

# Universidad Católica de Santa María

## Escuela de Postgrado

### Maestría en Derecho Civil



**OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN RESPECTO  
DE LOS HIJOS AFINES, EN EL MARCO DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS  
EN EL PERÚ, CONFORME A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL EMITIDAS DURANTE LOS AÑOS 2006-2016**

Tesis presentada por la Bachiller:

**Ormeño Ruiz, Mirella Denisse**

Para optar el Grado Académico de:

**Maestro en Derecho Civil**

Asesor:

**Dra. Kuong Morales, Shiuli**

**Arequipa – Perú**

**2018**

Arequipa, 19 de Diciembre del 2016

Señor Doctor  
Hugo Tejada Pradell.  
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María  
Ciudad.-

Referencia Dictamen de Borrador de Tesis

Previo un cordial, saludo, me dirijo a Ud., con la finalidad de hacer de vuestro conocimiento el Dictamen de Proyecto de Tesis en los siguientes términos:

Que en el expediente signado con el numero 20160000052894, presentado por la Bachiller **ORMEÑO RUIZ, Mirella Denisse**; he sido designado como jurado dictaminador, en el borrador de tesis titulado **“OBLIGACION ALEMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN RESPECTO DE LOS HIJOS AFINES, EN EL MARCO DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ, CONFORME A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL COSNTITUCIONAL EMITIDAS DURANTE LOS AÑOS 2006-2016”**.

Al respecto, salvo mejor opinión, mi dictamen es por que **SE APRUEBE**, el Borrador de Tesis presentado.

Sin otro particular es propicia la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial estima personal

**Magíster: Javier Eduardo Fernández Dávila Mercado**  
**Dictaminador**



DICTAMEN

A: **Dr. Hugo Tejada Pradel**  
Director de Escuela de Post Grado UCSM

DE: **Mag. Nelly Jessica Montenegro Beltrán**

ASUNTO: Borrador de tesis **“Obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, en el marco de las familias ensambladas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas durante los años 2006-2016”**.

FECHA: 21 de diciembre del 2016

---

Señor Director:

Se ha procedido a efectuar la revisión del Borrador de Tesis de la investigación **“Obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, en el marco de las familias ensambladas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas durante los años 2006-2016”**.

Presentado por el bachiller **Mirella Denisse Ormeño Ruiz**, siendo de la opinión luego de la evaluación y lectura que se encuentra en condiciones de ser sustentada, siendo el dictamen **APROBATORIO**.

Atentamente,



Mag. Nelly Jessica Montenegro Beltrán

**DICTAMEN DE LEVANTAR OBSERVACIONES EN BORRADOR DE TESIS PARA  
OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE LA MAESTRIA EN DERECHO CIVIL**

**A** : DR. HUGO TEJADA PRADELL  
Director de la Escuela de Postgrado-Universidad Católica de Santa María

**DE** : Miembro del Jurado Dictaminador

**TITULO** : "OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFIN RESPECTO  
DE LOS HIJOS AFINES, EN EL MARCO DE LAS FAMILIAS  
ENSAMBLADAS EN EL PERÚ, CONFORME A LAS SENTENCIAS DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDAS DURANTE LOS AÑOS 2006-  
2016"

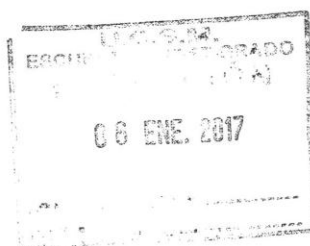
**BACHILLER** : ORMEÑO RUIZ, Mirella Denisse

**FECHA** : 06 de enero del 2017

---

Habiendo levantado algunas observaciones se emite, **Dictamen Favorable**, porque reúne las condiciones necesarias para su aprobación y posterior sustentación.

  
DRA. SHIULTKUOG MORALES  
DICTAMINADOR

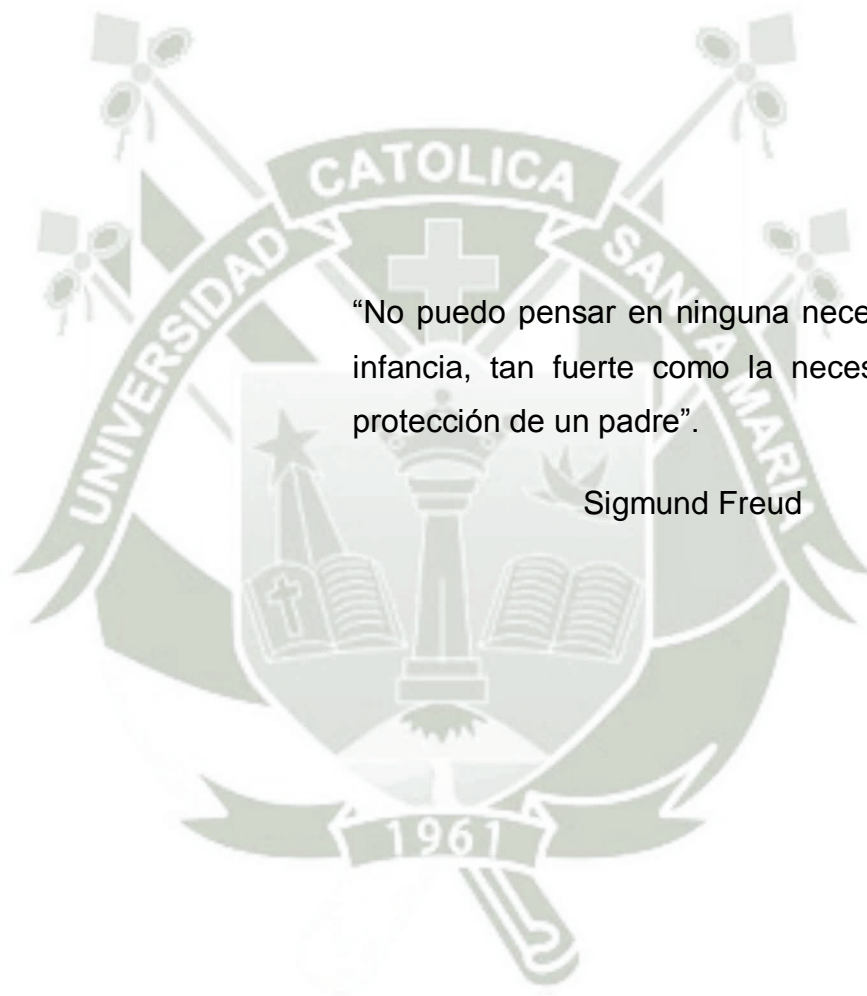




A mis padres María Teresa y Jesús Alberto.

A mi esposo Enrique por su apoyo incondicional.

A mis hijos por ser el motor de mis sueños.



“No puedo pensar en ninguna necesidad de la infancia, tan fuerte como la necesidad de la protección de un padre”.

Sigmund Freud

## ÍNDICE GENERAL

Resumen	
Abstract	
Introducción	
<b>PARTE I. MARCO TEÓRICO</b>	
<b>CAPÍTULO I. LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ</b>	
1. La familia en el Perú.....	01
1.1. La familia.....	01
1.2. Tipos de familia.....	04
1.3. Funciones de la familia.....	07
1.4. Principios de protección de la familia.....	08
2. La familia ensamblada en el Perú.....	12
2.1. La familia ensamblada.....	12
2.2. Orígenes de la familia ensamblada.....	13
2.3. Características de la familia ensamblada.....	14
2.4. Relaciones de los padres afines con los hijos afines.....	16
<b>CAPITULO II. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS</b>	
1. El derecho alimentario en el Perú.....	19
1.1. Los alimentos en el Perú.....	19
1.2. Obligación alimentaria.....	20
1.3. Naturaleza jurídica de la obligación alimentaria.....	21
1.4. Características del derecho alimentario.....	22
1.5. Requisitos para el otorgamiento de alimentos.....	24
1.6. Obligados a brindar alimentos.....	25
1.7. Los beneficiarios de los alimentos.....	29
2. Los alimentos en las familias ensambladas.....	32
2.1. Deberes y obligaciones alimentarias de los padres en las familias ensambladas.....	32
2.2. Características del derecho alimentario entre padres e hijos afines.....	35
<b>CAPITULO III. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</b>	
1. Principio de Interés Superior del Niño.....	38

1.1.	Definición.....	38
1.2.	Características del Principio de Interés Superior del Niño.....	40
1.3.	Funciones del Principio de Interés Superior del Niño.....	42
1.4.	Obligados por el Principio de Interés Superior del Niño.....	45
1.5.	Regulación Jurídica del Principio de Interés Superior del Niño.....	46
1.6.	Otros principios relacionados con el Principio del Interés Superior del Niño.....	53

#### CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN .

1.	Regulación de la familia ensamblada en la legislación peruana.....	63
1.1.	La familia ensamblada a nivel de nuestra Constitución.....	65
1.2.	La familia ensamblada a nivel de nuestras normas legales.....	67
2.	La familia ensamblada en la legislación comparada.....	72
3.	Regulación sobre la obligación alimentaria subsidiaria del Padre Afín.....	75

#### PARTE II. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

##### CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE FAMILIAS ENSAMBLADAS Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN

1.	Sentencias del Tribunal Constitucional sobre las familias ensambladas.....	79
1.1.	Sentencia en el Exp. N° 09332-2006-PA/T. Caso Shols Pérez.....	80
1.2.	Sentencia en el Exp. N° 02478-2008-PA/TC. Caso Cayturo Palma.....	87
1.3.	Sentencia en el Exp. N° 04493-2008-PA/TC. Caso De La Cruz.....	90

##### CAPITULO II. ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS SOBRE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN

1	Generalidades.....	101
2	Análisis de las encuestas.....	102
2.1.	Presencia de familias ensambladas en nuestro país.....	102
2.2.	Regulación jurídica de derechos y deberes en las familias ensambladas.....	105
2.3.	Derecho del hijo afín de reclamar alimentos al padre afín.....	107
2.4.	Obligación alimentaria del padre afín para con el hijo afín.....	109

2.5.	Regulación de la obligación alimentaria del padre afín para con el hijo afín.....	111
2.6.	Jurisprudencia sobre otorgamiento de pensión alimentaria para el hijo afín.....	113
2.7.	Posibilidad de regulación de la obligación alimentaria del padre afín.....	115
2.8.	Carácter de la obligación alimentaria del padre afín.....	117
2.9	Presupuestos para la procedencia del otorgamiento de una pensión de alimentos del padre afín para el hijo afín.....	119
2.10.	Parámetros para establecer el monto de la pensión en caso de regularse sobre la obligación del padre afín de pasar alimentos para sus hijos (as) afines.....	119
<p style="text-align: center;"><b>CAPITULO III. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE POSIBILITARÍAN LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN RESPECTO DE LOS HIJOS AFINES</b></p>		
1.	El Principio de Igualdad de las Familias y de los Hijos .....	121
2.	El Vínculo o Parentesco por Afinidad del Padre y el Hijo afín.....	124
3.	Posesión Constante de Estado de Hijo.....	126
4.	El Principio de Solidaridad Familiar.....	130
5.	El Principio de Protección del Interés Superior del Niño.....	133
CONCLUSIONES.....		138
RECOMENDACIONES.....		140
PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY.....		141
PROYECTO DE LEY .....		141
BIBLIOGRAFÍA.....		145
<p><b>ANEXOS</b></p>		
Anexo 01: Proyecto de Tesis.....		154
Anexo 02: Cédula de Preguntas para Abogados, Jueces y Fiscales.....		186
Anexo 03: Matriz de Numero de sentencias de Tribunal Constitucional.....		188
Anexo 04: Matriz de la sentencia del TC en el Caso SHOLS PÉREZ.....		189
Anexo 05: Matriz de la sentencia del TC en el Caso CAYTURO PALMA.....		190
Anexo 06: Matriz de la sentencia del TC en Caso DE LA CRUZ FLORES.....		191

## RESUMEN

Una de las preocupaciones en el entorno de las familias ensambladas es el caso de alimentos para los hijos afines, cuando éstos carecen de padre biológico, o teniéndolo, éste se encuentra imposibilitado para solventarlo, lo cual no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Constatando esta situación, el Tribunal Constitucional en la Sentencia Expediente N° 09332-2006-PA/TC, ha señalado que el parentesco que se genera entre los padrastros e hijastros, en una familia ensamblada, es uno de afinidad, por lo que resultarían extensivos, los derechos, prohibiciones e incompatibilidades previstas por el Código Civil, por lo que el hijastro o hijo afín, por ejemplo, se encontraría facultado para merecer los alimentos de parte del padre afín.

En ese sentido, en el presente trabajo, en base al principio constitucional de protección de la familia, del vínculo parental, estado de familia, principio de solidaridad familiar y la protección del interés superior del niño, el padre afín, de manera subsidiaria, tendría obligaciones alimentarias respecto al hijo afín toda vez que conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional, así como opinión de profesionales de Derecho, nada impediría que el padre afín pueda prestar atenciones y alimentos a los hijos afines, como una manifestación de solidaridad, valor constitucional componente del Estado Social de Derecho. Por lo que, el hijo afín tendría, de manera subsidiaria, derecho para reclamar alimentos al padre afín con quien convive, en caso de imposibilidad del padre biológico para proveerlos.

En ese sentido, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico presenta vacíos sobre las familias ensambladas y el derecho alimentario en ese ámbito, existe la necesidad de establecer una regulación específica sobre la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos, que establezca reglas claras que permitan inferir la solución de los conflictos intersubjetivos surgidas en el entorno de las familias ensambladas.

**Palabras Claves:** Familias ensambladas, obligación alimentaria, padres afines o sociales, hijos afines o sociales, interés superior del niño, solidaridad familiar.

## ABSTRACT

One of the concerns in the environment of the assembled families is the case of food for related children, when they have no biological father, or having, it is unable to solve it, which is not regulated in our legal system. Noting this situation, the Constitutional Court in Sentence Exp. No. 09332-2006-PA / TC, has pointed out that the kinship that is generated between stepparents and stepchildren, in an assembled family, is one of affinity, which is why Would be extensive, the rights, prohibitions and incompatibilities provided for by the Civil Code, so that the stepson or related son, for example, would be entitled to merit the food from the related father.

In this sense, in the present work, based on the constitutional principle of family protection, parental attachment, family status, family solidarity principle and protection of the best interest of the child, the related father would, in a subsidiary manner, have Food obligations with respect to the related son, since, according to the judgments of the Constitutional Court, as well as the opinion of legal professionals, nothing could prevent the related father from paying attention and food to the related children, as a manifestation of solidarity, constitutional value Of the Social State of Law. Therefore, the related son would have, in a subsidiary way, the right to claim food from the related father with whom he lives, in case of the inability of the biological father to provide them.

In this sense, given that our legal system has gaps in the families assembled and the right to food in this area, there is a need to establish a specific regulation on the subsidiary food obligation of the related father, The judgments of the Constitutional Court and international human rights standards, which establishes clear rules that allow inferring the solution of intersubjective conflicts arising in the environment of the assembled families.

**Key words.** Assembled families, food obligation, kindred or social father, related or social children, top interest of the child, family solidarity.

## INTRODUCCIÓN

En nuestra localidad, al conversar con parejas que viven sus segundas nupcias o segundo compromiso, me he dado cuenta de que en la mayoría de ellos, una o ambas se unen con hijos provenientes de un anterior compromiso, donde estos hijos no siempre reciben el mismo trato que los hijos nacidos en este nuevo compromiso, o en otros casos la ley no les reconoce ningún derecho respecto de sus padres afines. Es el caso por ejemplo de Ángel, que, al fallecer su padre, su madre se unió en segundas nupcias. Por desgracia, también su madre falleció y es cuando todos sus familiares biológicos se olvidaron de él, quedando únicamente al cuidado de su padrastro. Sin embargo, como no están regulados los deberes y las obligaciones en las familias ensambladas, por ejemplo, el padrastro no podía llevarle en sus viajes o permitir gozar de ciertos beneficios, porque no había documento alguno donde constara que el niño estaba bajo su tenencia o al menos que diga que él era el encargado de su alimentación. Estos y otros problemas se viven frecuentemente en las familias ensambladas, por falta de una adecuada regulación.

En el entorno de las familias ensambladas, una de las situaciones que preocupa es el caso de los alimentos para los hijos afines cuando éstos carecen del padre biológico, o teniéndolo, el padre biológico se encuentra imposibilitado para poder solventarlo, lo cual no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Constatando esta situación, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, ha señalado que el parentesco que se genera entre los padrastrós e hijastros, en una familia ensamblada, es uno 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.

Es por ello que nos planteamos el presente trabajo de investigación, titulado “Obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas durante los años 2006-2016”, con la finalidad de:

1. Determinar si el padre afín tiene obligaciones alimentarias respecto a los hijos afines en las familias ensambladas.
2. Analizar si el hijo afín tiene el derecho de reclamar los alimentos al padre afín en las familias ensambladas, subsidiariamente, en caso de imposibilidad para proveer del padre biológico.
3. Establecer el tratamiento legal y jurisprudencial de la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos.
4. Demostrar la existencia de la necesidad de regular sobre la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos.

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 dos partes: La primera referido al marco teórico de la investigación, la misma que se desarrolla en cuatro capítulos referidos a las familias ensambladas en el Perú, la obligación alimentaria en las familias ensambladas, el interés superior del niño; y el análisis de la legislación sobre las familias ensambladas. En la segunda parte presentamos los resultados organizados en tres capítulos, análisis de las sentencias del Tribunal constitucional sobre las familias ensambladas y la obligación alimentaria del padre afín, análisis de las encuestas realizadas sobre las familias ensambladas y la obligación alimentaria del padre afín y análisis de los fundamentos jurídicos

que posibilitarían la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos afines.

Finalmente, mis sinceros agradecimientos a todas las personas que me han apoyado en la materialización del presente trabajo de investigación, pues sin su intervención hubiera sido muy difícil que salga a la realidad.



## **PARTE I. MARCO TEÓRICO**

### **CAPÍTULO I**

#### **LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ**

##### **1. LA FAMILIA EN EL PERÚ**

###### **1.1. LA FAMILIA**

Definir la familia no es sencillo. Ello es así porque la familia tiene una multiplicidad de definiciones tomando en cuenta las diversas disciplinas que la estudian. Tenemos una definición legal, política, sociológica, filosófica, antropológica, biológica, psicoanalítica por citar algunas. Encontramos coincidencia entre todas en el aspecto grupal, lo organizacional y la vinculación que une a sus integrantes<sup>1</sup>. Además de ello, la familia es un concepto que ha venido evolucionando en el tiempo, toda vez que las organizaciones familiares han venido cambiando conforme a los cambios sociales y adquiriendo nuevas formas.

---

<sup>1</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica. p. 18.

Cornejo Chávez, sostiene que la familia en sentido amplio “es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad”<sup>2</sup>. En sentido restringido, la familia puede ser entendida como “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 (...)”<sup>3</sup>.

A su turno Alex Plácido manifiesta que “no es posible sentar un concepto preciso de familia, debido a 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. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que haya vida en común.

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

---

<sup>2</sup>CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998). Derecho familiar peruano. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica Editores SRL. p. 17.

<sup>3</sup>CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998). Ob. Cit. p. 17.

los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.

c.- Familia en sentido intermedio (familia compuesta). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de la familia solo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta”<sup>4</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional<sup>5</sup> ha señalado que “la acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo”<sup>6</sup>. Luego, el mismo Tribunal aclara que “con dicha definición, tradicionalmente se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos, lo que a la fecha ha variado. Pues, siendo la familia 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

---

<sup>4</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando (2010). Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia (Primera Parte). Lima: Gaceta Jurídica. p. 15-16.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-AA/TC. Fundamento Jurídico 6 y 7.

<sup>6</sup>Ibídem

del paterfamilias, 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 mono paternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas”<sup>7</sup>.

De esta manera, la familia no se mantiene estática en el tiempo, sino evoluciona. Por lo que para fines de nuestro trabajo entenderemos a la familia desde una perspectiva jurídica, en un sentido más amplio, como “aquel grupo humano formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que tienen origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”<sup>8</sup>. Sin embargo, debemos entender la familia no dejará de ser la célula básica de la sociedad, porque a partir de ella se forman las sociedades y en ella encuentran sustento, fundamento y desarrollo la humanidad.

## 1.2. TIPOS DE FAMILIA

Existe una diversidad de formas de organización familiar y de parentesco en nuestras sociedades. Varsi Rospigliosi agrupa a las entidades familiares “en dos grupos: explícitas e implícitas”<sup>9</sup>

### a) Entidades familiares explícitas

Están conformados por todas aquellas entidades familiares, que han sido reguladas expresamente por el derecho de familia.

Según Calderón Beltrán<sup>10</sup> en este grupo encontramos a:

---

<sup>7</sup> Ibídem.

<sup>8</sup> Véase a BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Astrea. pp.5-6.

<sup>9</sup> VARI ROPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I. Lima: Gaceta Jurídica. p. 61 y ss.

<sup>10</sup> CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores. p. 24 y ss.

1. **La familia nuclear.** - Conocida como familia en sentido restringido o familia estricta. Es la familia conformada por el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad, debido a nuestra prevalencia tradicional religiosa y jurídica, es que la sociedad actual se ha fundado en este tipo de familia. Los hijos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.
2. **La familia extendida.** - Conocida como familia en sentido amplio, familia linaje estirpe. Su composición es mayor a una familia nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, hijos, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás. Por ejemplo, una familia de triple generación incluiría los padres, sus hijos casados o solteros, pueden también ser políticos y a los nietos.
3. **La familia compuesta.** - No viene a ser otra cosa, que la familia nuclear o extendida unida a una o más personas, que no tiene parentesco con el jefe de familia, simplemente sería el grupo social que convive en una casa bajo la autoridad del tradicionalmente llamado páter familia.
4. **Uniones de hecho.** – Son consideradas como la unión monogámico heterosexual, sostenida por quienes no ostentan impedimento alguno para casarse, unión sostenida con vocación de habitualidad y permanencia, en forma similar a la unión matrimonial. Actualmente las uniones de hecho son reconocidas por el texto constitucional como fuente generadora de familia.

**b) Entidades familiares implícitas o tácitas**

Para Varsi Rospigliosi<sup>11</sup> constituyen aquellos tipos de familia no considerados expresamente por la norma, pero que en mérito del reconocimiento de la dignidad de la persona la ley no puede desconocerlos.

Estos tipos especiales de familias han ido conformándose de acuerdo a los criterios propios a cada realidad social.

Según Calderón Beltrán<sup>12</sup> en este grupo encontramos a:

1. **La familia monoparental.** - Aquella conformada solo por uno de los padres y sus hijos, el típico caso de las madres solteras, las viudas, las separadas o simplemente las madres casadas abandonadas por un marido, que conviven en forma solitaria con sus descendientes. Las familias monoparentales siempre han estado presentes en la sociedad, a pesar de ello, siempre han sido excluidas de manera explícita por el derecho nacional.
2. **La familia homo afectiva.** - No aceptadas unánimemente en nuestros tiempos, son las familias donde no se respeta la diversidad de sexos, son aquellas uniones de vida conformada por personas del mismo sexo, por parejas homosexuales. En nuestro país aún no ha sido objeto de regulación.
3. **La familia ensamblada.** - Estructura familiar autónoma originada por la unión en matrimonio o en convivencia de una pareja de viudos, divorciados, o de padres solteros, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa y que conviven bajo caracteres de estabilidad, publicidad y reconocimiento. En este tipo de familia de hecho para el hijo que proviene de

---

<sup>11</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Ob. Cit. p. 62.

<sup>12</sup> CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2014). Ob. Cit. p. 27 y ss.

otra relación tiene como padre o madre afectiva a la actual pareja de su madre o padre, y éste último termina ejerciendo de hecho la tenencia y la patria potestad, aunque la ley no le reconozca.

### 1.3. FUNCIONES DE LA FAMILIA

La familia, cualquiera sea su tipo o clase, como ente social, como célula fundamental de la sociedad, juega un papel muy importante dentro de ella, ejerce una influencia decisiva en la existencia humana, por lo que siguiendo a Peralta Andía<sup>13</sup> podemos señalar 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. Como afirma Josserad, “la familia tiene como razón de ser la propagación de la especie humana y la permanencia de la raza”<sup>14</sup>.
- 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.

---

<sup>13</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Cauta edición. Lima: Editorial Idemsa. pp. 49-50.

<sup>14</sup> JOSSERAND, Luis (1951). Derecho Civil. Regímenes matrimoniales. Tomo III. Ediciones jurídicas Europea-Americana. Buenos Aires.

- 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.

#### 1.4. PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Sobre la base de la regulación efectuada por nuestra Constitución Política, podemos señalar como principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano, los siguientes:

- a) **El principio de Protección a la Familia.** - El artículo 4° de la Constitución Política del Perú precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. De ello se aprecia que mediante esta norma constitucional se protege a un solo tipo de familia, sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial. Esto ocurre, porque como manifiesta Alex Plácido, “la familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho”<sup>15</sup>.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, también establecen que “la

---

<sup>15</sup> PLACIDO VILCACHUAGUA, Alex (2008). “Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 173. Lima: Gaceta Jurídica.

familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”<sup>16</sup>.

- b) **Principio de Promoción del Matrimonio.** - Este principio importa, como manifiesta Alex Plácido, “el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Para lo primero, la forma prescrita para casarse debe consistir en un procedimiento sencillo y no costoso que justamente facilite su celebración; para lo segundo, el régimen de invalidez del matrimonio debe gobernarse por el principio favor a fin de propender a la conservación del vínculo y al reconocimiento de sus efectos si se contrajo de buena fe”<sup>17</sup>.

Los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, también establecen 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 las leyes internas”<sup>18</sup>; agregándose que “el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Por último, señalan que “Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de

---

<sup>16</sup> En ese sentido se manifiesta el numeral 3 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el numeral 1 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; el numeral 1 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los numerales 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>17</sup> PLACIDO VILCACHUAGUA, Alex (2005). “Protección del niño, madre y anciano y de la familia. Promoción de matrimonio”. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomos I. Lima: Gaceta Jurídica. p. 383.

<sup>18</sup> Los numerales 1 y 2 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los numerales 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas; los numerales 2, 3 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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 de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

- c) **Principio de Amparo de Uniones de Hecho.** - Este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos –personales y patrimoniales– reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, se aprecia claramente cuando en el artículo 326 del Código Civil se señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”.
- d) **El principio de igualdad de categorías de filiación.** - Este principio significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

Los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, también establecen que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”<sup>19</sup>.

- e) **El principio de protección y defensa de derechos específicos.** - 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

---

<sup>19</sup> El numeral 5 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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.

Los tratados sobre derechos humanos ratificados y aprobados por el Perú establecen: sobre la protección del niño establecen 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”<sup>20</sup>; sobre la protección del adolescente establecen “adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral”<sup>21</sup>; sobre la protección a la madre, promueven la “comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”<sup>22</sup>; finalmente sobre la protección a los

---

<sup>20</sup> El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>21</sup> El inciso c) del numeral 3 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>22</sup> El inciso b) del artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas; el inciso a) del numeral 3 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”; el artículo 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

ancianos, reconocen que “toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad”<sup>23</sup>.

## 2. LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL PERÚ

### 2.1. LA FAMILIA ENSAMBLADA

En el ámbito doctrinal, no existe consenso para el *numen iuris* de esta organización familiar, intentándose diversas denominaciones, como familias ensambladas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias, entre otras. Sin embargo, diversos autores han tratado de definirla, así la maestra Cecilia Grossman la define “como 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”<sup>24</sup>.

A nivel de nuestro país, Varsi Rospigliosi señala que la familia ensamblada es 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”<sup>25</sup>.

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

---

<sup>23</sup> El artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>24</sup> GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (2000). Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Editorial universidad. p.35

<sup>25</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica. p. 71.

uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”<sup>26</sup>.

Así, podemos entender que la familia ensamblada viene a ser una organización familiar que se constituye a partir del segundo o ulterior matrimonio o unión de hecho de una pareja, donde uno o ambos integrantes tienen hijos provenientes de una relación anterior.

## 2.2. ORÍGENES DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Nuestra Constitución Política en su artículo 4° habla sobre la Protección familiar y la promoción del matrimonio. 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. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

Asimismo, en su artículo 5° de la misma Carta Magna habla referido a las uniones de hecho. 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”.

En ese sentido, nuestra Constitución reconoce a la familia matrimonial, así como extramatrimonial. Ello significa que la familia se origina tanto del matrimonio, como también de las uniones de hecho, por lo que ambas formas de familia merecen protección constitucional y legal en nuestro país. Sin embargo, hay un grupo de familias monoparentales que no está reconocido en nuestra

---

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02478-2008-PA/TC. Caso Alex Cayturo Palma. Fundamento Jurídico 4.

legislación, sin embargo, constituyen un tipo de familia en nuestra sociedad.

En ese sentido, las familias ensambladas pueden originarse por la unión de personas separadas por divorcio, por haber enviudado, por rompimiento de unión de hecho o personas que conforman una familia monoparental.

Las personas divorciadas generalmente tienen hijos que fueron procreadas en su matrimonio anterior, por lo que al unirse a otra persona se forma una familia ensamblada, donde los hijos del matrimonio anterior pasarán a ser hijos afines del nuevo consorte o conviviente. Similar situación ocurre con las personas enviudadas, como también con las personas que provienen de la ruptura de una unión de hecho o relación convivencial. En el caso de familias monoparentales, ellos no han tenido un matrimonio o relación convivencial anterior, sino tuvieron el o los hijos en una relación casual, por lo que al unirse a un nuevo consorte conviviente, dichos hijos pasarán también a ser hijos afines del nuevo consorte o conviviente, formándose así una nueva familia ensamblada.

### 2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Siguiendo a Calderón Beltrán<sup>27</sup> 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.

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

---

<sup>27</sup> CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores. p. 14 y ss.

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”<sup>28</sup>.

- 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.

---

<sup>28</sup> SILVERINO 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. 79.

#### 2.4. RELACIONES DE LOS PADRES AFINES CON LOS HIJOS AFINES.

Los hijastros son los hijos del cónyuge o conviviente (o de la cónyuge o conviviente) provenientes de una relación anterior a quienes el Tribunal Constitucional lo denomina hijo afín; y, por otra parte, el padrastro o madrastra es el nuevo cónyuge o conviviente del padre o la madre biológica, a quienes el Tribunal Constitucional lo ha denominado padre o madre afín.

Las relaciones entre padrastros 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.

En ese sentido, 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”<sup>29</sup>.

En ese sentido, dada la situación descrita, por el principio de protección de la familia, que en nuestro país tiene rango

---

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.° 09332-2006-PA/TC. Fundamentos jurídicos 10, 11 y 12.

constitucional<sup>30</sup>, 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<sup>31</sup> 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. El Artículo 233° del Código Civil prescribe que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y las normas proclamadas en la Constitución Política del Perú. Asimismo, el artículo 237° del mismo cuerpo legal, establece que el marido es pariente por afinidad de los parientes consanguíneos de su cónyuge e igual lo será a la inversa, consecuentemente el hijo del cónyuge o la cónyuge en su caso es su pariente por afinidad en primer grado.

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 09332-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las familias ensambladas y ha señalado que nada impedía que los padres afines provean alimentos para los hijos afines, sin embargo “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

---

30 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 4º: “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. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

31 Regulado por el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y por el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes

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<sup>32</sup>.



---

<sup>32</sup> CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. "Hijos míos, hijos tuyos, hijos nuestros. Un reto legislativo". p. 7-8. Disponible en Web: [file:///C:/Users/USER/ Downloads/ fulltext\\_stamped. pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/fulltext_stamped.pdf)



## **CAPÍTULO II**

### **LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS**

#### **1. EL DERECHO ALIMENTARIO EN EL PERÚ**

##### **1.1. LOS ALIMENTOS EN EL PERÚ**

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. En ese sentido prescribe el artículo 472° del Código Civil, cuando nos dice 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.

Conforme al diccionario de derecho usual de Guillermo Cabanellas, se entiende por alimentos a “las asistencias que por la ley, contratos o testamentos se dan algunas personas para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación. Además de la educación e instrucción, cuando el alimentista es menor de edad”.

Los alimentos constituyen el sustento elemental para la subsistencia. Por lo que, como Hernández Alarcón<sup>33</sup> manifiesta, los alimentos constituyen un “deber natural de solidaridad y colaboración frente a las necesidades de subsistencia de los integrantes de un grupo”.

El tratadista francés Josserand al referirse a la obligación alimentaria expresa que “es el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de la otra...; como toda obligación, implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar”

## **1.2. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**

La obligación alimentaria o derecho de alimentos, como manifiesta Carlos López<sup>34</sup>, 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”.

---

<sup>33</sup> 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. p. 231.

<sup>34</sup> LOPEZ DIAZ, Carlos. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Ediciones Librotecnia. Tomo II. Santiago, 2005. p. 581.

Según Cornejo Chávez<sup>35</sup>, 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.

### 1.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Las tres tesis con relación a la naturaleza jurídica de los alimentos son:

- a) **Tesis Patrimonialista.** - Según Messineo, el derecho alimentario tiene naturaleza genuinamente patrimonial y por ende transmisible. Actualmente esta concepción ya ha sido superada porque el derecho alimentario no es sólo de naturaleza patrimonial (económica) sino también de carácter extramatrimonial o personal.
- b) **Tesis no Patrimonial.** - Ruggiero, Cicu y Giorgio, entre otros, consideran los alimentos como un derecho personal o extra patrimonial en virtud del fundamento ético social y del hecho de que el alimentista no tiene ningún interés económico, ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose, entonces, como una de las manifestaciones del derecho a la vida, que es personalísima. En ese sentido se afirma que es un derecho inherente a la persona y así como es consustancial a la persona el derecho de alimentos es también personal el deber de prestarlos, lo cual significa que son intransmisibles.

---

<sup>35</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo I. Studium ediciones. p. 568

- c) **Naturaleza Sui Generis.** - Algunos autores como Orlando Gomes sostienen que la institución de los alimentos es un derecho de carácter especial o sui generis de contenido patrimonial y finalidad personal conexas a un interés superior familiar, que se presenta como una relación patrimonial de crédito-debito, por lo que existiendo un acreedor puede exigirse al deudor una prestación económica en concepto de alimentos. Nuestro código Civil se adhiere a esta última tesis.

#### 1.4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ALIMENTARIO

El derecho alimentario tiene caracteres especiales, entre ellos podemos citar:

- a) **Es intransmisible**, que a su vez se deriva de su carácter personalísimo tanto desde el punto de vista del obligado como del titular del derecho alimentario, pues siendo personalísimo, destinado a garantizar la vida del titular de este derecho no puede ser objeto de cesión o transferencia ni por acto Inter vivos ni por causa de muerte, la prestación alimentaria termina con la muerte del titular o del obligado.
- b) **Es irrenunciable**, pues la renuncia de este derecho equivaldría a la renuncia a la vida que este derecho tutela, aunque cabe mencionar que la jurisprudencia ha admitido y admite la renuncia a la prestación alimentaria especialmente en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, en los que propiamente no se configura el estado de necesidad que es uno de los presupuestos de hecho necesarios para que pueda hablarse de la existencia de este derecho.
- c) **Es intransigible**, no cabe transacción en materia de alimentos, pues la transacción implica renuncia de derechos, que no es posible efectuar dado que se trata de un derecho irrenunciable,

más procesalmente se admite la conciliación en la cual hay una fijación cuantitativa, una aproximación de las partes en cuanto al monto de la obligación de acuerdo con el estado de necesidad y las reales posibilidades económicas del obligado.

- d) **Es incompensable**, es decir no se puede extinguir esta obligación por la existencia de otras recíprocas a cargo del alimentista, pero si está permitida la variación de la forma de pago dado que se admite en casos especiales que dicha obligación pueda ser cumplida en especie.
- e) **Es revisable**, no hay sentencia definitiva ni autoridad de cosa juzgada, pues el monto de la pensión aumenta o reduce según el aumento o disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que deber prestar los alimentos, para evitar sucesivas reclamaciones, tratándose de obligados que perciben sus ingresos por trabajo dependiente se ha establecido la posibilidad que la pensión se fije en un porcentaje del monto de la remuneración de modo que el aumento de la pensión sea automático con el aumento que experimenten las remuneraciones del obligado.
- f) **Es imprescriptible**, ya que en tanto subsista el estado de necesidad estará expedita la posibilidad de que pueda ejercitarse la acción respectiva devengando la obligación a partir de la notificación con la demanda al obligado no así por el periodo del tiempo precedente por considerarse que si no reclamó es porque constituye un reconocimiento implícito que no existió estado de necesidad.

### 1.5. REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE ALIMENTOS.

Como manifiesta Hernández<sup>36</sup>, para el otorgamiento de los alimentos “debe acreditarse la concurrencia de ciertas condiciones o presupuestos básicos: las posibilidades económicas del que debe prestarlo y la norma legal que establece dicha obligación y el estado de necesidad del acreedor alimentario”.

Ello también es respaldado por Barra Pineda<sup>37</sup>, cuando nos dice que la doctrina unánimemente ha considerado establecer tres presupuestos fundamentales para ejercer el derecho de alimentos:

1. El estado de necesidad de quien los pide;
2. La posibilidad económica del que debe prestarlos y
3. La existencia de una norma legal que establezca la obligación alimentaria.

En ese sentido, las condiciones que dan nacimiento a la obligación alimentaria son:

- Que el peticionario se halle en estado de necesidad. A la ley no le incumbe los argumentos que hayan llevado a esa situación, ni siquiera por su propia culpa, por eso hasta el delincuente tiene derecho a ser alimentado, siempre y cuando sea menor de edad.
- Que el deudor alimentante tenga posibilidades económicas de proporcionar ayuda porque sería un abuso de derecho que se le exija alimentos a una persona con desmedro de sus propias necesidades.

---

<sup>36</sup> 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. p. 233.

<sup>37</sup> BARRA PINEDA, Dafne y otros (2009). Derecho de Familia. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2009. p. 28

- Que exista entre ambos un parentesco en el grado que exige la ley, de lo contrario no procedería la obligación.

## 1.6. OBLIGADOS A BRINDAR ALIMENTOS

Como señala Torres Peralta<sup>38</sup>, “son alimentantes un cónyuge con relación a otro; los ascendientes con relación a los descendientes, siempre considerando el grado más próximo, los descendientes con relación a los ascendientes, también siempre considerando el grado más próximo; y un hermano con relación al otro”.

Del artículo 474° del Código Civil se puede inferir quienes son las personas obligadas legalmente a prestar alimentos. Dicho numeral establece lo siguiente:

Se deben alimentos recíprocamente:

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

Cabe señalar que, conforme al tercer párrafo del artículo 326° del Código Civil, en caso de terminar la unión de hecho por decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. En consecuencia, al conviviente abandonante también podría obligársele a prestar la correspondiente pensión alimenticia.

El artículo 93° del Código de los Niños y Adolescentes versa también sobre los obligados a prestar alimentos en estos términos: “Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por

---

<sup>38</sup> TORRES PERALTA, Sarah (1988). “El derecho alimentario en Puerto Rico. Ley de Sustento de Menores y el Derecho Alimentario en Puerto Rico. p. 45.

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”.

En relación con el tema que se trata en este apartado, debe tenerse presente, que:

Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos (artículo 287° del Código Civil).

Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo (primer párrafo del artículo 291° del Código Civil).

Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando este abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges (Último párrafo del artículo 291° del Código Civil).

Cualquiera que sea el régimen patrimonial en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. En caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno (artículo 300° del Código Civil).

Son de cargo de la sociedad (de gananciales) el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes, así como los alimentos que uno de los cónyuges está obligado por ley a dar a otras personas (artículo 316°, Incisos 1 y 2 del Código Civil).

Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. En el caso de declararse el divorcio y asignarse (excepcionalmente) una pensión alimenticia, el ex-cónyuge obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso, si desapareciera el estado de necesidad (del otro ex-cónyuge). Por otro lado, las obligaciones (en materia de alimentos) a que se refiere el artículo 350° del Código Civil cesan automáticamente si el (ex-cónyuge) alimentista contrae nuevas nupcias. Todo ello lo prevé el indicado numeral del Código sustantivo.

En los procesos sobre declaración de paternidad extramatrimonial, en caso de haber varios demandados, la obligación alimentaría es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas (biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza). Ello se desprende del artículo 413° del Código Civil.

Se encuentra obligado a prestar alimentos (al hijo extramatrimonial) quien ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, a no ser que, aplicada la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, el resultado de estas fuese negativo. En ese sentido se pronuncia el artículo 415° del Código Civil.

Es deber y derecho de los padres que ejercen la patria potestad proveer al sostenimiento y educación de los hijos (artículo 423°, inciso 1 del Código Civil).

Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden (sucesivo) siguiente: 1) por el cónyuge; 2) por los descendientes; 3) por los ascendientes; y 4) por los hermanos (artículo 475° del Código Civil).

Entre los descendientes y los ascendientes se regula la gradación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista (artículo 476° del Código Civil).

Cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos se divide entre todos, el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda (artículo 477° del Código Civil).

Si teniéndose en cuenta las demás obligaciones del cónyuge deudor de los alimentos, no se halla en condiciones de prestarlos sin poner en peligro su propia subsistencia, según su situación, están obligados los parientes antes que el cónyuge (artículo 478° del Código Civil).

Entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue en orden de preferencia (artículo 479° del Código Civil).

La obligación de alimentarse que tiene un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, conforme a lo dispuesto en el artículo 415° (del Código Civil), no se extiende a los descendientes y ascendientes de la línea paterna (artículo 480° del Código Civil).

El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exoneren si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad. Tratándose de hijos menores, a quienes el padre o la madre estuviesen pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, esta deja de regir al llegar aquellos a la mayoría de edad. Sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente. Tal es el contenido del artículo 483° del Código Civil.

#### **1.7. LOS BENEFICIARIOS DE LOS ALIMENTOS**

Del artículo 474° del Código Civil, que trata sobre las personas que se deben alimentos recíprocamente, se puede inferir quienes son las personas beneficiadas con los alimentos. Así tenemos:

- Los cónyuges
- Los ascendientes y descendientes
- Los hermanos

Es de destacar que, conforme al tercer párrafo del artículo 326° del Código Civil, en caso de terminar la unión de hecho por decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Por lo tanto, el (la) concubino (a) abandonado (a) es también beneficiario (a) de la prestación alimenticia.

En relación con el tema que se estudia en este punto, es importante tener en cuenta lo siguiente:

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel (segundo párrafo del artículo 350° del Código Civil).

El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente (tercer párrafo del artículo 350° del Código Civil).

El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge, aunque hubiere dado motivos para el divorcio (cuarto párrafo del artículo 350° del Código Civil).

Las obligaciones (en materia de alimentos) a que se refiere el artículo 350° del Código Civil cesan automáticamente (así como el derecho del ex-cónyuge beneficiario) si el alimentista: contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad (circunstancia justificante de la asignación alimentaría al ex-cónyuge), el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso (último párrafo del artículo 350° del Código Civil).

El mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. Si la causa que lo redujera a ese estado fuera su propia inmoralidad solo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir. No se aplica esto último cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos. Ello de acuerdo con lo establecido en el artículo

473° del Código Civil.

Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de alguna profesión u oficio hasta los 28 años; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas (artículo 424° del Código Civil).

Si subsiste el estado de necesidad (del mayor de edad) o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación (alimenticia) continúe vigente (Último párrafo del artículo 483° del Código Civil).

En los casos del artículo 402° del Código Civil (en que puede ser declarada judicialmente la paternidad extramatrimonial), así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por este y por el embarazo. Esta acción es personal, debe ser interpuesta antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente, se dirige contra el padre o sus herederos y puede ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante. Así lo indica el artículo 414° del Código Civil.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 415° del Código Civil, fuera de los casos del artículo 402° de dicho cuerpo de leyes (en que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada), el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad

de dieciocho años. La pensión continua vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en el referido artículo 415° del Código Civil. Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre.

La acción (alimentaria) que corresponde al hijo (alimentista) en el caso del artículo 415° (del Código Civil) es personal, se ejercita por medio de su representante legal y se dirige contra el presunto padre o sus herederos. Estos, sin embargo, no tienen que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado (artículo 417° del Código Civil).

## **2. LOS ALIMENTOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS**

### **2.1. DEBERES Y OBLIGACIONES ALIMENTARIAS DE LOS PADRES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS**

Para muchas parejas, sobre todo para la mujer, es natural que, al contraer nuevas nupcias, su nuevo cónyuge mantenga a los hijos que ésta tuvo en una previa unión familiar, claro está, cuando el padre biológico no pasara alimentos o lo hiciera de forma irregular. 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 la cumplen de manera voluntaria.

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° 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”<sup>39</sup>.

El Colegiado Constitucional, en la sentencia aludida, reitero la posición, respecto a la existencia de vacío y falta de desarrollo legal de las relaciones jurídicas entre los integrantes de las familias ensambladas, fijadas en una anterior sentencia (Exp. N° 09332-2006-PA/TC)<sup>40</sup>.

El Tribunal señala que en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructura familiar [Es decir de las familias ensambladas]. 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. Por

---

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 28.

<sup>40</sup> Véase más específicamente los fundamentos jurídicos 17 al 21 de la Sentencia del EXP. N.º 04493-2008-PA/TC.

ello, el Tribunal se pregunta de manera reiterada ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines? Luego el mismo Tribunal señala que, como “en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas, 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 (...). Asimismo, a manera de ejemplo, puede apreciarse lo establecido en el artículo 278°, numeral 2), del Código Civil suizo, que indica 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”<sup>41</sup>. Sin embargo, el tribunal advierte 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 de alimentación o signifique la pérdida de la patria potestad de estos”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 21.

<sup>42</sup> *Ibíd.* Fundamento Jurídico 22.

## 2.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ALIMENTARIO ENTRE PADRES E HIJOS AFINES

### a) PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

La obligación alimentaria se ha instituido como expresión del valor solidaridad familiar, esta solidaridad familiar impone a los miembros de una familia el deber de coadyuarse recíprocamente a fin de procurar superar todo estado de necesidad. En la actualidad tanto nuestra jurisprudencia ensamblada como nuestra doctrina, se siguen preguntando respecto de la familia ensamblada, cuál sería el mejor modo para resolverse las necesidades asistenciales de este grupo.

En nuestra región, algunos países se han acogido a la obligación alimentaria entre un padre y un hijo afín bajo un criterio de subsidiaridad, tal es el caso del Código Civil Argentino que norma en su artículo 368 que, entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado.

Hablar de un principio de subsidiaridad equivale a citar que solo puede ser reclamada una pensión alimenticia a un padre social o afín, a falta de los parientes consanguíneos del alimentista.

En efecto, el deber de alimentos debe ser satisfecho en primer término por quienes se hallan vinculados biológicamente y sólo a falta de ellos, podrá ser extensivo hasta el pariente afín, este último estaría dado en casos de ausencia o muerte de quienes por naturaleza están llamadas a satisfacer en primer término esta obligación legal; de esta manera, si un padre afín es emplazado por alimentos, podrá solicitar que previamente se demuestre que un obligado anterior y preferente a él, no se encuentre en la posibilidad de prestar los alimentos.

De otra parte, la doctrina ha sostenido respecto de este principio que, desde el punto de vista legal, no obstante que la obligación del padre afín es subsidiaria, si convive con el hijo afín y comparte en los hechos la guarda del niño haciéndose cargo de su manutención y educación, está obligado a pasarle alimentos, si fuese menor de 18 años o incapaz, aun cuando existan otros obligados en primer término. Ello sin perjuicio, como luego veremos, del derecho a iniciar una acción contra los parientes consanguíneos, primeros obligados, para que se lo libere de las cuotas alimentarios futuras<sup>43</sup>.

**b) SUBSISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA:**

Destacada doctrina cita que, en una familia ensamblada la contribución económica directa para el mantenimiento del hogar cesaría por la finalización de la convivencia, el fenecimiento de una familia ensamblada tendría como consecuencia el fenecimiento de la obligación alimentaria que se haya podido establecer entre un padre y un hijo afín, aun cuando nuestro código civil a dispuesto que el parentesco por afinidad subsiste luego de disuelto el vínculo matrimonial, pues la finalidad exclusiva de esta norma no es otra que imponer un impedimento matrimonial entre suegros, suegras, nueras, y yernos respectivamente.

Sin embargo, se ha postulado también la subsistencia de la obligación alimentaria en caso de que el padre afín hubiera asumido durante la convivencia el sustento del niño, pues el cortar abruptamente este derecho podría significar para el alimentista un grave riesgo y perjuicio.

---

<sup>43</sup> GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. Ob Cit. p.263.

Esta obligación tampoco sería perenne, sino más bien provisional, transitoria, de tal manera que, si desapareciera el estado de necesidad del alimentista, si se extinguiría la situación de hecho que motivo la dación de la pensión o si apareciera un obligado con mayor preferencia con condición de prestar los alimentos, procederá la exoneración de la obligación<sup>44</sup>.



---

<sup>44</sup> CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. Ob. Cit. p. 115.

## CAPÍTULO III

### EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

#### 1. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

##### 1.1. DEFINICIÓN

Según O'Doniel<sup>45</sup> se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

Asimismo Alex Placido<sup>46</sup> 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

---

<sup>45</sup> O'DONIEL, Daniel (2004). La doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en relación a la Familia. Montevideo, XIX Congreso Panamericano del Niño, La familia Base del desarrollo integral del Niño, la Niña y el Adolescente. P. 19.

<sup>46</sup> PLACIDO V. Alex. Taller de especialización de derecho de familia. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Una visión desde la Convención sobre los derechos del niño para justicia especializada familiar. Setiembre del 2008. p. 171.

mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc. que también influyen en los medios elegibles”.

Zermatten<sup>47</sup> 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 sea tomado en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.

Nuestra Corte Suprema de la República ha señalado que “el principio de interés superior del niño implica que el desarrollo del menor 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”<sup>48</sup>.

En ese sentido, lo que se propone con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. Este principio exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor

---

<sup>47</sup> ZERMATTEN, Jean (2003). “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003, p. 15.

<sup>48</sup> Véase la Casación N° 4881-2009-AMAZONAS, del cinco de abril del 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República. Quinto considerando.

de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado<sup>49</sup>. Por ello, como señala Benjamín Aguilar<sup>50</sup>, en cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que antes de considerar otro interés debe preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo. Así, es enfático al señalar que el interés torna a las normas que atañen al infante en normas de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento.

## 1.2. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Según Zermatten<sup>51</sup>, la noción del interés superior del niño reviste varias características:

- 1.- 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.
- 2.- 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.

---

<sup>49</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. p. 230.

<sup>50</sup> 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. p. 219.

<sup>51</sup> ZERMATTEN, Jean (2003). “El interés Superior del Niño...”. Ob. Cit. pp. 11-12.

- 3.- 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.
- 4.- 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.
- 5.- El concepto de interés superior es uno indeterminado que debe ser clarificado en la práctica. La jurisprudencia debe ayudar a desarrollar soluciones para situaciones individuales o de un grupo de niños.
- 6.- 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.
- 7.- 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.
- 8.- Es un principio en constante evolución pues el conocimiento continúa desarrollándose.
- 9.- 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)".

### 1.3. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Según Zermatten<sup>52</sup> el principio de interés superior del niño tiene dos funciones "clásicas" el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución):

- 1) Criterio de control: el interés superior sirve para asegurar que el ejercicio de derechos y las obligaciones de los niños sean facilitados y cumplidos. En temas concernientes al derecho de familia, servicios de protección de los niños, las situaciones de cuidado alternativo y en los casos de migración es necesario determinar si el interés superior del niño ha sido considerado.
- 2) Criterio de Solución: El concepto de interés superior asiste a los funcionarios encargados de tomar medidas con el fin de arribar a decisiones apropiadas en casos que involucren niños. Así, en estos casos se debe llegar a soluciones con el impacto más positivo o el menos negativo para el niño y adolescente.

Miguel Cillero<sup>53</sup> señala 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. En base a ello, señala las funciones que cumple este principio:

---

<sup>52</sup> ZERMATTEN, Jean (2003). "El interés Superior del Niño...". Ob. Cit. pp. 10-11.

<sup>53</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. p. 10.

- Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.
- Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.
- Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.
- 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".

También Alston nos dice que el interés superior juega los siguientes roles:

- Apoya, justifica o clarifica junto con los demás artículos de la Convención un enfoque en particular sobre temas concernientes a los niños y adolescentes, por lo que es un elemento de construcción de normas legales y a la vez un elemento que debe ser tomado en cuenta a la hora de implementar otros derechos. Es decir, el análisis del interés superior del niño puede ser el fundamento de la creación de una norma legal y, a la vez, puede servir para definir la forma en que habrá de implementarse otros derechos.
- Es un principio de mediación que puede ayudar a resolver conflictos entre distintos derechos, a partir de la Convención. Es decir, habrá de usarse al interés superior del niño para realizar la ponderación de estos derechos.

- Puede servir para evaluar leyes, prácticas y políticas que conciernan a los niños y adolescentes pero que no están bajo obligación directa dentro de la Convención. Es decir, permite un examen de lo ya regulado con el fin de verificar su adecuación con los intereses de los niños y adolescentes.

En ese sentido, resumiendo podemos decir que el principio de interés superior del niño tiene dos implicancias fundamentales. “En primer lugar, cumple una función hermenéutica, en tanto permite que se haga una interpretación sistémica y acorde con el predominio de los derechos de la infancia. En segundo lugar, su cumplimiento se impone como obligación tanto en el ámbito público como privado”<sup>54</sup>.

Siendo así, este principio se constituye en límite a la actuación estatal y de los demás sujetos, debiendo interpretarse sistemáticamente la normatividad vigente, ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Asimismo, se permite dotar de mayor valor a los derechos existentes de los niños y adolescentes, como una protección complementaria, para evitar las vulneraciones de sus derechos, por parte del Estado y de cualquier otra persona que atente contra ellos. Permite su primacía y preponderancia en cualquier situación, ya sean los niños un sector vulnerable o porque habrá que defenderlo de su inmadurez e inexperiencia en evitación de graves perjuicios para sí mismo.

---

<sup>54</sup> Véase ALEGRE, Silvana; HERNÁNDEZ, Ximena y ROGER, Camile (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. En: Cuaderno 5, del Sistema de Información de la primera infancia en América latina. p. 8.

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

El principio de interés superior del niño o de bienestar del niño, niña o adolescente es un principio comprensivo y multifactorial, de tal manera que contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad.

Desde este punto de vista, cabe preguntarse quiénes deben ceñirse a este principio para la protección de los niños, niñas o adolescentes y de la promoción y preservación de sus derechos. De las enseñanzas de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos y el artículo 4° de nuestra Constitución, podemos extraer tres niveles de obligados:

En primer lugar y de manera primordial, los padres del niño, incluyendo en este rango a la familia. La familia es la primera institución que debe velar por el adecuado desarrollo del niño y el adolescente, desde su nacimiento hasta su emancipación.

Para los padres constituye una especie de límite para el adecuado ejercicio de la patria potestad, no por el hecho que el niño o niña debe ejercer su derecho y desarrollar su autonomía, sino porque los padres deben considerar los derechos de sus hijos independientes de los propios, tomar las decisiones que sean mejor para ellos y no las decisiones que los padres quieran. La limitante no viene dada porque el niño se volverá en contra de sus padres en defensa de sus derechos, si no, que la limitante es aquella que la ley dispone y que los padres deben respetar, valorando al niño como una persona, sujeta de derechos, al igual que ellos.

En segundo lugar, el Estado. En este sentido, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, en virtud del principio del efecto útil, destinadas a la plena vigencia y aplicación de este principio. Por ello, la política legislativa relacionada con los niños, niñas y adolescentes debe estar predominantemente guiada por el principio o el conjunto de criterios que compone el interés superior del niño y, de manera evidente, la política judicial y, más particularmente, las decisiones de los tribunales de justicia en los que estén envueltos niños, niñas o adolescentes deben ser inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior del niño.

Finalmente, toda la sociedad. La sociedad también aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño. La sociedad entera está obligada a velar por el respeto y la protección de los derechos del niño y del adolescente.

## **1.5. REGULACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Dada su importancia, tanto el ordenamiento nacional e internacional consagra el principio de interés superior del niño y otorga una protección especial a los niños y adolescentes.

### **1.5.1. A NIVEL INTERNACIONAL**

#### **a) DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño<sup>55</sup>, que en su

---

<sup>55</sup> La Declaración de los Derechos del Niño es un tratado internacional aprobado el 20 de noviembre de 1959 de manera unánime por todos los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas, Organización de la cual el Perú es miembro.

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”.

Esta norma constituye el primer avance en la protección de los derechos del niño y constituye antesala para la dación de la Convención sobre los derechos del niño, que trata con amplitud y especialidad referente a los derechos del niño.

#### **b) CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>56</sup>, 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 niño”.

Con la dación de esta norma el principio del interés superior del niño se constituye en uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Esta Convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han

---

<sup>56</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989.

ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención. A través de ella se reconoce que los niños no sólo son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho.

### c) OTROS DOCUMENTOS

- La **Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**<sup>57</sup> ha señalado 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”.
- **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 menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.

---

<sup>57</sup>CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 56.

### 1.5.2. A NIVEL NACIONAL TENEMOS:

- **El artículo 4° de la Constitución**<sup>58</sup>. A decir del Tribunal Constitucional el principio de interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución, por lo 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”<sup>59</sup>.
- **El artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes**<sup>60</sup>, 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”.

---

<sup>58</sup> **Artículo 4° de nuestra Constitución** señala: “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.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 01817-2009-PHC/TC. Fundamento Jurídico 11.

<sup>60</sup> El Código de Niños y Adolescentes, promulgado mediante Ley N° 27337, de fecha 21 de julio del 2000.

- **Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.**

Esta normativa, publicada el viernes 17 de junio de 2016, 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<sup>61</sup>.

En ese sentido, en su artículo 3° establece los parámetros de aplicación primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14 del Comité de los derechos del niño<sup>62</sup>, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

---

<sup>61</sup> Artículo 2° de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

<sup>62</sup> Observación general N° 14, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62° período de sesiones, el 14 de enero a 01 de febrero de 2013, sobre el derecho del niño a

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, esta normativa, en su artículo 4° señala las garantías procesales que se deben tener en cuenta para la consideración primordial del interés superior del niño, 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.

---

que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 Convención sobre los Derechos del Niño).

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.

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<sup>63</sup>.

En ese sentido, en base al artículo 4º de nuestra Constitución, las normas legales y de la normatividad internacional sobre derechos humanos señaladas, en virtud al principio de interés superior del niño y del adolescente, las acciones que tomen el Estado, los integrantes de 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. Por lo que también, en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los

---

<sup>63</sup> Artículo 5º de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño

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.

#### **1.6. OTROS PRINCIPIOS RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Cuando hay problemas familiares, y como consecuencia de ellas la familia se rompe, es completamente necesario ver la situación de los hijos. Lo común es que uno de ellos se va con los hijos, pero también hay casos en que ambos quieren o dicen querer asumir la obligación de tener y cuidar de sus hijos, y en otros casos donde ninguno quiere asumir dicha obligación. En estos casos, terminan peleando, e incluso toman decisiones extremas como sustracción, ocultamiento, entre otros, con la consecuente vulneración de derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y a no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, a la educación y al libre desarrollo de su personalidad, etc.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional<sup>64</sup> ha señalado que, para proteger al menor, niño o adolescente, debemos tener en cuenta sobre el respeto de los siguientes principios y derechos:

- a. El principio de protección especial del niño.
- b. El principio del interés superior del niño.
- c. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
- d. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
- e. El derecho al desarrollo armónico e integral.

Como quiera que al principio del interés superior del niño ya nos hemos referido, en este apartado nos referiremos a los demás

---

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 3.

principios, teniendo en cuenta que en los procesos que involucre derechos de niños y adolescentes, el problema o conflicto, necesariamente debe analizarse bajo el amparo de estos principios:

**a) EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN ESPECIAL DEL NIÑO Y ADOLESCENTE**

En virtud de este principio 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, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado<sup>65</sup>.

Nuestra Constitución 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”. De modo que, aquí encontramos la consagración constitucional del principio de especial protección del niño y el adolescente, teniendo en cuenta la debilidad, inmadurez física y mental, así como la inexperiencia en que se encuentran los niños, por lo que impone al Estado y la sociedad en general, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección

---

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 7.

especial para garantizar el desarrollo libre, armónico e integral del niño.

El principio de protección especial del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es considerado como un principio fundamental de la persona humana. La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño fue el primero en enunciar que los niños deben merecer especial protección de parte de la humanidad.<sup>66</sup> Luego, la Declaración de los Derechos del Niño, en su principio 2, señala que el “niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25.2 reconoce este principio al señalar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño

---

<sup>66</sup> Declaración de Ginebra (Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas el 24 de setiembre de 1924). Señala que:

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”.

reconoce que los “Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar” y, el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo “niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Este principio de protección especial del niño también es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como podemos ver, para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la “protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”<sup>67</sup>

En ese sentido, sobre la base del artículo 4° de nuestra Constitución y teniendo el carácter normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el niño y el adolescente es considerado como sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento. Ello se debe a “su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual,

---

<sup>67</sup>CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 61.

familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos”<sup>68</sup>.

**b) EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA**

Como señala el Tribunal Constitucional, “el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños”<sup>69</sup>.

Dicho así, 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 esté garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

Es por ello que, la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por lo que, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño, cuidando que la decisión tomada no genere daño que pueda afectar su bienestar, adecuado desarrollo, estabilidad, integridad y salud del menor.

---

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 6.

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 15.

A nivel de nuestra normatividad interna, el derecho del niño y el adolescente a tener una familia y vivir con ella encuentra expresamente reconocido en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, cuando señala que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”, el mismo que se sustenta en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 1) de la Constitución.

A nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” y en el artículo 9.1 de la misma Convención, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

Si bien es cierto que el niño y el adolescente tienen el derecho a una familia y no ser separado de ella, lo que garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general. Esta situación ha sido contemplada por el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que el niño, con garantía del debido proceso, podrá ser separado de sus padres contra su voluntad cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de aquél, en los casos en que,

por ejemplo, el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Sin embargo, esta medida será excepcional y estará justificada por el interés superior del niño. Lo contrario, cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, será vulneratorio de los derechos del niño y adolescente.

**c) EL DERECHO A CRECER EN UN AMBIENTE DE AFECTO Y DE SEGURIDAD MORAL Y MATERIAL**

En virtud del derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material “la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos”<sup>70</sup>.

Debido a la importancia de este derecho, la unidad y estabilidad familiar son indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del

---

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 20.

niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho.

A nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”.

Si bien es cierto que el niño tiene derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, ello no significa una imposición para los padres de convivir o de mantener relaciones conjuntas como el único mecanismo de protección del niño, aunque la relación familiar esté completamente corroída. Pero sí, significa que, ante la ruptura de la relación entre los padres, éstos garanticen la estabilidad familiar de los niños, y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto.

#### **d) EL DERECHO AL DESARROLLO ARMÓNICO E INTEGRAL DEL NIÑO.**

El derecho al desarrollo armónico e integral del niño implica que todo niño debe vivir en una familia unida y estable, con la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Ello también implica que todas las decisiones, iniciativas y

soluciones que se tomen sobre los niños deban tomarse respetando su singularidad. “Teniendo en cuenta que cada niño es único y, como tal, tiene sus propias características e intereses, respetando su integridad y sus creencias más profundas, sabiendo que las mejores decisiones a tomar son las que se ajustan al menor, con la finalidad de favorecer su crecimiento armónico e integral del menor”<sup>71</sup>. Sin embargo, ello no siempre es posible, por cuanto muchos hogares se rompen y los padres se separan, luego cada uno desea mantener al menor a su lado o simplemente ninguno quiere hacerse cargo.

En otros casos, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin que ello signifique impedimento ni restricción del derecho del niño a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado, porque ello es lo que le favorece a crecer de manera armoniosa, respetando los lazos de cariño que inicialmente se habían desarrollado.

Al respecto, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados partes tiene el deber de respetar “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”.

Aunque esta norma insta el deber de respeto a los Estados, ello no significa que su cumplimiento sea únicamente de parte

---

<sup>71</sup> Véase UNICEF. Tu derecho a vivir en familia, y a ser cuidado en todas las situaciones que te tocan vivir. Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar. Buenos Aires, 2011. p. 14.

del Estado, sino que, la familia, la sociedad y la comunidad en general, también “asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social”<sup>72</sup>.



---

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC. FJ. 7.

## CAPITULO IV

### ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN

#### 1. REGULACIÓN DE LA FAMILIA ENSAMBLADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La familia ensamblada no ha sido tratada de forma explícita por el ordenamiento jurídico peruano, no existe norma alguna en nuestro Derecho de Familia que establezca el concepto, las características, los alcances, ni se han regulado los derechos y obligaciones que surgirían entre padres e hijos afines, por lo que existe vacío legal sobre la familia ensamblada en nuestro ordenamiento jurídico.

El hecho que la familia ensamblada no esté regulado en nuestro país, no significa que debemos ignorar su existencia o que los tribunales deban ignorar a las familias ensambladas, pues en materia de familia existen principios orientadores, como es el caso del principio de protección

constitucional de la familia, el principio de interés superior del niño, principio de solidaridad, entre otros, que tienen fuerza normativa y no puede ser dejado de lado bajo ninguna circunstancia por los Órganos Judiciales, por lo tanto en aras de proteger integralmente a la familia y a los menores involucrados en este tipo de familias deben ser resueltos cualquier situación legal planteada ante ellos.

Ello debe ser así, porque como señala el Tribunal Constitucional, “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 mono paternas o las reconstituidas. Al respecto, debe apreciarse que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población”<sup>73</sup>. En ese sentido, en nuestra sociedad ya no se puede hablar de un solo tipo de familia, sino de varios tipos de familia, entre ellas las familias ensambladas, que, aunque no exista una regulación expresa sobre ellas, su presencia en nuestra sociedad es cada vez mayor.

Por ello, como el mismo Tribunal Constitucional señala, “debe tomarse en cuenta que los acelerados cambios sociales pueden generar una brecha entre la realidad y la legislación, provocando vacíos en el

---

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 04493-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 8.

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”. De modo que, los vacíos legales de nuestra normatividad no deben influir para dejar de tomar en cuenta a las familias ensambladas.

### 1.1. LA FAMILIA ENSAMBLADA A NIVEL DE NUESTRA CONSTITUCIÓN

A nivel de nuestra Constitución, la regulación de la familia encontramos en el artículo 4° y 5° de la misma, que expresamente señalan:

*“Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio.*

*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”.*

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

*“Artículo 5.- Concubinato*

*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”.*

Como podemos ver, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la familia matrimonial, así como extramatrimonial. De modo que, no reconoce expresamente a una forma de familia, sino a todas las formas de familia.

El artículo 4° de la Constitución contiene el principio de promoción del matrimonio, no la protección exclusiva del matrimonio, lo que significa que la Constitución protege no sólo a la familia de base matrimonial, sino a la familia como tal, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial, diferenciándose de su antecesora, la Constitución de 1979, que sentaba el principio de protección al matrimonio. De modo que, para nuestra actual Constitución, la familia es una sola, sin considerar la base de su constitución legal o de hecho<sup>74</sup>. Por lo tanto, el manto de protección de las citadas normas constitucionales alcanza a las familias matrimoniales, así como a las familias de hecho, entre ellos las familias ensambladas, sin embargo, sería conveniente que este tipo de familias gozaran de una regulación expresa.

En ese sentido, teniendo en cuenta la creciente realidad social y familiar en nuestro país, los deberes y derechos de los padres y madres afines para con los hijos afines, adolecen de regulación expresa, pues no ha sido objeto de tratamiento por parte de los legisladores, resulta contradictoria esta omisión legislativa, con el deber constitucional del Estado de proteger a la familia sin distinción alguna por su origen o su constitución. Sin embargo, ello no significa que no gocen de protección, pues en aplicación del principio constitucional de protección a la familia contenido en el artículo 4° de la Constitución deben ser protegidos, más aún teniendo en cuenta que en los conflictos familiares en el entorno de las familias ensambladas normalmente se encuentran involucrados menores, debe aplicarse los alcances del principio de interés superior del niño, conforme a las normas nacionales e internacionales.

---

<sup>74</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia”. En: Dialogo con la Jurisprudencia.

## 1.2. LA FAMILIA ENSAMBLADA A NIVEL DE NUESTRAS NORMAS LEGALES

A nivel de nuestras normas legales, tampoco encontramos una regulación expresa sobre las familias ensambladas.

Nuestro Código Civil dedica el Libro III a la regulación jurídica de la familia. Sin embargo, la referencia directa a la familia encontramos en el artículo 233°, que dice:

### **Artículo 233°. - Regulación de la familia**

*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.*

Ello nos hace ver, que la regulación de la familia en nuestro Código Civil no puede ir más allá que nuestra Constitución señala, mucho menos reconocer derechos menores a los que la Constitución ha reconocido. De modo que, en aplicación del principio de protección constitucional de la familia (artículo 4° de la Constitución), debemos señalar que nuestro Código Civil no protege a un tipo de familia en especial, sino a todas las familias, sin distinguir su origen legal o, de hecho.

Por otra parte, si bien el tema de la familia ensamblada no ha sido tratado en forma explícita por el legislador, ni por la jurisprudencia ordinaria, 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<sup>75</sup>. Así tenemos:

---

<sup>75</sup> CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo. Ob. Cit. p. 64.

- a) **Libro III, referido al derecho de familia:** La parte final del artículo 237° del Código Civil establece que: *“la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio mientras viva el ex-cónyuge”*.

Ciertamente el parentesco por afinidad trae consigo algunos efectos legales como el impedimento matrimonial regulado en el artículo 242° numeral 3 del Código Civil, que a la letra dice: “no pueden contraer matrimonio entre sí: los afines en línea recta”. Impedimento que se mantiene aún después de disuelto el vínculo matrimonial que dio origen al parentesco por afinidad, tal y como lo señala la última parte del artículo 237. Por lo tanto, el padre afín se encuentra impedido legalmente para contraer matrimonio con su hija afín y viceversa, en todas las circunstancias, aun cuando el matrimonio que dio origen a la familia ensamblada hubiera sido disuelto.

Y si a pesar de este impedimento legal, los afines en línea recta contrajeran matrimonio, bajo nuestra norma sustantiva, este matrimonio estaría afectado por nulidad absoluta, tal y como lo ha establecido el artículo 274 numeral 4 del Código Civil, que a la letra dice: “es nulo el matrimonio: De los consanguíneos o afines en línea recta”.

**b) Otros Libros del Código Civil**

El parentesco por afinidad, además del libro III referido al derecho de familia, también ha sido recogido por otros libros del Código Civil, así por ejemplo en el libro de personas, específicamente en el artículo 107° del Código Civil, se establece la prohibición del administrador de la fundación, así

como de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y “segundo de afinidad”, de celebrar contratos con la fundación.

En el libro segundo referido al Acto Jurídico, específicamente el artículo 215 del Código Civil, señala que: “Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

También encontramos normas referidas al parentesco por afinidad en el Libro IV referido al derecho de sucesiones. Así el artículo 688 establece que: “Son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentario”. Estableciendo igualmente impedimentos como se expresa en los artículos 704 y 705 del Código Civil, así el artículo 704, a la letra dice: “El notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado”. Por otra parte, el artículo 705 especifica que están impedidos de ser testigos testamentarios, numeral 7: “El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios”.

### **c) En la Ley 27337, Código de Niños y Adolescentes**

En el Código de los Niños y Adolescentes encontramos algunas referencias importantes que de manera indirecta regulan

algunos derechos que conciernen a padres e hijos afines, así tenemos:

### **1. Régimen de visitas**

El artículo 90 referido a la extensión del Régimen de Visitas, 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”.

No son pocos los casos donde los lazos afectivos surgidos entre padres e hijos afines al interior de la familia ensamblada se vuelven tanto o inclusive más fuertes que los propios lazos parentales nacidos de la consanguinidad. La finalidad de hacer extensible la institución del régimen de visitas a parientes no consanguíneos del niño, como son los padres afines, es justamente la preservación de estos lazos afectivos estables que han tenido su origen en la convivencia, siempre y cuando que dicha preservación sea favorable para el niño.

### **2. La Adopción por excepción**

En el artículo 128° de nuestro Código de los Niños y Adolescentes, referido al proceso judicial de adopciones por excepción, se hace una expresa alusión al padre afín, al señalar en su inciso a, que podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente: “El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En

este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos”.

**d) En el Código Procesal Civil:**

La norma adjetiva ha regulado también ciertos aspectos del parentesco por afinidad, así, por ejemplo, el artículo 229 referido a las prohibiciones para declarar como testigo establece en su numeral 3, que se prohíbe que declare como testigo: “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”.

El parentesco por afinidad dentro del segundo grado es causal de impedimento para el Juez de conocer un proceso, cuando ostente el mencionado parentesco con uno de los litigantes, el apoderado de ellos e incluso cuando este emparentado con alguno de los abogados intervinientes en el proceso (artículo 305.2).

Asimismo, el artículo 307 numeral 2, referido a las causales de recusación, señala que las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando: “El o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho de servicio público”. Por lo tanto, si el hijo afín posee relaciones de crédito con alguno de los litigantes, su padre afín, que a su vez ejerce el papel de Juez, puede ser recusado.

Finalmente, el artículo 827, referido a la legitimidad activa en el proceso de inscripción y rectificación de partida, 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”. Por lo que se desprende que, por mandato legal, el padre afín juntamente con otros parientes del menor tiene legitimidad para obrar activa, pudiendo solicitar al Juzgado la rectificación de partida de su hijo afín. Los siguientes numerales, también establecen legitimidad activa para interponer la solicitud a los parientes afines, así el numeral 2 establece que pueden incoar la pretensión: “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”, el numeral 3 señala que: “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”. Y el numeral 4 especifica que: “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”.

## **2. LA FAMILIA ENSAMBLADA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **2.1. 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.

## **2.2. 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, reconociéndose por lo tanto una relación legal entre padres e hijos afines. Esta figura legal también es aplicable en Países Bajos.

## **2.3. SUECIA**

La legislación sueca ha regulado la intervención del padre afín en la vida de su hijo afín, así el hijo afín es considerado hijo en niveles de igualdad con el hijo biológico y con el hijo adoptivo, teniendo iguales derechos en lo que respecta a pago de aportes, herencia y donación. Se reconoce asimismo la tenencia compartida y también la tenencia unilateral o unipersonal a los padres afines, bajo la calidad de custodio.

## **2.4. ESTADOS UNIDOS**

En algunos estados norteamericanos se aplica la doctrina “in loco parentis”, voz latina cuyo significado es “en lugar de los padres”, entendida a grosso modo como la delegación de determinadas responsabilidades paternas a una persona distinta al padre biológico, como es el caso de los padres afines. A través de esta doctrina, el padre afín poniéndose en la misma situación del padre biológico, asumiría obligaciones paternas con su hijo afín, el estado

in loco parentis se determina tomando en cuenta algunos factores como: el grado de dependencia del niño con su padre o madre afín, para lo cual es determinante verificarse si el padre afín ha asumido económicamente la manutención, educación y cuidados de su hijo afín.

## **2.5. ARGENTINA**

En la legislación civil argentina se ha establecido el deber alimentario entre padres e hijos afines, esta reciprocidad alimentaria entre parientes afines únicamente alcanza al primer grado en línea recta, así el artículo 368 del Código Civil Argentino establece que: “Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado”.

## **2.6. URUGUAY**

La legislación de la niñez uruguaya es una de las más avanzadas de la región en lo que respecta al tema familias ensambladas, específicamente se ha regulado aspectos que competen al derecho alimentario y al derecho de visitas de los hijos afines, al igual que en Argentina la obligación alimentaria del hijo afín ha sido delimitada bajo un carácter de subsidiaridad, así el artículo 51º numerales 2 y 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo establece 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, y prestarán subsidiariamente de acuerdo con el siguiente orden: (...) 2) El cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario; 3) El concubino o la concubina, en relación con el 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”.

Asimismo, se han regulado aspectos referidos al derecho de visitas que compartirían padres e hijos afines, así el artículo 38 del antes citado Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, norma que: “todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismos. Sin perjuicio que el Juez competente basado en el interés superior del niño o adolescente, incluya a otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos afectivos estables”. Este último párrafo es una particular referencia a los padres afines, pues como antes hemos mencionado, no son pocos los casos, cuando en que entre el padre afín y el hijo afín, se originan vínculos afectivos estables, cuyo quebranto brusco, podría terminar afectando emocional y/o psíquicamente al hijo o hija afín, algo que no debería ser permitido por los tribunales en respeto del interés superior del niño, que prescribe ante todo, tomar una decisión en estricto resguardo del bienestar físico y psicológico del niño y en estricta garantía de su desarrollo integral.

### **3. REGULACIÓN SOBRE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN**

Creemos necesario anotar previamente que el término “alimentos” utilizado por el artículo 472 de nuestro Código Civil, no es del todo preciso; porque, como bien lo precisa este mismo artículo, “los alimentos” comprenden lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, por lo que es más conveniente hablar de “prestación asistencial familiar integral”<sup>76</sup>.

El Tribunal Constitucional al referirse a las familias ensambladas ha establecido que estas presentan “una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes

---

<sup>76</sup> Sentencia del tribunal Constitucional en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC, Fundamento jurídico. 9.

de la familia reconstituida (...) y “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”<sup>77</sup>. Como se observa el Colegiado Constitucional ya había previsto la problemática que podía presentarse en relación con este tema ante el silencio del legislador.

Recientemente, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04493-2008-PA/TC (Caso Leny de la Cruz Flores), declaró fundado un proceso de amparo contra una resolución judicial por no haber sido motivado adecuada y suficientemente. En dicho caso se observa que el Juzgado de Familia de San Martín – Tarapoto, no motivó su decisión de reducción de la pensión de alimentos que otorgaba Jaime Walter Alvarado Ramírez a favor de su menor hija, por cuanto consideraba que este contaba con deberes familiares que atender en su nueva familia, conformada por su conviviente y los tres menores hijos de esta. Este suceso merece reflexión acerca del deber familiar que existe entre convivientes y el que tendría el padre afín respecto de su hijo afín.

Sobre el deber familiar, que comprende el deber alimentario existente entre convivientes, nuestro Tribunal Constitucional en un primer momento denegó la pensión de viudez a una concubina argumentando que “la norma constitucional reconoce la relación concubinaria para efectos solo de naturaleza patrimonial, al asemejarse con el régimen de la sociedad de gananciales propia del matrimonio, mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario”<sup>78</sup>; luego, en un segundo momento, el mismo Colegiado reconoce la pensión de viudez que le asiste a una concubina expresando entre sus fundamentos que “sería una interpretación

---

<sup>77</sup> Sentencia del tribunal Constitucional en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC, Fundamento jurídico 11.

<sup>78</sup> Sentencia del tribunal Constitucional en el Exp. N° 03605-2005-PA/TC, Fundamento jurídico 8.

bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, no debe dejarse de observar que, frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia (artículo 326 CC). Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución”. Como puede observarse, la doctrina del supremo colegiado constitucional ha ido evolucionando positivamente, pues resulta ilógico que pueda surgir una obligación alimentaria solo después de extinguida la unión de hecho por decisión unilateral de uno de los concubinos y a elección del abandonado, y no cuando la unión de hecho estaba vigente, donde también existía la “dependencia económica” de la cual habla el Tribunal Constitucional.

El deber familiar existente entre los concubinos se extiende, indirectamente, a los hijos afines de hecho de cada uno de ellos que conviven en el hogar familiar, no como un deber de asistencia alimentaria, sino como un deber de contribuir a los gastos que genera la convivencia en una familia ensamblada. De allí que la pareja que conforma este tipo de familia comparta los gastos que genera la manutención de los hijos, sin diferenciar entre consanguíneos y afines, pues en el terreno de los hechos los hijos son tratados por igual al interior de una familia ensamblada, sin discriminar entre uno y otro. Este deber repercute, lógicamente, en una pensión de alimentos que uno de los cónyuges se encuentra obligado a favor de un hijo que tuvo en una relación anterior, por lo que resulta razonable pedir su reducción, pues las posibilidades del deudor han variado con el transcurso del tiempo, presupuesto regulado por el artículo 482 del Código Civil que expresa: “La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la

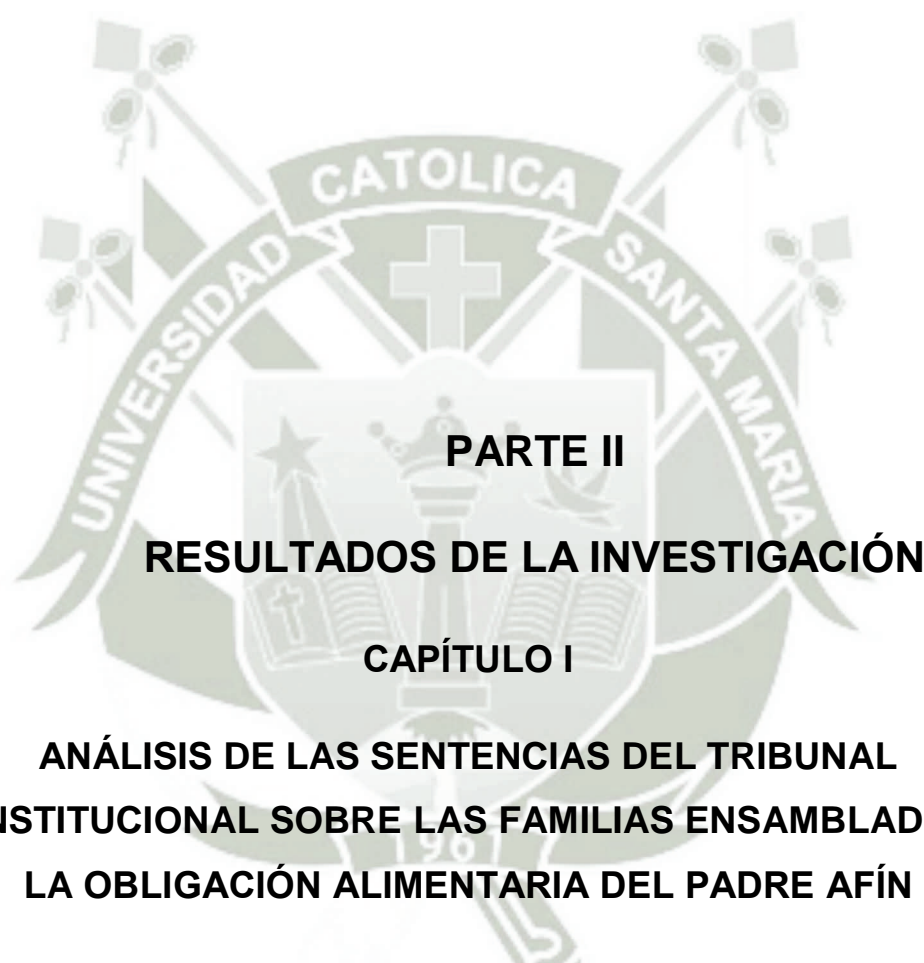
disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla”, posibilidades que se ven aminoradas cuando el deudor alimentario conforma una nueva familia, sea ensamblada o de cualquier otro tipo; presupuesto que no fue valorado por el juez en su oportunidad para la fijación de la pensión de alimentos porque, simplemente, no existía.

El deber dentro de las familias ensambladas surge de la solidaridad que busca el bienestar personal de sus integrantes, así como reforzar su identidad familiar propia como una unidad orgánica estructurada y no como un cúmulo de sujetos particulares, donde sus miembros, especialmente los hijos, tengan un sentimiento de pertenencia al grupo familiar. Esto es lo que parece entender el Tribunal Constitucional cuando expresa 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”<sup>79</sup>. Asimismo, este mismo Colegiado en posterior fundamento expresa que “por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar – divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una discriminación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia”<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Sentencia del tribunal Constitucional en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC, Fundamento jurídico. 12.

<sup>80</sup> Sentencia del tribunal Constitucional en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC, Fundamento jurídico. 14.



## **PARTE II**

### **RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **CAPÍTULO I**

#### **ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN**

##### **1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS**

Como ya hemos señalado, en nuestro país, existe vacío legal sobre las relaciones jurídicas de distinta índole que se originan en el entorno de las familias ensambladas. Sin embargo, esta ausencia legislativa en los últimos años ha venido siendo abordada, aunque escasamente por la

jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional Peruano a través de sus sentencias ha reconocido como parte de nuestro ordenamiento jurídico una nueva organización familiar: la familia ensamblada, donde analiza las diferentes aristas de esta nueva estructura familiar, como son los vínculos que se originan, los deberes y derechos de los integrantes de las familias ensambladas, ocupándose de las relaciones que se originan entre padres e hijos afines. Asimismo, en una de sus sentencias, el Tribunal Constitucional ha puesto en tapete interrogantes “¿tienen los padres sociales, obligaciones alimentarias para con los hijos afines?”; cuya respuesta aún no ha sido desarrollada por la doctrina especializada a nivel de nuestro país, tampoco el legislativo se ha pronunciado al respecto.

Las sentencias del Tribunal Constitucional referidas a las familias ensambladas son las siguientes:

#### **1.1 SENTENCIA EN EL EXPEDIENTE N° 09332-2006-PA/TC. CASO SHOLS PÉREZ**

##### **I. A MODO DE ANTECEDENTES DEL CASO**

El 30 de noviembre del 2007, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el tema de las “familias ensambladas” en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, en el caso Shols Pérez. Antes de esta sentencia las familias ensambladas en nuestra jurisprudencia no habían sido consideradas.

Este caso tuvo su origen en una demanda de amparo interpuesta en contra del Centro Naval del Perú por don Reynaldo Armando Shols Pérez. Ello ocurre por cuanto Shols Pérez había contraído segundas nupcias con la señora María Moscoso, quien tenía una hija menor de su compromiso anterior.

Shols Pérez plantea su demanda frente a la negativa del club privado Centro Naval del Perú, del cual era socio el demandante,

de otorgarle carné familiar para su hija afín, argumentando que no se puede entregar el mencionado carné a dicha menor de edad, por cuanto no es hija biológica del asociado, actualmente demandante.

El Juez de primera instancia rechazó la demanda, declarándola infundada, argumentando que, en el estatuto del club demandado, no existe regulación sobre los derechos de los hijastros al carné, por lo que no le asistiría derecho al demandante de que su hija afín reciba el mencionado carné.

Apelada la sentencia, el Juez de Segunda Instancia también declara improcedente la demanda, pues considera que siendo la niña la directamente afectada, ella sería la que haga valer su derecho, por lo que el demandante no tendría legitimidad para obrar, puesto que no es su padre biológico, tampoco es representante legal de la menor.

Es cuando el demandante recurre al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional, en el mencionado Expediente N° 09332-2006-PA/TC, donde dejando de lado ciertas formulas procesales prefijadas, analizando de una manera adecuada la situación, 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.

Habiendo declarado fundada la demanda, ordena que el demandado expida el carné familiar a la hija afín del demandante y prohíbe al club cualquier tipo de distinción en el trato a los hijos biológicos y la hija afín del demandante.

## II. ANÁLISIS DEL CASO EN MENCIÓN

El Tribunal constitucional al resolver el caso, desarrolla tres ámbitos bastante diferenciados. Para la materia tutelar familiar interesa lo siguiente:

- a) El concepto de la familia ensamblada
- b) La legitimidad del padrastro para defender los derechos de la hijastra, y
- c) La defensa de los fines de la familia ensamblada.

A continuación, nos referimos de una manera más amplia sobre cada uno de ellos:

### a) Las Familias Ensambladas

La doctrina nacional es muy escasa en el desarrollo de estos conceptos, muy a pesar de que en nuestra realidad la mayoría de los matrimonios terminan en procesos de divorcio, así como con mucha frecuencia las uniones de hecho concluyen en separaciones, por lo que se generan nuevas relaciones de pareja que originan familias extendidas de hecho de diversos tipos.

No importa cómo hayan surgido estas familias extendidas, reconstituidas, ensambladas, sin embargo, la sola voluntad de la pareja provoca una nueva situación, la que nuestra legislación no ha tomado en cuenta.

Tenemos parejas con hijos que han retomado sus vidas y reiniciado relaciones de pareja, muchas veces sin poder formalizar por no tener libertad para casarse, pues el divorcio de su anterior pareja aún no está finiquitado. Casos en los

que nuestra legislación no reconoce derechos a los hijos que lleva cada pareja a la nueva relación familiar

Esta situación, no ha sido abordada por los jueces ordinarios de nuestro Poder Judicial, sino recién por el Tribunal Constitucional en la sentencia analizada. Es donde recién el Tribunal Constitucional se ocupa del concepto de este tipo de familia, señalando que:

“En 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”<sup>81</sup>.

En la misma sentencia, el Tribunal señala que la propia configuración de estas familias tiene una dinámica diferente que a las familias formadas por parejas solteras y sin hijos, por lo que se presentaría una problemática que tiene diversas aristas, en el caso del vínculo familiar que se origina, los deberes y derechos que surge entre los integrantes de la familia ensamblada. A este respecto señala que:

“Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los

---

<sup>81</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC. Fundamento jurídico 8.

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.

No obstante, sobre la base de lo expuesto 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<sup>82</sup>.

#### **b) La legitimidad del padrastro para defender los derechos de la hijastra.**

A este respecto el tribunal Constitucional se pronuncia en los siguientes términos:

“Antes de entrar a analizar tales temas, deben subsanarse los vicios procesales en los que ha incurrido el ad quem respecto de la legitimidad del demandante. 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

---

<sup>82</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC. Fundamento jurídico 10 y 11.

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”<sup>83</sup>.

De esta manera el Tribunal encuentra la legitimidad del demandante para interponer la demanda de amparo. Sin embargo, más adelante, en la misma sentencia, el Tribunal señala que el derecho de fundar una familia y el derecho de proteger a una familia es la que habilita al demandante para defender los derechos de los integrantes de la familia ensamblada, entre ellas de la hijastra. Por lo que señala:

“(…) deben tomarse en cuenta otros aspectos, como los referidos en la presente sentencia, cuales son la protección de la familia y el derecho a fundarla. 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”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC. Fundamento jurídico 3.

<sup>84</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC. Fundamento jurídico 19.

La conjunción de estos dos derechos, por tanto, le dan legitimidad a una persona que no tiene vínculo consanguíneo con una tercera persona, por ejemplo, en el caso de la hijastra, a asumir una legitimación procesal válida, no sólo frente al Tribunal Constitucional sino frente a cualquier autoridad jurisdiccional y administrativa. Para el tribunal está por encima de cualquier obstáculo los fines superiores que nuestra constitución le reconoce a la familia.

**c) La defensa de los fines de la familia ensamblada.**

Teniendo como base la sentencia analizada, y de conformidad con el artículo 4 ° y 5 ° de nuestra Constitución, no podemos hablar solamente de la familia matrimonial, sino de diferentes tipos de familias formadas de diversas maneras, que sin embargo tienen fines parecidos que al matrimonio.

Por lo mismo, en los procesos judiciales se tendría que valorar nuevos elementos: i) La unión que promueven las parejas, pues, aunque no estén casados, su fin es parecido a la del matrimonio. ii) la vinculación entre los integrantes de esta unión, por ejemplo, entre el padrastro e hijastro, surge un vínculo parental de afinidad y, iii) surgen derechos de terceras personas, como los derechos de los hijastros que no guarda relación netamente sanguínea con la nueva pareja.

Por ello, creemos que mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional ha provocado que los fines de la Constitución se puedan adecuar a un caso concreto, que dará motivo a que la Jurisdicción Ordinaria, varíe su forma de interpretar el derecho de las nuevas familias: Las familias ensambladas.

### III. ASPECTOS QUE DEBIERON SER ANALIZADOS

La novedad de la Sentencia analizada resalta por cuanto aborda aspectos muy importantes y actuales, desarrollando un mecanismo para tutelar fines y objetivos superiores de la familia, por encima de ciertos formalismos procesales, y adecua la ley a casos novedosos y particulares, sobre la base de los intereses colectivos y comunes a una familia nueva.

Sin embargo, consideramos que el Tribunal Constitucional pudo haber incluido dos puntos importantes para la defensa de los derechos de la menor: a) el desarrollo del principio del Interés Superior del Niño y b) el derecho de un menor a “vivir en una familia” (artículo 8° Código del Niño y del Adolescente). Justamente el desarrollo de estos dos principios permite velar por los derechos de los menores a los alimentos y entre otras atenciones dentro de una familia.

#### 1.2 SENTENCIA EN EL EXPEDIENTE N°02478-2008-PA/TC. CASO CAYTURO PALMA

##### I. ANTECEDENTES DEL CASO

El 11 de mayo del 2009, el Tribunal Constitucional, en el Expediente Nro. 02478-2008-PA/TC, se pronuncia sobre un nuevo caso de familias ensambladas.

Este caso tuvo su origen en la demanda de amparo interpuesta por don Alex Cayturo Palma en contra de José Orbegoso Saldaña, Comandante de la Policía Nacional del Perú que desempeñaba el cargo de Director de la Institución Educativa Particular “Precursores de la Independencia” de la Policía Nacional del Perú y en contra de don Alberto Mendoza Ascencio, 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, a fin de que se suspendan las elecciones tendientes a elegir al mencionado comité para el periodo 2008—2009, bajo el argumento que se ha designado como presidente del citado comité a una persona (Alberto Mendoza) ajena a la Institución Educativa y a la APAFA, lo que constituye una injerencia inaceptable que a decir del demandante vulneraba 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.

En primera instancia, el Juez declara improcedente la demanda, por cuanto considera 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 de primera instancia, aunque discrepando respecto que el debido proceso no sería aplicable a controversias entre privados.

Es así como el demandante recurre al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional.

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, pese a que, según alega, se trata de una persona completamente ajena tanto a la

APAFA como a la Institución Educativa Precursores de la Independencia Nacional de la Policía Nacional del Perú. Tal argumento sin embargo 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”.

El tribunal reconoce de esta manera, que si don Alberto Mendoza Ascencios, no es padre biológico de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C., son hijos de su conviviente y cuya educación asume, razón por la cual le asiste el derecho a ser elegible para ocupar el cargo de presidente de APAFA. De esta manera reconoce claramente que Alberto Mendoza Ascencios, conforma una familia ensamblada, donde asume el cuidado de sus hijos afines, siendo legítima su labor en la asociación.

## **II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA**

En esta sentencia, muy a pesar de que es bastante corta, el Tribunal ha desarrollado claramente el concepto de la familia ensamblada, señalando que:

“(…) la Constitución reconoce un concepto amplio de familia. En este caso se aprecia que Alberto Mendoza Ascencios, conforma una familia reconstituida, esto es, “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”. En tal sentido, con la documentación

presentada en folios 163 a 205 se acredita que Alberto Mendoza Ascencios, ha asumido el cuidado de los menores referidos en el fundamento 3, supra, siendo legítimo su labor en la asociación”<sup>85</sup>.

En ese sentido, en esta sentencia el Tribunal Constitucional reitera la línea directriz desarrollada en una sentencia anterior, y en base a ello, emite su fallo buscando la protección integral de la familia más allá de su origen o su constitución. Este análisis es acorde con lo previsto por el artículo 4° de nuestra Constitución que reconoce de una manera amplia la familia, sin distinguir su origen matrimonial o extramatrimonial.

Como señala Calderón Beltrán, la importancia de esta sentencia radica en que resalta que “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”<sup>86</sup>.

### **1.3 SENTENCIA EN EL EXPEDIENTE NRO. 04493-2008-PA/TC. CASO DE LA CRUZ FLORES**

#### **I. ANTECEDENTES DEL CASO**

El 30 de junio del 2010, el Tribunal Constitucional se pronuncia en el Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC, sobre un nuevo caso con contenido de familias ensambladas.

---

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 02478-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 4.

<sup>86</sup> CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo. Ob. cit. p. 78.

Este proceso tuvo su origen en la demanda de amparo interpuesta por doña Lenny 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.

La demanda se fundamenta en una 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).

En dicho 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.

La demandante, apela esta sentencia, El Juez de segunda instancia revocó 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 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.

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.

Al ser apelada, la Sala confirma, 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:

“(…) 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”<sup>87</sup>.

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 nulos los actos realizados con

---

<sup>87</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 32.

posterioridad emanados o conexos a la resolución que se invalida, debiendo emitirse nueva decisión conforme a las consideraciones precedentes”<sup>88</sup>; es decir, ordena al Juez del proceso de alimentos expedir nueva sentencia.

## II. ANÁLISIS DEL CASO

El Tribunal Constitucional ha venido emitiendo pronunciamientos sobre temas ligados al Derecho de Familia, dentro de ello referidos a la familia ensamblada. Sin embargo, es en esta sentencia donde por primera vez el Tribunal Constitucional se pronuncia, aunque de manera escueta, sobre la obligación alimentaria del padre afín.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional deja en claro que el llamado a dilucidar la cuestión relativa a la supuesta obligación del padre social (padre afín) con los hijos de su conviviente es el juez ordinario al momento de resolver las causas que lleguen a su despacho. Pues señala que:

“(…) 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”<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC. Parte Resolutiva.

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 9.

De esta manera, ante situaciones nuevas que se planteen en el ámbito del derecho de familia, como el caso de las familias ensambladas, el Juez ordinario no puede dejar de resolver casos que se le pone a su conocimiento, pues por mandato del numeral 8 del artículo 139 de nuestra constitución el juez 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 el presente caso, el Tribunal Constitucional se ocupa de las familias ensambladas, los deberes familiares dentro de ellas y las relaciones jurídicas que surgen con su formación, y también trae a colación temas relativos a la unión de hecho y su acreditación.

Primeramente, el Tribunal constitucional resalta que en nuestro país el concepto de familia ha venido evolucionando, cambiando de una manera permanente, por lo que ya no se puede hablar de un solo tipo de familia. Señala:

“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 mono paternas o las reconstituidas. Al respecto,

debe precarse que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentre en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población”<sup>90</sup>.

Al ocuparse de las familias ensambladas, señala 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”<sup>91</sup>.

Luego 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

---

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 8.

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 18.

padres sociales. O dicho de otra manera ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?”<sup>92</sup>.

Puesto que en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias ensambladas, también es factible recurrir a la doctrina, así como al derecho comparado con la finalidad 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”<sup>93</sup>. Asimismo, en la legislación comparada, 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. Asimismo, en la sentencia el tribunal 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

---

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 20.

<sup>93</sup> FERRANDO, Gilda. “Familias recompuestas y padres nuevos”, en: Revista Derecho y Sociedad. N.º 28, Lima, 2007, Año XVIII, p. 318 (Citado por el tribunal en la mencionada sentencia).

alimentación o signifique la pérdida de la patria potestad de estos”<sup>94</sup>.

En ese sentido, como señala Calderón Beltrán, 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

---

<sup>94</sup> Hace referencia a la sentencia del Expediente N° 09332-2006-PA/TC, fundamento jurídico 12.

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)<sup>95</sup>.

### III. DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN

Hasta este punto está completamente claro que cuando una persona inicia una en relación convivencial o marital con otra que tiene hijos, se configura lo que se conoce como una familia ensamblada, solo que en nuestro país sobre ella no existe una determinada normativa para regular las relaciones que se generan en este entorno.

Justamente a falta de una normatividad que regule respecto a estas familias, la existencia o no de una obligación alimentaria por parte del concubino y/o cónyuge frente a los hijos de su pareja. Sencillamente el legislador ha omitido pronunciarse al respecto, creando un ambiente de incertidumbre jurídica que debe ser resuelto.

Justamente, concordante también con nuestro trabajo, en el entorno de las familias ensambladas, lo que más preocupa es el caso de los alimentos para los hijos afines cuando éstos carecen del padre biológico, o teniendo el padre biológico se encuentra imposibilitado para poder solventarlo, lo cual no encuentra un

---

<sup>95</sup> CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo. Ob. cit. pg.80-81.

sustento legal alguno. Constatando esta situación, el Tribunal Constitucional en el Sentencia Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, ha señalado que el parentesco que se genera entre los padrastros e hijastros, en una familia ensamblada, es uno de afinidad, parentesco por 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 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.

Como señalamos, a pesar de los silencios advertidos, este pronunciamiento es positivo, pues por primera vez se toca el tema de alimentos en las familias ensambladas, por lo que consideramos que es necesario que se determine una normativa que resuelva el tema. Sin embargo, 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 que citamos a continuación:

- a) **Fallecimiento del padre biológico.** - Cuando la madre del menor contrae nupcias después de la muerte de su marido, es decir del padre del menor. En este caso, el padre afín podría asumir ese deber solidario de proveer para los alimentos del menor.

- b) Padre desaparecido, ausente o muerte presunta judicialmente declarado.** - 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, las mismas que deben ser declaradas judicialmente conforme al artículo 790° del mismo cuerpo legal, el padre afín puede asumir ese deber de proveer para los alimentos del hijo afín.
- c) Incapacidad absoluta del padre biológico.** -Esto ocurre cuando por alguna enfermedad, accidente u otra situación, el padre biológico del menor se encuentre incapacitado para proveer los alimentos de su hijo, entonces el llamado a proveer para los alimentos del menor sería el padre afín.

Ello es así, como señala Ernesto Vázquez comentando una sentencia del Tribunal Constitucional, “frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución”<sup>96</sup>. Es decir, es lógico que los hijos afines puedan tener derecho a los alimentos en caso de que sus padres biológicos se encuentre imposibilitados de proveerlos.

---

<sup>96</sup> VÁSQUEZ PÉREZ, Ernesto. “El deber alimentario en las familias ensambladas”. En: *Revistas Gaceta Constitucional* N° 35. Lima: Gaceta Jurídica. p. 58.

## **CAPITULO II**

# **ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS SOBRE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN**

### **1. GENERALIDADES**

Con la finalidad de corroborar la posibilidad de regular la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas en nuestro país, que en los capítulos anteriores se ha visto a partir del análisis de la legislación y la jurisprudencia nacional y extranjera, en esta parte presentamos la opinión de los Profesionales de Derecho respecto al tema de análisis.

Para la aplicación de la encuesta se ha trabajado con 120 profesionales de Derecho, conformado por abogados, Jueces y Fiscales de Familia. Se ha tomado 112 Abogados que tienen sus oficinas en el Cercado de Arequipa dedicados al ejercicio de la profesión en el área de Derecho de Familia, dejando precisado que se ha trabajado sobre el número

propuesto dado que en la ciudad de Arequipa no existe en el Colegio de Abogados un Registro de Especialistas en Derecho de familia, asimismo no todos los encuestados se dedican exclusivamente al Derecho de Familia, pero tienen conocimiento sobre el tema investigado. Asimismo, se ha tomado a 04 Jueces que laboran en los 04 Juzgados de Familia y 04 Fiscales que laboran en las 04 Fiscalías de Familia de Arequipa, Sede Central.

Los resultados obtenidos presentamos en los siguientes puntos, conforme a las preguntas diseñadas en la encuesta ejecutada. Se ha tabulado de manera conjunta las encuestas efectuadas a Abogados, Jueces y Fiscales, por cuanto en las opiniones vertidas no se encuentra diferencias abismales.

## 2. ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS

### 2.1. PRESENCIA DE FAMILIAS ENSAMBLADAS EN NUESTRO PAÍS

**TABLA N° 01**

**¿Existen las familias ensambladas en nuestro país?**

Respuestas de Abogados, Jueces y Fiscales	N	%
Sí	120	100
No	00	00
<b>TOTAL</b>	<b>120</b>	<b>100</b>

**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

En la Tabla N° 01, observamos que del total de los encuestados el 100% manifiestan que en nuestro país existe o hay la presencia de familias ensambladas, de familias formadas por personas que han tenido hijos en un compromiso anterior.

Esta situación se presenta porque a nivel de nuestro país, en los últimos años muchas parejas se separan, sean familias originadas por matrimonio o uniones de hecho. Conforme a las estadísticas de INEI, en el año 2015 se registraron 87249 matrimonios y 13854 divorcios, es decir, cada día aproximadamente se inscriben 242 matrimonios y 38 divorcios<sup>97</sup>. Debemos tener en cuenta que no todas las parejas optan por divorciarse oficialmente, sino simplemente por separarse de hecho. Similar o mayor cantidad de separación de uniones de hecho se producen a diario, de los cuales no existe registro. También debemos tener en cuenta que no todas las personas que tuvieron hijos se casan o conviven. De este grupo de personas, cuando teniendo hijo o hijos en compromisos anteriores se unen en un nuevo compromiso, se originan las familias ensambladas.

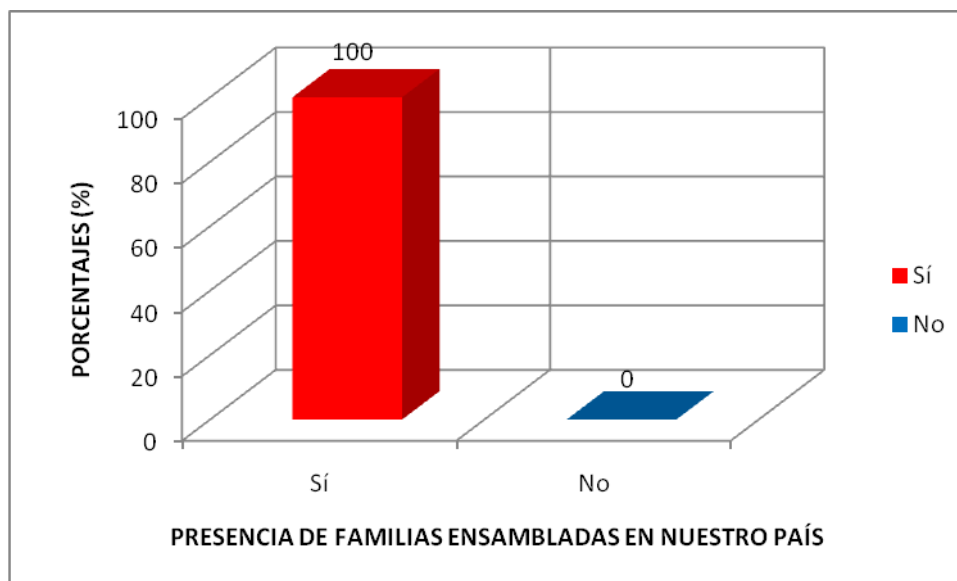


---

<sup>97</sup>Datos obtenidos de los archivos de RENIEC al 2015. Disponible en página Web de RENIEC: <http://portales.reniec.gob.pe/web/estadistica/regCiviles>

### GRÁFICA N° 01

¿Existen las familias ensambladas en nuestro país?



**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

Esta gráfica respalda lo expuesto en la Tabla N° 01, indicándonos que del total de los encuestados el 100% manifiestan que en nuestro país existe o hay la presencia de familias ensambladas, de familias formadas por personas que han tenido hijos en un compromiso anterior. Es decir, las familias ensambladas en nuestro país existen y están en crecimiento.

## 2.2. REGULACIÓN JURÍDICA DE DERECHOS Y DEBERES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

TABLA N° 02

¿Se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico los deberes y los derechos de los miembros de las Familias Ensambladas?

Respuestas de Abogados, Jueces y Fiscales	N	%
Sí	00	00
No	120	100
<b>TOTAL</b>	<b>120</b>	<b>100</b>

**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

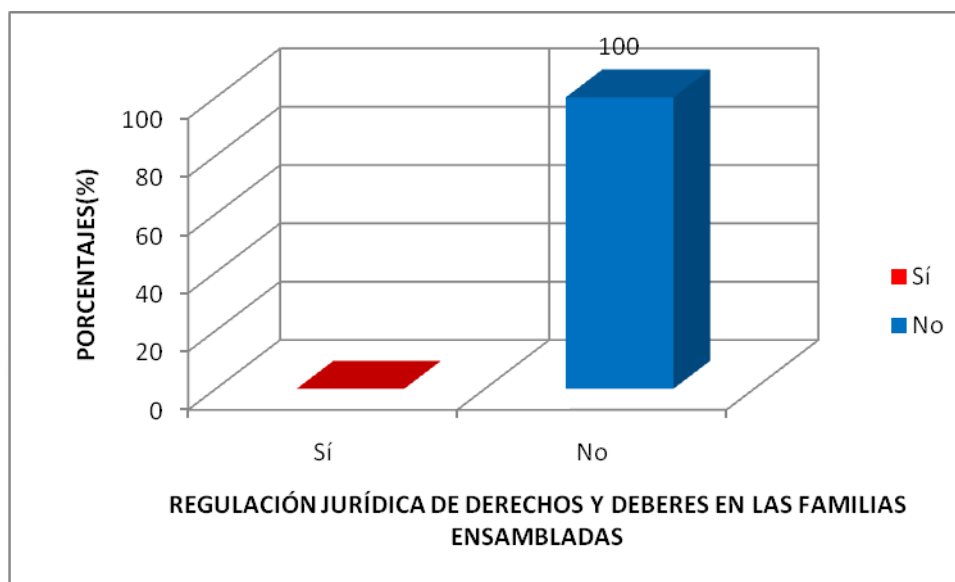
En la Tabla N° 02, vemos que del total de nuestros encuestados el 100% de ellos afirman que a nivel de nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran regulados los deberes y los derechos de los miembros de las Familias Ensambladas.

Verdaderamente, en nuestro país las familias ensambladas no han merecido regulación alguna, por lo que no se sabe cuáles son los deberes y los derechos que tienen sus miembros para con los demás. Como señala Calderón Beltrán “la situación jurídica del padre e hijo afín no ha sido tratada de forma explícita por el ordenamiento civil peruano, no existe norma alguna en nuestro Derecho de Familia que establezca el concepto, las características, los alcances, ni se han regulado los derechos y obligaciones que surgirían entre padres e hijos afines, por lo que la familia ensamblada en nuestro ordenamiento civil se encuentra inmersa en lo que conocemos como vacío legal, para nuestro sistema jurídico es un tema no legislado”<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores. p. 63.

## GRÁFICA 02

**¿Se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico los deberes y los derechos de los miembros de las Familias Ensambladas?**



**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

Esta gráfica reafirma lo expresado en la Tabla N° 02, pues esclarece que del total de nuestros encuestados el 100% de ellos afirman que a nivel de nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran regulados los deberes y los derechos de los miembros de las Familias Ensambladas. Ello es realmente cierto, por lo que los derechos de los miembros de las familias ensambladas no tienen regulados sus derechos, entre ellos los derechos del hijo afín respecto a su padre afín.

### 2.3. DERECHO DEL HIJO AFÍN DE RECLAMAR ALIMENTOS AL PADRE AFÍN

**TABLA N° 03**

**¿El hijo afín tiene derecho de reclamar los alimentos al padre afín en las familias ensambladas, subsidiariamente, en caso de imposibilidad para proveer del padre biológico?**

Respuestas de Abogados, Jueces y Fiscales	N	%
Sí	74	61.7
No	46	38.3
<b>TOTAL</b>	<b>120</b>	<b>100</b>

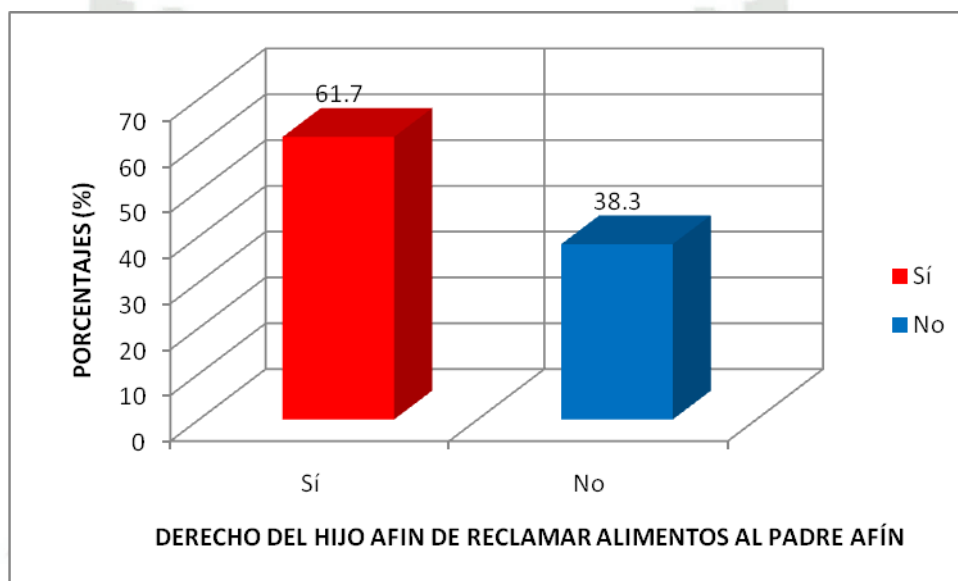
**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

En la tabla N° 03, observamos que, del total de nuestros encuestados, el 61.7 % manifiestan que el hijo afín tiene derecho para reclamar los alimentos al padre afín en las familias ensambladas, por su puesto de manera subsidiaria en casos en que el padre biológico tenga imposibilidad para proveer. Mientras, el 38.3% manifiestan que no tiene derecho.

Los profesionales que manifiestan favorablemente señalan que por principio de interés superior del niño los hijos afines deberían merecer apoyo alimentario de parte del padre afín, y éstos últimos por principio de solidaridad, de parentalidad socioafectiva y por mantener el continuo estado de padre-hijo deberían acudir con los alimentos de los hijos afines. Mientras los que manifiestan en sentido contrario, señalan que al darle derecho a los hijos afines reclamar alimentos a su padre afín podría permitirse que los hijos afines o sus madres cometan abuso de derecho, o incluso en muchos se aproveche de esta situación para lucrar.

**GRÁFICA N° 03**

**¿El hijo afín tiene derecho de reclamar los alimentos al padre afín en las familias ensambladas, subsidiariamente, en caso de imposibilidad para proveer del padre biológico?**



**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

La gráfica 03, ilustra mejor lo expresado en la tabla N° 03, pues nos muestra que, del total de nuestros encuestados, el 61.7 % manifiestan que el hijo afín tiene derecho para reclamar los alimentos al padre afín en las familias ensambladas, claro está de manera subsidiaria en casos en que el padre biológico tenga imposibilidad para proveer. También vemos que 38.3% manifiestan que no tiene derecho. Ello demuestra que los hijos afines serían beneficiarios de una pensión de alimentos de su padre afín, de manera subsidiaria.

## 2.4. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN PARA CON EL HIJO AFÍN

TABLA N° 04

¿Tiene el padre afín obligación de pasar alimentos a los hijos (as) afines en las familias ensambladas en el Perú?

Respuestas de Abogados, Jueces y Fiscales	N	%
Sí	84	70
No	36	30
<b>TOTAL</b>	120	100

**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

En la Tabla N° 04, se observa que, del total de los encuestados, el 70% manifiestan que el padre afín tiene obligación de pasar alimentos a los hijos(as) afines en las familias ensambladas; mientras, el 30% señalan que no tienen obligación de pasar los alimentos a los hijos afines.

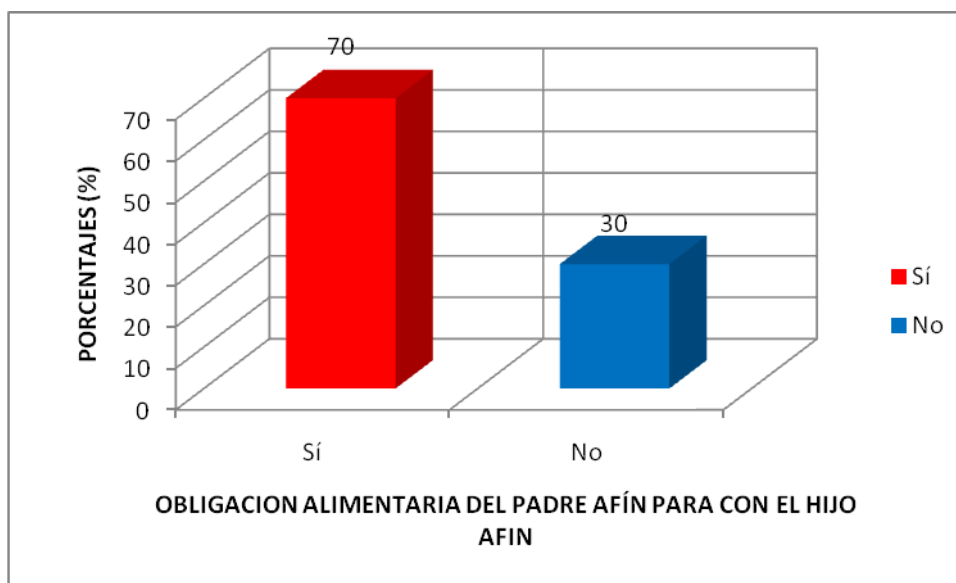
Los que manifiestan favorablemente señalan que, al momento de adquirir compromiso con la madre o padre del menor, por matrimonio o convivencia, el padre o madre afín adquiere también una responsabilidad con los hijos de su pareja, por lo tanto, existe una obligación de proveer para la alimentación de los hijos afines. En casos especiales, como al morir el padre biológico o encontrarse en incapacidad para proveer, el padre afín debería tener obligación legal de acudir con los alimentos al hijo afín.

Ello es así, porque en nuestros tiempos, “desde la mirada humanizada y constitucionalizada del ‘derecho de las familias’ (...), ya no hablamos de ‘*patria potestad*’ sino de ‘*responsabilidad parental*’<sup>99</sup>, por lo que, en atención al principio de solidaridad familiar y la posesión de estado filial el progenitor afín tendría la obligación alimentaria para con su hijo afín.

<sup>99</sup>CURTI, Patricio y ZANINO, Bárbara. “Alimentos en la responsabilidad parental, en el parentesco y en las relaciones estables de pareja, según el Código Civil y Comercial de la Nación”. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 14, N° 2. Noviembre de 2015. p. 180 y ss.

### GRÁFICA N° 04

**¿Tiene el padre afín la obligación de pasar alimentos a los hijos (as) afines en las familias ensambladas en el Perú?**



**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

Esta gráfica ilustra de una menor manera lo señalado en la tabla N° 04, pues nos muestra que, del total de los encuestados, el 70% manifiestan que el padre afín tiene obligación de pasar alimentos a los hijos(as) afines en las familias ensambladas; mientras, el 30% señalan que no tienen obligación de pasar los alimentos a los hijos afines.

Con ello se reafirma que los padres afines, de manera subsidiaria, tendrían la obligación de pasar alimentos a sus hijos afines.

## 2.5. REGULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN PARA CON EL HIJO AFÍN

TABLA N° 05

¿Se encuentra regulada la obligación del padre afín de pasar alimentos a los hijos(as) afines en las familias ensambladas en el Perú?

Respuestas de Abogados, Jueces y Fiscales	N	%
Sí	00	00
No	120	100
<b>TOTAL</b>	120	100

**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

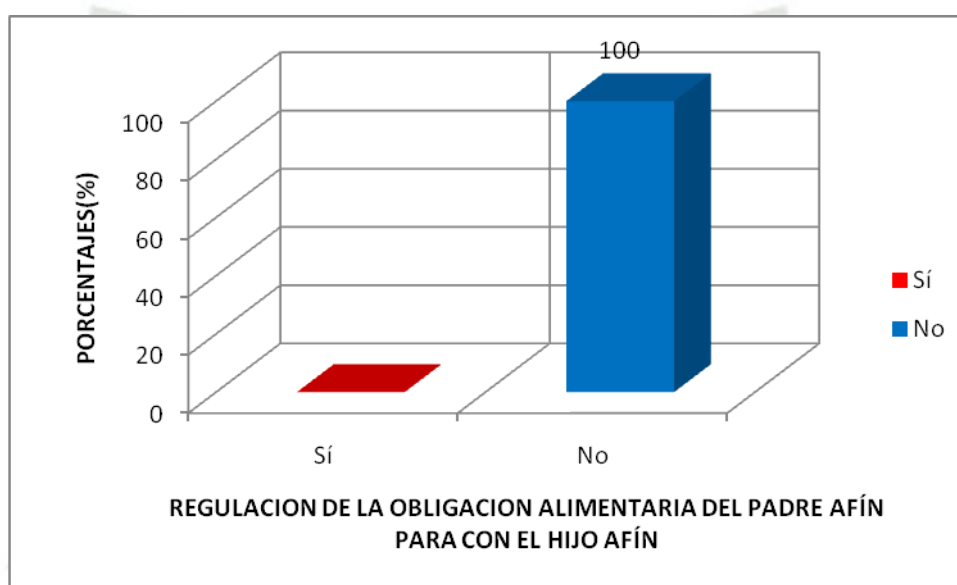
En la Tabla N° 05, vemos que, del total de los encuestados, el 100% manifiesta que a nivel de nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra regulado la obligación del padre afín de pasar alimentos a los hijos (as) afines en las familias ensambladas.

Ello es verdad, pues en ninguna normatividad de nuestro país encontramos que se haya regulado sobre las familias ensambladas, menos sobre la obligación alimentaria de padres afines para con sus hijos afines. Observamos vacío legal tanto a nivel constitucional como legal, por lo que las demandas de petición de alimentos en este entorno no reciben una respuesta favorable. Aunque, debemos tener en cuenta que “la falta de regulación por parte de nuestro Derecho positivo no constituye, sin embargo, un impedimento para los jueces al momento de resolver una causa relacionada con este modelo familiar, pues, como lo ha prescrito nuestra Constitución en el inciso 8 de su artículo 139, estos no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”<sup>100</sup>. Sin embargo, lo ideal sería que contemos con una regulación expresa.

<sup>100</sup> VÁSQUEZ PÉREZ, Ernesto (2010). “El deber alimentario en las familias ensambladas”. En: Revistas Gaceta Constitucional N° 35. Lima: Gaceta Jurídica. p. 52.

### GRÁFICA N° 05

**¿Se encuentra regulada la obligación del padre afín de pasar alimentos a los hijos (as) afines en las familias ensambladas en el Perú?**



**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

Esta gráfica, concordante con la Tabla N° 05, nos muestra que, del total de los encuestados, el 100% manifiestan que a nivel de nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra regulado la obligación del padre afín de pasar alimentos a los hijos (as) afines en las familias ensambladas.

Esto confirma lo que afirmamos en los capítulos anteriores, que en nuestro país carecemos de una norma que regule los derechos de los integrantes de las familias ensambladas, la obligación del padre afín de pasar alimentos a los hijos (as) afines.

## 2.6. JURISPRUDENCIA SOBRE OTORGAMIENTO DE PENSIÓN ALIMENTARIA PARA EL HIJO AFÍN

TABLA N° 06

¿Existe jurisprudencia que respalda la procedencia del otorgamiento de una pensión alimentaria de parte del padre afín para sus hijos (as) afines, en las familias ensambladas en el Perú?

Respuestas de Abogados, Jueces y Fiscales	N	%
Sí	62	51.7
No	58	48.3
<b>TOTAL</b>	120	100

**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

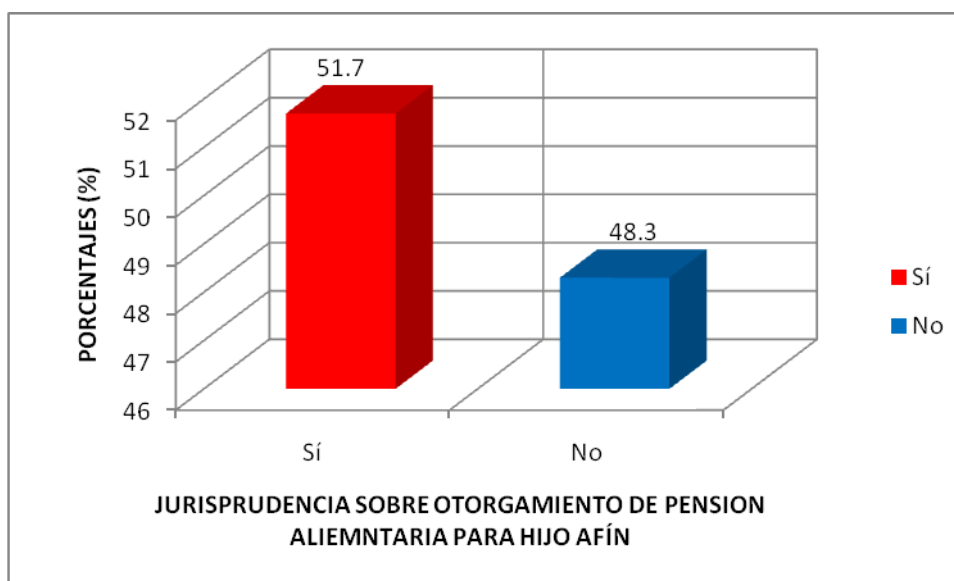
En la Tabla N° 06, observamos que, del total de los encuestados, el 51.7% señalan que a nivel de nuestro país existe jurisprudencia que respalda la procedencia del otorgamiento de una pensión alimentaria de parte del padre afín para sus hijos (as) afines, en las familias ensambladas en el Perú. Mientras, el 48.3% señalan que no existe jurisprudencia alguna que apoye la procedencia de la pensión alimentaria a favor de los hijos afines.

Al respecto, como ya señalamos, en nuestro país existe un vacío legal sobre las situaciones y relaciones jurídicas que surgen dentro de las familias ensambladas. Sin embargo, esta ausencia ha sido abordada, aunque de una manera mínima, por nuestro Tribunal Constitucional<sup>101</sup>, pues mediante sus sentencias ha reconocido como parte de nuestro ordenamiento jurídico a las familias ensambladas, analizando las diferentes aristas de esta nueva estructura familiar, poniendo énfasis en los vínculos familiares que surgen, los deberes y derechos que nacen entre los integrantes de los hogares ensamblados. Los que hacen posible afirmar que en base a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional el padre afín tendría la obligación de pasar alimentos al hijo afín.

<sup>101</sup> Así tenemos las sentencias recaídas en los expedientes: EXP. N.° 09332-2006-PA/TC, EXP. N.° 02478-2008-PA/TC y EXP. N.° 04493-2008-PA/TC.

## GRÁFICA N° 06

**¿Existe jurisprudencia que respalda la procedencia del otorgamiento de una pensión alimentaria de parte del padre afín para sus hijos (as) afines, en las familias ensambladas en el Perú?**



**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

En esta gráfica observamos que, del total de los encuestados, el 51.7% señalan que a nivel de nuestro país existe jurisprudencia que respalda la procedencia del otorgamiento de una pensión alimentaria de parte del padre afín para sus hijos (as) afines, en las familias ensambladas en el Perú, aunque un 48.3% señalan que no existe jurisprudencia alguna que apoye la procedencia de la pensión alimentaria a favor de los hijos afines. Ello estaría referido a la jurisprudencia del tribunal constitucional, que en una de sus sentencias ha señalado que nada impediría que un hijo afín solicite alimentos a su padre afín.

## 2.7. POSIBILIDAD DE REGULACION DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN

### TABLA 07

¿Debería regularse sobre la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos (as) afines, en las familias ensambladas en el Perú?

Respuestas de Abogados, Jueces y Fiscales	N	%
Sí	92	76.7
No	28	23.3
<b>TOTAL</b>	120	100

**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

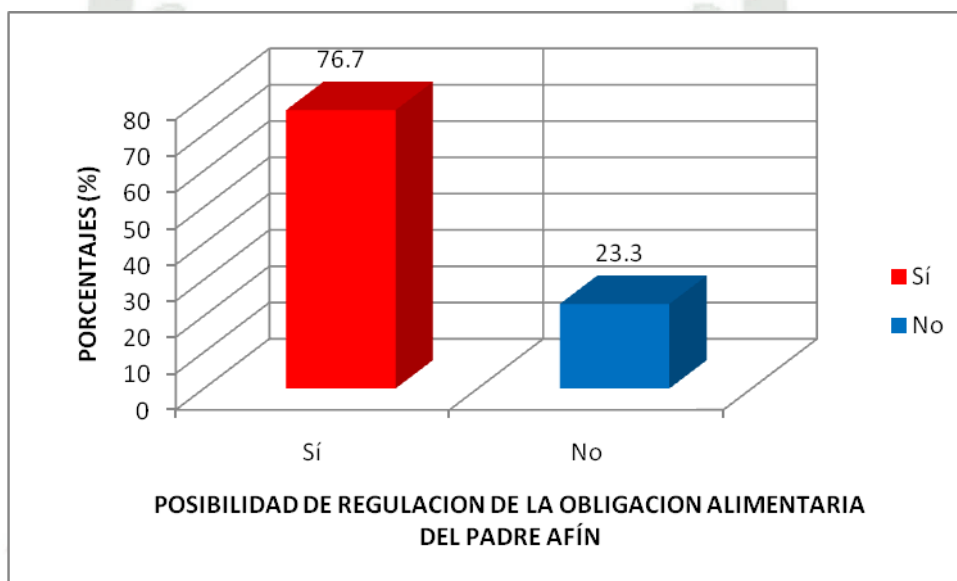
En la Tabla N° 07, observamos que, del total de nuestros encuestados, el 76.7% manifiestan que se debería regular la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos(as) afines, en las familias ensambladas; mientras, el 23.3% manifiestan en sentido contrario.

Como ya hemos mencionado, la situación de los hijos afines actualmente no es clara. Por lo que, teniendo en cuenta que cada día se viene incrementado el número hogares ensamblados en razón al aumento de divorcios y separaciones de hecho, cada vez serán más los casos en que un niño o adolescente tenga que convivir con alguno de sus progenitores y sus nuevas parejas sin responsabilidades parentales definidas, existe necesidad de regular sobre la obligación alimentaria de los padres afines para con sus hijos afines, y de esta manera velar por el bienestar de estos menores, así como darle seguridad a los padres afines, estableciendo supuestos y parámetros claros, evitándose con ello cualquier abuso o inseguridad que se pueda vivir<sup>102</sup>.

<sup>102</sup>Véase RODRIGUEZ VALLADARES, Patricia Celeste (2012). "Vacíos del Derecho de Familia en el Perú: Familias Ensambladas". En: Revista Jurídica Jus, Año II - N° 03. Lima: Corte Superior de Huaura. pp. 18-19.

### GRÁFICA N° 07

**¿Debería regularse sobre la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos (as) afines, en las familias ensambladas en el Perú?**



**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

Esta gráfica refuerza lo señalado en la Tabla N° 07, pues nos muestra que, del total de nuestros encuestados, el 76.7% manifiestan que se debería regular la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos(as) afines, en las familias ensambladas; mientras, el 23.3% manifiestan en sentido contrario.

Ello hace ver que existe la necesidad de que se pueda regular a cerca de la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto a su hijo afín.

## 2.8. CARÁCTER DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL PADRE AFÍN

TABLA 08

**En caso de regularse sobre la obligación alimentaria del padre afín respecto de los hijos (as) afines, en las familias ensambladas en el Perú. Esta debería ser ¿Obligatoria o Subsidiaria?**

Respuestas de Abogados, Jueces y Fiscales	N	%
Obligatoria	00	00
Subsidiaria	92	100
<b>TOTAL</b>	<b>92</b>	<b>100</b>

**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

En la Tabla 08, observamos que, del total de los encuestados que en la Tabla anterior señalaron que debería regularse la obligación alimentaria del padre afín a favor del hijo afín, el 100% manifiestan que esta obligación alimentaria debe tener carácter subsidiario.

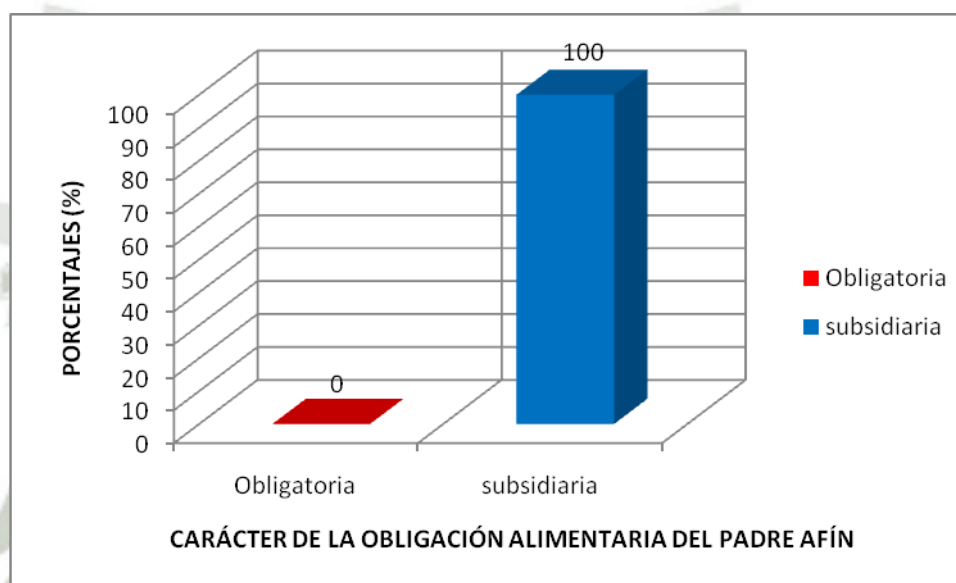
Coincidimos con ellos, por cuanto en toda familia los directos obligados para pasar alimentos a los hijos son los padres biológicos, sólo cuando estos se encuentren probadamente imposibilitados, el padre afín podría asumir esa obligación legalmente. Como señala Ramírez Huaroto, los padres afines “deben ser considerados como obligados a prestar alimentos en forma suplementaria y, en todo caso, complementaria a la de los primeros [padres biológicos]. Son los padres/madres con filiación legal establecida a quienes les corresponde en el marco de la patria potestad aportar económicamente para el sostenimiento integral de sus hijas/os”<sup>103</sup>.

No se puede propiciar una regulación abierta de esta obligación, porque ello permitiría y propiciaría irresponsabilidad en ciertos padres biológicos, por cuanto verían trasladado su responsabilidad al padre afín, lo que agravaría aún más la situación.

<sup>103</sup> RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz (2010). Hacia un enfoque de derechos fundamentales en el Derecho de Familia. Reflexiones sobre la regulación de los alimentos a propósito de una sentencia del TC. En: Revista Gaceta Constitucional N° 35, Lima: Gaceta Jurídica. p. 71.

### GRÁFICA N° 08

**En caso de regularse sobre la obligación alimentaria del padre afín respecto de los hijos (as) afines, en las familias ensambladas en el Perú. Esta debería ser ¿Obligatoria o Subsidiaria?**



**FUENTE:** Encuesta a Abogados, Jueces y Fiscales.

Esta gráfica reafirma lo señalado en la Tabla 08, toda vez que nos muestra que del total de los encuestados que en la Tabla 07 señalaron que debería regularse la obligación alimentaria del padre afín a favor del hijo afín, el 100% manifiestan que esta obligación alimentaria debe tener carácter subsidiario. Es decir, el primer obligado es el padre biológico, mientras el padre afín puede acudir con los alimentos al hijo afín cuando el padre biológico esté imposibilitado de atenderlo.

## **2.9. PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DEL OTORGAMIENTO DE UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS DEL PADRE AFÍN PARA EL HIJO AFÍN**

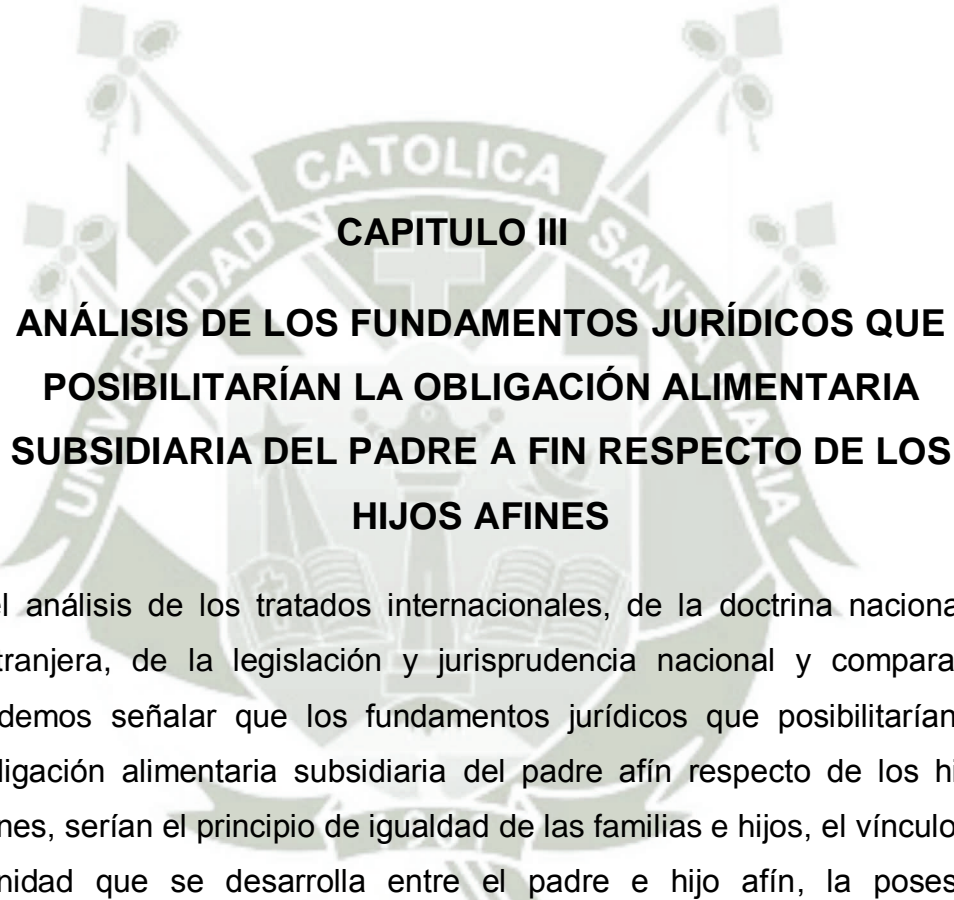
De igual manera se ha consultado a los encuestados sobre los presupuestos para la procedencia de una pensión de alimentos de parte del padre afín a favor del hijo afín, en el marco de las familias ensambladas, y todos ellos coinciden que, de manera subsidiaria, el padre afín puede acudir con alimentos a su hijo afín constatando los siguientes supuestos:

- a) Cuando haya fallecido el padre biológico.
- b) Cuando el padre biológico haya desaparecido o en caso de muerte presunta judicialmente declarado.
- c) Cuando por algún accidente, o similar, el padre biológico haya quedado incapacitado absolutamente.

## **2.10. PARÁMETROS PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA PENSIÓN EN CASO DE REGULARSE SOBRE LA OBLIGACIÓN DEL PADRE AFÍN DE PASAR ALIMENTOS PARA SUS HIJOS (AS) AFINES.**

De igual manera a nuestros encuestados se ha consultados cuales serían los parámetros para establecer el monto de la pensión en caso de regularse la obligación del padre afín de pasar alimentos para sus hijos(as) afines. Respecto al cual, también hay consenso en que debería tenerse en cuenta los siguientes:

- a) Las posibilidades económicas del padre afín
- b) La carga familiar del padre afín
- c) La necesidad del menor
- d) Tiempo de convivencia del menor y el padre afín



### **CAPITULO III**

## **ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE POSIBILITARÍAN LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE A FIN RESPECTO DE LOS HIJOS AFINES**

Del análisis de los tratados internacionales, de la doctrina nacional y extranjera, de la legislación y jurisprudencia nacional y comparada, podemos señalar que los fundamentos jurídicos que posibilitarían la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos afines, serían el principio de igualdad de las familias e hijos, el vínculo de afinidad que se desarrolla entre el padre e hijo afín, la posesión constante de estado surgida entre los padres e hijos afines, el principio constitucional de solidaridad familiar y el principio de protección del interés superior del niño, que en su conjunto permitirían que se genere el derecho del hijo afín de solicitar alimentos al padre afín y en consecuencia, la obligación subsidiaria de los padres o madres afines para otorgar alimentos a sus hijos afines.

## 1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS FAMILIAS Y DE LOS HIJOS

El reconocimiento de este principio surge a partir de la regulación de la familia en el artículo 4° de la Constitución que señala “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”.

Pues como vemos, el artículo 4° de la Constitución contiene el principio de promoción del matrimonio, no la protección exclusiva del matrimonio, lo que significa que la Constitución protege no sólo a la familia de base matrimonial, sino a la familia como tal, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. Por lo tanto, el manto de protección de las citadas normas constitucionales alcanza a las familias matrimoniales, así como a las familias de hecho, entre ellos las familias ensambladas, por lo tanto, todos sus integrantes deben gozar de los mismos derechos constitucionalmente otorgados y protegidos.

Alex Plácido ha señalado que “hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas. (...) [el matrimonio] no es la única fuente de la que se genera una familia. Por tanto, el modelo constitucional admite otras fuentes de las que se derivan otros tipos de familia”<sup>104</sup> (La aclaración es nuestra).

Chanamé Orbe destaca que “el artículo 4 de la Constitución Política del Perú confiere a la familia la calidad de instituto natural y

---

<sup>104</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2013). “El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”. En: Revista Derecho PUNO, N° 71. p. 89.

fundamental de la sociedad y, como tal son objeto de protección por parte del Estado. En el mismo cuerpo normativo establece, en el artículo 6, que la política nacional reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir la forma de familia. En este sentido, se sostiene que las familias pueden decidir la forma en la que se conforman, dentro de los parámetros de la legalidad, siendo las familias ensambladas un producto de la elección de conformación de sus miembros, por lo tanto, implícitamente están bajo la protección estatal<sup>105</sup>.

Debemos tener en cuenta que esta consagración de la protección constitucional de la familia ha tenido como punto de partida la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en el numeral 3) de su artículo 16 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”.

Por lo que, desde una interpretación constitucional, concordante con las normas internacionales de derechos humanos, tal protección no se agotaría en el tipo de familia nacida del matrimonio, sino que se extiende también a aquellas de origen extramatrimonial que cumplen con las funciones básicas de la familia.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 establece que “los Estados partes reconocen que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su

---

<sup>105</sup> CHANAMÉ ORBE, Raúl (2010). Comentarios a la Constitución. (5ta ed.). Lima, Perú: Jurista Editores. p. 42.

cargo”<sup>106</sup>. El mismo pacto, respecto a los hijos, señala que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”<sup>107</sup>. De esta manera queda establecida que todos los hijos son iguales, principio de igualdad, tanto en derechos como deberes, quedando prohibida la mención acerca del estado civil de sus padres y la naturaleza de su filiación. Por lo que, dentro de las familias ensambladas, la familia se establece por vínculo de afinidad, sin embargo, este parentesco no debe ser motivo de diferenciación entre unos y otros.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 2° señala que los estados partes “respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, *el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”<sup>108</sup>. Luego Agrega que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”<sup>109</sup>.

En atención a estos principios nuestro Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia recaída en el Expediente N 09332-2006-PA/TC, se ha pronunciado reconociendo como parte de nuestro ordenamiento jurídico a la familia ensamblada. Asimismo, ha

---

<sup>106</sup> Numeral 1) del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>107</sup> Numeral 3) del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>108</sup> Numeral 1) del artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>109</sup> Numeral 2) del artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

determinado la existencia de deberes y derechos entre los integrantes de los hogares ensamblados, precisando el surgimiento o predominio del vínculo familiar entre padres respecto de sus hijos afines. Asimismo, mediante su sentencia en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC, también ha desarrollado los deberes y derechos de los padres respecto a sus hijos afines, haciendo mención de que nada impediría que el padre afín acuda con una pensión alimenticia a sus hijos afines.

En ese sentido, por el principio de igualdad de las familias y los hijos, a pesar de que la obligación alimenticia de los padres e hijos afines no se encuentra legislado, nada impide que los padres afines sean obligados a proveer alimentos subsidiariamente a sus hijos afines, cuando los padres biológicos ya no existan físicamente o se encuentren imposibilitados para prestar alimentos a sus hijos biológicos.

## **2. EL VÍNCULO O PARENTESCO POR AFINIDAD DEL PADRE E HIJO AFÍN**

El parentesco es el vínculo que une a las personas que descienden unas de otras o que tienen un ascendiente común, por razones de consanguinidad. Pero, de una manera más amplia el parentesco es la relación o unión de varias personas por virtud de la naturaleza o la ley, lo que incluye las que se adquiere por afinidad y por adopción.

De esta manera, el parentesco se constituye en uno de los fundamentos primigenios para que surja la obligación alimenticia, entre los parientes afines. El parentesco sea por consanguinidad, de afinidad o legal dará la posibilidad de que surja una responsabilidad alimenticia, por lo que en nuestra legislación no sólo corresponde al marido y mujer o a padres e hijos, sino también a los demás ascendentes, descendientes y hermanos, donde también se puede incorporar como beneficiarios a los hijos afines por encontrarse

vinculados por el parentesco de afinidad en primer grado respecto de sus padres afines. De modo que, el parentesco por afinidad constituiría un fundamento que genera obligación alimenticia de los padres afines respecto de sus hijos afines.

En nuestro Código Civil existe un supuesto implícito en que surge la prestación de alimentos de los padres respecto de sus hijos afines. Nos referimos al numeral 2) del artículo 316°, donde refiriéndose a la sociedad conyugal señala que “son de cargo de la sociedad: [...] 2. Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas”. Ello nos hace entender que, si los bienes propios de cada cónyuge no son suficientes para brindar alimentos a sus hijos, entonces, la sociedad conyugal tendría la obligación de proveer los alimentos; es decir, el otro cónyuge tendrá que proveer de alimentos a los hijos consanguíneos de su pareja (hijo afín del otro cónyuge).

Sobre este asunto, Álvarez Valdés ha indicado que “en la legislación italiana y francesa, el parentesco por afinidad genera obligaciones alimenticias”<sup>110</sup>. También Augusto Morello<sup>111</sup> ha señalado que Argentina es uno de los países que ha reconocido legalmente los vínculos dentro de las familias ensambladas, pues en su Código Civil y Comercial Unificado, artículo 676°, se ha precisado 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

---

<sup>110</sup> ÁLVAREZ VALDEZ, Joaquín (2012). “El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción”. Disponible en Web: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-parentesco-por-afinidadla-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuesti%C3%B3n-de-su-e>

<sup>111</sup> MORELLO, Augusto Mario (2006). Familia y sucesiones enfoque actual. Argentina: Platense. p. 20.

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 con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”<sup>112</sup>. Por su parte, Calderón Beltrán, señala que “el vínculo de afinidad genera la obligación de prestar alimentos entre padres e hijos afines”<sup>113</sup>. A nivel de jurisprudencia comparada, también la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-919/01 ha definido que el vínculo de afinidad es uno de los fundamentos para otorgar alimentos a los parientes afines, pues si “el obligado carece de los medios para satisfacer las necesidades del alimentario, se recurre al cónyuge, si se tiene tal calidad”<sup>114</sup>.

### 3. POSESIÓN CONSTANTE DE ESTADO DE HIJO

Respecto a la posesión constante de estado de hijo, que se entiende como el goce de hecho de determinado estado de familia. De la familia ensamblada, en nuestro caso. Pues en este entorno los hijos de uno de ellos se consideran y son tratados públicamente como hijo de la pareja de mamá, y asimismo dicho padre afirman ser padre del menor.

Esta situación fáctica resulta de vital importancia dentro de la familia ensamblada para que pueda generarse la obligación alimentaria entre los padres e hijos afines, puesto que, los mismos deben vivir o haber vivido dentro del hogar ensamblado, de modo que dicha situación sea pública ante los ojos de la sociedad demostrando una relación paterna filia legítimo. En de vital importancia el surgimiento de esta situación fáctica para diferenciar de otras situaciones

---

<sup>112</sup>Artículo 676° de la Ley 26.994, Código Civil y Comercial Unificado de Argentina.

<sup>113</sup> CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2008). “El paradigma de la familia ensamblada”. Disponible en Web: <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/08/el-paradigma-de-la-familiaemsamblada.html>

<sup>114</sup>El párrafo 13 del fundamento 3 de la Sentencia mencionada.

similares, los mismos que como en el presente caso, no generarían obligación de prestar alimentos. Por ejemplo, en una familia ensamblada donde el padre o madre afín tienen hijos de una relación anterior, pero estos no viven dentro del hogar ensamblado, no hay relación ni interacción con los padres afines, no forman parte de la familia ensamblada, por lo que, a pesar de entablarse vínculo de afinidad, no hacen convivencia como familia ensamblada, por lo que a estos hijos no les correspondería percibir una pensión alimenticia por parte del padre afín.

Nuestro Código Civil, no define la posesión constante de estado. Sin embargo, hace referencia para el caso de reclamación de la filiación extramatrimonial en caso de posesión de estado. En el numeral 2) del artículo 402° señala que “la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 2) Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia”.

A nivel doctrinal, Cornejo Chávez considera que “esta situación jurídica, posesión constante de estado, solo servirá para determinar el vínculo filial que existe entre padre e hijo”<sup>115</sup>, y la mayoría doctrinal consideran en ese sentido. Sin embargo, la posesión de estado constituye un hecho que la ley toma en cuenta para atribuir determinadas consecuencias jurídicas. Por ello, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC, ha establecido que para que haya un reconocimiento de deberes y obligaciones entre padres e hijos afines debe existir como característica una convivencia entre los mismos. Por su parte, Vega Mere<sup>116</sup> afirma

---

<sup>115</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998). Derecho familiar peruano. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. p. 140.

<sup>116</sup> VEGA MERE, Yuri (2008). La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión

“que en la familia recompuesta debe exhibir ciertos rasgos tales como los de habitar y compartir una vida en familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento”. En ese sentido, la posesión de estado de hijo sería un requisito, y a la vez un supuesto, para la procedencia de otorgamiento subsidiario de la pensión de alimentos del padre afín a favor del hijo afín.

Por otra parte, a nivel de la legislación comparada, que constituyen antecedentes regulativos, se considera que el padre obligado a prestar alimentos a su hijo afín ha tenido que previamente convivir con éste, lo cual se equipara a la posesión constante de estado. Es el caso del Código Civil y Comercial Unificado de Argentina que en su artículo 672 señala que “se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”<sup>117</sup> y en su artículo 676° refiere a cerca de los alimentos para el hijo afín diciendo 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 con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”<sup>118</sup>.

Asimismo, a nivel de jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-606/13ha hecho

---

de mayores derechos a la familia de hecho, en Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: GrijLey. p. 39.

<sup>117</sup> Artículo 672° de la Ley 26.994, Código Civil y Comercial Unificado de Argentina.

<sup>118</sup> Artículo 676° de la Ley 26.994, Código Civil y Comercial Unificado de Argentina.

referencia sobre la familia que se genera de la crianza, ha señalado que “la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley”<sup>119</sup>.

Así también, Úrsula Basset, afirma que “el establecimiento de la filiación del hijastro respecto del padrastro está precedido por hechos, es decir, una especie de posesión de estado en el que el

---

<sup>119</sup> Sentencia T-606/13. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-606-13.htm>.

niño reciba trato de hijo”<sup>120</sup>. El hijo afín, para recibir un trato de hijo tiene que haber convivido con el padre afín, mostrándose públicamente una cualidad de hijo ante los ojos de la comunidad.

En ese sentido, la posesión de estado viene a ser la atribución de la calidad de hijo a una persona, otorgado de manera fáctica por su progenitor o padre afín que le da el trato de hijo en convivencia, por lo que este padre alimenta, educa, cuida, protege, etc. al menor y, a la vez así lo tiene en su entorno familiar. En consecuencia, esta situación fáctica constituiría un fundamento jurídico para que se le pueda obligar al padre afín brindar alimentos a favor de su hijo afín.

#### **4. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR**

El artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño 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”. En esta normativa es donde encontramos regulada el principio de la solidaridad familiar, cuando se refiere a la responsabilidad del padre y de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

El principio de solidaridad familiar implica el deber de los padres, de la familia ampliada y la comunidad, de orientar y responder al pleno

---

<sup>120</sup> BASSET, Úrsula (2013). Derecho Moderno. Liber Amicorum Marcos M. Córdoba. Estatuto del Padrastro o Progenitor Afín: Cuando el Interés del Niño pende de la vida afectiva de los adultos. T. II. Argentina, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. P. 347.

ejercicio por parte del niño de sus derechos reconocidos en la Convención<sup>121</sup>, en nuestro caso el derecho de gozar de una pensión alimenticia.

Por otra parte, dicho principio también impone al padre, miembros de la familia ampliada y a la comunidad el deber de ayudar a quien sufre necesidades. De modo que, esta ayuda es aún más exigible tratándose de un pariente como el padre afín, pues conforme al artículo 5° de la Convención, los derechos fundamentales del menor no solo se reducen al padre sino a la familia amplia y a la sociedad.

Justamente, nuestro Tribunal Constitucional en un caso particular se pregunta y desarrolla sus argumentos en el siguiente sentido: “¿tienen los integrantes de la unión de hecho obligaciones alimentarias para con los hijos afines? Ello es esencial para la dilucidación del caso, ya que, si se determina que existe tal obligación, el demandado en el proceso de alimentos tendría el deber de mantener no solo al hijo biológico sino también a los hijos de su conviviente, es decir, sus hijos sociales o afines. Con lo que tendría que repartir la remuneración que percibe. Por el contrario, si se argumenta y considera que no existe mandato legal y, por consiguiente, la obligación de alimentos es aplicable solo a favor de los hijos biológicos, el razonamiento del fallo tendría que haber sido diferente. En efecto si no existe tal obligación no existe deber familiar, estando Jaime Walter Alvarado Ramírez únicamente vinculado a cumplir con la alimentación de su hijo biológico. Así, desde esta perspectiva, nada impide que Jaime Walter Alvarado Ramírez pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines, pero estas serían manifestaciones de solidaridad, valor

---

<sup>121</sup>La convención de los derechos del niño conforma parte de nuestro derecho interno por haber sido ratificado el 4 de setiembre de 1990, conforme a la Cuarta disposición final y transitoria de nuestra Constitución.

constitucional en el Estado Social de Derecho”<sup>122</sup>. Entre los argumentos desarrollados por el tribunal Constitucional vemos que los alimentos para el hijo afín serían como una manifestación de la solidaridad, valor constitucional en el estado Social de Derecho. Por lo tanto, mientras no exista una normativa que regule, el deber alimentario del padre afín para con el hijo afín sería una especie de obligación moral en obediencia al principio de solidaridad familiar, solo una vez que se contemple en la ley, ésta se convertiría en una obligación legal.

A nivel doctrinal, Cornejo Chávez<sup>123</sup> manifiesta que “el derecho alimentario es recíproco en todas las relaciones familiares, por razones de equidad y solidaridad”; así como también, el Peralta Andía<sup>124</sup> precisa que “la obligación alimentaria se sustenta en razones familiares y de solidaridad social”; también Alex Placido<sup>125</sup>, señala que “la solidaridad humana impone el deber de ayudar a quien sufre necesidades, tanto más si es un pariente, el convenio sobre alimentos se presenta como la mejor alternativa para hacer frente a las dificultades presentes, logrando con ello, además, que los protagonistas asuman su responsabilidad y, en muchas ocasiones, la recomposición de la relación que alguna vez existió entre alimentante y alimentista”. Más específicamente Vásquez Pérez nos dice que “el deber dentro de las familias ensambladas surge de la solidaridad que busca el bienestar personal de sus integrantes, así como reforzar su identidad familiar propia como una

---

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 28.

<sup>123</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998). Ob. Cit. p. 575.

<sup>124</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: IDEMSA. p. 563.

<sup>125</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2011). Los alimentos desde una perspectiva de los derechos del niño. [Mensaje en blog]. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2011/10/07/losalimentos-desde-una-perspectiva-de-derechos-del-nino/>

unidad orgánica estructurada y no como un cúmulo de sujetos particulares, donde sus miembros, especialmente los hijos, tengan un sentimiento de pertenencia al grupo familiar”<sup>126</sup>.

En la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-1033/02, ha señalado que “la obligación alimentaria tiene su fundamento tanto en el principio constitucional de la solidaridad, del cual se derivan obligaciones y cargas susceptibles de ser reclamados coercitivamente y con el apoyo del Estado, como del principio de equidad, en la medida en que cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente”<sup>127</sup>.

En este contexto, podemos postular que la obligación de prestar alimentos corresponde en primer lugar a los padres biológicos y, luego en la familia ampliada, en nuestro caso a la familia ensamblada, al padre afín o a la sociedad, dentro de sus posibilidades y medios económicos. De modo que, el principio de solidaridad familiar constituye un fundamento para establecer la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín a favor del hijo afín.

## **5. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Con respecto al principio de protección del interés superior del niño, como fundamento jurídico para obligar a los padres a brindar alimentos a sus hijos afines nace del artículo 6° de Constitución Política del Perú, cuando señala que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los

---

<sup>126</sup>VÁSQUEZ PÉREZ, Ernesto (2010). “El deber alimentario en las familias ensambladas”. En: Revistas Gaceta Constitucional N° 35. Lima: Gaceta Jurídica. p. 59.

<sup>127</sup>Sentencia C-1033/02, de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-1033-02.htm>.

programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. 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. 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”.

Es a partir de ella que se reconoce una protección especial al niño y al adolescente, estableciendo como objetivo de la política nacional de población, la promoción de la paternidad y maternidad responsable, así como el deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Ello también se haría extensivo a los hijos padres afines en las familias ensambladas.

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX 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”.

De esta manera el Código de Niños y Adolescentes deja claramente establecido, que “el niño y el adolescente que estuvieran en condiciones de formarse sus propios juicios, tendrán ese derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos donde se discuta su interés y por los medios que elijan, ello incluye incluso los casos de objeción de conciencia. Asimismo, no solo deben ser escuchados, sino que sus opiniones deben ser tomadas en cuenta

en función de su edad y madurez”<sup>128</sup>. Como señala Chunga Lamónja, “en asuntos en que es protagonista el niño, niña o adolescente, o tenga interés, la autoridad respectiva debe tomarse en consideración la opinión del menor o la menor, siempre que pueda este formarse una idea cabal. En el caso del niño, el Juez lo escuchará y en el caso del adolescente tendrá en cuenta su opinión”<sup>129</sup>.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño<sup>130</sup>, 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”.

Esta norma constituye el primer avance en la protección de los derechos del niño y constituye antesala para la dación de la Convención sobre los derechos del niño, que trata con amplitud y especialidad referente a los derechos del niño.

---

<sup>128</sup> Para la legislación internacional, “niño” es todo ser humano desde el nacimiento hasta los 18 años, pero legislaciones como la nuestra prefieren hablar de “niño” (de 0 hasta antes de los 12 años) y de “adolescente” (de los 12 hasta antes de los 18 años) para poder establecer los mecanismos de protección en función de su edad y madurez.

<sup>129</sup> CHUNGA LAMONJA, Fermín y otros (2012). Ob. Cit. p. 74.

<sup>130</sup> La Declaración de los Derechos del Niño es un tratado internacional aprobado el 20 de noviembre de 1959 de manera unánime por todos los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas, Organización de la cual el Perú es miembro.

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>131</sup>, 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 niño”.

Con la dación de esta norma el principio del interés superior del niño se constituye en uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Esta Convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención. A través de ella se reconoce que los niños no sólo son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho.

Al respecto, Momberg Alarcón precisa que “en la relación entre padres e hijos afines, dentro de una familia ensamblada, se debe respetar el interés superior del niño”<sup>132</sup>. Por su parte, Alex Plácido señala que es “derecho de los menores a percibir una pensión alimenticia por quienes se encuentren obligados teniendo en cuenta el principio de protección del interés superior del niño, concluyendo que los Jueces al momento de sentenciar, deben apreciar la concurrencia de los requisitos de la obligación alimentaria en armonía con el principio del interés superior del niño; además que, se deben adoptar medidas para desalentar el incumplimiento del

---

<sup>131</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989.

<sup>132</sup> MOMBERG ALARCON, Marcela (2010). Familia ensamblada y el interés superior del niño. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 227-228, 127 – 136. Recuperado de <http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=309>. p. 130.

deber alimentario paterno. Estas afirmaciones resultan plenamente aplicables a las obligaciones alimenticias de los padres respecto de sus hijos afines”<sup>133</sup>.

También el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia del expediente N° 02132-2008-PA/TC, se ha pronunciado señalando que “el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales”. Asimismo, la Corte Suprema de la República del Perú, en la Casación N° 2602-2000-La Libertad, determina que “En atención del principio del interés superior del niño, las normas legales, aplicables a los menores, deben ser interpretadas de manera favorable al menor; la Sala libera de la obligación alimenticia a los abuelos y considera legítima la acción interpuesta contra la tía paterna.”. Este constituye un antecedente que permite inferir, que por el principio del interés superior del niño se puede obligar a los padres a otorgar alimentos a sus hijos afines, atendiendo de manera prioritaria la necesidad de estos menores.

---

<sup>133</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2011). Ob. cit.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** En base al principio de igualdad de las familias e hijos, el vínculo de afinidad en las familia ensambladas, la posesión constante de estado surgida entre los padres e hijos afines, el principio constitucional de solidaridad familiar, de protección integral a la familia y protección del interés superior del niño, el padre afín sí tendría obligaciones alimentarias respecto a los hijos afines en las familias ensambladas, toda vez que conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional nada impide que el padre afín pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines.

**SEGUNDA:** El hijo afín sí tendría derecho para reclamar alimentos al padre afín con quien convive en la familia ensamblada, pero de manera subsidiaria, en caso que se dé la imposibilidad para proveer del padre biológico, como cuando haya muerto, se encuentre desaparecido, ausente o muerte presunta judicialmente declarada e imposibilidad probada para asistir, entre otros supuestos debidamente justificados.

**TERCERA:** Conforme al análisis de nuestro sistema jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional, en nuestro país no existe regulación alguna sobre las familias ensambladas, mucho menos sobre el derecho alimentario de los hijos afines respecto a sus padres afines, muy a pesar que en nuestra sociedad este tipo de estructuración familiar va en aumento.

**CUARTA:** Es procedente el establecimiento de una regulación específica de la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos, en base a los principios constitucionales, estableciendo reglas que permitan inferir la solución de los conflictos intersubjetivos de relevancia jurídico-constitucional que surgen en el entorno de las familias ensambladas.

**QUINTA:** Habiéndose constatado en nuestro país la inexistencia de regulación jurídica sobre las familias ensambladas y que este tipo de familias va en aumento, existe la necesidad de regular sobre la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos.



## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** El tema de las familias ensambladas no es muy conocido en nuestra realidad, por lo que nuestra recomendación es que se organicen cursos de capacitación, talleres e investigaciones sobre este tema. De la organización de los indicados eventos puede encargarse el Poder Judicial, la Fiscalía de Familia, las universidades u otros organismos públicos y privados.

**SEGUNDA:** Se debe organizar cursos de capacitación especial para los Jueces, Fiscales de Familia y abogados que laboran en el campo de Derecho de Familia, con la finalidad de capacitarlos y orientarlos, sobre todo respecto al tema de derecho alimentario en el entorno de las familias ensambladas, para que puedan atender con mayor conocimiento sobre los asuntos puestos a su competencia.

**TERCERA:** Las distintas universidades en las asignaturas de Derecho de Familia deben incluir temas específicos sobre los derechos de los miembros integrantes de las familias ensambladas, con la finalidad de ir profundizando el tema y propiciando la formación más humana y sensible de los futuros abogados.

**CUARTA:** El derecho a los alimentos es un derecho humano, por lo tanto el tema de alimentos para los hijos e hijas afines en el entorno de las familias ensambladas también debería discutirse en el ámbito de las organizaciones de los derechos humanos locales, regionales y nacionales, tomando como referencia los tratados internacionales suscritos por el Perú.

**QUINTA:** Siendo que en nuestro ordenamiento no existe regulación expresa sobre las familias ensambladas, menos sobre los alimentos entre los integrantes de dicha familia, proponemos u proyecto de Ley que posibilite, de manera subsidiaria, el otorgamiento de alimentos para los hijos afines de parte del padre afín, lo que a continuación se presenta:

## PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY

### PROYECTO DE LEY QUE REGULA LOS DERECHOS ALIMENTARIOS DEL PADRE A FIN EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

PROYECTO DE LEY N°: \_\_\_\_\_

Proyecto de Ley que regula las obligaciones alimentarias 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, nuestro Código Civil en su artículo 474 señala que se deben alimentos recíprocamente: 1) Los cónyuges, 2) Los ascendientes y descendientes, 3) Los hermanos. Sin embargo, no hace referencia alguna a las familias ensambladas.

Que, asimismo el Código Civil, 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. 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, 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 los 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 ALIMENTARIOS DEL PADRE A FIN EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS**

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

**Artículo 2º.-** Para identificar a los miembros de la familia ensamblada, utilícese la denominación padre afín, madre afín, hijo afín e hija afín.

Padre o madre afín es la persona que vive y tiene bajo su cuidado y protección al niño o adolescente, hijo biológico de su cónyuge o conviviente, relación del cual surgen los principales deberes familiares.

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

**“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 4º.-** 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. 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 ausentes, se desconociera su paradero o

en caso de probada imposibilidad económica para cumplir con la obligación alimentaria.

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.

La obligación alimenticia cesa al momento de disolverse el matrimonio o unión de hecho que originó la familia ensamblada, sin perjuicio de que el Juez prudencialmente fije una pensión alimenticia provisional a favor del hijo afín, cuando este haya dependido económicamente de su padre afín durante el periodo de convivencia y siempre que se encuentre en peligro su bienestar. La duración de la pensión provisional definirá el juez conforme a la capacidad económica del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

### **III. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA**

El objeto del presente proyecto de ley es únicamente velar por el otorgamiento de los alimentos por parte de los padres afines a los hijos afines en el entorno de 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. Lo que más bien se logrará es velar por el cuidado de la familia y proveer de herramientas suficientes a los operadores del derecho en el caso de las obligaciones alimentarias en las familias ensambladas.

Lima, 01 de diciembre del 2016

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). La Familia en el Código Civil peruano. Lima: Ediciones Legales.
- BARRA PINEDA, Dafne y otros (2009). Derecho de Familia. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- BASSET, Úrsula (2013). Derecho Moderno. Liber Amicorum Marcos M. Córdoba. Estatuto del Padrastro o Progenitor Afín: Cuando el Interés del Niño pende de la vida afectiva de los adultos. T. II. Argentina, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- BELLUSCIO, César Augusto (2004). Manual de Derecho de Familia. Tomo I y II. Buenos Aires: Ediciones Astrea.
- BERMUDEZ TAPIA, Manuel (2012). Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos.
- CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores.
- CANALES TORRES, Claudia (2014). Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión. Lima: Gaceta Jurídica.
- CANALES TORRES, Claudia (2013). Criterios en la determinación de la pensión de alimentos en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica.
- CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María (2010). Observatorio del derecho civil. Volumen II. La familia. Lima: Editorial Motivensa.

- CHANAMÉ ORBE, Raúl (2010). Comentarios a la Constitución. (5ta ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín (2008). Derecho de Menores. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín (2012). Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1996). Derecho familiar peruano. Tomo I y II. 5ta edición actualizada. Lima: Studium editores.
- CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA (2007). Acceso a la justicia de familia y criterios jurisprudenciales. Comisión de capacitación - Área de familia. Lima-Perú.
- CUZMA CÁCERES, Gissele. Familias Ensambladas. Lima: Guy Editores EIRL.
- DANIELI, María Eugenia y MESSI, Mariela del Valle (2012). Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes: recorridos y perspectivas desde el Estado y la sociedad civil. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- DEL AGUILA LLANOS, Juan Carlos (2015). Guía práctica de derecho alimentario. Lima: Ubilex Asesores.
- FERNANDEZ REVOREDO, Marisol (2013). Manual de Derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2015). Derecho a la identidad personal. Lima: Instituto Pacífico.

- GACETA JURIDICA (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.
- GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (2000). Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Editorial universidad.
- HAWIE LORA, Illian Milagros (2015). Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia. Lima: Gaceta jurídica.
- HERNÁNDEZ ALARCÓN, Christian (2003). “Comentarios al artículo 474 del Código Civil: Obligación recíproca de prestar alimentos”. En: Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo (2007). Derechos fundamentales de los niños y adolescentes. El interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4° de la Constitución. Lima: GrijLey.
- MORELLO, Augusto Mario (2006). Familia y sucesiones enfoque actual. Argentina: Platense.
- 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.

- ROJAS MALDONADO, Marina (2007). Alimentos en el Derecho de Familia. Colombia: Escuela Judicial Lara Bonilla.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica.
- VEGA MERE, Yuri (2008). La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho, en Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Grijley.

#### HEMEROGRAFÍA

- 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 CAVALLO, Gonzalo (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1.
- ALEGRE, Silvana; HERNÁNDEZ, Ximena y ROGER, Camile (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. En: Cuaderno 5, del Sistema de Información de la primera infancia en América latina.
- ÁLVAREZ VALDEZ, Joaquín (2012). “El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción”. Disponible en Web: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-parentesco-por-afinidadla-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuesti%C3%B3n-de-su-e>

- BAEZA CONCHA, Gloria (2001). “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. En Revista Chilena de Derecho, vol. 28, núm. 2, pp. 355-362
- CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo. “¿La madre cría y el padre provee? Desenterrando mitos respecto de la tenencia” En: Dialogo con la jurisprudencia N° 159.
- CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2008). “El paradigma de la familia ensamblada”. Disponible en Web: <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/08/el-paradigma-de-la-familiaensamblada.html>
- CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María (2010). “Hijos Tuyos, Hijos Míos, Hijos Nuestros. Un Reto Legislativo”. Edición digital de la Universidad Femenina Sagrado Corazón. Disponible en Web: [file:///C:/Users/USER/Downloads/fulltext\\_stamped.pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/fulltext_stamped.pdf)
- CASO SEÑAL, Mercedes (2009). “Las familias reconstituidas o steps families”. En: Revista Aquitas, Año 1, N° 01. Agosto 2009.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: Justicia y derechos del niño. Editado por UNICEF.
- DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. “Familias ensambladas y parentalidad socioafectiva. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 30/11/2007”. En: Dialogo con la Jurisprudencia 114. Lima: Gaceta Jurídica.
- DIAZ ALABART, Silvia: “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)”. En: Revista de derecho privado, mayo – junio de 2003. Lima.

- DURÁN ACUÑA, Luis David (2000). "Deberes y derechos entre los padrastros e hijastros (Propuesta Normativa)". En: Revista de Derecho Privado, N° 6, julio/diciembre del 2000. Disponible en Web: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/652/615>
- GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth Karina y CUIPA PINEDO, Alfredo (2014). "¿El interés superior de quién? La alienación parental como riesgo en los procesos de tenencia". En: Patria Potestad, Tenencia y alimentos. Lima: Gaceta Jurídica.
- GROSMAN, Cecilia. "Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civil". En: Revista Derecho Privado. Año II, N° 6. Buenos Aires: Ediciones Infojus
- GROSMAN, Cecilia P. y HERRERA, Marisa (2010). "Relaciones de hecho en las familias ensambladas". En: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 46. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- MOMBERG ALARCÓN, Marcela (2010). Familia ensamblada y el interés superior del niño. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 227-228, 127 – 136. Recuperado de <http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=309>
- O'DONIEL, Daniel (2004). La doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en relación a la Familia. Montevideo, XIX Congreso Panamericano del Niño, La familia Base del desarrollo integral del Niño, la Niña y el Adolescente.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. "Ahora sí: el principio de protección especial de la infancia y adolescencia". En Web: <http://blog.pucp.edu.pe/item/22854/ahora-si-el-principio-de-proteccion-especial-de-la-infancia-y-adolescencia>.

- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2008). Taller de especialización de derecho de familia. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Una visión desde la Convención sobre los derechos del niño para justicia especializada familiar. Setiembre del 2008.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2013). “El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”. En: Revista Derecho PUNC, N° 71. Lima.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2011). Los alimentos desde una perspectiva de los derechos del niño. [Mensaje en blog]. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2011/10/07/losalimentos-desde-una-perspectiva-de-derechos-del-nino/>
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012). “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. En. Revista Educatio Siglo XXI, Vol. 30 N° 2. España.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix Enrique. “El Principio del Interés Superior del Menor como eje interpretativo en la justicia civil: el cambio de nombre no está sujeto al interés de los padres”. Disponible en Web: <http://justiciayderecho.org.pe/revista6/articulos/EI%20cambio%20de%20nombre%20no%20esta%20sujeto%20al%20interes%20de%20los%20padres%20-%20Felix%20Ramirez%20Sanchez.pdf>
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz (2010). Hacia un enfoque de derechos fundamentales en el Derecho de Familia. Reflexiones sobre la regulación de los alimentos a propósito de una sentencia del TC. En: Revista Gaceta Constitucional N° 35, Lima: Gaceta Jurídica.
- RAMOS CABANELLAS, Beatriz (2010). “Regulación legal de la denominada familia ensamblada”. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

- RODRIGUEZ VALLADARES, Patricia Celeste. “Vacíos del Derecho de Familia en el Perú: Familias Ensambladas”. En: Revista Jurídica Jus, Año II - N° 03, Noviembre 2012. Lima: Corte Superior de Huaura.
- WONG ABAD, Juan Jesús (2014). “¿Y si aplicamos el interés superior del niño a lo largo de todo el proceso? La Falta de valoración probatoria en el régimen de visitas”. En: Gaceta Civil & Procesal civil. Tomo 14. Lima: Gaceta Jurídica. pp. 252-258.
- VÁSQUEZ PÉREZ, Ernesto (2010). “El deber alimentario en las familias ensambladas”. En: Revistas Gaceta Constitucional N° 35. Lima: Gaceta Jurídica.
- VEGA MERE, Yuri (2008). “La ampliación del concepto de familia por obra del tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho”. En: Gaceta de Tribunal Constitucional N° 10. Abril Junio del 2008.
- ZERMATTEN, Jean: “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003.

# ANEXOS



**Universidad Católica de Santa María**  
**Escuela de Postgrado**  
**Maestría en Derecho Civil**



**OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN  
RESPECTO DE LOS HIJOS AFINES, EN EL MARCO DE LAS FAMILIAS  
ENSAMBLADAS EN EL PERÚ, CONFORME A LAS SENTENCIAS DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDAS DURANTE LOS AÑOS 2006 -  
2016**

Proyecto de Tesis presentado por la Bachiller.

**Ormeño Ruiz, Mirella Denisse**

Para optar el Grado Académico de:

**Maestro en Derecho Civil**

Asesora:

**Dra. Kuong Morales, Shiuli**

**Arequipa – Perú**

**2017**

154

## I. PREÁMBULO

Al conversar con parejas que viven sus segundas nupcias o segundo compromiso, me doy cuenta que en la mayoría de ellos, una o ambas se unen con hijos provenientes de un anterior compromiso, donde estos hijos no siempre reciben el mismo trato que los hijos nacidos en este nuevo compromiso, o en otros casos la ley no les reconoce ningún derecho respecto de sus padres afines. Es el caso por ejemplo de Ángel, que al fallecer su padre, su madre se unió en segunda nupcias. Por desgracia, también su madre falleció y es donde, cuando todos sus familiares biológicos se olvidaron de él, quedó únicamente al cuidado de su padrastro. Sin embargo, como no están regulados los deberes y las obligaciones en las familias ensambladas, por ejemplo, el padrastro no podía llevarle en sus viajes o permitir gozar de ciertos beneficios, porque no había documento donde conste que el niño está bajo su tenencia o al menos que diga que él era el encargado de su alimentación.

En ese entorno, lo que más preocupa es el caso de los alimentos para los hijos afines cuando éstos carecen del padre biológico, o teniendo, éste no esté imposibilitado para poder solventarlo, lo cual no está regulado en nuestro país. Constatando esta situación, el Tribunal Constitucional en la Sentencia. Exp. 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, por lo que el hijo afín, puede merecer los alimentos de parte del padre afín. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que este vacío debería ser suplido por el legislador, puesto que nada impide que el padre afín pueda prestar atenciones y alimentos a su hijo afín, que sería una manifestación de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho.

Es por ello que nos planteamos el presente trabajo de investigación, con la finalidad de analizar la necesidad que existe del reconocimiento legal expreso de la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín para con los hijos o hijas afines en las familias ensambladas, a fin de atender las necesidades alimentarias de los hijos(as) afines que no pueden ser provistos, por diferentes razones, por los padres biológicos que son los directamente obligados.

## II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN RESPECTO DE LOS HIJOS AFINES, EN EL MARCO DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERU, CONFORME A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDAS DURANTE LOS AÑOS 2006-2016

#### 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 : Obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto a los hijos afines

##### 1.2.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
<p><b>Variable Independiente</b> <b>OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN RESPECTO DE LOS HIJOS AFINES</b> La obligación que tiene el padre afín de proveer para los alimentos del hijo afín, cuando éstas no son suplidas por el padre biológico por ausencia o imposibilidad de proveer.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligación del padre afín en las familias ensambladas</li> <li>• Tratamiento legal y jurisprudencial del derecho de alimentos de los hijos afines en las familias ensambladas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes y obligaciones de los padres en las familias ensambladas</li> <li>- Obligación alimentaria del padre afín</li> <li>- Naturaleza jurídica de la obligación alimentaria del padre afín</li> <li>- Obligación alimentaria subsidiaria en el caso muerte, condena por delito doloso, incapacidad absoluta, etc. del padre o madre biológico del hijo afín.</li> <li>- Regulación legal nacional, comparada y normas internacionales de derechos humanos sobre los derechos alimentarios del hijo afín.</li> <li>- Jurisprudencia nacional y extranjera sobre los derechos alimentarios del hijo afín.</li> <li>- Principio de protección especial del niño y adolescente</li> <li>- Principio de interés superior del niño y adolescente.</li> <li>- Fundamentos socio jurídicos de la obligación alimentaria del padre afín.</li> </ul>
<p><b>Variable Dependiente</b> <b>LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS</b> Es la estructura familiar originada en el matrimonio o en la unión concubinaría de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación anterior.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las familias ensambladas.</li> <li>• Regulación de los deberes y obligaciones de los padres en las Familias Ensambladas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Naturaleza jurídica de las familias ensambladas</li> <li>- Características de las familias ensambladas</li> <li>- Derechos y obligaciones en las familias ensambladas</li> <li>- Regulación legal explícita</li> <li>- Regulación legal implícita</li> <li>- Regulación en la legislación comparada y normas internacionales de derechos humanos.</li> </ul>

### 1.2.3. INTERROGANTES DE INVESTIGACIÓN

- 1.- ¿Tienen el padre afín obligaciones alimentarias respecto a los hijos afines en las familias ensambladas?
- 2.- ¿El hijo afín tiene el derecho de reclamar los alimentos al padre afín en las familias ensambladas, subsidiariamente, en caso que de imposibilidad para proveer del padre biológico?
- 3.- ¿Cuál es el tratamiento legal y jurisprudencial de la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos?
- 4.- ¿Existe la necesidad de regular sobre la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos?

### 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, siendo necesario el estudio de la obligación alimentaria de los padres afines hacia los hijos afines, que podría surgir de acuerdo a determinadas circunstancias al vivir en una familia ensamblada, por lo que se requiere una clara definición de esta obligación legal, para aportar soluciones en los diversos conflictos que puedan plantearse entre el hogar ensamblado y los núcleos familiares precedentes en materia

alimentaria, bajo criterios de solidaridad, asistencia familiar, afectividad y el interés superior de los hijos afines.

*Relevancia Jurídica*, porque la posibilidad de regulación de la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto a los hijos o 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 presente trabajo de investigación jurídica, es por la importancia que reviste la obligación alimentaria reconocida como derecho fundamental que debe ser asegurada por todas las familias, toda vez que permite satisfacer las necesidades básicas que tiene todo ser humano para la conservación de la vida, optimizando así el desarrollo integral de los menores de edad dentro del hogar que se constituya. Es por ello, creo por conveniente que esta investigación aportará en la misión que tiene el derecho de proteger y fortalecer la familia en cualquiera de sus formas de la constitución, así como establecer que estos núcleos familiares ensamblados sean una importante matriz de desarrollo sano de los niños y adolescentes que en ellos tienen derecho a crecer, alimentarse y educarse, conforme así lo proclaman implícitamente nuestros principios y normas constitucionales, como también los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país.

*Relevancia Humana*, porque por la razones antes expuestas, los resultados de la presente investigación beneficiarán a los hijos afines, que por múltiples razones ajenas sus padres biológicos no les provee para sus alimentos, en las nuevas familias que se encuentran en proceso de adaptación y ensamblaje, a fin de que puedan superar las dificultades que la sociedad y el Estado les impone ante el vacío legal en las que se encuentran inmersas.

*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 entorno de las familias ensambladas a través de diversas sentencias, los

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. Ante esa realidad aun no legislada el máximo órgano jurisdiccional del país, hace requerimiento a los operadores del derecho así como a los jueces en aplicar los principios constitucionales en la resolución de conflictos relacionados a las nuevas estructuras familiares.

## **2. MARCO TEÓRICO**

### **2.1. LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ**

#### **2.1.1. INTRODUCCIÓN**

Como sabemos, el artículo 4° de nuestra Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad, por lo que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos también establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Es por ello que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado 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 páter 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

mono paternas o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas”<sup>134</sup>.

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, “las denominadas familias monoparentales (conformada por un solo progenitor y sus hijos), las ensambladas (conformada por una pareja y sus hijos fruto de uniones anteriores) y las homoparentales (conformada por una pareja homosexual), que ya han sido objeto de regulación en algunos países”<sup>135</sup>.

### **2.1.2. LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ.**

En el ámbito doctrinal, no existe consenso para 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”<sup>136</sup>.

La maestra Cecilia Grosman la define a la familia ensamblada “como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes

---

<sup>134</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-AA/TC. Fundamento Jurídico 7.

<sup>135</sup> VÁSQUEZ PÉREZ, Ernesto. “El deber alimentario en las familias ensambladas”. En: *Revistas Gaceta Constitucional* N° 35. Lima: Gaceta Jurídica. p. 51. Similar parecer en CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2014). *La Familia Ensamblada en el Perú*. Lima: Andrus Editores. p. 24 y ss.

<sup>136</sup> RAMOS CABANELLAS, Beatriz. “Regulación legal de la denominada familia ensamblada”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, 2006, p. 192

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”<sup>137</sup>.

A nivel de nuestro país, Varsi Rospigliosi señala que la familia ensamblada es 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”<sup>138</sup>.

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”<sup>139</sup>.

Así, podemos entender que la familia ensamblada viene a ser una organización familiar que se constituye a partir del segundo o ulterior matrimonio o unión de hecho de una pareja, donde uno o ambos integrantes tienen hijos provenientes de una relación anterior.

### 2.1.3. CARACTERÍSTICAS DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Siguiendo a Calderón Beltrán<sup>140</sup> diríamos que las familias ensambladas tienen las siguientes características:

---

<sup>137</sup> GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (2000). Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Editorial universidad. p.35

<sup>138</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica. p. 71.

<sup>139</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02478-2008-PA/TC. Caso Alex Cayturo Palma. Fundamento Jurídico 4.

<sup>140</sup> CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores. p. 14 y ss.

- 4) **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<sup>141</sup>.

- 5) **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.

- 6) **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

---

<sup>141</sup> SILVERINO 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. 79.

reconocimiento social, siendo su estado de familia aceptado y respetado por todo su entorno.

#### **2.1.4. LA RELACION DE LOS PADRES AFINES CON LOS HIJASTROS O HIJOS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS**

Los hijastros son los hijos del cónyuge o conviviente (o de la cónyuge o conviviente) provenientes de una relación anterior a quienes el Tribunal Constitucional lo denomina hijo afín; y por otra parte, el padrastro o madrastra es el nuevo cónyuge o conviviente del padre o la madre biológica, a quienes el Tribunal Constitucional lo ha denominado padre o madre afín.

Las relaciones entre padrastros 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.

En ese sentido, 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”<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 09332-2006-PA/TC. Fundamentos jurídicos 10, 11 y 12.

En ese sentido, dada la situación descrita, por el principio de protección de la familia, que en nuestro país tiene rango constitucional<sup>143</sup>, 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<sup>144</sup> 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.

El Artículo 233° del Código Civil prescribe que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y las normas proclamadas en la Constitución Política del Perú. Asimismo, el artículo 237° del mismo cuerpo legal, establece que el marido es pariente por afinidad de los parientes consanguíneos de su cónyuge e igual lo será a la inversa, consecuente el hijo del cónyuge o la cónyuge en su caso, es su pariente por afinidad en primer grado.

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las familias ensambladas y que nada impedía que los padres afines provean alimentos para los hijos afines, sin embargo “no ha

---

143 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 4°: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

144Regulado por el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y por el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes

subsano 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”<sup>145</sup>.

## **2.2. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN RESPECTO DE LOS HIJOS AFINES**

### **2.2.1. DEBERES Y OBLIGACIONES ALIMENTARIAS DE LOS PADRES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS**

Para muchas parejas, sobre todo para la mujer, es natural que al contraer nuevas nupcias, su nuevo cónyuge mantenga a los hijos que ésta tuvo en una previa unión familiar, claro está, cuando el padre biológico no pasara alimentos o lo hiciera de forma irregular. 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.

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

---

<sup>145</sup> CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. “Hijos míos, hijos tuyos, hijos nuestros. Un reto legislativo”. p. 7-8. Disponible en Web: [file:///C:/Users/USER/Downloads/fulltext\\_stamped.pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/fulltext_stamped.pdf)

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”<sup>146</sup>.

El Colegiado Constitucional, en la sentencia aludida, reitero la posición, respecto a la existencia de vacío y falta de desarrollo legal de las relaciones jurídicas entre los integrantes de las familias ensambladas, fijadas en una anterior sentencia (Exp. N.º 09332-2006-PA/TC)<sup>147</sup>.

El Tribunal señala que en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructura familiar [Es decir de las familias ensambladas]. 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. Por ello, el Tribunal se pregunta de manera reiterada ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines? Luego el mismo Tribunal señala que, como “en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas, 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 [FERRANDO, Gilda. “Familias recompuestas y padres nuevos”, en: Revista Derecho y Sociedad. N.º 28, Lima, 2007, Año XVIII, p. 318]. Asimismo, a manera de ejemplo, puede apreciarse lo establecido en el artículo 278, numeral 2), del Código Civil suizo, que indica que cada cónyuge

---

<sup>146</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 28.

<sup>147</sup> Véase más específicamente los fundamentos jurídicos 17 al 21 de la Sentencia del EXP. N.º 04493-2008-PA/TC.

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<sup>148</sup>. Sin embargo el tribunal advierte 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 perdida de la patria potestad de estos”<sup>149</sup>.

## **2.2.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ALIMENTARIO ENTRE PADRES E HIJOS AFINES**

### **c) PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD**

La obligación alimentaria se ha instituido como expresión del valor solidaridad familiar, esta solidaridad familiar impone a los miembros de una familia el deber de coadyuarse recíprocamente a fin de procurar superar todo estado de necesidad. En la actualidad tanto nuestra jurisprudencia ensamblada como nuestra doctrina, se siguen preguntando respecto de la familia ensamblada, cuál sería el mejor modo para resolverse las necesidades asistenciales de este grupo.

En nuestra región, algunos países se han acogido a la obligación alimentaria entre un padre y un hijo afín bajo un criterio de subsidiaridad, tal es el caso del Código Civil Argentino que norma en su artículo 368 que, entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado.

---

<sup>148</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 04493-2008-PA/TC. Fundamento Jurídico 21.

<sup>149</sup> *Ibídem*. Fundamento Jurídico 22.

Hablar de un principio de subsidiaridad equivale a citar que solo puede ser reclamada una pensión alimenticia a un padre social o afín, a falta de parientes consanguíneos de alimentistas.

En efecto, el deber de alimentos debe ser satisfecho en primer término por quienes se hallan vinculados biológicamente y sólo a falta de ellos, podrá ser extensivo hasta el pariente afín, este último estaría dada en casos de ausencia o muerte de quienes por naturaleza están llamadas a satisfacer en primer término esta obligación legal; de esta manera, si un padre afín es emplazado por alimentos, podrá solicitar que previamente se demuestre que un obligado anterior y preferente a él, no se encuentre en la posibilidad de prestar los alimentos.

De otra parte, la doctrina ha sostenido respecto de este principio que desde el punto de vista legal, no obstante que la obligación del padre afín es subsidiaria, si convive con el hijo afín y comparte en los hechos la guarda del niño haciéndose cargo de su manutención y educación, está obligado a pasarle alimentos, si fuese menor de 18 años o incapaz, aun cuando existan otros obligados en primer término. Ello sin perjuicio, como luego veremos, del derecho a iniciar una acción contra los parientes consanguíneos, primeros obligados, para que se lo libere de las cuotas alimentarios futuras<sup>150</sup>.

**d) SUBSISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA:**

Destacada doctrina cita que, en una familia ensamblada la contribución económica directa para el mantenimiento del hogar cesaría por la finalización de la convivencia, el fenecimiento de una familia ensamblada tendría como consecuencia el fenecimiento de la obligación alimentaria que se haya podido establecer entre un padre y un hijo afín, aun cuando nuestro código civil a dispuesto que el parentesco por

---

<sup>150</sup> GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. Ob Cit. p.263.

afinidad subsiste luego del disuelto el vínculo matrimonial, pues la finalidad exclusiva de esta norma no es otra que imponer un impedimento matrimonial entre suegros, suegras, nueras, y yernos respectivamente.

Sin embargo se ha postulado también la subsistencia de la obligación alimentaria en caso que el padre afín hubiera asumido durante la convivencia el sustento del niño, pues el cortar abruptamente este derecho podría significar para el alimentista un grave riesgo y perjuicio.

Esta obligación tampoco sería perenne, sino más bien provisional, transitoria, de tal manera que si desapareciera el estado de necesidad del alimentista, si se extinguiría la situación de hecho que motivo la dación de la pensión o si apareciera un obligado con mayor preferencia con condición de prestar los alimentos, procederá la exoneración de la obligación<sup>151</sup>.

### **2.2.3. PARÁMETROS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA POR LOS PADRES AFINES**

De ninguna manera los padres afines podrías 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 que citamos a continuación.

**d) Fallecimiento del padre biológico.-** Cuando la madre del menor contrae nupcias después de la muerte de su marido, es decir del padre del menor. En este caso, el padre afín podría asumir ese deber solidario de proveer para los alimentos del menor.

---

<sup>151</sup> Calderón Beltrán, Javier Edmundo. Ob. Cit. p. 115.

**e) Padre desaparecido, ausente o muerte presunta judicialmente declarado.-** 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, las mismas que deben ser declaradas judicialmente conforme al artículo 790° del mismo cuerpo legal, el padre aún puede asumir ese deber de proveer para los alimentos del hijo aún.

**f) Incapacidad absoluta del padre biológico.-** Esto ocurre cuando por alguna enfermedad, accidente u otra situación, el padre biológico del menor se encuentre incapacitado para proveer los alimentos de su hijo, entonces el llamado a proveer para los alimentos del menor sería el padre aún.

Ello es así, como señala Ernesto Vázquez comentando una sentencia del Tribunal Constitucional, “frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución”<sup>152</sup>. Es decir, es lógico que los hijos afines puedan tener derecho a los alimentos en caso que sus padres biológicos se encuentre imposibilitados de proveerlos.

#### **2.2.4. DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS AFINES EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS CONFORME A NUESTRA NORRMATIVIDAD**

##### **a) A nivel Constitucional**

Nuestra Constitución no regula expresamente sobre el derecho alimentario, menos de los que es derecho de alimentos de los hijos afines en las familias ensambladas. Sin embargo, el artículo 4° de la Constitución Política del Perú precisa que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

---

<sup>152</sup> VÁSQUEZ PÉREZ, Ernesto. “El deber alimentario en las familias ensambladas”. En: *Revistas Gaceta Constitucional* N° 35. Lima: Gaceta Jurídica. p. 58.

Así como señala que protege a la familia y le reconoce como un instituto natural y fundamental de la sociedad<sup>153</sup>.

De la normatividad señalada, se aprecia esta protege a un solo tipo de familia, sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial, por lo que no se hace diferenciación entre hijo biológico de los hijos afines. Ello es así, porque como manifiesta Alex Plácido<sup>154</sup>, “la familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho”. Por otra parte, la misma normativa expresa claramente la protección especial del menor, dejando claro que por su naturaleza y madurez los niños requieren de una atención especial. Ello justamente habilita para preocuparnos por los alimentos de los hijos afines.

#### **b) A nivel de normas internacionales de derechos humanos**

La necesidad de brindar una atención especial a los hijos afines, entre ellos velar por sus alimentos fluye del principio de protección especial del menor y del interés superior del niño y adolescente.

La protección especial del niño ha sido reconocido en la Declaración de los Derechos de los derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que “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

---

<sup>153</sup> Artículo 4° de la Constitución: “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”

<sup>154</sup> PLACIDO VILCACHUAGUA, Alex (2008). “Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 173. Lima: Gaceta Jurídica.

fundamental a que se atenderá será el **interés superior del niño**".

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>155</sup>, 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".

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene "derecho a cuidados y asistencia especiales". En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los "Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar".

De igual manera, el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone 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".

En línea similar, el principio de protección especial del niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### **c) En el Código de Niños y Adolescentes**

El artículo IV del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes<sup>156</sup>, señala que "además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan

---

<sup>155</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989.

<sup>156</sup> El Código de Niños y Adolescentes, promulgado mediante Ley N° 27337, de fecha 21 de julio del 2000.

de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo” y en el artículo IX del mismo cuerpo normativo 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”.

Por ello, debe darse prioridad a los niños y los adolescentes en todo trato, lo que implica también el otorgamiento de los alimentos, y en el caso de los hijos afines, como muestra de solidaridad los padres afines deben asumir con esta obligación.

#### **d) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Por otra parte, el Tribunal Constitucional señaló que en los procesos donde se debaten derechos de los niños, es necesario tener en cuenta los siguientes “principios y derechos de los menores:

- a. El principio de protección especial del niño.
- b. El principio del interés superior del niño.
- c. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
- d. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
- e. El derecho al desarrollo armónico e integral”<sup>157</sup>.

Todos estos derechos implican la protección integral del menor, y justamente por ello, en las sentencias del Tribunal Constitucional, recaídos en los Expedientes N° 09332-2006-PATC, N° 04493-2008-PATC y N° 02478-2008-PA/TC, ha establecido pautas sobre las familias ensambladas y sobre la posibilidad de otorgamiento de alimentos a los hijos afines.

---

<sup>157</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el EXP. N° 01817-2009-PHC/TC

### e) A nivel de derecho comparado

En atención al principio de protección especial del menor, del interés superior del niño y el principio de solidaridad en el seno de la familia, muchos países vienen regulando el caso de alimentos para los hijos afines en las familias ensambladas. Por ejemplo, en el ámbito de la legislación comparada, la Corte de Justicia del Estado de Vermont, decidió que los padres afines tienen del deber de dar asistencia a los hijastros si éstos viven en la misma casa y los recursos del padre natural o adoptivo son insuficientes.

En Latinoamérica, el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), de Uruguay, en su artículo 51, regula el supuesto por el cual el concubino o concubina, debe asumir el rol de deudor subsidiario respecto de los hijos del otro integrante de la pareja. En su artículo 45, establece el deber de asistencia familiar, constituido por los deberes a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos. También indica que en caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de los padres, éste será prestado subsidiariamente por los ascendientes más próximos y si no existieran o no estuvieran en condiciones, por el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario.

## 3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

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

**Enfoque principal:** El campo de estudio de la presente tesis, consiste en arribar a un concepto de familia ensamblada, así como determinar sus características, sus deberes y derechos que compete a sus miembros, ello con la finalidad de superar el vacío legal que en la actualidad afecta a

las familias ensambladas, puesto que hacer un tema no legislado, no existe forma alguna en nuestra legislación que haya recogido en forma expresa o haya hecho mención al tema de las familias ensambladas.

**Conclusiones:** La familia ensamblada debe ser vista no solo como aquella comunidad debida 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 el presente trabajo de investigación con el antecedente investigativo comentado, radica en superar el vacío legal en la que se encuentran inmersas las familias ensambladas, lo cual genera que sus miembros no tengan claro, cuáles son los roles que deben desempeñar frente a los hijos afines, entre los cuales pensamos que uno de ellos consiste en asistir con una atención alimentaria a los hijos afines de las familias ensambladas en atención al principio del interés superior del niño afín y el principio de protección constitucional del niño contemplado en el artículo 4° de la constitución peruana de 1993.

**3.2 ZEGARRA TORRES, Yovana Isabel (2010), Tesis titulada “Derechos de los hijos de la familia reconstituida reconocidas por Sentencias del Tribunal Constitucional y sus modificaciones al Código Civil Peruano”, Universidad Católica Santa María. Arequipa, Perú.**

**Enfoque principal:** La presente tesis, enfoca la investigación en establecer el reconocimiento jurídico de las familias ensambladas en nuestro ordenamiento normativo, más allá del simple reconocimiento constitucional y por ende la adjudicación de los derechos a los hijos de la familias reconstituidas, tales como los derechos alimentarios y otros, con la finalidad de que esta nueva estructura familiar se encuentre debidamente protegida por la ley.

**Conclusiones:** El deber de asistencia familiar que tiene los padres biológicos y subsidiariamente otros familiares respecto del hijo reconstituido, podrá ser asumido, en caso de que estos no estén en posibilidades de cumplirlos, por el padre afín, su cumplimiento genera los mismo derechos atribuibles a toda relación paterno – filial .

Las obligaciones alimentarias, connaturales a la paternidad/maternidad biológica y adoptiva, debe alcanzar también a la filiación reconstituida, esto en atención al principio constitucional de igualdad y a la exigencia constitucional y civil del cumplimiento de deberes y obligaciones entre padres e hijos, del mismo modo debe garantizarse todos los derechos sucesorios de los hijos reconstituidos respecto a sus padres afines.

**Aportes:** La relación que tiene el presente trabajo de investigación con el antecedente investigativo comentado, se encuentra en determinar si existe obligaciones alimentarias entre padres afines y los hijos afines, miembros de una familia ensamblada, con la finalidad de que los niños menores de edad que crecen en ellas, vivan en un ambiente sano y equilibrado para su adecuado desarrollo integral.

#### 4. OBJETIVOS

- 4.1. Determinar si el padre afín tiene obligaciones alimentarias respecto a los hijos afines en las familias ensambladas.
- 4.2. Analizar si el hijo afín tiene el derecho de reclamar los alimentos al padre afín en las familias ensambladas, subsidiariamente, en caso que de imposibilidad para proveer del padre biológico.
- 4.3. Establecer el tratamiento legal y jurisprudencial de la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos.
- 4.4. Demostrar la existencia de la necesidad de regular sobre la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional y normas internacionales de derechos humanos.

#### 5. HIPÓTESIS

**DADO QUE:** en nuestro país existen muchas familias conformadas por padrastros e hijastras, a quienes el Tribunal Constitucional les denominó padres afines, donde aquellos ejercen sobre los hijos afines roles parentales no reconocidos por la ley, quienes por la carencia de sus progenitores muchas veces se quedan desamparados respecto a su alimentación, **ES PROBABLE QUE:** Exista la necesidad de regular la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, respecto de los hijos afines, en las familias ensambladas, modificándose artículos del Libro III, del Título I, Capítulo IV, del Código de Niños y Adolescente, así como los artículos del Libro III, Sección Cuarta, Título I, Capítulo Primero, del Código Civil, en ambos casos referido a los alimentos.

### III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

#### 1. Técnicas, instrumentos de verificación

##### 1.1. Precisión

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

##### 1.2. Cuadro de Coherencias

VARIABLES	INDICADORES/SUB INDICADORES	TÉCNICAS/INSTR.
<p><b>Variable Independiente</b> <b>OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SUBSIDIARIA DEL PADRE AFÍN RESPECTO DE LOS HIJOS AFINES</b> La obligación que tiene el padre afín de proveer para los alimentos del hijo afín, cuando éstas no son suplidas por el padre biológico por ausencia o imposibilidad de proveer.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligación del padre afín en las familias ensambladas                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes y obligaciones alimentarias de los padres en las familias ensambladas</li> <li>- Características de las obligaciones alimentarias de los padres afines</li> <li>- Obligación alimentaria subsidiaria en el caso muerte, condena por delito doloso, incapacidad absoluta, etc. del padre o madre biológico del hijo afín.</li> </ul> </li> <li>• Tratamiento legal y jurisprudencial del derecho de alimentos de los hijos afines en las familias ensambladas                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Regulación legal nacional, comparada y normas internacionales de derechos humanos sobre los derechos alimentarios del hijo afín.</li> <li>- Jurisprudencia nacional y extranjera sobre los derechos alimentarios del hijo fin.</li> <li>- Principio de protección especial del niño y adolescente</li> <li>- Principio de interés superior del niño y adolescente.</li> <li>- Fundamentos socio jurídicos de la obligación alimentaria del padre afín</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Observación Documental                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ficha de Observación Documental estructurada</li> </ul> </li> <li>• Encuesta                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cédula de preguntas</li> </ul> </li> </ul>
<p><b>Variable Dependiente</b> <b>LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS</b> Es la estructura familiar originada en el matrimonio o en la unión concubiniaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación anterior.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las familias ensambladas.                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Naturaleza jurídica de las familias ensambladas</li> <li>- Características de las familias ensambladas</li> <li>- Derechos y obligaciones en las familias ensambladas</li> </ul> </li> <li>• Regulación de los deberes y obligaciones de los padres en las Familias Ensambladas.                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Regulación legal explícita</li> <li>- Regulación legal implícita</li> <li>- Regulación en la legislación comparada</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Observación Documental                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ficha de Observación Documental estructurada</li> </ul> </li> <li>• Encuesta                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cédula de preguntas</li> </ul> </li> </ul>

### 1.3. Prototipo de Instrumentos

#### MODELO DE FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL

<b>FICHA DE OBSERVACIÓN N°.....</b>		
INSTITUCIÓN: _____		
DOCUMENTO: _____		
INDICADOR: El padre afín en las familias ensambladas		
Sub Indicadores N° Expediente	Naturaleza jurídica de las familias ensambladas	Deberes y obligaciones de los padres afines en las familias ensambladas

**MODELO DE FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL**

<b>FICHA DE OBSERVACIÓN N°.....</b>			
INSTITUCIÓN: _____			
DOCUMENTO: _____			
INDICADOR: Regulación de los deberes y obligaciones de los padres en las Familias Ensambladas.			
Sub Indicadores N° Expediente	Regulación expresa	Regulación implícita	Regulación en la legislación comparada

**2. Campo de verificación:**

**2.1. Ubicación espacial**

El estudio se realizará en el ámbito nacional.

**2.2. Ubicación Temporal**

El horizonte temporal del estudio está referido al período comprendido entre 2006 al 2016.

**2.3. Unidades de Estudio:**

Las unidades de estudio están constituidas por las Sentencias del Tribunal Constitucional referidas a las familias ensambladas, emitidas durante los años 2006 al 2016 y profesionales de Derecho (Abogados, Jueces y Fiscales de Familia) del distrito judicial de Arequipa.

- **Universo:**

El universo de la investigación está conformado por las 03 sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre familias ensambladas, así como análisis de las normas constitucionales, Código de Niño y Adolescentes y del Código Civil.

Los profesionales de Derecho, conformados por Abogados que tienen sus oficinas en el Cercado de Arequipa dedicados al ejercicio de la profesión en el área de Derecho de Familia, así como a Jueces y Fiscales de Familia.

- **Muestra**

Nuestra muestra estará conformado por:

- 03 Sentencias del Tribunal Constitucional, que tratan sobre las familias ensambladas.
- 120 Profesionales de Derecho, conformado por Abogados, Jueces y Fiscales de Familia.

Respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional, consideramos como muestra las 03 sentencias, porque solamente éstos han sido emitidos sobre la materia en el periodo investigado.

Para la aplicación de la encuesta se ha trabajado con 120 profesionales de Derecho, conformados por 112 Abogados que tienen sus oficinas en el Cercado de Arequipa dedicados al ejercicio de la profesión en el área de Derecho de Familia, así como por 04 Jueces de los Cuatro juzgados de Familia y 04 Fiscales de Familia de las 04 Fiscalías de Familia de Arequipa. En el caso de abogados, la selección de ellos se ha hecho al azar, dejando precisado que se ha trabajado sobre el número propuesto dado que en la ciudad de Arequipa no existe en el Colegio de Abogados un Registro de Especialistas en Derecho de Familia, asimismo no todos los encuestados se dedican únicamente al Derecho de Familia, sin embargo, tienen conocimiento sobre el tema investigado.

#### 2.4. Fuentes:

- **Normas constitucionales y legales**

- El artículo 4° y 5° de la Constitución, referido a la protección especial de la familia.
- Normas del Código de Niños y Adolescentes

- **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

La jurisprudencia a consultar estará conformada por las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional, entre ellas:

- Expediente N° 09332-2006-PATC. Familias ensambladas.
- Expediente N° 04493-2008-PATC. Familias ensambladas.
- Expediente N° 02478-2008-PA/TC. Familias ensambladas.

- **Doctrina nacional y extranjera**

Entre la doctrina nacional tenemos los trabajos efectuado por Yuri Vega Mere, Javier Edmundo Calderón Beltrán, Enrique Varsi Rospigliosi, Alex Plácido Vilcachagua, entre otros.

En la doctrina extranjera consultaremos las obras de Cecilia Grosman, Roberto Da Cunha Pereira, Francisco Ferrer, entre otros.

### 3. Estrategia de recolección de datos

#### 3.1. Organización

- Para efectos de la recolección de datos, se coordinará con el Director de la Escuela de Post Grado de la Universidad Santa María de Arequipa y profesores de las maestrías.
- 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 de 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	100
Fichas de observación documental	80
Tinta de Impresora	02
Anillado	09
Uso de computadora	02
Empastados	05

#### Recursos financieros

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
Recurso humanos	4200.00
Recursos materiales (Bienes y servicios)	600.00
<b>COSTO TOTAL GENERAL</b>	<b>4800.00</b>

### 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

ACTIVIDADES	TIEMPO				
	MAYO 2016	JUNIO 2016	JULIO 2016	AGOSTO 2016	SEPTIEMBRE 2016
1. Recolección de datos	X	x			
2. Estructuración de resultados			x	X	
3. Informe final					x

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales.
- BERMUDEZ TAPIA, Manuel (2012). Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos.
- CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín (2008). Derecho de Menores. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA (2007). Acceso a la justicia de familia y criterios jurisprudenciales. Comisión de capacitación - Área de familia. Lima-Perú.
- CUZMA CÁCERES, Giselle. Familias Ensambladas. Lima: Guy Editores EIRL.
- GACETA JURIDICA (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.

- GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (2000). Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Editorial universidad.
- HAWIE LORA, Illian Milagros (2015). Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia. Lima: Gaceta jurídica.
- MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo (2007). Derechos fundamentales de los niños y adolescentes. El interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4° de la Constitución. Lima: Grijley.
- 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.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica.





## MATRIZ DEL NÚMERO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

NÚM. ORDEN	NÚMERO DE EXPEDIENTE	FECHA DE EMISIÓN	MATERIA
01	Exp. N° 09332-2006-PA/TC	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	11-05-2009	Resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por Cayturo 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 I. E. P. "Precursores de la Independencia" de la Policía Nacional del Perú, por no ser padre de familia sino padrastro de una menor.
03	Exp. N° 04493-2008-PA/TC	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.

## MATRIZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO SHOLS PÉREZ

SALA : SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE : 09332-2006-PA/TC MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO CASO : REYNALDO ARMANDO SHOLS PÉREZ		
POSTULACIÓN	PROCESO	FALLO
<p><b>PRETENSION</b>                      Con fecha 23 de setiembre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Centro Naval del Perú, solicitando que se le otorgue a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad.</p> <p><b>ASUNTO DEL RECURSO DE AGRAVIO</b>                      Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Reynaldo Armando Shols Pérez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 3 de agosto de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.</p> <p><b>FUNDAMENTOS DE HECHO</b>                      Este caso tuvo su origen en una demanda de amparo interpuesta en contra del Centro Naval del Perú por don Reynaldo Armando Shols Pérez. Ello ocurre por cuanto Shols Pérez había contraído segundas nupcias con la señora María Moscoso, quien tenía una hija menor de su compromiso anterior.                      Shols Pérez plantea su demanda frente a la negativa del club privado Centro Naval del Perú, del cual era socio el demandante, de otorgarle carné familiar para su hija afín, argumentando que no se puede entregar el mencionado carné a dicha menor de edad, por cuanto no es hija biológica del asociado, actualmente demandante.</p>	<p>El Juez de primera instancia rechazó la demanda, declarándola infundada, argumentando que en el estatuto del club demandado, no existe regulación sobre los derechos de los hijastros al carné, por lo que no le asistiría derecho al demandante de que su hija afín reciba el mencionado carné.</p> <p>Apelada la sentencia, el Juez de Segunda Instancia también declara improcedente la demanda, pues considera que siendo la niña la directamente afectada, ella sería la que haga valer su derecho, por lo que el demandante no tendría legitimidad para obrar, puesto que no su padre biológico, tampoco es representante legal de la menor.</p> <p>Es cuando el demandante recurre al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional, donde analizando de una manera adecuada la situación, 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 de una manera correcta resuelve declarar Fundada la demanda, debiendo reponerse las cosas al estado anterior a la afectación producida por la Asociación. Por consiguiente, ordena a la demandada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.</p> <p>En esta sentencia, el Tribunal constitucional al resolver el caso, desarrolla tres ámbitos bastante diferenciados. Para la materia tutelar familiar interesa lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El concepto de la familia ensamblada</li> <li>• La legitimidad del padrastro para defender los derechos de la hijastra, y</li> <li>• La defensa de los fines de la familia ensamblada.</li> </ul>

## MATRIZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL 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><b>PRETENSION</b>                      El recurrente interpone demanda de amparo contra don José Orbegoso Saldaña, Comandante de la Policía Nacional del Perú que ostenta el cargo de 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, a fin de que se suspendan las elecciones tendientes a elegir al mencionado comité para el periodo 2008 – 2009.</p> <p><b>ASUNTO DEL RECURSO DE AGRAVIO</b>                      Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alex Cayturo Palma contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de folios 299, su fecha 30 de octubre de 2007, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos</p> <p><b>FUNDAMENTOS DE HECHO</b>                      Interpone su pedido bajo el argumento de que se ha designado como presidente del citado comité a una persona (Alberto Mendoza) ajena a la Institución Educativa y a la APAFA, lo que constituye una injerencia inaceptable que a decir del demandante vulneraba 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.</p>	<p>En primera instancia, el Juez declara improcedente la demanda, por cuanto considera 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, aunque discrepando respecto que el debido proceso no sería aplicable a controversias entre privados.</p> <p>Es así que el demandante recurre al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional.</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, pese a que, según alega, se trata de una persona completamente ajena tanto a la APAFA como a la Institución Educativa Precursores de la Independencia Nacional de la Policía Nacional del Perú. Tal argumento sin embargo 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>

## MATRIZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL DE LA CRUZ FLORES

SALA : PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE : 04493-2008-PA/TC MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO CASO : LENY DE LA CRUZ FLORES		
POSTULACIÓN	PROCESO	FALLO
<p><b>PRETENSION</b>                      la demandante 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 de fecha 2 de abril de 2007. Mediante esta sentencia se determinó fijar una pensión de alimentos en favor de la menor hija de Jaime Walter Alvarado Ramírez y la demandante, ascendente al 20 por ciento de la remuneración de éste.</p> <p><b>ASUNTO DEL RECURSO DE AGRAVIO</b>                      Recurso de agravio constitucional interpuesto por Leny 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, de folios 40 del segundo cuadernillo, su fecha 26 de junio de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos</p> <p><b>FUNDAMENTOS DE HECHO</b>                      Este proceso tuvo su origen en la demanda de amparo interpuesta por doña Lenny 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.                      La demanda se fundamenta en una 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. Apelada la sentencia, El Juez de segunda instancia revocó 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 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 padrastrero.</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>