los padres o madres afines, para ejercer los atributos de la patria potestad conforme al Código Civil francés es procedente.

La norma francesa no establece de manera expresa la obligación alimentaria entre el padre o madre afín y el hijo/a afín en la familia reconstituida, sin embargo ello derivaría de las normas civiles relativa a las obligaciones del matrimonio y de los deberes de los padres para con los hijos, sin excepción ni limitaciones, pues las reglas del régimen matrimonial imponen indirectamente una contribución al mantenimiento del niño, en tanto en cuanto este tipo de deudas forman parte de las cargas del matrimonio y de las deudas domésticas, como se pueden ver en los artículo 214 y 220 y del Código Civil francés.

2.3.2. En Suiza

Países como Suiza establecen el ejercicio de la autoridad parental en el padre afín respecto de sus hijos afines, como expresión del deber matrimonial de asistencia recíproca, así el artículo 299 del Código Civil Suizo en expresa alusión a la familia ensamblada dispone como deber conyugal: “apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circunstancias lo exijan Partiendo de esta premisa legal, es que la legislación civil de este país europeo ha establecido el deber alimentario entre el padre e hijo afín, como parte del deber asistencia marital, así el artículo 278, numeral 2), del antes citado Código Civil Suizo, deja asentado que cada cónyuge debe cumplir recíprocamente con el deber alimentario del niño nacido antes del matrimonio, de manera razonable.

2.3.3. En Holanda

El libro 1 del Código Civil holandés referido al Derecho de las Personas y Derecho de Familia, en el artículo 01:395 referido al mantenimiento, ha establecido la obligación de un padrastro o madrastra, diciendo que “sin perjuicio de lo dispuesto el artículo 395-A, un padrastro o madrastra sólo durante su matrimonio o pareja de hecho registrada, tiene la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de su cónyuge o pareja registrada, y sólo en la medida en que estos niños son en realidad un miembro de su familia”.

De esta manera la legislación holandesa ha regulado como deber del esposo o pareja registrada (en caso del Perú unión de hecho reconocido e inscrito en Registro de Uniones de Hecho de SUNARP), mantener a los hijos menores del otro que vive en el hogar. Con ello nos hace ver la importancia de la familia ensamblada en Holanda, por lo que se ha podido establecer que el padre o madre afín tenga el deber de alimentar al hijo o hija afín, claro mientras dure el matrimonio o conviva con su pareja registrada, y que el hijo o la hija afín sea menor de edad.

El Código holandés ha avanzado con esta regulación, y constituye un referente para otros países que pueden regular los derechos y los deberes de los miembros de la familia ensamblada.

2.3.4. En Uruguay

El artículo 45° del Código del Niño y la Adolescencia de Uruguay ha regulado la asistencia familiar, en los siguientes términos: “El deber de asistencia familiar está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de los miembros de la misma. Bajo la denominación de alimentos, se alude en este Código a la asistencia material”. De esta manera la legislación uruguaya no considera la asistencia familiar solamente como un deber de los padres o de la familia, sino que pueden ser prestados por otras personas legalmente asimiladas a la familia, por ejemplo el caso de los padres o madres afines, quienes se integran al grupo familiar por matrimonio o relación convivencial.

El mismo cuerpo normativo, en los numerales 2) y 3) del artículo 51° regula la obligación alimentaria para los miembros de la familia ensamblada. La norma

completa dice que “los alimentos se prestarán por los padres o, en su caso, por el o los adoptantes. Para el caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario, se prestarán subsidiariamente de acuerdo al siguiente orden: 1) Los ascendientes más próximos, con preferencia los del progenitor obligado. 2) El cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario. 3) El concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho. 4) Los hermanos legítimos o naturales, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo simple”.

Como podemos ver, los numerales 2) y 3) están referidas a la prestación de alimentos para los hijos o hijas afines en las familias ensambladas de origen matrimonial o concubinaria, respectivamente, pero de manera subsidiaria. En caso de familia ensamblada de origen matrimonial, el cónyuge que se casa con una pareja cono hijos, tiene deber de brindar alimentos para los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario, y en caso de la familia ensamblada de origen concubinaria (convivencia o unión de hecho en Perú), el concubino o la concubina tiene el deber de brindar alimentos para los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho.

El Código de niños y Adolescentes de Uruguay, también ha regulado lo referido al régimen de visitas, aunque de una manera genérica. En su artículo 38° señala que “todo niño y adolescente tiene derechos a mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismo. Sin perjuicio que el Juez competente basado en el interés superior del niño o adolescente, incluya a otras personas con las que aquel haya mantenido vínculos afectados estables”. En ese sentido, al decir que todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo con las personas con las que aquel haya mantenido vínculos afectados estables, incluye a los padres y las madres afines, en razón de que en muchos casos se crea un vínculo afectivo muy fuerte entre los padres o madres afinos y los hijos/as afines, por lo que romper esa relación puede afectar al niño o adolescente emocionalmente y/o psíquicamente, por lo que en salvaguarda del interés superior del niño debería mantenerse esa relación a través del régimen de visitas.

Asimismo, el artículo 36° del Código de niños y Adolescentes de Uruguay dispone la tenencia de niños por terceros, señalando que “cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste. El Juez competente, bajo la más seria responsabilidad funcional, deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado”. Con ello se quiere decir que cualquier persona con la finalidad de garantizar el interés superior del niño puede solicitar la tenencia de éste, lo que con justa razón incluiría a los padres o madres afines con quienes viven los hijos/as afines.

2.3.5. En Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, que entró en vigencia el 01 de agosto de 2015, y prevé situaciones modernas que muchos Código de nuestra región aún no reconocen, como es el caso de parentesco en caso de reproducción asistida, los deberes y derechos de los padres e hijos afines, entre otros.

El Código Civil argentino en su artículo 529 establece que el “parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad”, luego refiriéndose sobre los alimentos entre parientes afines, en el artículo 538° señala que “entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado”. En ese sentido en Argentina su legislación reconoce expresamente el parentesco por afinidad y que en entre los parientes afines se puede otorgar los alimentos, solo hasta el pariente en línea recta de primer grado de afinidad. Es decir, sí procede entre el padre o madre afín y los hijos o hijas afines.

El Código Civil argentino en el Capítulo 7, del Título VII se refiere de manera específica sobre los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines. Señala en su artículo 672 que “se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente” y en el artículo 673 establece los deberes del progenitor afín, señalando que “el cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el

ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental”.

En su artículo 675 se refiere al ejercicio conjunto con el progenitor afín, señalando que “en caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental”.

Entre los deberes más importantes encontramos la obligación alimentaria del progenitor afín. En el artículo 676 dicha normativa señala que “la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

Como podemos ver el Código Civil y Comercial de Argentina establece denominaciones, derechos y obligaciones para quien convive con su pareja y los hijos de ésta, tanto en las uniones matrimoniales como en las uniones de hecho. En base a ello el padre afín derechos y obligaciones como:

- a) Cooperar en la crianza y educación de los hijos de su pareja. Realizar los actos cotidianos relativos a la formación del niño o niña en el ámbito doméstico, en ese sentido puede adoptar decisiones urgentes, los que llevan implícitamente las obligaciones que implica la tenencia de hijos. De esta manera el Código argentino reconoce y legitima el rol de apoyo del padre o madre afín en la

crianza de los niños y adolescentes que de hecho ejercen estos miembros en la familia ensamblada. Sin embargo, el progenitor afín no viene a ocupar el lugar del padre o de la madre, por lo que su colaboración no debe afectar en modo alguno los derechos de los progenitores, y reafirma este concepto al establecer que en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente, prevalece el criterio del progenitor.

- b) Proveer para los alimentos de su hijo afín de manera subsidiaria. Es decir, al padre o madre afín sólo podrá requerirse cuando los progenitores no cumplan con el deber de alimentar a sus hijos o lo hagan de manera insuficiente. Por ejemplo en caso de muerte del progenitor llamado a prestar alimentos.
- c) El derecho al trato y a la comunicación. Este derecho al trato y comunicación reemplaza modernamente al término tradicional de ‘visitas’, lo que puede ser reclamado por los progenitores afines en caso de disolución conyugal por muerte, divorcio o ruptura de la convivencia. También, su carácter es recíproco.

2.4. Las familias ensambladas en la jurisprudencia nacional

2.4.1. Las familias ensambladas en la jurisprudencia del Poder Judicial

A nivel del poder judicial no encontramos sentencias sobre asuntos relacionados con los derechos de los hijos o hijas afines en las familias ensambladas. Esta situación ocurre por cuanto al no existir una regulación expresa sobre los derechos y los deberes de los integrantes de las familias ensambladas, las personas que tienen este tipo de familia no presentan sus reclamos ante los Juzgados.

Tabla N° 6

Procesos de régimen de visitas frente a otros procesos, tramitados a los Juzgados de Familia de Arequipa durante los años 2015 al 2018

PROCESOS	TOTAL	
	N	%
Procesos de régimen de visitas	164	1.3
Otros procesos	11 994	98.7
TOTAL	12 158	100.0

FUENTE: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

2.4.2. Las familias ensambladas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En el Perú las relaciones familiares establecidas entre los miembros de las familias ensambladas no se encuentran reguladas, por lo que no se encuentran establecidos los deberes ni las obligaciones que deben cumplir los padre/madres afines frente a sus hijos/as afines, y viceversa Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha venido supliendo algunos de estos vacíos a través de su jurisprudencia.



2.4.2.1. Sentencias del Tribunal Constitucional referida a las familias ensambladas

Tabla N° 7

Sentencias del Tribunal Constitucional sobre las familias ensambladas

N° ORDEN	NÚMERO DE EXPEDIENTE	MATERIA
01	Exp. N° 09332-2006-PA/TC, Caso Shols Pérez, del 03-11-2007.	Resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por Shols Pérez contra la Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo que cuestiona la negativa del Centro Naval del Perú de otorgarle carnet familiar a su hijastra.
03	Exp. N° 02478-2008-PA/TC, Caso Caytairo Palma, del 11-05-2009	Resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por Caytairo Palma contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declaró improcedente la demanda de amparo que cuestiona la designación del Presidente del Comité Electoral de APAFA de la Institución Educativa Precursores de la Independencia de la Policía Nacional del Perú, por ser el recurrente padrastro y no padre de la estudiante.
03	Exp. N° 04493-2008-PA/TC, Caso De la Cruz Flores, del 30-06-2010	Resuelve un recurso de agravio constitucional interpuesto por De la Cruz Flores contra la sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró improcedente la demanda de amparo que cuestiona considerar a los hijos afines como carga familiar para determinar pensión de alimentos.
04	Exp N.° 01204-2017-PA/TC, Caso Manuel Andrés Medina Menéndez, del 01-10-2018	Resuelve un recurso agravio constitucional interpuesto por don Manuel Andrés Medina Menéndez contra resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta en contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provías Nacional), solicitando se deje sin efecto el despido fraudulento del que fue objeto y en consecuencia, se lo reponga en el cargo de jefe de Recursos Humanos.

FUENTE: Elaborado en base a los expedientes: Exp. N° 09332-2006-PA/TC, Exp. N° 02478-2008-PA/TC, Exp. N° 04493-2008-PA/TC, Exp N.° 01204-2017-PA/TC, 2018

En la Tabla N° 07 se muestra las 04 sentencias del Tribunal Constitucional que hasta la fecha se han referido a las familias ensambladas, pues son las únicas que se han ocupado sobre algunos aspectos relacionados con los derechos de los miembros de las familias ensambladas.

Mediante estas sentencias el Tribunal Constitucional, en su condición de máximo intérprete de la Constitución, nos muestra la evolución que ha sufrido la familia, señalando que la familia nuclear ha sido rebasada por la situación de hecho de las familias, pues existen otras estructuras familiares que también encuentran amparo en la Constitución, como es el caso de las familias reconstituidas o ensambladas.

En las indicadas sentencias el Tribunal Constitucional nos muestra que las familias ensambladas encuentran fundamento jurídico en el artículo 4° de la Constitución, aunque no estén regulados expresamente. Asimismo nos hace ver la posibilidad de regular los roles que deben cumplir los miembros de las familias ensambladas, toda vez la falta de una regulación expresa afecta sobre todo a los niños y adolescentes que viven en el seno de estas familias.

A continuación pasaremos a analizar cada una de las sentencias del Tribunal Constitucional a fin de encontrar sustento a favor de la regulación de los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas.

2.4.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, caso Shols Pérez

Tabla N° 8

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 09332-2006-PA/TC

SALA : SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE : 09332-2006-PA/TC MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO CASO : REYNALDO ARMANDO SHOLS PÉREZ		
POSTULACIÓN	PROCESO	FALLO
<p>PRETENSIÓN Con fecha 23 de setiembre de 2003, el Sr. Shols Pérez interpone demanda de amparo contra el Centro Naval del Perú, solicitando se le otorgue a su hijastra Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija más no un pase de invitada especial, caso contrario constituiría un acto discriminatoria hacia el actor en su condición de socio, afectándose su derecho a la igualdad.</p> <p>RECURSO DE AGRAVIO El recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sr. Shols Pérez es contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 03 de agosto de 2006, que declara improcedente su demanda de amparo.</p> <p>FUNDAMENTOS DE HECHO El caso tuvo su origen en la demanda de amparo interpuesta por el Sr. Shols Pérez en contra del Centro Naval del Perú, por cuanto este Centro le había negado otorgarle carnet familiar a su hijastra, hija de su actual esposa la señora María Moscoso, argumentando que dicha menor de edad no es hija biológica del asociado, por lo que correspondería otorgarle un pase de invitada especial.</p>	<p>El Juez de primera instancia declaró infundada la demanda, argumentando que en el estatuto del club demandado, no existe regulación sobre el derecho a carnet de los hijastros, por lo el demandante no tendría derecho a que su hijastra reciba un carnet familiar.</p> <p>Shols Pérez apela, pero el Juez de Segunda Instancia resuelve declarar improcedente la demanda, pues considera que la menor directamente afectada sería la que haga valer su derecho, pues el demandante al no ser padre biológico de la menor no tiene legitimidad para obrar ni sería representante legal de la menor.</p> <p>Contra la indicada resolución el recurrente interpone recurso de agravio constitucional. El Tribunal Constitucional admite la demanda con la finalidad de otorgarle tutela jurisdiccional efectiva al actor y actuando en estricto respeto del deber constitucional de protección de la familia, declara fundada la demanda de amparo.</p>	<p>El Tribunal Constitucional, analizando desde un punto de vista constitucional y en defensa de la familia, resuelve declarar Fundada la demanda, debiendo reponerse las cosas al estado anterior a la afectación producida por la Asociación.</p> <p>En consecuencia, ordena a la demandada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.</p>

FUENTE: Elaborado en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente: 09332-2006-PA/TC.

En la Tabla N° 08 presentamos la matriz de análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el N° 09332-2006-PA/TC, caso Shols Pérez, a partir de ella podemos decir:

1. Antecedentes

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia del Expediente N° 09332-2006-PA/TC, en el caso Shols Pérez, se pronuncia por primera vez sobre las familia ensambladas, pues antes de esta sentencia no encontramos ningún pronunciamiento sobre la materia.

El caso se genera a raíz de que el Centro Naval del Perú le niega otorgar un carné familiar a la hija afín de don Reynaldo Armando Shols Pérez, socio del indicado Centro Naval, argumentando que no se puede entregar el mencionado carné a la menor, por cuanto no es hija biológica.

Esta situación es considerada por Shols Pérez como discriminatoria, por cuanto la menor a quien se le niega otorgarle el carnet familiar es su hija afín, hija de su actual esposa, habida en un compromiso anterior, por lo que interpone demanda de amparo en contra del Centro Naval del Perú.

El Juez de primera instancia declara infundada la demanda, argumentando que en el Estatuto del Club demandado no existe regulación sobre los derechos de los hijastros al carné, por lo que considera que no le asiste derecho a la hija afín recibir el mencionado carné.

Shols Pérez al no encontrarse conforme con la sentencia de primera instancia interpone recurso de apelación. El Juez de Segunda Instancia declara improcedente la demanda, pues considera que la menor en mención sería la directamente afectada, por lo tanto ella sería la que debe hacer valer su derecho, más no el demandante, quien no tendría legitimidad para obrar, toda vez que no es su padre biológico ni representante legal de la menor.

Ante la resolución de segunda instancia, Shols Pérez interpone recurso de agravio constitucional cuya sentencia es materia del presente comentario. Donde el Tribunal Constitucional, analizando desde una perspectiva constitucional y sentido proteccionista de la familia, declara fundada la demanda de amparo, ordenando a la demandada no realizar distinción alguna entre el trato que reciben los hijos biológicos del demandante y su hijastra.

2. Análisis del caso

En esta sentencia el Tribunal Constitucional analiza algunos aspectos de mucha importancia:

- **Respecto a la supuesta de falta de legitimidad del demandante.**

Frente a este argumento desarrollado por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima el Tribunal Constitucional ha señalado que “es claro que el recurrente, al ser socio titular de la Asociación, goza de ciertos derechos y obligaciones. Entre los derechos se encuentra el de solicitar carnés para su cónyuge e hijos. En tal sentido, comprende el actor que al denegársele el carné solicitado para su hijastra, cuando a otros socios sí se les ha hecho entrega de carné para sus hijastros, se materializa un trato diferenciado que no es sostenible bajo ningún criterio razonable. Es aquí donde claramente se aprecia el hecho generador de la supuesta lesión del actor, verificándose con ello la legitimidad para obrar del demandante” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC. FJ. 3).

De esta manera para el Tribunal Constitucional los padrastros tienen legitimidad para obrar en un proceso donde se defiende derechos de los hijos/as afines, y agrega que para ello, además deben tomarse en cuenta los principios de protección de la familia y el derecho a fundar la familia, pues “esto último no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Tal facultad ha sido reconocida por tratados internacionales de derechos humanos, referidos en los fundamentos precedentes (supra 4 y 5), los que han pasado a formar parte del derecho nacional, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC. FJ 19).

De esta manera, conforme a la sentencia en análisis, el derecho de fundar y proteger una familia serían las que habilitan al demandante, así como a todo padre o madre afín para defender los derechos de los integrantes de la familia ensamblada, sobre todo de los hijos/as afines, por lo que, sin que exista vínculo consanguíneo, el padre afín puede asumir válidamente la

defensa de la hija o hijo afín frente a cualquier autoridad jurisdiccional, civil o administrativa.

- **Sobre el modelo de familia**

El Tribunal Constitucional señala que el artículo 4° de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad, por lo que el Estado y la comunidad están obligados a prestarle protección. Asimismo, señala que el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y que la familia constituye un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Señala que desde una perspectiva constitucional la familia al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, debido a los “cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC. FJ. 7).

- **Sobre la familia reconstituida o ensamblada**

En nuestro país no se puede hablar de un solo tipo de familia. Así, las familias ensambladas son un tipo de organización familiar del cual la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional aún no se han ocupado cabalmente.

La doctrina nacional es muy escasa en el desarrollo de estos conceptos, a pesar que en nuestros tiempos, tanto los matrimonios y las uniones de hecho, con hijos de por medio, con mucha frecuencia terminan separándose, para

luego formar nuevas familias en segundas nupcias, generándose así las familias ensambladas.

Es por ello que muchas parejas con hijos de un compromiso anterior, han reiniciado nuevas relaciones de pareja y se han unido en nuevas nupcias a una nueva pareja, formando así familias ensambladas, sobre cuyos derechos nuestra legislación no ha regulado.

La situación de las familias ensambladas tampoco ha sido abordada por los jueces ordinarios. En la sentencia analizada recién el Tribunal Constitucional, por primera vez, se ha pronunciado señalando que en nuestra realidad “no existe un acuerdo en doctrina sobre el numen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC, FJ. 8), dejándonos entender que aun no existe un nombre específico de este tipo de familias, sin embargo preferiremos utilizar la denominación familia ensamblada porque es la que más se usa a nivel de la escasa doctrina que existe, así como el mismo Tribunal Constitucional lo utiliza.

El Tribunal Constitucional también resalta que estas estructuras familiares tiene una propia configuración que es diferente a las familias formadas por parejas solteras y sin hijos, lo que implica una diversidad de deberes y derechos que se establecen dentro de estas familias. Por ello el Tribunal señala que “las relaciones entre padrastrós o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237° del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242° del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada

por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional” (Exp. N° 09332-2006-PA/TC. FJ. 10).

De esta manera el Alto Tribunal nos hace entender que en las familias ensambladas la relación de parentesco entre los padres/madres afines y sus hijos/as afines es uno de afinidad, por lo que serían aplicables las mismas prohibiciones y los beneficios que el Código Civil establece para este tipo de relación, por cuanto en nuestra legislación no está regulada específicamente las familias ensambladas.

En base a ello, el mismo Tribunal precisa que “queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC, FJ. 11).

Lo que nos hace ver que sin que sea necesario suspender la patria potestad de los padres/madres biológicos, los hijos y las hijas afines tendrían ciertos derechos y deberes dentro de esta nueva familia, las cuales aún no se encuentran reguladas.

- **La defensa de los fines de la familia ensamblada.**

El Tribunal Constitucional señala que “desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en

doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC. FJ 7).

En ese sentido, el tribunal Constitucional considera que nuestra Constitución no ampara solamente la familia nuclear, sino a todo tipo de familia, entre ellos las familias ensambladas, a pesar que nuestra legislación no haya regulado, y que sin embargo tienen sus propios fines, al que es fundar y proteger la familia. Entre estos fines está ejercer todos los deberes y obligaciones de los padres frente a sus hijos, sin distinguir si son propios del nuevo compromiso o son aquellos que los miembros integrantes hayan procreado en un compromiso anterior.

Por ello el mismo Tribunal señal que en estos contextos “el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación [entre hijos biológicos y afines] deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC. FJ 14).

Sin embargo, consideramos que el Tribunal Constitucional pudo haber incluido algunos puntos de importancia para la defensa de los derechos de la menor, de los niños y adolescentes en forma general, tales como el principio del interés superior del niño y el derecho de un menor a vivir en una familia, a fin de otorgarle una protección Integral de los niños y adolescentes.

2.4.2.3. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N°. 02478-2008-PA/TC, Caso Cayturo Palma

Tabla N° 9

Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02478-2008-PA/TC. Caso Cayturo Palma

SALA : SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE : 02478-2008-PA/TC MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO CASO : ALEX CAYTURO PALMA		
POSTULACIÓN	PROCESO	FALLO
<p>Pretensión Alex Cayturo Palma interpone demanda de amparo contra don José Orbegoso Saldaña, Director de la Institución Educativa Particular Precursores de la Independencia de la Policía Nacional del Perú, y contra don Alberto Mendoza Ascencios, Presidente del Comité Electoral designado para el nombramiento del Comité de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia (APAFA) de la referida Institución Educativa, con la finalidad de que se suspendan las elecciones tendientes a elegir al mencionado comité para el periodo 2008 – 2009.</p> <p>Asunto del recurso de agravio El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alex Cayturo Palma es en contra de la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, del 30 de octubre de 2007, que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta.</p> <p>Fundamentos de hecho Interpone su pedido bajo el argumento de que se ha designado como presidente del citado Comité a Alberto Mendoza Ascencios que es ajena a la Institución Educativa y a la APAFA, que sería una injerencia inaceptable y vulneraría el derecho a la libertad de asociación. El demandado José Orbegoso Saldaña contesta señalando que se nombró al mencionado Comité Electoral a través de un sorteo entre sus asociados, con asesoramiento de la ONPE y personal de la asociación Transparencia. El demandado Alberto Mendoza Ascencios contradice la demanda, manifestando que es apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C. matriculados en el mencionado Colegio, quienes son hijos de su conviviente y por lo tanto, le asiste el derecho de ocupar dicho cargo.</p>	<p>En primera instancia, el Juez declara improcedente la demanda, amparándose en lo dispuesto por el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, por considerar que las actuaciones entre particulares están fuera del ámbito de aplicación del derecho al debido proceso.</p> <p>Apelada la sentencia, la Sala Superior confirma la sentencia de primera instancia, amparándose en lo establecido por el numeral 1) del artículo 5° y el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, aunque discrepa con el Juez de Primera Instancia sobre el argumento de que el debido proceso no es aplicable a controversias entre privados.</p> <p>En ese sentido, Alex Cayturo Palma interpone recurso de agravio constitucional por ante el tribunal Constitucional, siempre cuestionando el hecho de que se haya designado a don Alberto Mendoza Ascencios como presidente del Comité Electoral, pese a que, se trata de una persona completamente ajena tanto a la APAFA como a la Institución Educativa.</p>	<p>El Tribunal Constitucional declara infundada la demanda, manifestando que el recurrente cuestiona el hecho de que se haya designado a don Alberto Mendoza Ascencios como presidente del Comité Electoral, que sería ajena tanto a la APAFA como a la Institución Educativa Precursores de la Independencia Nacional de la Policía Nacional del Perú.</p> <p>El Tribunal Constitucional considera que dicha afirmación carece de sustento, pues el emplazado don Alberto Mendoza Ascencios ha acreditado fehacientemente ser apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C., quienes si bien no son sus hijos biológicos, son hijos de su conviviente y cuya educación asume, razón por la cual le asiste el derecho a ser elegible para ocupar dicho cargo.</p>

FUENTE: Elaborado en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente: 02478-2008-PA/TC.

En la Tabla N° 09, observamos la matriz de análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02478-2008-PA/TC, caso Caytuiro Palma, que a continuación revisamos con mayor detalle:

1. Antecedentes

En el Expediente N° 02478-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un nuevo caso de familias ensambladas.

Este proceso se origina a través de la demanda de amparo que interpone Alex Caytuiro Palma en contra de José Orbegoso Saldaña, Director de la Institución Educativa Particular “Precursores de la Independencia” de la Policía Nacional del Perú, y en contra de Alberto Mendoza Ascencio, Presidente del Comité Electoral designado para el nombramiento del comité de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia (APAFA) de dicha Institución Educativa, con la finalidad de que se suspendan las elecciones tendientes a elegir al mencionado comité para el periodo 2008—2009.

Caytuiro Palma argumenta que se ha designado como presidente del citado Comité a una persona ajena a la Institución Educativa y a la APAFA, como es el caso del señor Mendoza Ascencio, lo que constituiría una injerencia inaceptable y vulneratorio de su derecho a la libertad de asociación.

El demandado Alberto Mendoza Ascencios contradice la demanda, manifestando básicamente que es apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C. matriculados en el año 2006 en el mencionado colegio, quienes son hijos de su conviviente y por lo tanto, le asiste el derecho de ocupar dicho cargo.

Frente a la demanda, José Orbegoso Saldaña, Director de la Institución Educativa en referencia, contesta la demanda señalando que la Asamblea decidió vacar al actual demandante del cargo que ostentaba como miembro del Consejo Directivo de la APAFA y procedió a nombrar al Comité Electoral, que en esta demanda se cuestiona, a través de un sorteo entre sus asociados, con asesoramiento de la ONPE y personal de la asociación Transparencia. Asimismo, el demandado Alberto Mendoza Ascencios

contesta la demanda manifestando que es apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C., matriculados en la Institución Educativa en referencia, los mismos que son hijos de su conviviente y por lo tanto, le asiste el derecho de ocupar dicho cargo.

En primera instancia, el juez del Segundo Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte declara improcedente la demanda, por considerar que las actuaciones entre particulares están fuera del ámbito de aplicación del derecho al debido proceso. Apelada la sentencia, la Sala Superior confirma la sentencia, haciendo constar que discrepan respecto que el debido proceso no sea aplicable a una controversia entre privados.

Cayturo Palma, al no encontrarse con lo resuelto por la Sala, recurre ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional, la misma que es declarada infundada.

2. Análisis de la sentencia

La sentencia que se ha emitido en el presente proceso es bastante puntual, donde el tribunal Constitucional resuelve de una manera directamente el cuestionamiento que hace el demandante Cayturo Palma la designación de don Alberto Mendoza Ascencios como presidente del Comité Electoral, de la APAFA de la Institución Educativa “Precursores de la Independencia Nacional” de la Policía Nacional del Perú, considerando que este sería completamente ajeno a la Institución Educativa y la APAFA referidas.

Respecto al argumento desarrollado por el demandante, el Tribunal Constitucional señala que este “carece de sustento, pues el emplazado don Alberto Mendoza Ascencios ha acreditado fehacientemente ser apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C., quienes si bien no son sus hijos biológicos, son hijos de su conviviente y cuya educación asume, razón por la cual le asiste el derecho a ser elegible para ocupar dicho cargo” (STC, Exp. N° 02478-2008-PA/TC, FJ. 3).

De esta manera el Tribunal Constitucional reconoce a don Alberto Mendoza Ascencios, el derecho de elegir y ser elegido miembro del Comité Electoral,

de la APAFA de la Institución Educativa “Precursores de la Independencia Nacional” de la Policía Nacional del Perú, en su condición de apoderado de hijos afines de iniciales K.F.C. y D.F.C., que si bien no son sus hijos biológicos, son hijos de su conviviente y cuya educación asume. Ello es así, porque para el Tribunal Constitucional, como ya ha señalado en la sentencia del Exp. N° 09332-2006-PA/TC (F. 8), la Constitución reconoce un concepto amplio de familia, y en el caso de Alberto Mendoza Ascencios se trata de una familia reconstituida o ensamblada, donde sus miembros también tienen sus derechos y deberes con caracteres especiales.

Con ello, el Tribunal Constitucional, reconoce las relaciones paternas filiales que se origina dentro de una familia ensamblada o reconstituida, como es el caso del padre/madre afín de representarlos legítimamente a sus hijos/as afines, y de los hijos/as afines de ser representados por sus padres/madres afines. Por lo que un padre o una madre afín si estaría legitimado para representar legítimamente a sus hijos/as afines ante cualquier autoridad.

En la misma sentencia, el Tribunal ha desarrollado reitera el concepto de la familia ensamblada, señalando que estas son “familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (STC, Exp. Nro. 02478-2008-PA/TC. FJ. 4). Por ello, es que el Tribunal Constitucional considera legítimo que Alberto Mendoza Ascencios asuma su labor de padre en la Asociación de la Institución Educativa en Mención, por cuanto está demostrado que en su condición de padre afín es quien asume el cuidado de sus hijos afines.

Esta sentencia es bastante corta, sin embargo es muy importante, por cuanto nos muestra la protección que se le debe dar a las familias ensambladas, reconociendo los derechos y los deberes que se establecen entre sus miembros, como en este caso del padre afín con sus hijos afines. Por ello, como señala Calderón (2014), a través de esta sentencia “el Tribunal

Constitucional protege a la organización familiar y a la vida familiar originada en este núcleo ensamblado, vislumbrando que no se ha afectado ningún derecho del demandante, toda vez que está probado en autos, que el padre afín ha asumido el cuidado de sus hijos afines, cuya educación asume, teniendo por lo tanto, legitimidad para ser apoderado de los mismos, lo cual deja asentado bases importantes respecto al tema de representación de los hijos afines por parte del padre afín” (p. 78).



2.4.2.4. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC, Caso De La Cruz Flores

Tabla N° 10

Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC.

SALA : PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE : 04493-2008-PA/TC MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO CASO : LENY DE LA CRUZ FLORES		
POSTULACIÓN	PROCESO	FALLO
<p>Pretensión Leny De La Cruz Flores interpone demanda de amparo contra el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de San Martín y el Juez Provisional del Juzgado Especializado en Familia de Tarapoto-San Martín, que emitió la Sentencia del 02 de abril de 2007, que determinó fijar una pensión de alimentos en favor de la menor hija de Jaime Walter Alvarado Ramírez y la demandante, ascendente al 20% de la remuneración de éste.</p> <p>Asunto del recurso de agravio El recurso de agravio constitucional interpuesto por Leny de la Cruz Flores es en contra de la Sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 26 de junio de 2008, que declaró improcedente la demanda de amparo.</p> <p>Fundamentos de hecho El demandante fundamenta su demanda en la vulneración al debido proceso, cuestiona una sentencia emitida en un proceso de alimentos, en la cual el Juez de segunda instancia consideró como deberes familiares del demandado atender a su conviviente y a sus tres hijastros (hijos afines).</p>	<p>En el proceso de alimentos, el Juez de primera instancia ordenó que el demandado acudiera a su hija biológica habida con la demandante con el 30% de sus ingresos, considerando que no tenía otra obligación sino con su hija biológica solamente.</p> <p>El demandado apela la sentencia, donde el Juez de segunda instancia revoca la sentencia en el extremo que fija el porcentaje y reformando reduce al 20% el monto de la pensión de alimentos con que debe acudir el demandado, manifestando que se ha verificado que el demandado además de su hija biológica, tenía otros deberes familiares con su actual conviviente y los tres hijos de la misma, quienes también tendrían derecho a ser acudidos por el padrastro.</p> <p>Frente a ella es que la demandante interpone la demanda de amparo. La misma que en primera instancia es declarada improcedente, argumentando que conforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones serían los procesos de reducción, aumento o exoneración de alimentos y de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y no el proceso de amparo, por cuanto atendiendo casos como este se desnaturalizaría el carácter de urgencia, extraordinario, residual y sumario de este proceso. En segunda instancia es confirmada y frente a ella se interpone el presente recurso de agravio.</p>	<p>El Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo por no haber sido motivada correctamente la Sentencia, señalando que se observa que el Juzgado de Familia de San Martín-Tarapoto, no cumplió con motivar adecuadamente la sentencia de fecha 2 de abril de 2007. Específicamente se aprecia la falta de motivación al considerar sin mayor argumentación o estudio de los medios probatorios, que la conviviente y los hijos de ésta constituyen un deber familiar para Jaime Walter Alvarado Ramírez</p>

FUENTE: Elaborado en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente: 04493-2008-PA/TC.

En la Tabla N° 10, observamos la matriz de análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC, Caso De La Cruz Flores.

1. Antecedente

En el Expediente N° 04493-2008-PA/TC, el tribunal Constitucional se pronuncia nuevamente sobre un caso referido a las familias ensambladas, de una manera más amplia.

Este proceso se origina a raíz de la demanda de amparo interpuesta por doña Leny de la Cruz Flores, contra el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de San Martín y el Juez Provisional del juzgado Especializado en Familia de Tarapoto-San Martín, denunciando la vulneración al debido proceso, por cuanto en la sentencia emitida en un proceso de alimentos, el Juez de segunda instancia consideró como deberes familiares del demandado atender a su conviviente y a sus tres hijastros.

En el indicado proceso de alimentos, el Juez de primera instancia ordenó que el demandado acudiera a su hija biológica habida con la demandante con el 30% de sus ingresos, considerando que no tenía otra obligación sino con su hija biológica solamente. Sin embargo, al ser apelada dicha sentencia, el Juez Provisional del juzgado Especializado en Familia de Tarapoto-San Martín, actuando como Juez de segunda instancia, revocó el extremo que fijaba el porcentaje de la pensión de alimentos y reformando reduce al 20% el porcentaje del monto de la pensión de alimentos con que debe acudir el demandado, argumentando que se había verificado que el demandado además de su hija biológica, tenía otros deberes familiares con su actual conviviente y los tres hijos de la misma, quienes también tendrían derecho a ser acudidos por el padrastro.

Es por ello que la demandante interpone la demanda de amparo que analizamos. La misma que en primera instancia es declarada improcedente, argumentando que conforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones serían los procesos de reducción, aumento o exoneración de

alimentos y de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y no el proceso de amparo, por cuanto atendiendo casos como este se desnaturalizaría el carácter de urgencia, extraordinario, residual y sumario del proceso de amparo. Al ser recurrida dicha sentencia, la Sala confirma la sentencia, argumentando que la pensión se redujo en virtud de la carga familiar que asume el obligado, pues tiene conviviente y tres hijos de esta a los que también tiene que mantener, por lo que la reducción de alimentos efectuada por la Sala que resolvió el proceso de alimentos es prudencial, encontrándose dentro del marco de la equidad establecido en el artículo 481 del Código Civil.

Frente a ella, la demandante recurre al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional, quién declara fundada la demanda de amparo por no haber sido motivada correctamente la Sentencia.

2. Análisis de la sentencia

El Tribunal Constitucional señala que el matrimonio no es la única manera de generar la familia, por lo que nuestra Constitución recoge como conceptos distintos la familia y el matrimonio. Señala que “en lo que respecta a la familia, siendo un instituto constitucional, ésta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del paterfamilias. Consecuencia de todo ello es que se hayan generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las familias de hecho, las monopaternales o las reconstituidas” (STC, Exp. N°. 04493-2008-PA/TC, FJ. 8).

Para el tribunal Constitucional no es que la familia se encuentre en una etapa de descomposición, sino se encuentra en transformación, donde la familia se viene adaptando a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población, por lo que en las diferentes situaciones que se planteen, se “debe tomarse en cuenta que los acelerados cambios sociales pueden generar una brecha entre la realidad y la legislación, provocando

vacíos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, frente a conflictos intersubjetivos que versen sobre las nuevas estructuras familiares, los jueces tendrán que aplicar los principios constitucionales a fin de resolverlos, interpretando la legislación también en función de la realidad, y por consiguiente brindando la paz social que es tarea prevalente del derecho” (STC, Exp. N°. 04493-2008-PA/TC. FJ. 9).

En ese sentido, frente a situaciones nuevas que se planteen en el ámbito del derecho de familia, como es el caso de los problemas en las familias ensambladas, el Juez ordinario por mandato del numeral 8 del artículo 139 de la Constitución tiene la obligación de “no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”, principio que ha sido reforzado por el tribunal constitucional a través de la presente sentencia.

En esta sentencia, respecto a las familias ensambladas, el Tribunal Constitucional constata que “en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructura familiar. Así, por ejemplo, no se ha determinado si deben existir o no obligaciones y derechos entre los padres afines (progenitores sociales, padres no biológicos) y los hijos afines. Es por ello que el caso referido supra, fue resuelto sobre la base de la interpretación de principios constitucionales. Y es que a falta de reglas expresas, a partir de los principios constitucionales pueden inferirse reglas a fin de dilucidar el conflicto intersubjetivo de relevancia jurídico-constitucional” (STC, Exp. N° 04493-2008-PA/TC, FJ. 18).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional reitera que “existe un vacío legal que aún no ha sido llenado por la legislación, recayendo dicha responsabilidad sobre la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también, la ordinaria especializada en materia de familia. Y es que, tal como lo explicita el artículo 139, numeral 8 de la Constitución, el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tales casos, el juez debe recurrir a los principios constitucionales a fin de elaborar una posición jurisprudencial que cumpla con resolver el conflicto intersubjetivo de manera justa y atendiendo a la realidad social. Así, queda por determinarse si es que los

alimentos de los hijos afines pueden serle exigibles a los padres sociales. O dicho de otra manera ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?” (STC, Exp. N° 04493-2008-PA/TC, FJ. 20).

De esta manera el Tribunal Constitucional Constata que en nuestro país no existe una regulación sobre las familias ensambladas, sobre los deberes y derechos de los miembros de las familias ensambladas, ni la jurisprudencia ordinaria no se ha pronunciado al respecto. Sin embargo, en los procesos judiciales de ninguna manera se puede dejar de administrar justicia, pues para ello están los principios constitucionales.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional señala que en vista que “en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituídas, es factible recurrir a la doctrina o al derecho comparado a fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional. Así, por ejemplo en doctrina comparada se señala que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior” (STC, Exp. N° 04493-2008-PA/TC, FJ. 21). Señala también que “a manera de ejemplo, podemos citar lo establecido en el artículo 278, numeral 2), del Código Civil suizo, cuando señala que cada cónyuge debe cumplir recíprocamente con el deber alimentario del niño nacido antes del matrimonio, de manera razonable”. Si bien en este ejemplo se circunscribe la figura al cónyuge y no al conviviente, es de recordarse que estas referencias son orientaciones a partir de las cuales el juez puede, en concordancia con los principios constitucionales nacionales, definir algún tipo de regla” (STC, Exp. N° 04493-2008-PA/TC, FJ. 21).

De igual manera, refiriéndose específicamente a los alimentos, señala que “debe quedar enfáticamente establecido que, sea la opción por la cual se incline la relación afín o social no implica de modo alguno que los padres biológicos puedan dejar de cumplir con sus deberes alimentación o signifique la pérdida de la patria potestad de estos” (STC, Expediente N° 09332-2006-PA/TC).

De esta manera, el Tribunal Constitucional deja claramente establecido que existe la necesidad de regular las familias ensambladas, las relaciones que se establecen entre sus miembros y los derechos y deberes que nacen para sus miembros. Queda claro que los padres y las madres afines tendrían obligación frente a sus hijos/as afines, como es el caso de proveerles los alimentos, entendido como “lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente” (CNA, 2000, artículo 92°).

Muy a pesar que el Tribunal Constitucional argumenta de manera correcta sobre las familias ensambladas y los derechos y deberes de sus miembros, la presente demanda es declarada infundada, por cuanto considera que en la sentencia recurrida “se observa que el Juzgado de Familia de San Martín-Tarapoto, no cumplió con motivar adecuadamente la sentencia de fecha 2 de abril de 2007. Específicamente se aprecia la falta de motivación al considerar sin mayor argumentación o estudio de los medios probatorios, que la conviviente y los hijos de ésta constituyen un deber familiar para Jaime Walter Alvarado Ramírez” (STC, Exp. Nro. 04493-2008-PA/TC. FJ. 32).

Habiendo declarado fundada la demanda de amparo, declara “nula la Resolución N° 12, de fecha 2 de abril de 2007, emitida por el Juzgado de Familia de San Martín-Tarapoto, en el Expediente 2007-2010 y nullos los actos realizados con posterioridad emanados o conexos a la resolución que se invalida, debiendo emitirse nueva decisión conforme a las consideraciones precedentes” (STC, Exp. N°. 04493-2008-PA/TC, Parte resolutive). Con ello, el Tribunal estaría ordenando al Juez del proceso de alimentos expedir nueva sentencia, teniendo en cuenta los fundamentos desarrollados en esta sentencia.

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional señala que, “como se aprecia de la sentencia cuestionada, no se sustenta en fundamento alguno por qué es que la unión de hecho implica un deber familiar. Da por entendido que ello es así, y en consecuencia reduce el monto que por alimentos recibirá la hija biológica de Jaime Walter Alvarado Ramírez. Si bien la interrogante planteada no tiene una respuesta sencilla, es evidente que la opción, sea esta

en un sentido negativo o afirmativo tendrá que ser suficientemente argumentada, más aun cuando la legislación no establece regulación expresa sobre la materia, lo que obliga al juez a motivar de manera más prolija y cuidadosa su decisión. Por el contrario, la magra argumentación desarrollada, haciendo parecer lo no argumentado como algo evidente, termina por vulnerar el derecho fundamental a la debida motivación [art. 139, numeral 5]” (STC, Exp. N°. 04493-2008-PA/TC, FJ. 26).

Sin embargo, como señala Calderón (2014), independientemente de que estemos o no de acuerdo con los fundamentos del Tribunal Constitucional para amparar la demanda de amparo, la importancia de este pronunciamiento no radica en un tema de falta de motivación de la sentencia recurrida, sino que la importancia de esta sentencia encontramos en los siguientes:

“i.- Por primera vez el Tribunal Constitucional trató el tema del derecho alimentario entre hijos y padres afines, recurriendo para ello a la doctrina y legislación comparada, como la autora Gilda Ferrando y el Código Civil Suizo, que establece que los padres afines pueden compartir la responsabilidad alimentaria frente a sus hijos afines como parte del deber de asistencia matrimonial. En efecto, cita el Tribunal en el fundamento 21 de la sentencia, que puede tenerse por ejemplo lo expuesto por cierta doctrina comparada, en cuanto indica que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior.

ii.- Si bien las uniones de hecho no generan deberes matrimoniales como el deber de asistencia recíproca, el Tribunal se pronuncia al respecto haciendo extensiva esta figura para los concubinos, al manifestar que si bien en este ejemplo se circunscribe la figura al cónyuge y no al conviviente, es de recordarse que estas referencias son orientaciones a partir de las cuales el juez puede, en concordancia con los principios constitucionales nacionales, definir algún tipo de regla (Fundamento 21).

iii.- Asimismo en esta sentencia se hace alusión al carácter subsidiario, característica de la obligación alimentaria entre parientes afines, al señalar el Tribunal que en todo caso, debe quedar enfáticamente establecido que, sea la opción por la cual se incline la relación afín (lo social no implica de modo alguno que los padres biológicos puedan dejar de cumplir con sus deberes alimentación o signifique la pérdida de la patria potestad de estos. (Fundamento 22)” (pp. 80-81).



2.4.2.5. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01204-2017-PA/TC, Caso Medina Menéndez

Tabla N° 11

Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01204-2017-PA/TC, Caso Medina Menéndez

SALA : PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE : 01204-2017-PA/TC MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO CASO : MANUEL ANDRÉS MEDINA MENÉNDEZ		
POSTULACIÓN	PROCESO	FALLO
<p>PRETENSIÓN Medina Menéndez interpone demanda de amparo contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provías Nacional), solicita que se deje sin efecto el despido fraudulento del que fue objeto y en consecuencia, se le reponga en el cargo de jefe de Recursos Humanos, alegando la vulneración de su derecho al trabajo, a la familia y su protección, al debido proceso, y a la igualdad ante la ley y no discriminación.</p> <p>RECURSO DE AGRAVIO Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Andrés Medina Menéndez contra la resolución de fojas 786, de fecha 13 de octubre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.</p> <p>FUNDAMENTOS DE HECHO El Tercer Juzgado Constitucional de Lima acumulando a otro proceso conexo existente, resuelve declarar infundadas las demandas interpuestas, por considerar que ha presentado medio probatorio alguno que demuestre la violación de los derechos alegados y que se ha respetado el debido procedimiento en sede administrativa. Apelada la resolución, la Sala revoca, y reformándola declaró improcedente la demanda, señalando que existe una vía igualmente satisfactoria para hacer valer los derechos invocados.</p>	<p>El demandante señala que mediante la Carta de despido 002-2010-MTC/20, del 3 de marzo de 2010, al demandante se le imputó haber permitido, en su condición de jefe de la Unidad de Recursos Humanos: a) el pago de primas de salud a la Empresa Prestadora de Salud Pacífico S. A. por personal sin vínculo laboral con Provías Nacional, b) haber suscrito el formato en blanco de Provías Nacional al Programa de Salud Pacífico, atribuyéndose la calidad de representante legal de dicha entidad y c) haber declarado y registrado como derechohabiente, en calidad de hija, a la señorita Lisal Tania Gutiérrez Narazas, quien no era legalmente su hija. Frente a ella el recurrente interpone el recurso de amparo en contra del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provías Nacional) solicitando que se deje sin efecto el despido fraudulento del que fue objeto y en consecuencia su reposición. Si bien en las instancias judiciales no obtuvo respuesta favorable, el Tribunal Constitucional consideró procedente analizar las presuntas violaciones a derechos fundamentales, sobre todo el referido a la vulneración de derecho a la familia y a su protección. Por lo que, señalando que desde el reconocimiento de la familia ensamblada, la hija afín goza de ciertos derechos, por lo que esta familia merece una tutela especial, entonces la diferenciación de trato que realizó la demandada deviene en arbitraria.</p>	<p>Por lo señalado el Tribunal Constitucional resuelve declarar fundada la demanda, por cuanto se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados, en consecuencia, nulo el despido arbitrario del cual ha sido objeto el accionante.</p> <p>Por ello, ordena al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional Provías Nacional que reponga a don Manuel Andrés Medina Menéndez como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días.</p>

FUENTE: Elaborado en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente: 01204-2017-PA/TC

En la Tabla N° 11 vemos la matriz de análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01204-2017-PA/TC, Caso Medina Menéndez.

1. Antecedentes

El presente proceso se origina cuando al Sr. Medina Menéndez se le despide, mediante la Carta de Despido 002-2010-MTC/20, del 3 de marzo de 2010, imputándoles haber permitido, en su condición de jefe de la Unidad de Recursos Humanos: a) el pago de primas de salud a la Empresa Prestadora de Salud Pacífico S. A. por personal sin vínculo laboral con Provías Nacional, b) haber suscrito el formato en blanco de Provías Nacional al Programa de Salud Pacífico, atribuyéndose la calidad de representante legal de dicha entidad y c) haber declarado y registrado como derechohabiente, en calidad de hija, a la señorita Lisal Tania Gutiérrez Narazas, quien no era legalmente su hija.

Frente a dicho despido el recurrente interpone demanda de amparo contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provías Nacional), solicita que se deje sin efecto el despido fraudulento del que fue objeto y en consecuencia, se le reponga en el cargo de jefe de Recursos Humanos, alegando la vulneración de su derecho al trabajo, a la familia y su protección, al debido proceso, y a la igualdad ante la ley y no discriminación.

En contraposición el procurador público de la emplazada propuso excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante y del demandado, y contesta la demanda, argumentando que el recurrente fue despedido por haber incurrido en tres faltas graves y que, conforme a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, los casos derivados de la impugnación y calificación del despido fundado en causa justa vinculada a hechos controvertidos no pueden ser tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral ordinario.

El Tercer Juzgado Constitucional de Lima acumulando a otro proceso conexo existente, resuelve declarar infundadas las demandas interpuestas, por considerar que ha presentado medio probatorio alguno que demuestre la violación de los derechos alegados y que se ha respetado el debido procedimiento en sede administrativa. Apelada la resolución, la Sala revoca, y reformándola declaró improcedente la demanda, señalando que existe una

vía igualmente satisfactoria para hacer valer los derechos invocados. Es frente a esta Resolución que el demandante interpone recurso de agravio constitucional.

2. Análisis de la sentencia

El Tribunal Constitucional comienza analizando la procedencia de la demanda, y considera la demanda de amparo es procedente por cuanto al tiempo de su interposición no se encontraba vigente en Lima la Nueva Ley Procesal de Trabajo, más aun existiendo necesidad de tutela urgente por la magnitud del bien involucrado o del daño, pues en el presente caso debe tenerse presente que se trata de una situación vinculada con una alegada violación del derecho a la protección de la familia, la cual, según lo ya señalado por este Tribunal Constitucional, debe ser protegida de las injerencias lesivas de la sociedad y el Estado” (STC, Exp. N° 01204-2017-PA/TC, FJ. 4). Es decir, la vulneración del derecho a la familia y su protección, sin distinguir su origen, tipologías o características, merecen ser tutelados de manera especial, y la vía de amparo es la más idónea.

Luego, después de analizar y encontrar la desproporcionalidad de las sanciones impuestas al demandante, el Tribunal Constitucional brinda una especial atención a la protección de la familia, en especial las familias ensambladas.

Al respecto el Tribunal Constitucional resalta y deja por sentado una vez más que el artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad, por lo que el Estado y la comunidad se encuentran obligadas a prestarle protección. Asimismo, señala conforme al artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como el artículo 23° del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, los hombres y las mujeres tienen derecho, sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que debe ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad.

El Tribunal Constitucional reconoce la evolución del concepto de la familia, y señala que “inicialmente la familia ha sido entendida como la formada por vínculos jurídicos familiares que encuentran su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Sin embargo, este Tribunal ha establecido que nuestra Constitución debe reconocer un concepto amplio de familia a la luz de los nuevos contextos sociales, por lo que debe otorgarse especial protección a las denominadas familias ensambladas” (STC, Exp. N° 01204-2017-PA/TC, FJ. 29). De esta manera, el Tribunal Constitucional desarrolla un concepto más amplio de la familia a la luz de los cambios sociales que se producen en nuestra sociedad, entre ellas determina que las familias ensambladas merece una especial protección.

Sobre las Familias Ensambladas el Tribunal Constitucional señala que es “estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”. Donde “el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, siempre que esta relación guarde ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento” (STC, Exp. N° 01204-2017-PA/TC, FJ. 29). Es decir, los hijo/as afines constituyen parte integrante de la familia ensamblada, por lo tanto gozan de derechos y deberes.

Asimismo, por primera vez el Tribunal Constitucional ha señalado de manera expresa ciertas características de las familias ensambladas tendrían:

- “(i) Comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual.
- (ii) Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y

la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil.

(iii) La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características puede consistir en habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 34).

El Tribunal Constitucional también señala que existen obligaciones que tiene el padre o madre afín, derivadas del reconocimiento de una familia ensamblada, y es que resulta claro que si se identifica la existencia de este tipo de familia, el padre o madre afín tiene el deber de brindar mínimamente una asistencia inmediata y, principalmente, dirigida a la sobrevivencia en condiciones dignas del menor, esto es, a la atención, cuidado y desarrollo del mismo. Esta situación conllevará, como consecuencia lógica, a que dicha obligación se extienda también del hijo o hija hacia el padre o madre afín cuando estos últimos necesiten asistencia como, por ejemplo, cuando estos lleguen a la vejez o sufran una discapacidad permanente” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 36). Sin embargo, esto no significa que se excluya el deber del padre o madre biológico de hacerse responsable de las obligaciones legales que le corresponde. Pues el padre o madre afín, en estos supuestos, “brinda su apoyo en función de razones vinculadas a la solidaridad, a la afectividad respecto a la nueva unidad familiar y a una posible situación de irreparabilidad en la que podría caer el menor si carece de la asistencia a la que el padre biológico está obligado pero que, muchas veces, incumple” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 37).

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que el padre o la madre afín tiene el deber de brindar una asistencia inmediata, básicamente dirigida a la sobrevivencia del hijo o hija afín en condiciones dignas, como brindar atención y cuidado a fin de posibilitar el desarrollo integral del menor.

3. Los derechos de los hijos afines en las familias ensambladas y la necesidad de su regulación

Está claro que cuando una persona inicia una relación convivencial o marital con otra que tiene hijos, se configura una familia ensamblada o reconstituida, solo que en nuestro país sobre estas familias no existe una regulación expresa.

En ese sentido, existiendo vacío respecto al reconocimiento de las familias ensambladas, tampoco podemos hablar sobre los derechos que podrían tener los hijos y las hijas afines respecto a sus padres afines. Surgen allí problemas respecto al ejercicio de la patria potestad, así como sobre ciertos atributos que se considera que nacen del ejercicio de la patria potestad, como es el caso de tenencia, régimen de visitas y los alimentos, como también el caso de derechos sucesorios.

3.1. La patria potestad en las familias ensambladas

El artículo 6° de la Constitución Política señala que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

De esta manera la Constitución Política del Perú recoge la institución de la patria potestad, dotándole de rango constitucional a fin de brindar una protección especial a los niños y adolescentes, cuando señala que el padre y la madre tienen el deber y derecho de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (as), y correlativamente como deber de los hijos respetar y asistir a sus padres.

Coherente con el mandato constitucional el artículo 418° del Código Civil también establece que “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. De manera que la patria potestad es ese deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo que les faculta y a la vez obliga a educar, cuidar y proteger a sus hijos, en cuanto a su persona, así como sus intereses pecuniarios mientras sean menores de edad.

La redacción de las normas constitucional y legal referidas a la patria potestad nos hacen ver que esta institución no solo está destinada a los padres, sino también a los hijos, como señala Aguilar (2018) “la patria potestad, más que derechos a favor de los padres, impone deberes que son de ineludible cumplimiento, con la finalidad de

garantizar el desarrollo de los hijos” (p. 386). De modo que, la finalidad de la patria potestad es garantizar el desarrollo integral del niño y del adolescente.

Si bien anteriormente la patria potestad se consideraba como derecho exclusivo de los padres, actualmente “la concepción tradicional de la patria potestad que entendía que la misma otorga derechos a los padres, ha sido superada, pues hoy la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y también de los hijos” (Varsi, 2011, p. 3020). Por lo que, más que preocuparnos por el derecho del padre de ejercer la patria potestad, debemos preocuparnos por el desarrollo armónico e integral del niño y el adolescente, brindándoles una protección especial, a fin de permitirles crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, en salvaguarda de su interés superior.

En ese sentido, el Código Civil a través de su artículo 423° ha señalado que “son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: a) Proveer al sostenimiento y educación de los hijos, b) Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, c) Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores, d) Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación, e) Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario, f) Representar a los hijos en los actos de la vida civil, g) Administrar los bienes de sus hijos, y f) Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004”.

De manera similar, el artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes, ha señalado que “son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: a) Velar por su desarrollo integral; b) Proveer su sostenimiento y educación; c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente; e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos; f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil; g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención; h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los

tuvieran; y i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil”.

De modo que, los derechos y deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad sobre todo están destinados a cuidar de la persona y de los bienes del hijo. Quedando claro que el centro de atención e interés de estas normas es el desarrollo armónico e integral de los niños y adolescentes, por cuanto “el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 7).

Por otra parte, si bien conforme a nuestra legislación la titularidad de la patria potestad está concedida a ambos padres, su ejercicio no siempre recae en ambos, y actualmente, en la vida cotidiana, muchas veces este papel es cumplida de hecho por otras personas, como los abuelos, tíos, los padres o las madres afines, aun existiendo los padres biológicos.

Esta situación se presenta en el caso de las familias ensambladas, donde uno o ambos miembros de la pareja tienen hijos de una relación anterior. Aunque conforme a nuestra legislación el ejercicio de la patria potestad corresponde a los padres biológicos, sin embargo en muchos casos no lo hacen, por lo que en la realidad de los hechos, los que realmente cumplen las obligaciones emanadas de la patria potestad son los padres o madres afines.

Ello se da así, por cuanto como ha reconocido el Tribunal Constitucional entre padrastros o madrastras y los hijastros/as “se genera un parentesco por afinidad” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC. FJ. 10), por lo que “los hijastros forman parte de esta nueva estructura familiar [familia ensamblada], con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado” (STC, Exp. N° 02478-2008-PA/TC. FJ. 11).

En ese sentido, siendo que entre los padres y los hijos/as afines se establece una relación de parentesco por afinidad, los deberes y los derechos reconocidos en el Código Civil, **son extensivos para los hijos afines, por lo que, podemos decir que la patria potestad puede ser ejercida por los padres o madres afines** con la finalidad de “velar por su desarrollo integral, tenerlos a su lado, proveer su sostenimiento y educación, dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente y cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente, representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y de responsabilidad civil, administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, entre ellos la tenencia, como uno de los derechos, sino el más importante, uno de los que más se demanda en los tribunales de familia” (Aguilar Llanos, 2012, 28).

La posibilidad de extender el ejercicio de la patria potestad a los padres o madres afines también se condice con la regulación constitucional vigente, por cuanto conforme a nuestra Constitución “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1°) y que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente” (artículo 4°), por lo que extender el ejercicio de la patria potestad a los padres/madres afines sería una forma de proteger la persona y la dignidad de los niños y adolescentes, lo que también es avalada por las normas internacionales de derechos humanos, como el numeral 2) del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Por esta situación, a pesar que nuestra legislación no toca el tema de patria potestad respecto a los padres afines, sino solo como derecho-deber de los padres biológicos, esto no debe significar que el ejercicio de la patria potestad no pueda reconocerse a los padres o madres afines, pues tratándose de estructuras familias reconocidas por nuestro Tribunal Constitucional, sí es posible reconocer legalmente su ejercicio a los padres o madres afines. Como señala Plácido (2010) “se tiene que reconocer al padre/madre afín una autoridad parental bajo el entendimiento de que ellos asumen

por la crianza, una parentalidad psicológica o social tan similar al que tiene el padre biológico mediante la patria potestad, con la finalidad que se consolide la unidad familiar” (p. 4), y sobre todo: “en caso de muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente, colocando al progenitor afín en una posición de mayor participación en la vida del niño” (Briozzo, 2014, p. 37).

En ese sentido, teniendo en cuenta que en las familias ensambladas, los padres y madres afines de hecho ejercen las obligaciones que emanan de la patria potestad, como velar por el cuidado personal, la alimentación, habitación, vestido, educación, asistencia médica, recreación, entre otros, del niño o del adolescente, consideramos correcto que legislativamente se les reconozca la facultad de ejercer la patria potestad respecto a sus hijos o hijas afines, sin que sea necesario privar el ejercicio de la patria potestad al padre biológico con quien no vive, con la finalidad de materializar mejor el parentesco por afinidad que nace entre los padre e hijos afines, dotarle de mayor unidad y seguridad jurídica a la nueva familia, por lo que a través del presente trabajo de investigación proponemos la modificación del artículo 418° del Código Civil, con la finalidad de extender el ejercicio de la patria potestad a los padres o madres afines.

3.2. Tenencia de hijas e hijos afines en las familias ensambladas

El artículo 6° de la Constitución Política al señalar que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”, reconoce la institución familiar de la patria potestad y por lo tanto las instituciones familiares que nacen vinculados a ella.

En este ámbito, la tenencia de los hijos constituye una condición esencial para hacer efectiva los derechos deberes que otorga la patria potestad, por lo que la norma constitucional señalada lleva implícita la tenencia, que constituye un derecho-deber de los padres y de los hijos, orientada a mantener una relación permanente entre padres e hijos. Por ello, nuestras normas legales, el literal e) del Código de Niños y Adolescentes, concordante con el literal e) del artículo 423 del Código Civil, señalan que es deber y derecho de los padres que ejercen la patria potestad, tener a los hijos en su compañía, así como de recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, pudiendo recurrir para ello a la autoridad si fuere necesario.

De modo que, la tenencia de los hijos es entendida como “una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario” (Canales, 2014, p. 30). Por lo que más allá de mirar solamente los derechos de los padres, incluso los simples deseos o caprichos de los padres que en los procesos de tenencia conciben a los hijos como un trofeo de guerra, con la tenencia se debe la convivencia permanente y armoniosa de padres e hijos, con la finalidad de ayudar el desarrollo integral del niño y adolescente, que no es otro sino su interés superior.

A nivel de normas internacionales de derechos humanos, el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, al señala que “los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”, va más allá de lo convencional en cuanto a la tenencia de niños y adolescentes, pues reconoce que el cuidado de una niña, niño o adolescente no solo recae en los padres o tutores,

sino en cualquier miembro de la familia extendida (abuelos, hermanos, tíos, primos, padres o madres afines, entre otros) e incluso en la comunidad, que demuestren responsabilidad para ello. Pues lo que prima en este caso es el interés superior del niño, por lo que ya no se trata de quien tiene derecho de tenerlos a los hijos, sino quién garantiza mejor los derechos del niño y el adolescente. La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por nuestro país, entonces es una norma de rango constitucional que forma parte de nuestro derecho interno, por lo que es perfectamente aplicable en nuestro país y es vinculante en todos los casos.

En ese sentido, conforme a nuestra regulación constitucional y legal, la tenencia no ha sido concebida solamente como deber-derecho de los padres, sino también de los hijos, como una expresión de respeto a su interés superior. Por lo que, la tenencia no implica solamente entregarle al menor a quien legalmente tiene derecho, sino a quien garantiza los derechos del niño y adolescente conforme a su interés superior, en consecuencia, por mandato constitucional, la protección y cuidado del niño y adolescente no se debe ver como única responsabilidad de los padres, sino cuando éstos no se hacen responsables o cuando ya no se encuentran, ello también corresponde al Estado y a la comunidad, entre ellos la familia, entendida esta no solo como familia nuclear sino también la extendida, entre éstas la familia ensamblada.

En las familias ensambladas, la realidad sobrepasa ampliamente la regulación establecida sobre la tenencia de hijos. En dichas familias, la tenencia de los hijos, de hecho o legalmente, ostenta uno de los padres biológicos (puede ser padre o madre), y a su lado se encuentra su nueva pareja apoyando con el cuidado y mantenimiento de los mismo, constituyéndose en padre o madre afín para ellos. Correlativamente, al lado de su padre o madre biológico, los hijos afines, en la nueva familia, conviven con el padre o madre afín, recibiendo su apoyo moral y material, sin que exista reconocimiento legal de dicha convivencia, ni de los deberes que cumplen cada miembro.

El Tribunal Constitucional, como el máximo intérprete de la Constitución, ha señalado que la familia ensamblada “comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ.

36). Es decir, los padres o madres afines, a pesar de no tener vínculo de sangre con los hijos afines, por constituir una parentalidad por afinidad, se hacen cargo del cuidado, protección y hasta manutención de los hijos/hijas afines. Ello ocurre, porque como manifiesta la Corte Constitucional de Colombia, en las familias ensambladas se verifica “la existencia de lazos de solidaridad, afecto y respeto, la convivencia conjunta de los miembros y la dependencia afectiva y económica de sus integrantes respecto al núcleo familiar” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292, 2016).

En el ámbito de las familias ensambladas, el menor se identifica con sus padres biológicos, como también con el padre o madre afín, por lo que viven en familia, sin excluir de la patria potestad al otro padre biológico. Por lo que, como ha señalado el Tribunal Constitucional “en esta situación existe una concurrencia en la obligación de atención y cuidado de los menores entre los padres biológicos y afines” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 38).

En ese sentido, los padres y madres afines, de hecho estarían ejerciendo la tenencia de sus hijos o hijas afines, y de manera recíproca los hijos o hijas afines también conviven en la familia respetando las reglas del nuevo hogar y recibiendo atención y cuidado de su padre o madre afín. En ese contexto, en la vida cotidiana se generan situaciones donde el padre afín asume responsabilidades de alimentación, deberes de cuidado, toma de decisiones significativas, de representación, de dirección, entre otras. Sin embargo, el padre o madre afín solo ocupa un lugar de pariente afín, a pesar que muchas veces cumple las mismas funciones de padre o madre. Por ello, en aras de mantener esta continuidad y el respeto al principio del interés superior del menor, sería mejor y favorable para el menor que se reconozca expresamente el derecho de tenencia a favor del padre o madre afín, en salvaguarda del principio de interés superior del niño y permitir crecer al menor en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, a fin de lograr su desarrollo armónico e integral, sin que sea necesario para ello la privación de la patria potestad al padre biológico que no convive con él o la menor.

La regulación de la tenencia de los hijos e hijas afines a favor de los padres o madres afines sería muy conveniente para el desarrollo de los hijos o hijas afines, pues gozarían de muchos derechos que los hijos biológicos del padre afín goza, por ejemplo podría ser inscritos en los clubes a los cuales los padres afines pertenecen,

podrían salir de viaje sin que sea necesario la autorización de los padres biológicos, podrían ser representados por sus padres afines en muchos trámites, podrían gozar de atención en los centros de salud donde está afiliado su padre o madre afín, etc. los cuales redundaría en beneficio del hijo afín.

Como podemos ver en el ámbito de las familias ensambladas, los padres o madres afines tienen la tenencia de hecho de sus hijos afines, al lado de su pareja que es padre o madre biológico del hijo o hija afín, pues conforme a nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación de las familias ensambladas, por lo que también la tenencia de los hijos o hijas afines, por lo que los hijos o hijas afines no pueden gozar de los derechos que les correspondería si la ley reconociera la tenencia de hijos/as afines por parte de los padres o madres afines. Sin embargo, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional analizadas es procedente reconocer al padre o madre afín la tenencia de su hijo/a afín, sin que sea necesario privar la patria potestad al padre biológico o madre biológica que no convive con el menor, con lo cual el más favorecido sería el menor, por lo que a través de la presente investigación proponemos la modificación de los artículos 81° y 83° del Código de Niños y Adolescentes.

3.3. El régimen de visitas en las familias ensambladas

Como ya señalamos que conforme al artículo 6° de la Constitución que señala que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”, se ha regulado constitucionalmente la institución de la patria potestad, e implícitamente todas las instituciones familiares vinculadas a ella.

La patria potestad, conforme a nuestra legislación, otorga a los padres facultades para cuidar, orientar y dirigir el proceso de desarrollo de sus hijos, así como, administrar sus bienes hasta que lleguen a la mayoría de edad, y para su concreción, prevé la tenencia y, para aquellos que no lo tendrán consigo un régimen de visitas, entendida éste último como “el derecho de los padres y los hijos (y viceversa) a relacionarse, contactarse y comunicarse debido a que no existe una convivencia constante entre ellos” (Vásquez, 2013, p. 45).

Siendo que el régimen de visitas un atributo de la patria potestad, también nace a partir del artículo 6° de la Constitución, y tiene la naturaleza de un derecho-deber de

los padres y los hijos, y goza de protección constitucional. La regulación constitucional implícita del régimen de visitas, se ve reforzada por la norma contenida en el numeral 3) del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando establece que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

En ese sentido, el régimen de visitas es de un derecho-deber de los padres y de los hijos, que permite la conservación y continuidad de las relaciones personales entre ellos, pues “permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerce la patria potestad y sus hijos” (Plácido, 2003, p. 513).

Ello es así por cuanto, como señala el Tribunal Constitucional, “el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia” (STC, Exp. N.° 02892-2010-PHC/TC. FJ 6). Entonces, el régimen de visitas es lo que viabiliza la posibilidad de que la comunicación y relación entre los hijos y los padres, así como con otros familiares se mantenga viva, lo cual ayuda al desarrollo armónico e integral de los niños y adolescentes.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el régimen de visitas procura que la separación de los padres con los hijos no afecte la relación personal entre el hijo o la hija y el padre o la madre que no tiene la tenencia, se debe asegurar, promover y facilitar dicho contacto.

En el ámbito de las familias ensambladas no puede privarse al niño, niña o adolescente mantener las relaciones personales con su padre biológico que no integra esta nueva relación familiar. Como señala Varsi Rospigliosi (2013) “la necesidad de mantener la solidaridad e integración familiar así como proteger los afectos es el fundamento de este derecho, teniendo como beneficiario al niño y no a los adultos, como se ha establecido en muchas sentencias judiciales” (p. 311). Asimismo, también el padre afín debería tener el derecho a visitas en caso que la segunda

relación familia por algún motivo pueda concluir, con la finalidad de mantener la continuidad de la relación que haya surgido con el hijastro.

A partir del artículo 90° del Código de Niños y adolescentes vemos que el régimen de visitas establecido por el Juez puede extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, incluso a terceros no parientes en salvaguarda del interés superior del niño y del adolescente. A partir de ello se puede entender que el derecho a visitas se puede extender a los parientes afines hasta segundo grado, por lo que, teniendo en cuenta que entre el padre o madre afín y los hijos o hijas afines se establece un parentesco de afinidad de primer grado, el padre o madre afín tendría derecho a solicitar régimen de vistas a favor de su hijo o hija afín. Sin embargo, el parentesco por afinidad que surge entre los padres afines y los hijos afines no se encuentra expresamente regulada, por lo que es muy importante la regulación expresa del régimen de vistas a favor de los padres o madres afines, así como de los hijos o hijas afines.

Otorgar régimen de visitas a los padres o madres afines sería muy favorable para el desarrollo integral de los/as hijos/as afines, pues en muchas familias ensambladas los lazos afectivos surgidos entre padres e hijos afines son tan fuertes que los propios lazos parentales nacidos de la consanguinidad, por lo que merece ser protegida.

Si el niño o adolescente considera que su padre o madre afín constituye una familia de mucha importancia, incluso después de romperse la unión de los padres, la relación padre/madre afín con los hijos/hijas afines debería continuar. Pues en buena cuenta el niño o adolescente tiene derecho de mantener esa relación a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, “de ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 15).

En ese sentido, teniendo en cuenta que el régimen de visitas más que derecho de los padres es un derecho de los hijos, y éste permite mantener la continuidad de las relaciones entre padres e hijos, en el ámbito de la familia ensamblada es necesario mantener esa continuidad de relaciones entre los hijos o hijas afines con los padres o

madres afines, a fin de coadyuvar en el desarrollo integral del niño y adolescente, que es su interés superior. Sin embargo, al no encontrarse regulada expresamente este derecho, así como tampoco se encuentra regulado el parentesco por afinidad entre los padres afines y los hijos afines, este derecho no puede ser reclamado, por lo que cuando acaba una relación convivencial, por más que los lazos de amistad que se hayan creado entre los padres afines y los hijos afines durante la convivencia sean tan fuertes, los padres afines no podrán solicitar un régimen de visitas, con lo que sin que existan razones determinantes en función del interés superior del menor se estaría negándosele dicho derecho, entorpeciendo mantener los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. Por ello es que a través de la presente investigación proponemos la modificación del artículo 90° del Código de Niños y Adolescentes.

3.4. Los alimentos para los hijos o hijas afines en las familias ensambladas

Conforme al artículo 472° del Código Civil “se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”. Así, los alimentos son prestaciones que se dan a ciertas personas, a fin de que puedan atender sus necesidades primordiales para la subsistencia, cubrir lo relativo a comida, habitación, vestido y asistencia médica, y cuando se trata de menores de edad comprende también la educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

Similarmente el artículo 92° del Código de Niños y Adolescentes, refiriéndose específicamente a los alimentos para los hijos y las hijas señala que “se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”. A diferencia del Código Civil el Código de Niños y Adolescentes considera como parte de los alimentos la recreación del niño o adolescente e incluye los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto, que procede conforme a los plazos y formas determinadas por ley.

La obligación de alimentar en nuestro país constituye una obligación legalmente impuesta a cierta persona o ciertas personas para atender la subsistencia de otra u otras persona(s), generalmente en base al parentesco. En nuestro país conforme al artículo 474° del Código Civil “se deben alimentos recíprocamente: 1) Los cónyuges; 2) Los ascendientes y descendientes; y 3) Los hermanos”, y conforme al artículo 93° del Código de Niños y adolescentes “es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente: 1) Los hermanos mayores de edad; 2) Los abuelos; 3) Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y 4) Otros responsables del niño o del adolescente”. Como podemos ver la obligación de alimentar básicamente se fundamenta en el parentesco sanguíneo, aunque el numeral 4) del Código de Niños y Adolescentes habla de otros responsables del niño o del adolescente, lo que nos hace ver que es posible que posible exigir a otras personas que no necesariamente tenga parentesco sanguíneo, padre o madre afín por ejemplo.

Nuestra legislación civil reconoce parentesco por sangre, afinidad y adopción, de los cuales por la naturaleza de nuestro tema nos interesa el parentesco por afinidad, y en la familia ensamblada entendida como aquella estructura familiar originada en el matrimonio o la unión de hecho de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa, conforme señala el Tribunal Constitucional entre los padres o madres afines y los hijos/as afines “se genera un parentesco por afinidad” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC, FJ. 10), que se infiere a partir de la interpretación del artículo 237° del Código Civil que establece que “el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad”. En ese sentido, estableciéndose el parentesco por afinidad entre los padres o madres afines y los hijos/as afines, sería procedente considerar al padre o madre afín como obligado alimentario de sus hijos/as afines en el ámbito de la familia ensamblada, teniendo en cuenta que a su edad es innegable la necesidad los alimentos para desarrollarse normalmente.

Por otra parte, el artículo 287° del Código Civil señala que “los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos”. Ello quiere decir que existe una obligación legal de asistencia recíproca de los padres

hacia los hijos, en el caso de las familias ensambladas, no solo alcanzan a los hijos comunes, sino también a los hijos afines. Si bien la norma está referida solamente al matrimonio, bien puede interpretarse de manera extensiva para las uniones de hecho, toda vez que éstas se establecen para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, conforme al artículo 326° del Código Civil.

En ese sentido, la obligación de los padres afines de proporcionar alimentos para los hijos de su pareja encontraría fundamento, como señala Peralta (2017), “en las necesidades propias del alimentista y en deber de asistencia recíproca de los padres que rehacen sus vidas, esto es, en el carácter asistencial de la obligación, en lo que resulta indispensable para la subsistencia del hijo afín. En ese sentido, se vincula con el derecho de alimentos en general, por tanto, puede decirse que representa una expresión del derecho a la vida que corresponde a todo ser humano, sin duda, un derecho necesario para poder concretizar todos los demás derechos universales y que se otorga por razones de sensibilidad y solidaridad humanas” (p. 52).

Similarmente en un caso en particular el Tribunal Constitucional se pregunta ¿tienen los integrantes de la unión de hecho obligaciones alimentarias para con los hijos afines? Y luego de esgrimir sus argumentos, el mismo Tribunal señala que “nada impide que Jaime Walter Alvarado Ramírez pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines, pero estas serían manifestaciones de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho” (STC, Exp. N° 04493-2008-PA/TC, FJ. 28).

En este contexto, a pesar de la procedencia de los alimentos para los hijos/as afines de parte de los padres o madres afines y la innegable presencia de las familias ensambladas, como ya expusimos, en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructuras familiares y de la posibilidad de otorgamiento de los alimentos para los hijos y las hijas afines.

Las normas del Código Civil anteriormente revisadas, no regula ni hace mención expresa a los alimentos de los hijos afines, de modo que se advierte un vacío que debe integrarse. Asimismo, el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes, como ya dijimos, señala que es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos, y “en ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente: 1. Los hermanos mayores de edad; 2. Los abuelos; 3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y, 4. Otros responsables del niño o

del adolescente”, tampoco regula expresamente la obligación alimentaria de los padres afines. Sin embargo, podría estar comprendida en el numeral 4) del mismo, cuando señala que prestan alimentos también otros responsables del niño o adolescente, sería adecuado que exista una norma que de manera expresa y precisa establezca ello.

Los vacíos detectados en nuestra legislación respecto al otorgamiento de los alimentos para los hijos/as afines nos hace ver que existe la necesidad de regular sobre el mismo, más teniendo en cuenta que el artículo 4° nuestra Constitución no protege a un tipo de familia en particular, sino a toda forma de familias sin distinguir su origen o composición, y que el artículo 6° de la misma Carta Magna ha establecido el deber-derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a los hijos, sin distinción alguna, por lo que existe la necesidad de regular sobre la asistencia alimentaria en estas nuevas configuraciones familiares para prever mecanismos idóneos que permitan satisfacer dichas necesidades y adaptar las políticas a la realidad socio-económica y cultural de los pueblos.

Justamente, el Tribunal Constitucional en el Sentencia Exp. N.° 09332-2006-PA/TC, señalando que el parentesco que se genera entre los padrastros e hijastros, en una familia ensamblada, es uno de afinidad, ha establecido que resultarían extensivos, los derechos, prohibiciones e incompatibilidades previstas por el Código Civil, por lo que el hijastro (hijo afín) por ejemplo, se encontraría facultado para merecer los alimentos de parte del padre afín. Por ello el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, así como en otros, ha señalado que dicho vacío debería ser suplida por el legislador, puesto que nada impide que el padre afín pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines, lo que sería una manifestación de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho. De modo que, los padres afines pueden tener esa obligación legal de acudir a sus hijos afines con los alimentos.

La existencia de la necesidad de regular los alimentos para los hijos/as afines de parte de los padres o madres afines es clara. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en el ámbito de las familias ensambladas, los primeros llamados a alimentar a los hijos menores de edad son los padres biológicos, solo surgiría la obligación legal de los padres afines, de alimentar a los hijos afines en forma subsidiaria cuando conforman una nueva familia. Como ha señalado el Tribunal Constitucional “el hecho de que un padre o madre afín esté brindando la asistencia, en mérito a la nueva unidad familiar,

no puede colegirse, en sentido alguno, que se excluya el deber del padre o madre biológico de hacerse responsable de las obligaciones legales que le corresponde. Y es que el padre o madre afín, en estos supuestos, ha brindado su apoyo en función de razones vinculadas a la solidaridad, a la afectividad respecto a la nueva unidad familiar y a una posible situación de irreparabilidad en la que podría caer el menor si carece de la asistencia a la que el padre biológico está obligado pero que, muchas veces, incumple” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 37).

La obligación alimentaria en las familias ensambladas debe guiarse por los principios de legalidad, por cuanto solo la ley podrá establecer su procedencia y parámetros de otorgamiento; subsidiaridad y complementariedad, por cuanto debe ser procedente solamente cuando exista imposibilidad del progenitor biológico o cuando lo que provee el progenitor biológico no es suficiente; complementariedad y transitoriedad, porque la provisión de alimentos será mientras dure la familia ensamblada o sean menores; y reciprocidad, por cuanto si el padre o madre afín asistió con los alimentos al hijo/a afín, recíprocamente éstos tendría el deber de asistirle a dichos padres cuando lo necesiten. Es decir, “la subsidiariedad nace de la imposibilidad o insuficiencia de la prestación que debe cumplir los obligados principales, esto es, los padres biológicos” (Peralta, 2017, p. 52).

En ese sentido, de ninguna manera los padres afines podrían tener la obligación primaria de proveer alimentos para los hijos afines. El primer obligado es el padre biológico, el padre afín subsidiariamente puede proveer en ciertos casos específicos, entre algunos podemos citar los siguientes:

- a) **Al fallecer el progenitor biológico.-** Cuando la madre o el padre del menor contrae segundas nupcias al fallecer su cónyuge (padre o madre del menor). En este caso, el padre/madre afín podría asumir ese deber solidario de proveer para los alimentos del menor, que ya no tiene al progenitor biológico.
- b) **Al encontrarse el progenitor biológico desaparecido, ausente o declarado judicialmente su muerte presunta.-** En los supuestos de desaparición de una persona, de ausencia y muerte presunta, previstos en los artículos 47, 49 y 63° del Código Civil respectivamente, declaradas judicialmente conforme al artículo 790° del mismo Código, el padre/madre afín pueden asumir ese deber de proveer para los alimentos del hijo/a afín.

- c) **Al encontrarse el progenitor biológico con incapacidad absoluta.**- Cuando el progenitor biológico debido a alguna enfermedad, accidente u otra situación, se encuentre incapacitado para proveer los alimentos de su hijo, entonces el llamado a proveer los alimentos del hijo/a afín sería el padre/madre afín.
- d) **Cuando lo que provee el padre biológico provee no es suficiente.** En estos casos, cuando la situación del padre biológico no permite exigir más, el padre o madre afín podría suplir dicha deficiencia ayudando para lo que el hijo o hija afín necesite (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 35),

En ese sentido, el nacimiento de la obligación subsidiaria de los alimentos a cargo de los padres/madres afines se basa solamente en “la existencia de lazos de solidaridad, afecto y respeto, la convivencia conjunta de los miembros y la dependencia afectiva y económica de sus integrantes respecto al núcleo familiar” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 35), toda vez que respecto a la problemática alimentaria de los hijos/as afines en las familias ensambladas “se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución” (Vásquez, 2015, p. 58), por lo que, cuando el progenitor biológico no puede suplir o suple de manera insuficiente, sería conveniente regular expresamente para que el padre/madre afín pueda hacerse cargo de la alimentación de estos menores o complementar en caso que sea insuficiente lo provisto por el progenitor biológico.

En ese contexto, habiéndose constatado la inexistencia de regulación jurídica sobre las familias ensambladas en nuestro país, en base al principio de igualdad de las familias e hijos, teniendo en cuenta el vínculo de afinidad surgida entre los padres e hijos afines, la posesión constante de estado surgida entre los padres e hijos afines, respetando el principio constitucional de solidaridad familiar, de protección integral a la familia y protección del interés superior del niño, puede obligarse al padre o madre afín acudir subsidiariamente con los alimentos a sus hijos afines en las familias ensambladas, sobre todo cuando el padre biológico tenga imposibilidad probada para proveer los alimentos, como cuando haya fallecido, se encuentre desaparecido, ausente o muerte presunta judicialmente declarada o imposibilidad probada para asistir, entre otros supuestos debidamente justificados, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos. Por ello, a través del presente trabajo de investigación proponemos la modificación de los

artículo 474° y 475° del Código Civil, así como la incorporación del artículo 93-A al Código de Niños y Adolescentes, con la finalidad de establecer la obligación alimentaria subsidiaria del padre o madre afín en las familias ensambladas.

3.5. Derechos sucesorios de los hijos o hijas afines en las familias ensambladas

El numeral 16) del artículo 2° de la Constitución Política al señalar que “toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia”, proclama constitucionalmente el derecho de heredar conforme a ley.

La herencia y la propiedad están muy vinculadas, toda vez que a través de la sucesión una persona se convierte en propietario de los bienes que hereda, sea porque es constituido heredero por testamento o a través de un proceso de sucesión intestada.

Conforme al artículo 660 del Código Civil, “desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. La transmisión se puede hacer vía testamento o por ley, mediante juicio de intestado, por el cual el heredero recibe en todo o en parte una herencia o legado, conformado por los bienes, derechos y obligaciones.

Para recibir la herencia, nuestra legislación agrupa a los herederos forzosos, no forzosos o voluntarios. Conforme al artículo 724 del Código Civil “son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho”. En ese sentido, conformarán el grupo de herederos no forzosos los parientes colaterales del causante hasta el cuarto grado de la línea colateral, hermanos, tíos, sobrinos, primos, hermanos, tíos abuelos, y sobrinos nietos, que solo heredaran cuando no hay herederos forzosos. Al lado de ellos están los legatarios que solo pueden ser instituidos mediante testamento, y son considerados como acreedores de la masa hereditaria, toda vez que sus derechos se encuentran sujetos a la existencia de la herencia líquida, que se determina una vez pagadas las cargas y deudas de la herencia.

El Código Civil a través de su artículo 816 establece un orden sucesorio, señalando que “son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de

consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo”. Como podemos ver, mediante esta norma se ubica como herederos a los parientes o cónyuge que sobrevivan al causante y que tendrán vocación hereditaria respecto al causante, pero solo algunos de ellos tendrán vocación hereditaria actual y otros la vocación hereditaria eventual, estos últimos cederán sus expectativas ante los derechos sucesorios del primer llamado o al que le antecede.

En ese sentido, nuestra legislación reconoce el derecho sucesorio solamente a favor de los parientes sanguíneos y por adopción, los primeros conforme al artículo 236° del Código Civil y los segundos conforme al artículo 238 del mismo Código que señala que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Por lo que, si una persona desea dejar su herencia a otra persona, podrá hacerlo hasta donde corresponda mediante testamento a título de legado, pues conforme artículo 756 del Código Civil “el testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de sus facultades de libre disposición”.

De manera que, conforme a nuestra legislación la vocación hereditaria solo tienen los parientes consanguíneos y pariente por adopción, el parentesco por afinidad no es tomado en cuenta, por lo que los hijos afines estarían excluidos de la masa hereditaria de sus padres afines. Siendo así, la única posibilidad para que los hijos afines puedan tener derechos hereditarios sería que el padre afín les señale como heredero mediante testamento a título de legatarios, disponiendo de su parte de libre disposición.

La forma en que se encuentra regulada el derecho sucesorio en nuestra legislación, que protege solamente a la familia nuclear respecto al derecho sucesorio, se dejaría de lado a las nuevas formas de familias que surgen a lo largo de los tiempos, como es la familia ensamblada, pues teniendo en cuenta que la mayoría de las personas fallecen sin dejar testamento, los hijos/as afines resultarían desprotegidos por el silencio del causante.

Por ello, teniendo en cuenta que conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional entre el padre o madre afín y los hijos/as afines se crea un vínculo de

afinidad, sería factible regular sobre la vocación hereditaria de los hijos/as afines. Consideramos que es necesaria una adecuada regulación de los derechos sucesorios en las familias ensambladas, especialmente para los hijos y las hijas afines que muchas veces atendieron a los padres afines mucho más que los propios hijos, sin embargo la ley no establezca ningún beneficio para los mismos.

4. Necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas en el Perú.

Conforme señala el Tribunal Constitucional, la familia “al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC, Exp. N°09332-2006-PA/TC, FJ. 7).

La situación descrita por el Tribunal Constitucional es completamente cierta, pues conforme a la Tabla N° 01, en el Perú conforme al Censo Nacional de Población y Vivienda del 2017, en nuestro país existen 8 millones 525 mil 284 hogares, de los cuales solo el 53,9% de hogares están constituidas por familias nucleares (padres e hijos); mientras los demás 46.1% están constituidas por familias extendidas (20.6%), compuestas (2.5%), unipersonales (16.8%) y los hogares sin núcleo (6.2%), lo que nos hace ver la alta presencia de las familias diferentes a la familia nuclear, entre ellas las familias ensambladas.

A pesar de esa alta presencia de las familias ensambladas en nuestro país, no existe norma expresa que regule estas familias y los deberes y derechos de sus miembros, como es el caso de los deberes y derechos de los hijos/as afines, tal como hemos visto al revisar la normatividad referida a la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos y derechos sucesorios para los hijos/as afines o respecto a ellos. Ello también lo ha constatado el Tribunal Constitucional cuando señala que no obstante la presencia de las familias ensambladas, “en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructura familiar. Así, por ejemplo, no se ha determinado si deben existir o no

obligaciones y derechos entre los padres afines (progenitores sociales, padres no biológicos) y los hijos afines” (STC, Exp. N° 04493-2008-PA/TC, FJ. 18).

A pesar de la falta de regulación de estas familias, el alto Tribunal ha señalado que “a falta de reglas expresas, a partir de los principios constitucionales pueden inferirse reglas a fin de dilucidar el conflicto intersubjetivo de relevancia jurídico-constitucional”, ha logrado definir a la familia ensamblada describiéndola “como la estructura familiar originada en la unión matrimonial o la unión concubiniaria en donde uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”, ha señalado que entre los padres y madres afines y los hijos/as afines “se genera un parentesco por afinidad” y que los hijos/as afines “forman parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado” (STC, Exp. N° 09332-2006-PA/TC, FJ. 8, 10, 11)

Asimismo ha establecido que en el ámbito de las familias ensambladas “existen obligaciones que tiene el padre o madre afín, derivadas del reconocimiento de una familia ensamblada. Resulta claro que si se identifica la existencia de este tipo de familia, el padre o madre afín tiene el deber de brindar mínimamente una asistencia inmediata y, principalmente, dirigida a la sobrevivencia en condiciones dignas del menor, esto es, a la atención, cuidado y desarrollo del mismo. Esta situación conllevará, como consecuencia lógica, a que dicha obligación se extienda también del hijo o hija hacia el padre o madre afín cuando estos últimos necesiten asistencia como, por ejemplo, cuando estos lleguen a la vejez o sufran una discapacidad permanente” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 36).

En ese sentido, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional, el padre o madre afín tiene el deber de brindar lo necesario para la subsistencia de los hijos/hijas afines, lo que se manifiesta en la atención, el cuidado y la formación de los hijos afines, aunque esta asistencia sería de manera subsidiaria. Debe ser subsidiaria por cuanto en el ámbito de las familias ensambladas, los primeros llamados a alimentar a los hijos menores de edad son los padres biológicos, solo surgiría la obligación legal de los padres afines, de alimentar a los hijos afines en forma subsidiaria cuando conforman una nueva familia. Así ha señalado el mismo Tribunal Constitucional cuando dice que “el hecho de que un

padre o madre afín esté brindando la asistencia, en mérito a la nueva unidad familiar, no puede colegirse, en sentido alguno, que se excluya el deber del padre o madre biológico de hacerse responsable de las obligaciones legales que le corresponde. Y es que el padre o madre afín, en estos supuestos, ha brindado su apoyo en función de razones vinculadas a la solidaridad, a la afectividad respecto a la nueva unidad familiar y a una posible situación de irreparabilidad en la que podría caer el menor si carece de la asistencia a la que el padre biológico está obligado pero que, muchas veces, incumple” (STC, Exp. 01204-2017-PA/TC, FJ. 37).

Por otra parte, a pesar de no existencia de norma expresa que regule las familias ensambladas, ni de los derechos de sus miembros, sí encontramos algunas normas constitucionales y legales que efectuando una interpretación constitucional podrían derivar derechos en favor de estas familias. Así tenemos el artículo 4° de la Constitución que establece la protección constitucional de las familias sin hacer distinción alguna y el artículo 6° de la Constitución Política que establece el deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, sin hacer distinción de ninguna clase, lo que también se puede constatar en las normas internacionales de derechos humanos referidos a los derechos del niño y adolescente. A partir de ello podemos señalar que sería factible que a los padres y madres afines se les puede otorgar la patria potestad de los hijos/as afines, sin que sea necesario suspender la patria potestad a los padres biológicos, y con ella la tenencia de los hijos, establecer el régimen de visitas a favor de los padres o madres afines en caso de ruptura o terminación de la familia ensamblada, fijar una pensión de alimentos de manera subsidiaria a favor de los hijos/as afines de parte de su padre o madre afín, cuando los progenitores biológicos no puedan proveer o lo que aportan es insuficiente, y también podrían los hijos afines merecer de la herencia de sus padres o madres afines mediante testamento.

En ese contexto, conforme a las normas legales y constitucionales revisadas en los puntos anteriores y las sentencias del Tribunal Constitucional, se constata la inexistencia de una regulación de las familias ensambladas, por lo que el ejercicio de la patria potestad y con ellos la tenencia, régimen de visitas, los alimentos entre los padres o madres afines y los hijos o hijas afines, solo son de hecho, pues al no encontrarse regulados su ejercicio legal no es viable. De igual manera en cuanto al derecho sucesorio, los hijos o las hijas afines mientras viva el padre o la madre afín pueden gozar de las propiedades materiales de su

progenitor afín, pero a su fallecimiento no existe garantía de que puede continuar gozando como heredero (a), por cuanto ello no se encuentra regulado.

En ese sentido, teniendo en cuenta el principio de igualdad de las familias e hijos, el vínculo de afinidad surgida entre los padres e hijos afines, la posesión constante de estado surgida entre los padres e hijos afines, respetando el principio constitucional de solidaridad familiar, de protección integral a la familia y protección del interés superior del niño, es procedente la regulación de la patria potestad, la tenencia y régimen de visitas entre padres e hijos afines con la finalidad de garantizar el desarrollo integral del menor, por lo que es conveniente modificar normas del Código Civil (artículo 418°) y del Código de Niños Adolescentes (artículos 81°, 83° y 90°) para viabilizar su procedencia. De igual manera, bajo los mismos principios es posible regular sobre la procedencia de establecer como obligación subsidiaria del padre o madre afín acudir con los alimentos a sus hijos afines en las familias ensambladas, sobre todo cuando el padre biológico tenga imposibilidad probada para proveer los alimentos, como cuando haya fallecido, se encuentre desaparecido, ausente o muerte presunta judicialmente declarada o imposibilidad probada para asistir, entre otros supuestos debidamente justificados, para lo cual será necesario la modificación de los artículo 474° y 475° del Código Civil, así como la incorporación del artículo 93-A al Código de Niños y Adolescentes. De igual manera también es necesario regular sobre la vocación hereditaria de los hijos afines, los cuales pueden darse vía testamento o legado, vía que debería encontrarse regulado.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Conforme a nuestra legislación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional si es posible reconocer el ejercicio de la patria potestad a los padres o madres afines en las familias ensambladas, respecto de sus hijos o hijas afines, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente. El ejercicio de la patria potestad permitirá también ejercer todos o algunos de los atributos de este.

SEGUNDA: Conforme a nuestra legislación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí procede otorgar la tenencia de los hijos e hijas afines a favor de los padres o madres afines en las familias ensambladas, a fin de que los padres afines tengan legalmente la posibilidad de hacer que sus hijos afines gocen de ciertos derechos que sin ello no lo pueden hacer, y fijarse el régimen de visitas a favor del padre/madre afín en caso de concluir la familia ensamblada.

TERCERA: Conforme a nuestra legislación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible establecer subsidiariamente una obligación alimentaria a cargo de los padres/madres afines a favor de los hijos o hijas afines, en caso de imposibilidad probada del padre biológico para proveerlo o cuando lo que provee es insuficiente.

CUARTO: Conforme a nuestra legislación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional el hijo o la hija afín podrían ser reconocidos como heredero de su padre o madre afín en las familias ensambladas.

QUINTA: Siendo que en nuestro país la familia ensamblada no ha sido reconocido por la ley, exista la necesidad de regular sobre los derechos de hijos e hijas afines en las familias ensambladas del Perú, requiriéndose para ello modificar normas del Código Civil y Código de Niños y Adolescentes a fin de incorporar normatividad que regule el ejercicio de la patria potestad, la tenencia, alimentos, derechos sucesorio, entre otros respecto a los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: El caso de las familias ensambladas no han sido estudiados a profundidad en nuestro país, más en nuestra localidad, por lo que se recomienda la organización de cursos de capacitación, talleres e investigaciones sobre este tema, pudiendo ser organizados éstos por el Poder Judicial, la Fiscalía de Familia, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, las universidades, entre otras instituciones privadas y públicas.

SEGUNDA: Las Facultades de Derecho de las Universidades incluyan el estudio de las familias ensambladas en las áreas de Derecho de Familia, a fin de que los futuros abogados conozcan la regulación legal, las características y los derechos de los integrantes de las familias ensambladas.

TERCERA: Se brinde capacitación específica a los Jueces y Fiscales de Familia, así como a los abogados que laboran en el campo de Derecho de Familia, para que conozcan adecuadamente sobre los deberes y derechos de los integrantes de las familias ensambladas, a fin de atender con mayor conocimiento los asuntos puestos a su conocimiento.

CUARTA: Que se propicie amplio debate sobre el ejercicio de la patria potestad, la tenencia, visitas, los alimentos y los derechos hereditarios en el caso de las familias ensambladas, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos que fueron suscritos por el Perú y la legislación y jurisprudencia de los países donde se reconocen estos derechos.

QUINTA: Constatado que nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente sobre las familias ensambladas, por ende los derechos de los hijos o hijas afines han caído en vacío, se propone un Proyecto de Ley a fin de posibilitar el reconocimiento de estos en las familias ensambladas. El Proyecto de Ley es el siguiente:

PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LOS DERECHOS DE LOS HIJOS AFINES EN LAS FAMILIAS EMSAMBLADAS

PROYECTO DE LEY N°: _____

Proyecto de Ley que regula los derechos de los hijos afines en las familias ensambladas y propone la modificación de diversos artículos del Código Civil y Código de Niños y Adolescentes, referido a las obligaciones alimentarias en las familias ensambladas.

El Congresista de la República que suscribe, _____, miembro del Grupo Parlamentario _____, en ejercicio del derecho de iniciativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

I. CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en su artículo 1° señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Que, nuestra Constitución Política en su artículo 4° señala que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad; consagrando de esta manera el principio de protección constitucional de la familia.

Que, nuestra constitución, tampoco nuestras normas legales, no regulan respecto a las familias ensambladas, más el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a esta institución en sus sentencias, incluso pronunciándose de la posibilidad de otorgarse los alimentos para los hijos afines.

Que, el artículo 474 del Código Civil señala que se deben alimentos recíprocamente: 1) Los cónyuges, 2) Los ascendientes y descendientes, 3) Los hermanos.

Que, el artículo 475 del Código Civil, señala que los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente: 1) Por el cónyuge, 2) Por los descendientes, 3) Por los ascendientes, 4) Por los hermanos. Sin embargo, tampoco hace referencia a las familias ensambladas.

Que, nuestro Código de niños y adolescentes tampoco hace referencia a los alimentos en las familias ensambladas, por lo que existe la necesidad de su consideración.

Que, el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes señala que “cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.

Que, el artículo 90 del Código de Niños y Adolescentes señala que “el Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique”.

Que, nuestro Código de niños y adolescentes tampoco hace referencia a la tenencia, régimen de visitas, alimentos ni sobre posibilidad de heredar de los hijos/as afines en las familias ensambladas, por lo que existe la necesidad de su consideración.

Que, por los motivos expuestos se considera necesaria la promulgación de la presente ley que regula los derechos alimentarios del padre afín en las familias ensambladas, así como incorpora modificaciones al Código Civil y al Código de Niños y Adolescentes.

II. TEXTO DEL PROYECTO DEL PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA LOS DERECHOS DE LOS HIJOS AFINES EN LAS FAMILIAS EMSAMBLADAS

Artículo 1°.- Para efectos de la presente ley, se denomina familia ensamblada a la estructura familiar originada por el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un compromiso previo.

Artículo 2°.- Los miembros de la familia ensamblada son los padres: padre afín, madre afín, y los hijos: hijo afín e hija afín.

Artículo 3°.- Modifíquense el artículo 418, numeral 4) a su artículo 474° y el numeral 5) a su artículo 475° del Código Civil, los cuales tendrán el texto siguiente:

“Artículo 418.- Noción de Patria Potestad

Por la patria potestad los padres, *biológicos o afines*, tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”.

Artículo 474°.- Obligación recíproca de alimentos

Se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.
3. Los hermanos.
4. *El padre o madre afín respecto a su hijo afín, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 93-A del Código de Niños y Adolescentes”.*

“Artículo 475°.- Prelación de obligados a pasar alimentos

Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

1. Por el cónyuge.

2. Por los descendientes.
3. Por los ascendientes.
4. Por los hermanos.
5. *El padre o madre afín respecto a su hijo afín, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 93-A del Código de Niños y Adolescentes”.*

Artículo 4°.- Modificación el artículo 81°, 83° y 90° del Código de Niños y Adolescentes, los mismos que tendrán el siguiente texto:

“Artículo 81.- Tenencia

Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la Tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

En el caso de las familias ensambladas, los padres y las madres afines, excepcionalmente pueden gozar de la tenencia de sus hijos o hijas afines, sin que sea necesario suspender la patria potestad del padre que no vive con el hijo”

“Artículo 83.- Petición

El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebate a su hijo o dese que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

El padre o madre afín tendrá el mismo derecho para petitionar la tenencia de su hijo o hija afín”.

Artículo 90.- Extensión del Régimen de Visitas

“El Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique.

Los padres o madres afines tienen el mismo derecho respecto a sus hijos o hijas afines, después de concluido la relación matrimonial o unión de hechos, en caso de considerar necesario”.

Artículo 5°.- Incorpórese el artículo 93-A en el Código de Niños y Adolescentes, el mismo que tendrá el siguiente texto:

“Artículo 93-A.- Alimentos en las familias ensambladas

En las familias ensambladas, la obligación alimentaria del padre o madre afín tiene carácter subsidiario, mientras dure el matrimonio o relación convivencial reconocida por ley. Le será exigible en caso que alguno de los obligados preferentes mencionados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 93° de este Código, estuvieran imposibilitado para cumplir.

La subsidiaridad de la obligación alimentaria no impide que el padre o madre afín pueda comprometerse voluntariamente con una obligación alimentaria a favor de su hijo afín”.

III. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA

El objeto del presente proyecto de ley es únicamente velar por el ejercicio de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos respecto a los hijos afines en las familias ensambladas, por lo tanto, no es posible establecer una valoración de carácter económico referido a los efectos que generen la aprobación de la presente iniciativa legislativa, sino más bien viabilizar una protección integral a los niños y adolescentes.

Lima, 25 de junio del 2019

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Aguilar Llanos, Benjamín (2010). Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho. En: Revista Gaceta Constitucional. Tomo 35. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Aguilar Llanos, Benjamín (2013). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales.
- Aguilar Llanos, Benjamín (2013). Derecho de Sucesiones. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Aguilar Llanos, Benjamín (2014). Patria Potestad. En: Patria Potestad, Tenencia y alimentos. Lima: Gaceta Jurídica.
- Aguilar Llanos, Benjamín (2016). Tratado de Derecho de Familia. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Aguilar Llanos, Benjamín (2018). Interés superior del niño y adolescente. En: Código de los Niños y adolescentes comentado. Lima: Jurista Editores.
- Aguilar Llanos, Benjamín (2018). La familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes. En Código de los Niños y Adolescentes Comentado. Lima: Jurista Editores
- Bermúdez Tapia, Manuel (2012). Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos.
- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo (2014). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Briozzo, María Soledad (2014). La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: ¿Superó la falta de lineamientos institucional que determinan sus acciones? Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Argentina.
- Calderón Beltrán, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores.

- Canales Torres, Claudia (2014). Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. Lima: Gaceta Jurídica
- Casación N° 1738-2000-Callao. Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria de 17 de Noviembre de 2000 (Expediente: 001738-2000). Obtenido de: <https://vlex.com.pe/vid/-472718306>
- Castro Pérez-Treviño, Olga María (2010). Hijos míos, hijos tuyos, hijos nuestros. Un reto legislativo. Disponible en Web: https://works.bepress.com/olgamaria_castropereztrevino/4/
- Chunga Lamonja, Fermín (2008). Derecho de Menores. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Cillero (1998). El principio del interés superior de la niñez obtenido de: http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm
- Código Civil (1984). Ministerio de justicia y derechos humanos. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>
- Código de Niños y Adolescentes. (2000). LEY N° 27337 LEY QUE APRUEBA EL NUEVO CODIGO DE
- Convención Americana de derechos Humanos (1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Cornejo Chávez, Héctor (1999). Derecho familiar peruano. Décima Edición. Lima: Gaceta Jurídica
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292. 2016. Protección constitucional a la familia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-292-16.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2019. Ficha Técnica: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Recueperado de: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=17&lang=es
- Cuzma Cáceres, Giselle. Familias Ensambladas. Lima: Guy Editores EIRL.

- Davison, Dora. (2019). Familia ensamblada. Justificación de la denominación. Recuperado de: <http://dradoradavison-familiasonline.blogspot.com/>
- Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP. 2018. Reglamento de la ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30466-ley-que-establece-pa-decreto-supremo-n-002-2018-mimp-1654825-3/>
- Del Águila Llanos, Juan Carlos (2015). Guía práctica de derecho de alimentos. Lima: Ubilex asesores.
- Diario El Peruano (1993). Constitución Política del Perú 1993.
- Domínguez, Andrés Gil, Fama, María y Herrera, Marisa (2006). Derecho constitucional de familia. Primera Edición. Tomo I, Buenos Aires: Ediar.
- Ferrero Costa, Augusto (2012). Tratado de derecho de sucesiones. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gaceta Jurídica (2010). Código Civil Comentado. Tomo II y III. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Gaceta Jurídica (2018). Compendium de Familia & de los Niños y Adolescentes. Lima: Gaceta Jurídica
- Gallegos Canales, Yolanda y Jara Quispe, Rebeca (2014). Manual de Derecho de Familia. Lima: Jurista Editores.
- García Toma Víctor; "Teoría del Estado y Derecho Constitucional", Editorial ADR US — 2010; Pág 440.
- Grossman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene (2000). Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Editorial universidad.
- Hernández Alarcón, Christian. Comentarios al artículo 474 del Código Civil: “Obligación recíproca de prestar alimentos”. En: Código Civil Comentado. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2003.

Hinostrza Mínguez, Alberto (2017). Procesos Judiciales derivados del Derecho de familia. Lima: Justitia.

Instituto Nacional de Estadística e Informática –INEI. (2019). Recuperado de: <https://www.inei.gob.pe/nosotros/>

Instituto Pacífico (2017). Alimentos y tutela de menores en la jurisprudencia peruana. Lima: Pacifico editores.

López Díaz, Carlos (2005). Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo II. Santiago: Ediciones Librotecnia.

Los niños y adolescentes. (2019). Recuperado de: <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

Mejía Salas, Pedro (2009). La Patria Potestad. Lima: Librería y Ediciones jurídicas.

Meza Torres, Yelena (2018). Código de los Niños y Adolescentes Comentado. Lima: Jurista Editores.

Minjus (2014). Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal (PNAPTA 2013 – 2018). Recuperado de: <http://www.concortv.gob.pe/wp-content/uploads/2019/08/Marco-conceptual.pdf>

Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Recuperado de: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc

Olavarría Uivian, Juan (2012). Derecho de sucesiones. Arequipa: Adrus.

Peralta Andía, Javier Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: IDEMSA.

- Peralta Andía, Javier Rolando (2017). La familia ensamblada y la obligación alimentaria subsidiaria. En Revista Derecho Vol. 8 Núm. 8 (2017). Tacna: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna.
- Placido Vilcachagua, Alex (2008). Manual de Derecho de Familia. Un enfoque de estudio de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Plácido Vilcachagua, Alex (2010). Tus Derechos-Familia Ensamblada. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/>
- Placido Vilcachagua, Alex (2015). Manual de Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico.
- Placido Vilcachuagua, Alex (2005). Protección del niño, madre y anciano y de la familia. Promoción de matrimonio. En Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomos I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido Vilcachuagua, Alex (2008). Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia. En Actualidad Jurídica. Tomo 173. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021 Obtenido de: <https://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf>
- Pozo Sánchez, Julio (2018). Summa Civil. Lima: Nomos & Themis.
- Ramos Cabanellas, Beatriz (2006). Regulación legal de la denominada familia ensamblada. En: Revista de Derecho. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay.
- Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 01204-2017-PA/TC, Caso Manuel Andrés Medina Menéndez, del 01-10-2018
- Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 02478-2008-PA/TC. Caso Alex Cayturo Palma, del 11-05-2009.
- Sentencia del tribunal Constitucional en el Exp. N.º 04493-2008-PA/TC. Caso De La Cruz Flores, del 30-06-2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 09332-2006-AA/TC. Casos Pérez Sholt Pérez, del 03-11-2007.

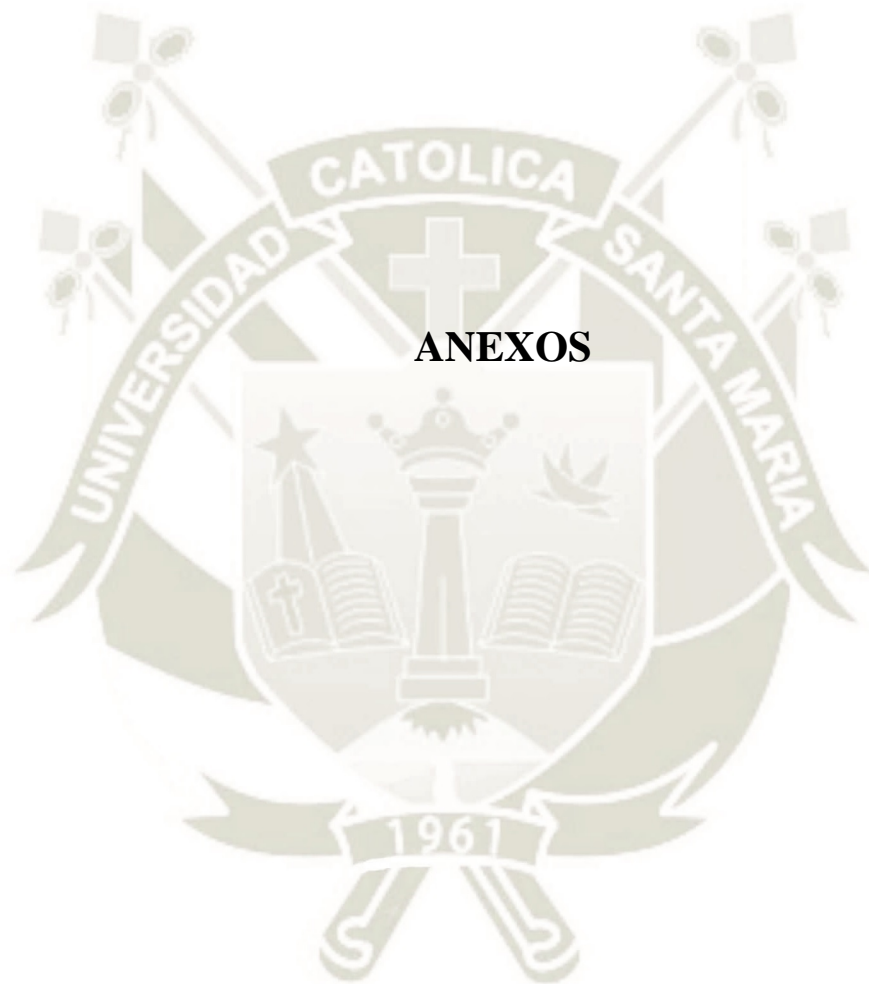
Siverino Bavio, Paula (2008). Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Shols Pérez. En Revista Jus. Lima: Editorial GrijLey.

Torres Carrasco, Manuel Alberto (2014) (Coordinador). Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica.

Vásquez Pérez, Ernesto. El deber alimentario en las familias ensambladas. En: Revistas Gaceta Constitucional N° 35. Lima: Gaceta Jurídica

Zermatten Jean. 2003. El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico obtenido de:
https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf



ANEXO 1

Universidad Católica Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



NECESIDAD DE REGULAR SOBRE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS Y LAS HIJAS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS DEL PERU. AREQUIPA, 2018.

Proyecto de Tesis presentado por la Bachiller.

Calcina Montesinos, Carla Sellenne

Para optar el Título Profesional de;

Abogada

Asesor:

Mg. Fajardo Passano, Patricio Marcelo

Arequipa – Perú

2018

I. PREÁMBULO

Observando los noticieros, los diarios, así como en conversación con parejas en segundas nupcias o segundo compromiso, vemos que la mayoría de ellos se unen a su nueva pareja llevando hijos provenientes de un compromiso anterior. Estos hijos que ingresan al nuevo hogar no siempre reciben el mismo trato que los hijos nacidos en ese nuevo compromiso, más teniendo en cuenta que en nuestro país no contamos con una ley que reconozca derechos a los hijos e hijas en las familias ensambladas.

Hay ciertos beneficios que no pueden gozar los hijos o hijas afines. Por ejemplo, los hijos de los trabajadores estatales gozan de seguro de salud en ESSALUD, los hijos de docentes estatales acceden a becas de estudios, los hijos de ciertos profesionales tienen beneficios en sus Clubs, los hijos legítimos pueden viajar con tranquilidad con sus padres, tanto al interior y exterior del país, entre otros. Mientras, los hijos e hijas afines no pueden gozar de estos beneficios al igual que un hijo nacido en el nuevo matrimonio, pues los padres afines no tienen un documento que acredite que están a cargo del menor. Estas situaciones nos hacen ver que los hijos afines tienen una desventaja frente a los hijos nacidos en el nuevo matrimonio. Ello no sería así si es que existiera una ley que reconociera los derechos de los hijos afines, así como de los padres afines en las familias ensambladas. Una ley así permitiría que estos hijos, que en los hechos viven en el seno familiar tal igual que sus hermanos nacidos en el nuevo matrimonio, puedan recibir un trato igualitario. Nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia de Expediente N° 09332-2006-PA/TC, ha señalado que el parentesco que se genera entre los padrastros e hijastros, es parentesco por afinidad, por lo que resultarían extensivos, los derechos, prohibiciones e incompatibilidades previstas por el Código Civil, y el vacío existente debería ser suplido por el legislador.

Es por ello que me planteo la presente investigación, con la finalidad de demostrar que existe la necesidad regular sobre los derechos de los hijos e hijas afines en las familias ensambladas, con la finalidad de suplir el vacío existente y así permitir que los hijos afines puedan recibir un trato igualitario en el seno de las familias ensambladas en nuestro país.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

NECESIDAD DE REGULAR SOBRE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS Y LAS HIJAS AFINES LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS DEL PERU. AREQUIPA, 2018.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- a. Campo : Ciencias jurídicas.
b. Área : Derecho de Familia
c. Línea : Derecho de los hijos e hijas afines

1.2.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
<p>Variable Independiente DERECHOS DE HIJOS E HIJAS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS DEL PERÚ.</p> <p>Son los derechos que le asistirían y de los cuales deberían gozar los hijos afines que viven en las familias ensambladas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Las familias ensambladas. • Deberes y derechos hacia los hijos afines 	<ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza jurídica de las familias ensambladas - Características de las familias ensambladas - Derechos y obligaciones en las familias ensambladas - El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas - Tenencia en las familias ensambladas - Alimentos en las familias ensambladas - Derecho hereditario en las familias ensambladas. - Otros derechos de hijos e hijas afines en las familias ensambladas.
<p>Variable Dependiente NECESIDAD DE REGULAR SOBRE LOS DERECHOS DE HIJOS E HIJAS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS DEL PERÚ.</p> <p>Es la necesidad de que una norma legal pueda reconocer los derechos de los hijos e hijas afines en las familias ensambladas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tratamiento legal y jurisprudencial de la tenencia de los hijos afines en las familias ensambladas • Regulación de la tenencia de los hijos afines en las Familias Ensambladas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Regulación legal nacional, comparada y normas internacionales sobre de derechos de los hijos e hijas afines. - Jurisprudencia nacional y extranjera sobre la tenencia de los hijos afines. - Principio de interés superior del niño y la tenencia de los hijos afines. - Regulación en la legislación comparada - Regulación en normas internacionales de derechos humanos.

1.2.3. INTERROGANTES DE INVESTIGACIÓN

1. ¿Se puede reconocer el ejercicio de la patria potestad a los padres o madres afines en las familias ensambladas, respecto de sus hijos o hijas afines, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente?
2. ¿Será procedente otorgar la tenencia de los hijos e hijas afines a favor de los padres o madres afines en las familias ensambladas?
3. ¿El hijo o la hija afín tiene derecho de reclamar alimentos al padre afín en las familias ensambladas, en caso que de imposibilidad para proveer del padre biológico?
4. ¿El hijo o la hija afín tiene derecho de reclamar herencia a su padre o madre afín en las familias ensambladas?
5. ¿Existe la necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas en el Perú?

1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

- **Tipo** : Documental
- **Nivel** : Descriptivo - Explicativo

1.3. JUSTIFICACIÓN

El problema que se propone investigar, es fruto de los constantes cambios que ha venido experimentando la familia actual en nuestra sociedad peruana, realidad que no ha sido contemplada en nuestra legislación vigente, lo cual no permite a los integrantes de las familias ensambladas tener expectativas claras sobre sus derechos y deberes en las relaciones familiares que se producen al interior de este núcleo familiar.

Por ello, consideramos que muchas situaciones problemáticas de los hijos afines, muchos de ellos enumeramos en el preámbulo del presente, se resolverían reconociendo en nuestro ordenamiento jurídico los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas.

Por ello, nuestra investigación se justifica, porque tiene:

Relevancia Jurídica, porque la posibilidad de reconocimiento legal de los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas, se enmarcan en el ámbito jurídico, por lo que el problema investigado es relevante jurídicamente.

Relevancia Científica, ya que las razones por las cuales se ha seleccionado el tema de la presente investigación, es por la importancia que revisten el reconocimiento legal de los derechos de los hijos e hijas afines en las familias ensambladas que permitirían de goce de derechos que ayudarían a desarrollarse adecuadamente a los menores que viven en las familias ensambladas.

Por lo que, la presente investigación, en base a un análisis sistemático de nuestra normatividad, de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, va permitirnos plantear nuevas tendencias de interpretación y de aplicación de normatividad, a fin de viabilizar el reconocimiento de los derechos de los hijos e hijas afines en las familias ensambladas, en salvaguarda del interés superior del niño.

Relevancia Humana, porque por las razones antes expuestas, los resultados de la presente investigación beneficiarán a los padres y los hijos afines, que en las nuevas familias formadas puedan superar las dificultades que la sociedad y el Estado les impone debido a los vacíos legales existentes.

Relevancia Contemporánea, porque el tema que analizamos es actual, pues es en estos últimos años nuestro Tribunal Constitucional, se viene pronunciando sobre esta problemática jurídico-social surgida en el ámbito de las familias ensambladas a través de diversas sentencias, las cuales confirman que en nuestra sociedad actual existen niños y adolescentes estrechando relaciones familiares y conviviendo con uno de sus padres biológicos y a la vez con su padre o madre afín, por lo que el reconocer los derechos de los hijos e hijas afines ayudaría a mejorar las relaciones familiares y enfrentar las realidades problemáticas que se presentan.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. LA FAMILIA EN EL PERÚ

2.1.1. DEFINICIÓN DE LA FAMILIA

No encontramos definición de la familia en nuestra Constitución, tampoco en nuestras normas legales, sino referencias de que la familia constituye una institución natural y fundamental de la sociedad.

Cornejo Chávez (1998), sostiene que la familia se puede definir en sentido amplio y restringido. En sentido amplio “es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad” y en sentido restringido es “el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente sólo los menores o Incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear” (p. 17).

A su turno, Varsi (2011) señala que “la familia es el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración” (p. 23)

2.1.2. FUNCIONES DE LA FAMILIA

Siguiendo a Peralta (2008) podemos decir que “la familia cumple las siguientes funciones:

- a.- Sexuales.-** Viene a ser la institucionalización de la unión y la canalización de la actividad sexual, de modo que se establezca entre varón y mujer una especie de monopolio sexual, sustentadas en la cohabitación y la fidelidad.
- b.- Reproductora.-** Porque a través de la familia el hombre puede perpetuar su especie, permitiendo la continuidad de la vida humana.
- c.- Social.-** Es la familia la base de la organización social humana. En base a ella, es que se han formado las tribus, las hordas, las gens, los pueblos, las naciones y los Estados. La sociedad se forma a partir de la familia.
- d.- Económica.-** Es dentro del seno familiar, mediante su esfuerzo personal y colectivo, el hombre logra generar su patrimonio. Asimismo, además

son las familias las que trabajan, las que producen y labran la riqueza de los pueblos.

e.- Educativa.- Es la familia la primera y la más importante escuela donde el hombre aprende a vivir en sociedad, es donde se transmite los valores, principios, los usos y costumbres que constituyen la base de la convivencia humana. La familia no solo alimenta, sino también protege y educa” (p. 49-50).

2.1.3. TIPOS DE FAMILIA

Hoy por hoy ya no podemos hablar de un solo tipo de familia, pues como señala el Tribunal Constitucional, la familia “al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales” (STC, Exp. N° Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 7). Por ello, actualmente las organizaciones familiares han adoptado una diversidad de formas.

Reconociendo esa diversidad el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que los “cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC, Exp. N° 09332-2006-AA/TC, FJ. 7).

En ese sentido, actualmente ya no podemos hablar solamente de la familia nuclear que todos conocemos (conformada por el padre, la madre y los hijos), sino de otros diversos modelos familiares que distan mucho del modelo tradicional. Sino también de las familias extendidas (conformadas por los padres, hijos, abuelos, nietos, tíos, sobrinos y más); las uniones de hecho (parejas no casadas pero que forman una familia); las monoparentales (conformada por uno de los padres y sus hijos); las familias ensambladas

(conformada por parejas donde uno o ambos tienen hijos de un compromiso anterior), entre otros (Véase Varsi, 2012, 61).

2.2. LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ

2.2.1. DEFINICION DE FAMILIA ENSAMBLADA

En el ámbito doctrinal, no existe consenso en el *numen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Sin embargo, entendemos que son familias que se conforman con un segundo matrimonio o compromiso, donde uno o ambos ingresan a este nuevo compromiso con hijos nacidos en un compromiso anterior.

A nivel doctrinal encontramos definiciones parecidas a la familia ensamblada, resaltando sus características y su composición. Así Ramos (2006) define como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (p. 192).

Grosman y Martínez (2000) señalan que la familia ensamblada es “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, y agrega “incluimos en la conceptualización de familia ensamblada tanto el núcleo integrado por el progenitor a cargo de sus hijos de una unión anterior que vuelve a casarse, como al conformado por el padre que no convive con sus hijos” (p. 35).

Nuestro Tribunal Constitucional, también ha señalado que la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (STC, Exp. N° 02478-2008-PA/TC. FJ 4).

Así podemos decir que la familia ensamblada es aquella estructura familiar conformada por una pareja en segundas nupcias donde una de ellas o ambas tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente).

2.2.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Coincidiendo con Calderón Beltrán (2014) diríamos que las familias ensambladas tienen las siguientes características:

- 1) **Núcleo familiar complejo y frágil.-** Las relaciones en la familia ensamblada no se instauran a partir del parentesco consanguíneo, sino se sustentan en el afecto y en la solidaridad familiar.
- 2) **Núcleo familiar difuso.-** Ello ocurre debido a que respecto a la familia ensamblada existe muy poca o ninguna regulación legal entre padrastros e hijastros. Por ello, a diferencia de la familia nuclear donde cada quién sabe las obligaciones conyugales y parentales que les corresponde, en la familia ensamblada existirá una tercera persona, el padrastro, que también asumirá obligaciones y derechos parentales sobre sus hijastros, roles que dado la poca o nula preocupación del legislador, en la actualidad se mantienen en la indefinición.
- 3) **Núcleo familiar estable y de público reconocimiento.-** Cuando los miembros de la familia ensamblada logran superar su inicial periodo de adaptación, el núcleo familiar suele alcanzar estabilidad, lo cual implica la solidez y permanencia de sus relaciones. Además las familias ensambladas alcanzan reconocimiento social, siendo su estado de familia aceptado y respetado por todo su entorno” (p. 14-16).

2.2.3. PADRES E HIJOS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

La situación jurídica de los hijos afines no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional, con excepción de algunas sentencias del Tribunal Constitucional que están referidas a esta materia.

El Tribunal Constitucional refiriéndose a los hijos afines y la familia ensamblada ha señalado que “el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado” (STC, Exp. N° 02478-2008-PA/TC. FJ. 11).

Luego el mismo Tribunal puntualiza que “la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida”.

De modo que podemos señalar que la relación entre los hijos afines y los padres afines es de un parentesco de afinidad, por lo que resultarían extensivos, los derechos, prohibiciones e incompatibilidades previstas por el Código Civil, por lo que el hijastro (hijo afín) por ejemplo, se encontraría facultado para merecer los alimentos de parte del padre afín. Por ello el Tribunal Constitucional en la dicha sentencia, así como en otros, ha señalado que dicho vacío debería ser suplida por el legislador, puesto que nada impide que el padre afín pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines, lo que sería una manifestación de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho.

En ese sentido, dada la situación descrita, por el principio de protección de la familia, que en nuestro país tiene rango constitucional (artículo 4 de la Constitución), así como el derecho a fundar a una familia y a su tutela, reclaman que la normativa legal recoja esta realidad y regule las necesidades

y aspiraciones de las familias ensambladas. Es responsabilidad de la sociedad toda y de los operadores del derecho en particular, luchar para que tales derechos no solo se reconozcan, sino que se proyecten activamente en la dinámica familiar. Pues, la realización del interés superior del hijo (a) afín implica la satisfacción plena de todos sus derechos en un ámbito en el que primen los principios de igualdad y solidaridad en las relaciones de familia, respetando el derecho que tiene todo niño, niña y adolescente a crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

2.3. LOS DERECHOS Y DEBERES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

2.3.1. LA PATRIA POTESTAD EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Benjamín Aguilar nos dice que “la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos”. A continuación, el mismo autor aclara diciendo que “este concepto pretende abarcar no sólo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas [http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/suspension de la patria potestad.htm](http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/suspension_de_la_patria_potestad.htm) - ftn3” (Aguilar Llanos, 2013, 306).

Así, el ejercicio de la patria potestad supone asumir deberes y derechos correlativos de los padres a los hijos y viceversa, pues nuestra Constitución claramente ha establecido en su artículo 6° cuando dice que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, y correlativamente, los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

Por ello, conforme al artículo 418° del Código Civil “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de

sus hijos menores”, y a través del artículo 423° del mismo Código se señalan los derechos y deberes que los padres asumen por ejercer la patria potestad:

“Artículo 423.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
- b.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- c.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
- d.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
- e.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
- f.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- g.- Administrar los bienes de sus hijos.
- h.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004”.

De manera similar ha regulado el contenido de la patria potestad el artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes (CNA).

De manera que, podemos decir que la patria potestad encierra una serie de atributos, como “velar por su desarrollo integral, tenerlos a su lado, proveer su sostenimiento y educación, dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente y cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente, representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y de responsabilidad civil,

administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, entre ellos la tenencia, como uno de los derechos, sino el más importante, uno de los que más se demanda en los tribunales de familia” (Aguilar Llanos, 2012, 28).

La patria potestad según nuestra legislación es entendida como derecho privativo de los padres, sin embargo, esto no debería ser así, pues existen muchos padres que prohíjan a niños y niñas que no son sus hijas, lo que ocurren con los padres afines, a los cuales creemos que se le puede reconocer los atributos de la patria potestad, en salvaguarda del interés superior del niño.

2.3.2. LA TENENCIA DE HIJOS MENORES EN LA FAMILIA ENSAMBLADA

Canales (2014) nos dice que la tenencia “es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario” (p. 30).

Nuestra Corte Suprema señala que la “tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres, al encontrarse éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca del bienestar del menor, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro” (Casación N° 1738-2000-Callao).

Siguiendo a Yolanda Gallegos y Rebeca Jara (2014), diríamos que se habla de tres tipos de tenencia, la tenencia unipersonal o exclusiva, la tenencia compartida y la tenencia negativa (P. 436).

d) La tenencia unipersonal.- También es conocida como tenencia exclusiva o monoparental. Ocurre que “cuando se le reconoce o se le otorga a uno de los padres la tenencia de su(s) hijo(s), teniendo en

cuenta el nivel de relación entre el padre o madre con el hijo o hijos” (Bermúdez, 2012,156).

Esta modalidad de tenencia era la única reconocida por la legislación peruana, hasta la introducción de la tenencia compartida, en artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, en setiembre del 2008.

e) **La tenencia compartida.-** Es una modalidad de tenencia de los hijos, a través del cual, luego de que se produce la separación de los padres, ambos continúan de manera conjunta conviviendo con sus hijos o hijas, ejercitando de manera adyacente y en ribetes de igualdad los roles parentales que han surgido de la consanguinidad. En este caso, “el hijo o hija convive por un tiempo determinado con uno de los padres, trasladándose luego al domicilio de su otro progenitor, de esta manera el niño o niña conservará íntegramente sus relaciones familiares paternas y maternas y ambos padres compartirán igualmente sin distinciones sus deberes y obligaciones paterno filiales” (Calderón, 2011,109).

f) **La tenencia negativa y de facto.-** La tenencia negativa se da cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. En estos casos los hijos permanecen con los abuelos, tíos, hermanos, etc. y en otros casos simplemente terminan como niños abandonados.

La tenencia es de facto, se da en el caso que los padres sin recurrir al poder judicial, toman la decisión expresa o tácitamente. Será expresa cuando uno de los padres comunica su voluntad de dejar al menor al cuidado del otro, y será tácita, cuando uno de los padres por sus actos hace ver que no quiere tener al menor, por lo que el niño se queda en poder del otro.

Para muchas parejas, sobre todo para la mujer, es natural que al contraer nuevas nupcias, ingresar al nuevo matrimonio con sus hijos, es decir con la tenencia de sus hijos habidos antes de esta segundas nupcias,

De esta manera se conforma una nueva familia, la familia ensamblada, donde habrá hijos comunes de la pareja y también hijos propios de uno de ellos o de ambos, donde del cuidado y de la manutención de los menores se encargan ambos cónyuges, puesto que vivir en esta familia implica también asumir un rol de cuidado y manutención. Sin embargo ello no está regulado, por lo que dicha función cumplen de manera voluntaria.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas (Familias ensambladas), es factible recurrir a la doctrina o al derecho comparado a fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional. Así, puede tenerse por ejemplo lo expuesto por cierta doctrina comparada, en cuanto indica que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior” (Exp. N.º 04493-2008-PA/TC, FJ. 21).

Asimismo el mismo Tribunal señala que el hijo afín forma parte de la nueva familia ensamblada “con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado”, por lo que la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida” (STC, EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, FJ. 11 y 12).

De modo que, el menor en la nueva familia convive con el padre o madre afín, conjuntamente con una madre o un padre biológico. Es decir la

tenencia de hecho o de facto tiene uno de los padres biológicos (puede ser padre o madre) y un padre o madre afín. En este ámbito el menor se identifica con sus padres, como también el padre afín con sus hijos afines, por lo que viven en familia, sin excluir de la patria potestad al otro padre biológico. Por ello, en aras de mantener esta continuidad y el respeto al principio del interés superior del menor, sería dable que se pueda reconocer el derecho de tenencia a favor del padre o madre afín.

2.3.3. LOS ALIMENTOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Los alimentos constituyen el sustento elemental para la subsistencia. Por lo que, como Hernández Alarcón (2001) manifiesta, los alimentos constituyen un “deber natural de solidaridad y colaboración frente a las necesidades de subsistencia de los integrantes de un grupo” (p. 231).

En ese sentido, como señala Cornejo Chávez (1999), la obligación alimentaria constituye “el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona”. De modo que, el derecho de alimentos constituye la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otro lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos” (p. 568).

Conforme al artículo 474 del Código Civil se puede inferir que las personas obligadas legalmente a prestar alimentos son:

“Artículo 474.- Se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.
3. Los hermanos”.

Respecto a los alimentos de los hijos, el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes señala que: “Es obligación de los padres prestar alimentos a

sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad;
2. Los abuelos;
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y
4. Otros responsables del niño o del adolescente”.

Por otra parte, en nuestros tiempos actualmente existen parejas que contraen matrimonio con hijos de un compromiso anterior, por lo que para muchas parejas, es natural que al contraer nuevas nupcias, su nuevo cónyuge también preste alimentos a los hijos que ésta tuvo en una previa unión familiar. En estos casos, la idea predominante es el socorro de la nueva pareja, pues más allá de que pueda o no establecerse un deber legal en este sentido, las personas que conforman una familia ensamblada se ven como eso, es decir como una familia.

Esto no es ajeno a cónyuges de estas mujeres, pues muchos asumen que el convivir implica también asumir un rol de manutención. Sin embargo ello no está regulado, por lo que dicha función cumplen de manera voluntaria, pero que merecería un reconocimiento legal.

Ante el vacío y ausencia de normatividad específica, así como de jurisprudencia a nivel judicial, el Tribunal Constitucional, ha realizado una aproximación y planteamiento del problema, en el EXP. N.º 04493-2008-PA/TC, derivado de un proceso de reducción de alimentos, donde el demandante logró que se reduzca una obligación alimentaria, establecida por el Juzgado Especializado en Familia de Tarapoto-San Martín, alegando “deber familiar de asistencia alimentaria” para con tres los hijos de su conviviente. En el caso en particular el Tribunal señaló “nada impide que Jaime Walter Alvarado Ramírez pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines, pero estas serían manifestaciones de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho” (STC, EXP. N.º 04493-2008-PA/TC. FJ. 28). Por lo que, sí podría regularse de manera

complementaria o subsidiaria alimentos para los hijos e hijas afines respecto a sus padres afines, en caso el padre biológico esté imposibilitado para hacerlo.



2.3.4. DERECHO SUCESORIO EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Revisando nuestro derecho familiar vigente podemos también encontrar la crisis entre el derecho familiar y la regulación de la sucesión, toda vez que nuestro Código no ha previsto los nuevos tipos de familias que surgirían en estos últimos tiempos.

El derecho de las familias debe conducir a un nuevo derecho de las sucesiones, menos formalista y más tuitivo, menos rígido y más sensible, que sin dejar de abandonar sus principios, incorpore en su normativa las nuevas formas familiares y el conjunto de valores que esta época impone.

Las profundas transformaciones que se viene incorporando en las instituciones del derecho de familia no se hallan reflejadas, paralelamente, en el derecho sucesorio. Claro ejemplo de ello, es que la disposición sucesoria, no incorpora los nuevos modelos familiares. El matrimonio sigue siendo la única fuente que da nacimiento al derecho hereditario en la sucesión ab intestato, desconociéndose el inevitable correlato que debe respetarse si admitimos que las nuevas formas familiares representan una forma de familia reconocida por la sociedad. Por más efectos jurídicos que se reconozcan, si no se reconoce un derecho hereditario, por ley, se distingue, arbitrariamente una familia matrimonial de una extra matrimonial. Todas las familias merecen protección, aún en el derecho hereditario.

Por lo que, consideramos que es necesario una adecuada regulación de los derechos sucesorios en las familias ensambladas, especialmente para los hijos y las hijas afines.

3.4. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN TENENCIA DE MENORES

El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) que establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y

normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

De esa manera por primera vez se enuncia el principio de interés superior del niño a nivel de normas internacionales de derechos humanos, como un derecho fundamental del niño que deberá ser atendido con preminencia sobre cualquier otro derecho.

Luego, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 3° lo reitera y desarrolla, disponiendo que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Concordante con ello, a nivel de nuestra legislación en el Código de Niños y Adolescentes ha establecido que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (Artículo IX del TP del CNA, Ley N° 27337, 21 de julio del 2000).

De esta manera, como lo ha entendido nuestra Corte Suprema, “el principio de intereses superior del niño implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización” (Casación N° 4881-2009-Amazonas, del 05/04/2011, Quinto Considerando).

En ese sentido, el principio de interés superior del niño implica “la satisfacción, integral, simultánea y armónica de sus derechos. Se trata de un principio que obliga al Estado y a la sociedad a reconocer y garantizar los derechos humanos de

niñas, niños y adolescentes y otorga preeminencia al interés superior del niño por sobre otros intereses y consideraciones” (Poder Judicial, 2015, p. 25).

Por ello, cuando hablamos de la tenencia de menores dentro de las familias ensambladas, el principio de interés superior del niño debe ser tomado muy en cuenta, toda vez que cualquier acción o decisión se debe tomar velando por el interés del menor. La tenencia del menor no es solo derecho del padre, sino también del menor, por lo que si para el niño es ventajoso convivir con su padre o madre afín, nada debe impedir que se le reconozca dicha tenencia de hecho legalmente a favor del padre o madre afín.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

3.1. Calderón Beltrán, Javier Edmundo (2013). Tesis titulada “*Desprotección de las Familias Ensambladas en el Ordenamiento Jurídico Peruano*”, Universidad Católica Santa María. Arequipa, Perú.

Enfoque principal: La presente tesis arriba a un concepto de familia ensamblada, determinando sus características, deberes y derechos que compete a los miembros integrantes de la familia, intentando superar el vacío legal de nuestra legislación.

Conclusiones: La familia ensamblada debe ser vista no solo como aquella comunidad formada por una familia estable, los hijos propios de cada uno de ellos y los hijos comunes que se originaran de esta unión, sino que debe estar vista sobre todo como una entidad familiar autónoma, donde confluyen derechos humanos como fundar una familia o el derecho de sus miembros a la vida familiar, mereciendo por lo tanto la atención de la sociedad y del Estado y la máxima protección de éstos.

Aportes: La relación que tiene este antecedente investigativo con nuestra investigación es que determina las características de las familias ensambladas, los deberes y derechos de los miembros de este tipo de familia, que no están reguladas en nuestra legislación, por lo que los roles de los padres afines frente a sus hijos afines no está claro.

3.2. Calderón Pérez, Jacquelyn Marissa (2016), Tesis titulada “El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas”, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo Perú.

Enfoque principal: La presente tesis, enfoca la investigación en “determinar la necesidad de regular la patria potestad a favor de los padres afines cuando uno de los progenitores falleció, lo cual garantiza el interés superior del niño y fortalece a la familia ensamblada. Para ello se analiza el origen y características de la familia ensamblada, organización familiar común y representativa en nuestra realidad social actual. Identificando las funciones y responsabilidades que de forma espontánea, pública y frecuente asumen el padre o madre afín respecto de su hijo/a afín conjuntamente con el padre o madre biológica” (Calderón, 2016, 5).

Conclusiones: La tesis concluye que “resulta necesario regular la patria potestad a favor de los padres afines cuando uno de los progenitores falleció, porque garantizará el interés superior del niño y fortalecerá las familias ensambladas” (Calderón, 2016, 176).

Aportes: La relación que tiene este antecedente con nuestra investigación en determinar si resulta necesario reconocer la patria potestad a favor de los padres o madres afines cuando el progenitor biológico haya fallecido, por cuanto así se garantizaría el interés superior del niño, niña o adolescente. En nuestro caso, consideramos que es necesario regular sobre los derechos de los hijos afines, con la finalidad de que pueda atenderse de la mejor manera las necesidades de los menores.

3.2. Fernández Gutiérrez, Senen Janett (2016). Tesis titulada “Regulación jurídica de la familia ensamblada en el Perú y en el derecho comparado”, Universidad Católica Santa María de Arequipa, Arequipa – Perú.

Enfoque principal: Con la investigación la graduanda pretende “llenar el vacío respecto a las familias ensambladas, sirviéndose no solo del análisis de sentencia del Tribunal Constitucional, sino también del derecho comparado en donde se podrá determinar cómo se regulan los derechos de estas familias en la experiencia de algunos países hispanohablantes que, por cierto, viven una realidad social

similar a la nuestra y en donde la familia ensamblada constituye también un desafío para el Derecho y la ley” (Fernández, 2016, 4).

Conclusiones: “El régimen jurídico aplicable a la familia ensamblada en el Perú aún tiene serias deficiencias y limitaciones debidas a que su reconocimiento legal no ha ido acompañada de contenido normativo específico respecto a las diversas relaciones jurídicas existentes entre sus miembros, tales como: el derecho alimentario, el régimen de visitas, la transmisión sucesoria, los alcances concretos del derecho a la igualdad, entre otros; por lo cual se hace necesario su estudio y pronta regulación”.

Aportes: Esta tesis establece que en nuestro país las familias ensambladas aún no han sido reguladas, por lo que los deberes y derechos de los hijos afines y los padres afines no se encuentran reconocidos. Ello nos hace ver es lo importante es efectuar una investigación seria y minuciosa a fin de determinar la necesidad de regular sobre los derechos de los hijos afines en las familias ensambladas.

4. OBJETIVOS

- 4.1. Analizar el reconocimiento del ejercicio de la patria potestad a los padres o madres afines en las familias ensambladas, respecto de sus hijos o hijas afines, en salvaguarda del interés superior del niño y adolescente.
- 4.2. Determinar si procede otorgar la tenencia de los hijos e hijas afines a favor de los padres o madres afines en las familias ensambladas.
- 4.3. Evaluar si al hijo o la hija afín le asiste el derecho de reclamar alimentos al padre afín en las familias ensambladas, en caso que de imposibilidad para proveer del padre biológico.
- 4.4. Determinar si el hijo o la hija afín tiene derecho de reclamar herencia a su padre o madre afín en las familias ensambladas.
- 4.5. Demostrar la existencia de la necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas en el Perú.

5. HIPÓTESIS

DADO QUE: en nuestro país existen muchas familias conformadas por padres e hijos afines, donde los padres afines ejercen los roles parentales frente a sus hijos afines, como también los hijos afines cumplen roles de hijos dentro de la familia ensamblada, sin embargo ello no está reconocido por la ley, por lo que los padres afines no pueden cumplir cabalmente su roles paternales ni los hijos pueden gozar de todos los beneficios y derechos de parte de sus padres afines, **ES PROBABLE QUE:** Exista la necesidad de regular sobre los derechos de hijos e hijas afines en las familias ensambladas del Perú, requiriéndose para ello modificar normas del Código Civil y Código de Niños y Adolescentes a fin de incorporar normatividad que regule el ejercicio de la patria potestad, la tenencia, alimentos, derechos sucesorio, entre otros respecto a los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas, instrumentos de verificación

1.1. Precisión

- **Técnicas**
 - Observación documental
- **Instrumentos**
 - Ficha de observación documental estructurada
 - Cédula de preguntas

1.2. Cuadro de Coherencias

VARIABLES	INDICADORES/SUB INDICADORES	TÉCNICAS/INSTR.
<p>Variable Independiente DERECHOS DE HIJOS E HIJAS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS DEL PERÚ.</p> <p>Son los derechos que le asistirían y de los cuales deberían gozar los hijos afines que viven en las familias ensambladas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Las familias ensambladas. <ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza jurídica de las familias ensambladas - Características de las familias ensambladas - Derechos y obligaciones en las familias ensambladas • Deberes y derechos hacia los hijos afines <ul style="list-style-type: none"> - El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas - Tenencia en las familias ensambladas - Alimentos en las familias ensambladas - Derecho hereditario en las familias ensambladas. - Otros derechos de hijos e hijas afines en las familias ensambladas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Observación Documental - Ficha de Observación Documental estructurada
<p>Variable Dependiente NECESIDAD DE REGULAR SOBRE LOS DERECHOS DE HIJOS E HIJAS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS DEL PERÚ.</p> <p>Es la necesidad de que una norma legal pueda reconocer los derechos de los hijos e hijas afines en las familias ensambladas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tratamiento legal y jurisprudencial de la tenencia de los hijos afines en las familias ensambladas <ul style="list-style-type: none"> - Regulación legal nacional, comparada y normas internacionales sobre de derechos de los hijos e hijas afines. - Jurisprudencia nacional y extranjera sobre la tenencia de los hijos afines. - Principio de interés superior del niño y la tenencia de los hijos afines. • Regulación de la tenencia de los hijos afines en las Familias Ensambladas. <ul style="list-style-type: none"> - Regulación en la legislación comparada - Regulación en normas internacionales de derechos humanos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Observación Documental - Ficha de Observación Documental estructurada

1.3. Prototipo de Instrumentos

MODELO DE FICHA DE OBSERVACION DOCUMENTAL

FICHA DE OBSERVACION N°.....			
INSTITUCION: _____			
DOCUMENTO: _____			
INDICADOR: Las familias ensambladas			
Sub Indicadores N° Expediente	Naturaleza jurídica de las familias ensambladas	Características de las familias ensambladas	Derechos y obligaciones en las familias ensambladas

2. Campo de verificación:

5.1. Ubicación espacial

El estudio se realizará en el ámbito nacional.

5.2. Ubicación Temporal

El horizonte temporal del estudio está referido al período comprendido entre 2007 al 2017.

5.3. Unidades de Estudio:

Las unidades de estudio están constituidas por las Sentencias del Tribunal Constitucional referidas a las familias ensambladas, emitidas durante los años 2007 al 2017, Sentencias del Poder judicial de Arequipa referidos al proceso de tenencia de menores y Jueces de Familia de Arequipa.

- **Universo:**

El universo de la investigación está conformado por las 03 sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre familias ensambladas.

- **Muestra**

Nuestra muestra estará conformado por:

- 03 Sentencias del Tribunal Constitucional, que tratan sobre las familias ensambladas.

3. Estrategia de recolección de datos

3.1. Organización

- Para efectos de la recolección de datos, se coordinará con el Decano Directores y docentes de la Facultad de ciencias jurídicas y políticas.
- Se efectuará las coordinaciones correspondientes con el Tribunal Constitucional (En su sede de Arequipa) y el Poder judicial, así como con otras instituciones si fuera necesario.
- Para la recolección de datos se utilizará Fichas de Observación documental estructurada. Una vez recolectado los datos, estos se sistematizarán estadísticamente para efectuar el análisis, interpretación y conclusiones finales.

3.2. Recursos:

Recursos humanos

Investigador	Colaborador	Mecanografiado
01	01	01

Recursos materiales

DENOMINACIÓN	CANTIDAD
Papel Bond	2000
Fichas Bibliográficas	80
Fichas de observación documental	60
Tinta de Impresora	03
Anillado	06
Uso de computadora	02
Empastados	05

Recursos financieros

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
Recurso humanos	4500.00
Recursos materiales (Bienes y servicios)	500.00
COSTO TOTAL GENERAL	5000.00

3.3. Validación del instrumento

Para la validación del instrumento consistente en la Ficha de Observación Estructurada se realizó una prueba piloto en una pequeña población conformada por Magistrados, mediante la cual se han corregido algunos errores y se encuentran listos para su utilización.

3.4. Criterios para el manejo de resultados

Los datos recolectados se sistematizarán en cuadros y gráficos estadísticos, para presentarlo adecuadamente el informe, apoyándome con un ordenador y programa EXCEL.

IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

TIEMPO ACTIVIDADES	ABRIL 2018	MAYO 2017	JUNIO 2018	JULIO 2018	AGOSTO 2018
1. Recolección de datos	x	x			
2. Estructuración de resultados			x	X	
3. Informe final					x

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, Benjamín (2016). Tratado de Derecho de Familia. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Bermúdez Tapia, Manuel (2012). Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos.
- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo (2014). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Calderón Beltrán, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores.
- Cornejo Chávez, Héctor (1998). Derecho familiar peruano. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica Editores SRL.
- Chunga Lamonja, Fermín (2008). Derecho de Menores. Lima: Editorial Jurídica GrijLey.
- Cuzma Cáceres, Giselle. Familias Ensambladas. Lima: Guy Editores EIRL.
- Gaceta Jurídica (2010). Código Civil Comentado. Tomo II y III. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica S. A.

Gallegos Canales, Yolanda y Jara Quispe, Rebeca (2014). Manual de Derecho de Familia. Lima: Jurista Editores.

Grossman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene (2000). Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Editorial universidad.

Peralta Andía, Javier Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: IDEMSA.

Placido Vilcachagua, Alex (2015). Manual de Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico.

Placido Vilcachagua, Alex (2008). Manual de Derecho de Familia. Un enfoque de estudio de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Ramos Cabanellas, Beatriz (2006). Regulación legal de la denominada familia ensamblada. En: Revista de Derecho. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica.