UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

ESCUELA DE POSTGRADO

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ

Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho
Mención en Derecho Civil y Comercial

VANESSA ALICIA ARMAS ILDEFONSO

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Perú

2021

Nº. Registro: **T0816**

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: ARMAS ILDEFONSO VANESSA ALICIA

Código de alumno: 2017.3820.5.AB Teléfono: 943196404

E-mail: vanalis15@gmail.com D.N.I. n°: 70971198

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de Investigación:

- (●) Tesis
- ( ) Trabajo de Investigación
- ( ) Trabajo Académico

3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:

MAESTRO EN DERECHO MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

4. Título del trabajo de Investigación:

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ

5. Escuela: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Escuela de Post Grado

6. Programas: Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial

7. Asesor:

Apellidos y nombres ROBLES TREJO LUIS WILFREDO D.N.I n°: 31658643

E-mail: lroblest@unasam.edu.pe ID ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4897-1709

8. Referencia bibliográfica: Tesis en formato APA

9. Tipo de acceso al Documento:

- (●) Acceso público* al contenido completo. Acceso
- ( ) restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.

Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons,* con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.

El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

……

12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz, 17/12/2021

Firma: Varillas Wiliam Eduardo

Asistente en Informática y Sistemas

- UNASAM -

***Acceso abierto**: uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.

UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION PRESENCIAL DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público, en la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por la:

Bachiller : **VANESSA ALICIA ARMAS ILDEFONSO**

Título : ***"PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ"***

Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:

APROBADO con el calificativo de DIECISEIS (16)

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en **DERECHO** con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL,** a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 17 de diciembre del 2021

Mag. Pepe Zenobio Melgarejo Barreto
PRESIDENTE

Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza
SECRETARIO

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
VOCAL

MIEMBROS DEL JURADO

Magister Pepe Zenobio Melgarejo Barreto Presidente

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza Secretario

Doctor Luis Wilfredro Robles Trejo Vocal

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

AGRADECIMIENTO

A Dios por guiar mis pasos por el camino correcto y permitirme concretar mis sueños.

A la Escuela de Postgrado de la UNASAM por darme la oportunidad de concretar un anhelo personal y profesional.

A los docentes de la EPG-UNASAM por sus enseñanzas y conocimientos compartidos.

A mi asesor de Tesis, por su rectitud en su profesión como docente, por sus consejos y dirección que me ayudaron a formarme como persona e investigador.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

DEDICATORIA

A mis queridos abuelitos Mauro y Feliciana, por ser la inspiración de seguir adelante y reconfortarme siempre ante cualquier adversidad que se me presente. A mis señores padres por su ejemplo, constancia y apoyo incondicional en cada etapa de mi vida. A mi querido sobrino Jared y a toda mi linda familia por el apoyo brindado.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

ÍNDICE

Página

Resumen ix

Abstract x

I. INTRODUCCIÓN 1-9

Objetivos 7

Hipótesis 8

Variables 8

II. MARCO TEÓRICO 10-47

2.1. Antecedentes 10

2.2. Bases teóricas 8

2.2.1. El paradigma Neoconstitucionalista 16

2.2.2. Constitucionalización del derecho 25

2.2.3. La constitucionalización del derecho de familia 29

2.2.4. La familia ensamblada 34

2.2.5. La amilia ensamblada en la Constitución de 1993 40

2.2.6. Derecho a elegir el modelo familiar que se desea fundar 44

2.3. Definición de términos 45

III. METODOLOGÍA 48-52

3.1. Tipo y diseño de investigación 48

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

3.2. Plan de recolección de la información de la investigación y/o diseño estadístico 49

3.3. Instrumento(s) de recolección de la información 50

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información 51

IV. RESULTADOS 53-89

4.1. Resultados teóricos: Las familias ensambladas desde la óptica del TC.....53

4.2. El contenido del derecho de familia 65

4.3. El contenido del derecho de familia. 67

4.4. Derechos extensibles a la familia ensamblada. 73

V. DISCUSIÓN 90-125

5.1. Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho de familia 90

5.2. Sobre la extensión de los derechos en las familias ensambladas 93

5.3. ¿Hasta dónde serán extensibles los derechos del hijastro para con su padrastro y viceversa? 113

5.4. De la obligación alimentaria del padre afín.....117

5.5. Sobre la patria potestad 120

5.6. Sobre el derecho a la protección de la familia.....123

5.7. Validación de hipótesis 125

VI. CONCLUSIONES 132-133

VII. RECOMENDACIONES..... 134-135

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 136-144

ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA 145

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

RESUMEN

La presente tesis tuvo por finalidad analizar los fundamentos para hacer extensibles las obligaciones alimentarias respecto de los denominados hijos afines surgidos de las familias ensambladas en la legislación civil peruana, para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático y, por su naturaleza, fue cualitativa. Se empleó la técnica documental de análisis de contenido, teoría de triangulación de teorías y la argumentación jurídica. Se tuvo como resultado que la legislación peruana no regula en forma expresa sobre las familias ensambladas, pero la falta de dicha regulación no implica que no posean protección constitucional y legal; por ello, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes números 09332-2006-PA/TC, 5039-2011, 4493-2008-PA/TC, y TC 01204-2017-PA/TC, ha llegado a definir la nueva estructura familiar, concluyendo que la Constitución Política de 1993 no define un único modelo de familia y que el reconocimiento del principio de protección familiar, identidad e igualdad en las relaciones de familia, deberían interpretarse en sentido amplio independientemente de su estructura (familias ensambladas, monoparentales, etc.) y origen (matrimonial o convivencial), para que se puedan dictar normas que regulen los derechos en las familias ensambladas, que alienten la responsabilidad y cooperación de los padres afines en el cuidado de los hijos de su cónyuge, justificando la extensión de la obligación alimentaria del padre afín, patria potestad y protección familiar en las familias ensambladas en el Perú.

Palabras claves: Familias ensambladas, Padres, afines, Hijos afines, Oobligaciones alimentarias, patria potestad, protección familiar, legislación civil.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

ABSTRACT

The purpose of this thesis was to analyze the foundations for extending the maintenance obligations regarding the so-called related children arising from the families assembled in the Peruvian civil legislation; for which a dogmatic legal investigation was carried out and by its nature was qualitative; documentary technique, content analysis, theory triangulation theory and legal argumentation were used. The result was that Peruvian legislation does not expressly regulate assembled families, but the lack of such regulation does not imply that they do not have constitutional and legal protection, therefore, the Constitutional Court, in the judgments in Files 09332 -2006-PA / TC, 5039-2011, 4493-2008-PA / TC, and TC 01204-2017-PA / TC; in which he has come to define the new family structure. Concluding that the 1993 Political Constitution does not define a single family model and that recognition of the principle of family protection, identity and equality in family relations, should be interpreted broadly, regardless of their structure (assembled, single-parent families, etc.) and origin (marital or cohabitation), so that rules can be dictated that regulate the rights in the assembled families, that encourage the responsibility and cooperation of the related parents in the care of the children of their spouse, justifying the extension of the obligation food of the related parent, parental authority, family protection in assembled families in Peru.

Key words: Assembled families, Parents, related, Related children, Food obligations, parental authority, family protection, civil legislation.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

I. INTRODUCCIÓN

Es una evidente realidad en nuestros días que el surgimiento del paradigma jurídico Neoconstitucionalista ha marcado un hito en los lineamientos para las constituciones, trayendo consigo cambios fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, significando ello reconocimiento de nuevos derechos y su jerarquización interna, además produciendo una transformación a nivel de fuentes normativas y de impacto directo en nuestro sistema jurídico, especialmente en lo que atañe al derecho de familia que nos convoca.

Prieto Sanchis, al hablar de este fenómeno de nuevo constitucionalismo, hace referencia a la crisis de la ley, la cual ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del derecho y, a su juicio, sería la crisis de la teoría positivista forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del derecho. Este autor considera que estaríamos en presencia de una nueva teoría del Derecho, y uno de los rasgos sobresalientes de dicha teoría es la omnipresencia de la constitución, que implica que los postulados constitucionales sobrevuelan todo el ordenamiento jurídico y se entrelazan en forma transversal inundando de sus contenidos a todo el sistema de fuentes en su origen y en su aplicación.

Esa exigencia garantista de derechos fundamentales —consagrados a nivel sistémico— hace que se hable de la omnipresencia judicial, y esto es porque la constitución ya no se limita a una función ordenadora de las fuentes del derecho y ni siquiera a señalar tibiamente algunos derechos sustanciales, sino que impregna

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

de sus principios, valores y directrices a los poderes instituidos, entre ellos a toda decisión legislativa y reglamentaria, limitando la autonomía del legislador para interpretar los postulados constitucionales.

De allí que en todo conflicto en el que se interprete un precepto jurídico, van a estar, en definitiva, en pugna postulados constitucionales, lo cual conduce a que el operador judicial deba tener siempre en cuenta al texto normativo como pauta fundamental al impartir justicia, sumando a ello el ingreso de principios constitucionalmente valorizados.

Siendo un fenómeno que excede lo doméstico y que integra una corriente con alcances supranacionales, las constituciones latinoamericanas comenzaron a reconocer una serie de principios, reglas y obligaciones aplicables directamente a las relaciones de familia. Entre otros, reconocieron principios como la protección integral de la familia, los derechos y deberes de los padres para con los niños, la igualdad entre hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio y el interés superior del hijo afín.

Algunas constituciones reconocieron, además, los derechos de los padres a elegir la educación de sus hijos, así como la inviolabilidad del hogar y la intimidad de la vida familiar. Otros textos omitieron estos derechos específicos para los padres y consagraron, en cambio, el derecho de los niños a vivir libres de abuso y violencia.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En consecuencia, esta nueva forma de ver y entender el derecho, aunado a los diversos factores que ha generado el fenómeno de la globalización, han influido, si no es directamente al menos sí de modo indirecto, en la concepción heredada de familia tradicional —pareja heterosexual, con hijos y con roles definidos— frente a otras estructuras familiares contemporáneas, dando lugar al nacimiento de nuevas estructuras familiares que requieren ser reguladas, sobre todo con el fin de dar protección integral a quienes conforman la familia y a las relaciones entre sus miembros.

En tal sentido, el análisis de la realidad sociofamiliar en el país está sujeto a dos elementos contradictorios y paralelos entre sí; de este modo, es posible ejecutar una evaluación a las instituciones familiares conforme al Código Civil y a los artículos de alcance constitucional y procesal vinculadas (i), como también es posible ejecutar una evaluación sociológica que registra un ámbito no descrito en el ámbito normativo (ii) (Bermúdez, 2012, p. 69).

Referencia sumamente grave en el ámbito de la evaluación de derechos, especialmente en el ámbito jurisdiccional, por cuanto en dicho contexto no se han tomado en cuenta las referencias de progresividad e inalienabilidad de los Derechos Humanos, hecho que si bien es rectificado por el Tribunal Constitucional, detalla la deficiente acción del Poder Judicial.

Por otro lado, la familia no es una noción caduca e inerte; por el contrario, es una institución dinámica y vivaz que se modifica y se reinventa constantemente,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

producto de ello es el surgimiento de las familias ensambladas o reconstituidas, las cuales están reconocidas en nuestro medio vía jurisprudencial.

A ello debemos agregar que el carácter normativo que adquiere la constitución en el paradigma jurídico neconsotitucioanlesta, obliga a realizar -como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el caso Lizama Puelles- interpretaciones extensivas y amplias sobre los derechos fundamentales, quedando proscritas o vetadas las interpretaciones restrictivas, limitativas y literales sobre los contenidos constitucionales De ahí que toda interpretación que se haga sobre el derecho de familia como contenido constitucional, debe interpretarse, en consecuencia, bajo los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional.

Toda norma relacionada al derecho de familia, debe interpretarse además acorde o conforme a la constitución y otorgar contenidos constitucionales a la ley; es decir, hacer una interpretación constitucional de la ley. Por otro lado, ante la falta de regulación por parte de nuestro derecho positivo, no constituye un impedimento para que los jueces, al momento de resolver una causa relacionada con este modelo familiar, no puedan dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, tal como se encuentra prescrito en nuestra Constitución en el inciso 8 de su artículo 139.

Es así que, a falta de regulación legal en la delimitación de las familias ensambladas, de su estructura y de sus derechos, el juez adquiere un rol importante, pues deja de ser un juez inerte, formalista o legalista, para convertir en un juez

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

dinámico y principista, para lo cual, apoyándose primordialmente en principios de la constitución, deberá resolver no solo los problemas de este tipo de familia, sino todo problema jurídico que se le presente por ser el neoconstitucionalismo el paradigma jurídico vigente de nuestra cultura jurídica.

Para alcanzar los objetivos propuestos en la presente investigación, se plantearon los siguientes problemas: General: ¿Cuáles son las razones jurídicas para justificar la protección constitucional sobre la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú?, y como específicos: ¿Cuál es la influencia del paradigma jurídico neoconstitucionalismo en la configuración actual del derecho de familia en el Perú?, ¿Por qué las familias ensambladas deben de gozar de una protección constitucional en sus derechos?, ¿Cuáles son los derechos extensibles a las familias ensambladas que deben gozar de una protección constitucional? y ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial del Tribunal constitucional respecto a la extensión de los derechos en las familias ensambladas?

En dicho contexto y bajo los argumentos expuestos introductoriamente de acuerdo al modelo teórico a seguir en la investigación, el trabajo ha sido elaborado de la siguiente manera:

La introducción explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos. Asimismo, incluye la hipótesis de investigación, la cual sirvió de guía y orientación en la misma, y las variables que permitieron

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego se desarrolló el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación, así como el trabajo de investigación, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales.

Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología**, la cual involucró: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, los instrumentos de recolección de la información y, finalmente, el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

Luego se presentan los resultados. Por la naturaleza de la investigación relacionada a los aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, se determinan las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales sobre el problema de investigación planteado.

En seguida se procedió con la discusión, empleándose diversos métodos jurídicos donde se evaluó los aspectos legales de los problemas planteados. Luego se procedió a realizar la apreciación crítica y los cuestionamientos de los mismos.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Por último, se incluyen las conclusiones a las que se han arribado, las recomendaciones del caso y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

1.1. Objetivos

Objetivo general

Analizar las razones jurídicas que justifican la protección constitucional de la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú.

Objetivos específicos

a) Determinar la influencia del paradigma jurídico neoconstitucionalismo en la configuración actual del derecho de familia en el Perú.
b) Explicar las razones porqué las familias ensambladas deben de gozar de una protección constitucional en sus derechos.
c) Describir los derechos extensibles a las familias ensambladas que deben gozar de una protección constitucional. Analizar los alcances del tratamiento jurisprudencial del TC respecto a la extensión de los derechos en las familias ensambladas.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

1.2. Hipótesis

La constitucionalización del derecho de familia y el reconocimiento de principios como la protección, identidad e igualdad en las relaciones de familia, constituyen los fundamentos jurídicos para justificar la protección constitucional sobre la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú.

1.3. Variables

- **Variable Independiente:**

  Protección constitucional de las familias ensambladas

  Indicadores:

  - ✓ Neoconstitucionalismo
  - ✓ Fuerza normativa de la constitución
  - ✓ Contenido esencial de los derechos
  - ✓ Principios constitucionales del derecho de familia
  - ✓ Nueva estructura familiar
  - ✓ Prolongación de los vínculos familiares

- **Variable Dependiente**:

  Extensión de los derechos en las familias ensambladas

  Indicadores:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- ✓ Alimentos
- ✓ Trabajo
- ✓ Patria potestad
- ✓ Alcances de la regulación normativa
- ✓ Jurisprudencia del PJ
- ✓ Jurisprudencia del TC
- ✓ Jurisprudencia de la CIDH

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Locales

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM, se ha podido encontrar los siguientes trabajos de investigación:

Rocio Victoria TARAZONA LEÓN (2018). "El paradigma del neoconstitucionalismo y su influencia en la protección constitucional de la familia en el Perú". Tesis para optar el grado de maestro en Derecho, mención Derecho Civil y Comercial - Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz. La presente investigación tuvo por finalidad determinar cómo el paradigma del neoconstitucionalismo viene influyendo en la configuración de la protección constitucional de la familia en el Perú. Se tuvo como resultado que la protección de la familia a nivel nacional e internacional no solo está destinada para el tipo de familia que tiene como fuente de constitución el matrimonio, sino para todo tipo de familias, sin importar el origen de estas, su condición, ni la calidad de sus integrantes; concluyendo que la dinámica de "constitucionalización" e "internacionalización" de los ordenamientos jurídicos, ha incidido directa y profundamente en la configuración del derecho de familia al imponer una relectura del concepto de familia y de las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales, donde los ordenamientos jurídicos -aunque con diferentes matices-

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

han pasado: i) de un modelo de familia “totalizante” a otro más “democrático”, donde se trata de conciliar el interés familiar con el interés personal de sus integrantes, y ii) de un modelo “único” de familia al reconocimiento de una “pluralidad” de modelos familiares, todos ellos dignos de igual tutela.

Omer Frei VILLAJUAN CANO (2018). “Incidencias del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú”. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho, mención Derecho Civil y Comercial - Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz. La presente investigación tuvo por finalidad determinar cómo viene incidiendo el derecho internacional de los derechos humanos en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú. Se tuvo como resultado que el CC debe adecuar su articulado a una serie de temas muy novedosos y reflejo de los cambios que vivimos en la actualidad, a fin de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, la fertilización in vitro y la adopción de menores por parejas homosexuales, los cuales sido acogidos amparados en la autonomía de la voluntad, la igualdad y la no discriminación dentro del marco de los Derechos Humanos. Concluyendo que el DIDH viene incidiendo positiva y directamente en la nueva configuración del derecho de familia en el Perú, como consecuencia del desarrollo jurisprudencial del derecho a la igualdad, libertad y al libre desarrollo de la personalidad, lo cual está generando cambios en las instituciones del derecho de familia.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Karina MANRIQUE GAMARRA (2011), titulado: “La unión de hecho y sus problemas de carácter patrimonial y extrapatrimonial en el Ordenamiento Jurídico Peruano, periodo 2008-2010”, tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Civil y Comercial - Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz. La autora plantea que hasta la fecha no ha habido, de parte del legislador, mayor preocupación por una regulación amplia y detallada respecto de la familia no matrimonial, y, pese a la pobreza del Código civil, nada se ha dicho sobre la necesidad de redefinir los escasos efectos que se reconocen a las parejas no casadas, las cuales día a día cobran mayores espacios en la realidad social. Por otro lado, explica los problemas patrimoniales y extrapatrimoniales que origina la unión de hecho y que aún no han sido resueltos por nuestro ordenamiento jurídico, pues las parejas convivenciales no se encuentran debidamente protegidas, y plantea algunas modificaciones a la forma como se viene regulando las uniones de hecho.

Jannel ANDRADE ORTIZ (2013), titulado: “La exclusión de los concubinos de los derechos hereditarios en las uniones de hecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano-2011”, tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Civil y Comercial - Universidad Nacional de Ancash Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz. La autora plantea que la unión de hecho, en nuestros días, constituye una realidad apremiante, cuyas implicancias jurídicas generan efectos personales y patrimoniales en las personas que optaron por convivir, debiendo ser reguladas en toda su dimensión. También advierte que el matrimonio se encuentra en una mayor consideración respecto de esta, colocándose en desventaja a la familia que nace de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

dicha unión de hecho al no reconocerse a los mismos acceder en iguales condiciones a los efectos personales y patrimoniales que surgen de él, en consonancia con el mandato de protección constitucional descrito. Por último, advierte empirismos normativos en el Art. 326 del Código Civil, por parte de los responsables al no reconocer derechos hereditarios en las uniones de hecho, ocasionado por desconocimiento de los conceptos básicos relacionados tanto con el Derecho de Familia como con el Derecho de Sucesiones.

Nacionales

Jacquelyn Marissa CALDERÓN PÉREZ. (2015). "El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas". Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. La investigación en mención se ha elaborado con el fin de determinar la necesidad de regular la patria potestad a favor de los padres afines cuando uno de los progenitores falleció, lo cual garantiza el interés superior del niño y fortalece a la familia ensamblada. Para ello, se analiza el origen y características de la familia ensamblada, organización familiar común y representativa en nuestra realidad social actual, identificando las funciones y responsabilidades que, de forma espontánea, pública y frecuente, asumen el padre o madre afín respecto de su hijo/a afín conjuntamente con la madre o padre biológico. Se reconoce la responsabilidad de Estado Peruano frente a esta problemática al no establecer normas jurídicas que amparen a este tipo de estructuras familiares propiciando un clima de inseguridad y ambigüedad

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

intrafamiliar, debido a que los roles que desempeñan los padres afines no están expresamente establecidos en la ley. Es por ello que, con la presente investigación se determina la necesidad de regular jurídicamente el ejercicio de la patria potestad en la familia ensamblada, lo cual contribuirá a esclarecer cuáles son las atribuciones y obligaciones de los padres afines y, con ello, lograr mayor estabilidad y seguridad en este tipo de estructuras familiares y, por ende, garantizar el interés superior de los niños y adolescentes que se desarrollan en ellas.

Gustavo ADOLFO GONZALEZ REQUE (2015). "La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el Código Civil". Tesis para optar el título profesional de Abogado. Facultad de Derecho - Universidad Señor de Sipán, Chiclayo. Esta investigación busca analizar específicamente la estructura, funcionamiento y relaciones interpersonales de las familias ensambladas, pues estas familias, como todas las demás, independientemente de su constitución, son la base para el desarrollo psicológico, biológico y social de los niños y adolescentes. Asimismo, busca señalar criterios doctrinarios y jurídicos asociados al ejercicio de la paternidad contemporánea que potencien en la dinámica interaccional de la familia post-separación conyugal y la construcción de un paradigma de familia ensamblada. De otro lado, la situación de la familia en el Ordenamiento Nacional que proteja los derechos y garantía de tanto los hijos afines como de los padres afines y la ausencia de una normativa adecuada, justifican la realización de este trabajo investigativo. Metodología: Se desarrolló bajo la modalidad de investigación documental,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

utilizando como técnica la observación documental y la técnica del fichaje aplicado a los documentos que, como libros, expedientes, leyes, entre otros, se analizaron a fin de cumplir con los objetivos.

Internacionales

Martha Isabel, DEL CISNE ONTANEDA ANDRADE (2015) "Necesidad de incorporar al código civil ecuatoriano en el régimen familiar, a la familia emplazada y a sus distintas variables: ensamblada por nuevo matrimonio y la relación entre los cónyuges, padres e hijos del nuevo matrimonio, por unión libre posterior al divorcio y la relación entre los concubinos, los padres e hijos afines". Tesis para obtener el grado de licenciada en Derecho - Universidad de Loja, Ecuador. En dicha tesis se llegó a las siguientes conclusiones: La existencia de las familias ensambladas, como nuevas formas de organización, y estructura del núcleo de la vida familiar, distinta a la forma tradicional. En la misma justifica que se realicen nuevas propuestas que puedan ser incorporadas a nuestro actual ordenamiento, tanto para fortalecer como para contribuir a una protección jurídica integral y cubrir así los vacíos legales. La inexistencia de la figura jurídica de la familia ensamblada en la legislación ecuatoriana genera inestabilidad jurídica a esta institución y a sus miembros.

Julia, GAITAN (2012). "Familias Ensambladas". Tesis para obtener el título de abogada - Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba - Argentina, en el cual desarrolló un amplio trabajo de investigación en la realidad y legislación de Argentina; llegando a las siguientes conclusiones: Entre los nuevos modelos

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

familiares que nos presenta la realidad actual encontramos a la familia ensamblada. Si tenemos en cuenta la magnitud de los hogares ensamblados y la circunstancia de que en estos hogares crecen y se forman muchos niños y adolescentes, es muy importante su consideración legal. El estado debe pensar los modos en que puede cooperar para que estos núcleos sean un lugar de desarrollo sano para los niños que allí crecen y se educan, para, de este modo, lograr la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes, consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño. Hay que dejar de lado la mirada egoísta de que el niño solo puede tener dos personas como referentes afectivos principales (madre y padre), y darles un lugar en el espacio jurídico a aquellas personas que también coadyuvan a la crianza, educación, alimentación, afecto y contención del niño; teniendo por sobre todo el principio rector del interés superior del niño. El derecho debe crear un espacio propio para el padre o madre afín en el ámbito familiar que le permita expresar sus sentimientos, le acuerde facultades para colaborar en el cuidado del hijo afín y le dé el reconocimiento necesario, tanto en el orden privado como frente a la sociedad. Ayudando de este modo a minimizar los conflictos y favoreciendo la estabilidad familiar.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El paradigma Neoconstitucionalista

Según Robles (2016) respecto al paradigma, la incorporación de la noción de la misma en el ámbito de la ciencia ha generado un verdadero impacto en las

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

concepciones del mundo de las denominadas ciencias sociales, y, en especial, del Derecho. En ese sentido, la visión paradigmática de las disciplinas sociales ha estimulado la visión crítica de nuestras instituciones, de tal forma que ahora se puede afirmar que su característica fundamental es naturaleza paradigmática, en el caso del Derecho se puede hablar de paradigmas desde el punto de vista general cuando son concepciones compartidas por toda una comunidad de juristas y paradigmas desde el punto de vista especial cuando se trata de modelos aplicables a campos concretos de la actividad jurídica.

Por ello, Kuhn se refiere al paradigma como "realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica" y que puede ser entendido como "una sólida red de compromisos-conceptuales, teóricos, instrumentales y metafísicos" que proporcionan una serie de modelos de los cuales surgen tradiciones especialmente coherentes de investigación" (Kuhn, 1996, p. 13).

Por su parte, Andrade, Neilem (2016) considera que el paradigma puede ser definido como un canon general o específico, un arquetipo que cuenta con el respaldo de los juristas de una época, y que cambia de acuerdo a los contextos históricos, así se tiene viejos y nuevos paradigmas.

Una vez establecido el papel que juegan los paradigmas en la ciencia en general y en la ciencia jurídica en específico, nos vamos a referir a este nuevo paradigma surgido en el derecho, denominado como: "Neoconstitucionalismo".

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Carbonell, refiere que el neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del Estado de derecho que parte del constitucionalismo, "cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen a hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales" (2007, p. 12).

De acuerdo a Carbonell (2007, pp. 9-11) considera que:

> Lo que hoy denominamos neoconstitucionalismo se encuentra asociado primeramente al surgimiento de un conjunto de textos que surgen luego de la segunda guerra mundial y, especialmente, en los años setenta del siglo XX, que contienen un conjunto de normas que ya no se limitan a determinar la estructura del Estado y las competencias de los poderes, sino a establecer pautas de carácter sustantivos que instituyen fines y valores (derechos fundamentales), que condicionan y que, en ocasiones, limitan el ejercicio del poder al interior del Estado. Además de lo anterior, y como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales y su efecto irradiador sobre el resto del ordenamiento jurídico, el neoconstitucionalismo se liga usualmente a la modificación que se ha operado en los parámetros interpretativos y la forma como justifican las decisiones judiciales los tribunales y cortes constitucionales, en los que ahora entra a jugar un papel fundamental la ponderación de valores y principios. Finalmente, el

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

neoconstitucionalismo se relaciona con un conjunto de "desarrollos teóricos novedosos" que reflexionan sobre los dos fenómenos anteriores, no sólo para describirlo (análisis), sino también para contribuir a su desarrollo (crearlo) y al de los autores reconocidos que participan.

Por su parte Ferrajoli (2007, pp.71-72) sostiene que:

> (…) por "constitucionalismo" debe entenderse un nuevo modelo de derecho y democracia, materializado en el nuevo paradigma del "Estado constitucional de derecho" como superación del "Estado legislativo de derecho", que se caracteriza por la existencia de un sistema de vínculos sustanciales de los poderes públicos a los principios y derechos fundamentales, establecidos en constituciones que surgen en la segunda posguerra, que establecen límites al legislador y a las mayorías políticas contingentes. El constitucionalismo, según Ferrajoli, representa el paso del Estado de Derecho al estado Constitucional de Derecho en el que no hay lugar a poderes soberanos, pues todos se hallan sometidos a la Ley y la Constitución y, en especial, a los derechos fundamentales que deben ser garantizados. Desde esta perspectiva, el garantismo constituye la otra cara del constitucionalismo, en cuanto se interesa por proponer técnicas de garantías idóneas para asegurar la eficacia de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En ese contexto, de acuerdo a Grandez (2007) el fenómeno del neoconstitucionalismo se presenta:

> como un nuevo paradigma en el Derecho, que puede entenderse ya como una ideología jurídica de finales del siglo XX y que entra al siglo XXI como una verdadera promesa para la Teoría del Derecho, pero no sólo para la teoría, sino para la acción práctica que está llamada a cumplir el Derecho en las sociedades contemporáneas (…) Es, sin duda la revolución teórica y práctica más importante que vive el derecho continental europeo, que está reelaborando su concepción de Ley y de Derecho, con una construcción de acuerdos con vinculaciones desde el Derecho, pero no son elaboraciones de Códigos o leyes, sino más bien de acuerdos y de sentencias de los Tribunales que construyen un Derecho sobre la base de los textos de estos acuerdos y de la integración de diversos sistemas jurídicos. Constituyéndose el parlamento europeo, en esta ideología en más un espacio de negociación política que de verdaderas decisiones, pues el espacio de decisiones ya no está más en manos de legisladores, sino de jueces (2007, pp. 11-12).

En consecuencia, el neoconstitucionalismo deja de lado al positivismo, en el sentido que exige la superación del positivismo jurídico y del formalismo procesal mediante la efectivización de la Constitución, en la expansión de la jurisdicción

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

constitucional, siendo uno de sus medios la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional.

En suma, como lo afirma Figueroa Gutarra ((2010, pp. 43-57) denota un activismo interpretativo que resulta hoy protagonista en el Estado constitucional, confiriendo prevalencia al juez constitucional, asignándole al mismo la aplicación de más principios que reglas e inclusive proyectando lo que viene a denominarse ya la irrupción en el ámbito de lo jurídico, del Estado jurisdiccional

Ante ello, afirma Luis Prieto Sanchís que el neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo "son expresiones que sirven para aludir a distintos aspectos de una nueva cultura jurídica, los mismos que pueden ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad" (2009, p. 101).

Respecto, a los **principales aspectos del neoconstitucionalismo,** Paolo Comanducci expresa:

> (…) a fin de evitar ambigüedades en el análisis que me propongo cumplir, el doble significado vehiculado por los términos "constitucionalismo" y "neoconstitucionalismo". Designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción, designan en cambio algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción, "constitucionalismo" y "neoconstitucionalismo" designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente de- terminado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales (Comanducci, 2009, p.75).

En consecuencia, para ubicar los aspectos del neoconstitucionalismo, debemos tener en cuenta, lo expresado precedentemente por Comanducci (Ibid., p. 83), quien identifica dos aspectos fundamentales del mismo:

1.- Como conocimiento, el neoconstitucionalismo puede analizarse en tanto que teoría, metodología y también tiene un aspecto ideológico. Presupone de forma normativa cómo debe ser el modelo constitucional.

2.- Como práctica constitucional, refleja el funcionamiento de unos sistemas jurídico políticos que satisfacen en mayor o menor medida; es decir, de forma relativa las descripciones del neoconstitucionalismo como teoría y sus requisitos como ideología. Es el análisis crítico de una práctica que realiza parcialmente el modelo neoconstitucional.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Agrega Comanducci que, como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo aspira a describir los logros de la constitucionalización del orden jurídico. Para ello reconstruye un modelo de sistema jurídico resultante de la profundización de dicho proceso de constitucionalización; es decir, de regulación y racionalización jurídica del poder político, social y la administración estatal, caracterizado por las siguientes notas distintivas (Ibidem):

a. La constitución dirigente e "invasora". La constitución es la fuerza de imperatividad normativa, el conjunto de normas supremas de conducta dirigidas a los órganos de poder del estado (competencias) y a las personas (derechos y obligaciones). Se trata de acentuar lo que en materia de principios de derecho constitucional se llama la supremacía constitucional (es decir, la ubicación en el punto de mayor jerarquía de la pirámide jurídica reservada a las normas de rango constitucional.

b. La positivización de un catálogo de derechos fundamentales y garantías en el nivel constitucional y en conexión con el derecho internacional universal y regional de los derechos humanos. Para el neoconstitucionalismo, la máxima jerarquía normativa de los derechos es una de sus mayores garantías a la hora de juzgar la validez de las normas inferiores.

c. La distinción entre principios y reglas. La constitución contiene no sólo reglas (normas jurídicas en una terminología tradicional), sino también principios

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

(Ferrajoli, y Ruiz, 2004), y en las versiones del neoconstitucionalismo que enfatizan más la conexión entre derecho y moral valores.

d. Las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación legal. Esa realidad en conexión histórico-cultural, plena de principios y valores que es la constitución, impacta sobre la actividad interpretativa del ordenamiento jurídico que no puede entenderse válido ni pretender ser completo si no concreta en sus distintos niveles de creación-aplicación el mandato constitucional. De ahí que muchos autores neoconstitucionalistas compartan la idea de la legitimidad de la actividad de los jueces al interpretar y aplicar la constitución, pese a ser un poder contra mayoritario.

De esta forma, la teoría neoconstitucionalista se presenta como alternativa a la teoría iuspositivista tradicional que ya no reflejaría la situación real de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Este deslizamiento, se produce al menos en tres aspectos de la teoría positivista: el estatalismo, el legicentrismo, y el formalismo interpretativo.

El estatalismo porque el estado aparece racionalizado y vinculado jurídicamente por el derecho de los derechos humanos a nivel constitucional e internacional. El estado ya no sería el máximo enunciador normativo. Como lo explica Gil Domínguez, “como mínimo, la constitución crea un referente indisponible de legitimidad para el ejercicio del poder político” (2005, p. 13).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

El legicentrismo porque la ley como fuente privilegiada del derecho cede ante la fuerza normativa de la constitución (superley), y ante los compromisos de derecho internacional universales y regionales que los estados asumen al ratificar y obligarse por tratados internacionales de derechos humanos.

> El formalismo interpretativo, porque ya no cabe hacer una interpretación solamente formal de las leyes y las normas inferiores, es decir que se presume su validez si han sido creadas por el procedimiento y órgano correcto, sino que ahora hay que pasar todas las normas jurídicas por un test de constitucionalidad que exige parámetros de validez sustancial (contenidos) y no sólo formal. De forma tal que de la interpretación concebida como una mera fórmula de determinación textual proveniente de una voluntad unívoca y homogénea (la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como una combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho (Gil, 2004, p. 14).

2.2.2. Constitucionalización del derecho

Según Robles (2016) una de las consecuencias que ha generado el surgimiento del paradigma jurídico Neoconstitucionalista es el fenómeno de la constitucionalización del Derecho o del ordenamiento jurídico, que ha generado un cambio en la concepción de la constitución, de una concepción formalista y política se ha dado paso a una concepción material y jurídica.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Por su parte Landa (2013), considera que el actual proceso de constitucionalización del derecho:

> (…) hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del Estado de derecho, basado en el principio de legalidad y del rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico. En ese momento en el desarrollo y configuración del Estado de derecho, la Constitución no era entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional (p. 14).

De esta forma, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho. Actualmente, de la Constitución emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados (Guastini, 2007, p. 23 y Pérez, 1985, p. 27)., lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez (Ferrajoli, 2005, pp. 13 y Atienza, 2007, pp. 113 y ss).

En tal sentido, se ha señalado que «si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

producción, sino también fuente del derecho sin más» (De Otto, 1998, p. 76). Por tanto, la Constitución es considerada la norma normarum —la norma de creación de las normas— y la lex legis —la ley suprema—, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general (Hesse, 2016, p. 14), es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado.

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico nacional —dinámico y vital— presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del derecho (Aguiló, 2004, pp. 55-62), se plantean algunas reflexiones sobre la impronta de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en las distintas áreas del derecho.

En este sentido, en la actualidad se nota de forma evidente un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Guatiní (2013). nos señala que hay al menos siete condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico:

(i) **Una constitución rígida.** En el caso peruano estamos frente a una constitución rígida al señalar que su modificación se establece un procedimiento agravado al de la reforma de las leyes (artículo 206° de la Constitución).

(ii) **La garantía jurisdiccional de la Constitución**. En el ordenamiento jurídico peruano el control jurisdiccional de conformidad de las leyes

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

con la constitución se establece en los arts. 201°-205°, el mismo que está atribuido al Tribunal Constitucional.

(iii) **La fuerza vinculante de la Constitución**. Lo señalado en la parte anterior implicaría que las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional, que atañen la supremacía de la Constitución (artículo 51°), la conformidad de las leyes a los principios y valores constitucionales, así como el desarrollo del contenido de esos principios. Además, en ese sentido el Tribunal Constitucional, como mandato constitucional mediante sentencias interpretativas ha producido normas jurídicas ante la omisión de la Función Legislativa.

(iv) **La "sobre interpretación" de la Constitución.** Para lo cual se debe hacer una interpretación amplia, extensiva, la más favorable y nos restrictiva, literal, ni mecánica.

(v) **La interpretación conforme de las leyes**. En el caso peruano la interpretación adecuadora se realiza por el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la constitución.

(vi) **La aplicación directa de las normas constitucionales.** En el art. 38° se establece que todos tienen la obligación de defender la constitución; en consecuencia, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, deberán aplicar directamente las normas constitucionales, por su carácter normativo que posee.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

(vii) **La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.** Dentro de esta condición podemos encontrar en el control del Tribunal Constitucional sobre la discrecionalidad política del legislador, se puede señalar como ejemplo la aplicación del método denominado "ponderación" de principios constitucionales.

Finalmente agrega Guatiní (2013) en que el proceso de constitucionalización los principios juegan un papel determinante en el proceso de interpretación. En este sentido, en especial los principios expresos son utilizados en primer lugar para para justificar una interpretación "adecuadora" con el fin de resolver antinomias, para obtener así un ordenamiento generalmente coherente. Por ejemplo, supongamos que una disposición admita dos interpretaciones contradictorias; en el caso de que la norma 1 está conforme a un principio y la norma sea opuesta, se deberá elegir la primera por cuanto esta se adecua al principio y con ello se garantiza un ordenamiento coherente.

2.2.3. La constitucionalización del derecho de familia

Impulsadas por una ola de reformas constitucionales en la década de 1990 (Brasil, 1988, Colombia, 1991, Perú, 1993, Argentina, 1994 entre otros), las constituciones latinoamericanas comenzaron a reconocer una serie de principios, reglas y obligaciones aplicables directamente a las relaciones de familia.

Entre otros, reconocieron principios como la protección integral de la familia, los derechos y deberes de los padres para con los niños, y la igualdad entre hijos

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio. Algunas constituciones reconocieron, además, los derechos de los padres a elegir la educación de sus hijos, así como la inviolabilidad del hogar y la intimidad de la vida familiar. Otros textos omitieron estos derechos específicos para los padres y consagraron, en cambio, el derecho de los niños a vivir libres de abuso y violencia.

Estas normas crearon un panorama según Herrera (2011, pp. 85-94) de tres modelos de concepciones constitucionales de familia:

> a) un modelo restrictivo (de familias "naturales", en que solo hombres y mujeres son reconocidos como aptos para contraer entre sí matrimonio o entrar en relaciones civiles de facto) (Art. 112 de la Constitución de Honduras); b) un modelo intermedio (donde la Constitución entrega protección a todas las formas de familia, pero solo reconoce el matrimonio entre un hombre y una mujer) (Art. 226 de la Constitución de Brasil y art. 67 de la Constitución de Ecuador), y c) un modelo amplio, donde la Constitución establece un mandato amplio de protección integral de la familia, manteniendo espacio para todos los tipos de familia, matrimonio o relaciones civiles (Art. 14 bis de la Constitución Federal Argentina, articulo 4 de la Constitución Peruana).

De acuerdo a Espejo y Lathrop (2019) estas reformas constitucionales han sido complementadas por leyes que buscan responder a cambios en la estructura, composición y expectativas de los miembros de la familia, reformas en materia de divorcio, reconocimiento de uniones consensuadas o parejas de hecho, matrimonio

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

entre personas del mismo sexo, custodia compartida de los hijos, restricción de castigos corporales contra niños y la obligación legal de satisfacer su interés superior en cualquier procedimiento. Aunque distintas en su naturaleza y alcance, estas reformas han impulsado también el surgimiento de nuevos debates académicos, particularmente aquellos dirigidos a integrar un enfoque de derechos humanos en las relaciones de familia.

Como consecuencia de lo señalado, una parte creciente de la doctrina ha comenzado a prestar atención al análisis de las formas en que tales constituciones definen y regulan la vida familiar, así como de las implicaciones de ellas en los derechos constitucionales de los miembros de la familia (Bidart, 1998, pp. 16-22; Chávez, 1998 y Gil, 2006).

Inspirados en la "constitucionalización del derecho", especialistas del derecho de familia y del derecho de la infancia han comenzado a incorporar un análisis dogmático que se relaciona directamente con principios, reglas y precedentes (Benavides y Picado, 2010, Landa, 2018). Algunos autores han comenzado a desafiar los fundamentos dogmáticos que justificaron la regulación de la vida familiar en los términos de una concepción orgánica de la familia y un reconocimiento desigual de los derechos individuales de todos sus miembros (particularmente, mujeres y niños).

Así, hay trabajos que destacan el impacto de las reformas constitucionales en la regulación de las familias en el derecho civil y de familia (Zannoni, 1998 y De la Fuente, 2012), así como otros que se centran en el impacto primario del derecho

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

internacional de los derechos humanos (ampliamente incorporado en las constituciones latinoamericanas) sobre el derecho de familia. Asimismo, algunos autores ahondan en la transformación de la base biológica de la paternidad, asunto particularmente importante para la determinación de la responsabilidad parental.

Refieren Espejo y Lathrop (2019) que las inquietudes académicas sobre las transformaciones en la asignación de los derechos de los padres en la región han sido estimuladas, en gran medida, por las uniones o matrimonios de personas del mismo sexo y por las técnicas de reproducción asistida. Basada en la aparición de nuevas configuraciones de familia reconocidas por la ley, así como por el incremento en el uso de tales tecnologías, parte de la doctrina ha sustentado el abandono de la mera paternidad biológica. Adoptando un rumbo similar al de las configuraciones actuales de paternidad en Inglaterra, Gales y el Sistema Europeo de Derechos Humanos, estos autores han recomendado un cambio de la concepción tradicional de paternidad natural/biológica/adoptiva. En el caso de las técnicas de reproducción asistida, dicha situación parece sugerir el reconocimiento de un tipo de paternidad derivada de la voluntad procreacional.

De manera paralela, algunos estudiosos se han enfocado en las transformaciones dogmáticas desarrolladas a propósito de la autonomía de los niños, el ejercicio de sus derechos y la incorporación de su interés superior como la consideración primordial en todos los asuntos que los pudiesen afectar. Estos trabajos van desde un análisis de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la legislación nacional (García-Méndez y Beloff, 1999),

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

pasando por una crítica por parte de las interpretaciones constitucionales prevalecientes sobre la autonomía moral y política de los niños (Lovera y Coddou, 2009, pp. 11-54), hasta el intento de depurar el significado y el uso interpretativo del mejor interés del niño (Lovera, y Coddou, 2009, pp. 11-54).

Sin perjuicio de ciertas diferencias, estos autores han defendido la posición legal y moral que considera a los niños como titulares de derechos y que estos derechos establecen límites a la autoridad estatal y parental; que los niños tienen una autonomía progresiva o dinámica, y que sus voces deben ser escuchadas y consideradas.

Finalmente, en el ámbito de los derechos y deberes parentales, la nueva doctrina del derecho de familia ha proporcionado un apoyo sustancial en las transformaciones tanto legales como jurisprudenciales, entregando una distribución más igualitaria de la crianza de los hijos. En algunos casos se ha enfocado en las justificaciones históricas a favor de la familia orgánica, destacando las relaciones de poder ejercidas por los hombres sobre mujeres y niños (Jaramillo, 2008, pp. 267-361).

En otros casos, la nueva doctrina se ha concentrado en la necesidad de reconocer instituciones legales que podrían fortalecer la corresponsabilidad entre los padres (como la custodia compartida) (Lathrop, 2008); así como en los efectos del divorcio y de la separación en los cónyuges y en los niños (Espejo y Lathrop, 2017).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.4. La familia ensamblada

Martínez, señala que, en la lengua española, al no existir una denominación para este tipo de familia, es preciso crearla, encontrar un término que exprese, de la manera más aproximada, la realidad de esta estructura. Hoy en día para aludir a tales configuraciones acudimos a distintas expresiones que intentan definirlas, como "nuevas familias después del divorcio" o "segundas familias", designación propia del acto jurídico, remedo de las llamadas "segundas nupcias" (Martínez; 2000, p. 34).

Por otro lado, pocos han sido los juristas que han tratado la temática de la familia ensamblada, por lo que la definición de esta ha tenido sus diferencias especialmente en el ámbito psicosocial. En realidad no existe un acuerdo doctrinal sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como: familias ensambladas; reconstruidas; reconstituidas; recompuestas; familias de segundas nupcias o familiastras (Gil, 2006, p. 183).

En ese sentido, Martínez cita la definición de Cecilia Grosman y Silvia Mesterman, para quienes:

> La familia ensamblada es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa. En esta definición se incluyen tanto al núcleo integrado por el

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> progenitor que permanece a cargo de sus hijos de una unión anterior que vuelve a casarse o convivir con una pareja estable, como aquel conformado por el padre que no convive con sus descendientes (Martínez, 2000, p. 35).

Mientras, que para Bastdas, las familias ensambladas o familias reconstruidas:

> […] son las familias resultantes del ulterior matrimonio de personas con hijos de matrimonios anteriores. Se incluye el término de constelaciones familiares y permite la variabilidad en cuanto a la convivencia de los hijos y la existencia o no de hijos biológicos comunes. (Bastidas, 2006, p. 7)

Otros consideran a las familias reconstituidas como "aquellas en las que al menos un hijo pertenece a una unión anterior de uno de los cónyuges" (Street, 2001, p. 10).

Sustanciales contradicciones no existen respecto a la definición de familias ensambladas, por ello podemos decir que son aquellas familias que se ensamblan entre personas que han sido parte de una familia anterior y cuyo matrimonio ha sido extinguido por fallecimiento o divorcio de uno de los cónyuges, al igual que pudo haber existido una unión de hecho anterior de la que se procrearon hijos.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En consecuencia, son personas que constituyen una unión de hecho o un matrimonio, tras la extinción del primero (hoy mayoritariamente por divorcio) formando un nuevo hogar en el que van a convivir con carácter permanente o temporal los hijos (generalmente los de la mujer) con los protagonistas de la nueva pareja. Fruto de esta unión podrán ser los nuevos hijos, a la sazón, medio hermanos de los hijos anteriores de ambos progenitores (Pérez, 2011, p. 80)

Varios países latinoamericanos, como por ejemplo Argentina, importaron la idea de stepfamily (familia adoptiva); aplicando el concepto de que el equivalente en español al prefijo inglés step es el sufijo astro, así que se optó entonces por clasificar a estas familias como familiastras. Entre las etiquetas puestas a esta clase de familia puede encontrarse también la de familias instantáneas, denominadas de esta forma por considerarse que la unidad progenitor-hijo antecede al par marital en las que el adulto llega a conformar una nueva familia con un modelo ya incorporado en la anterior (Contreras, 2006, p. 127).

Nos ilustran con veracidad las palabras de Constanza Street al decir:

> Las familias ensambladas son ¿Un tipo de hogar particular?, ¿Una constelación compleja integrada por múltiples hogares? ¿Un momento en una cadena de transiciones familiares (familia nuclear, familia monoparental, familia nuclear 'recompuesta')? La respuesta más certera es que las familias ensambladas son todo esto simultáneamente. En consecuencia, la ambigüedad de su definición y la

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> inadecuación de las categorías de análisis tradicionales y de los instrumentos habitualmente disponibles permiten entender por qué hasta la fecha, no ha sido posible obtener información válida acerca de las características de este tipo de familias a través de las fuentes que integran el Sistema Estadístico Nacional (estadísticas vitales, censos y encuestas de hogares). (2001, p. 4)

En consecuencia, de acuerdo a lo expresado por García (2011 existe una multiplicidad de términos que sirven para designar a esta clase de familias, entre las cuales tenemos: familias instantáneas, por cuanto la relación progenitor-hijo antecede a la conformación de la nueva familia; familias de segundas nupcias o rematrimoniadas, que ha devenido en desuso ya que no necesariamente son producto de nuevos matrimonios sino también de convivencias; stepfamily (familia adoptiva), cuyo prefijo inglés "step" equivale en español al sufijo "astro", por lo que se habla de "familiastras".

Así, por ejemplo, en Francia se habla de *famille recomposée*, dentro de la cual los hermanos y hermanastros se llaman simplemente hermanos y hermanas y, generalmente, llaman a sus padrastros por el primer nombre. En Italia se utiliza el término *famiglie ricostitute* para describir a la familia en la que uno de los cónyuges o convivientes trae hijos a la nueva relación y *famiglia ricomposta* cuando ambos aportan hijos no comunes, en donde estos llaman a sus padrastros por el primer nombre. En México, se utiliza la expresión de *familia recasada*, y para evitar la

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

connotación negativa de madrastra y padrastro, algunos prefieren la expresión de "la nueva pareja de mamá o papá" (Grosman, 2008).

Habiendo establecido el nomen iuris que más se acomoda a la realidad de esta modalidad familiar, corresponde adoptar una definición y para eso seguimos a Grosman y Mesterman para quienes la familia ensamblada es "la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación anterior" (1989, p. 29).

De este concepto se deduce que las familias ensambladas pueden originarse tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, donde previamente ha existido otro matrimonio, otra unión de hecho o cualquier "relación anterior". Este último supuesto, que puede ser una relación personal o de pareja, deja abierta la posibilidad que previamente a la conformación de este tipo de familias haya existido una familia monoparental, que puede ser producto de la convivencia de un solo progenitor con su hijo o de la filiación por adopción individual o debido a la filiación lograda a través de técnicas de reproducción asistida, por las que una sola persona puede tener un hijo si así lo desea.

Cabría preguntarse si en un futuro cercano podría hablarse de familias ensambladas homoparentales, es decir de familias conformadas por parejas homosexuales que previamente hayan mantenido una relación, ya sea heterosexual u homosexual, es algo que el futuro se encargará de responder.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Y así podríamos enumerar una diversidad de supuestos, lo que ha llevado a Ferry Aredenll (citado por Caso, 2009, p. 94) a identificar hasta veintiséis supuestos distintos en función de su origen y de su composición a partir de las siguientes combinaciones:

- Padre con hijo y mujer sin hijo

- Madre con hijo y padre sin hijo

- Madre y padre con hijos

Si a esta ecuación le añadimos las variantes de hijos comunes, el origen matrimonial o no de los mismos, la filiación biológica o adoptiva, las nuevas nupcias o situación de hecho o incluso el carácter homosexual o heterosexual de la pareja, superamos incluso los veintiséis supuestos aludidos (Vega Mere, s.f.).

Como ya se expresó, estas familias provienen de relaciones anteriores que pueden haber terminado por diversas causas, siendo la más antigua "la que proviene de la muerte de uno de los cónyuges [donde el] viudo o viuda se vuelve a emparejar". Las actuales familias ensambladas tienen su causa más común en el divorcio de los cónyuges o en la simple separación de los concubinos.

En la sociedad peruana actual existe una marcada presencia de esta modalidad, por lo que el concepto de familia merece ser redefinido, fuera de los

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

moldes de la constitución de la familia originada en el matrimonio y formada por la tríada papá, mamá e hijos comunes.

2.2.5. La Familia ensamblada en la Constitución de 1993

Según el Tribunal constitucional peruano, refiere al respecto que:

> Si bien es cierto que nuestra Constitución no ha esbozado una definición de lo que debe entenderse por familia, esto no puede considerarse como un desacierto, por cuanto no podría definirse un instituto que está en constante cambio, en una constante adaptación a la realidad, de la que surgen diversas formas de familias, todas ellas merecedoras de protección estatal y social. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional cuando expresa que "[d]esde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias ensambladas (STC Exp. Nº 9332-2006-PA/TC, fj. 7).

Esta posición se refuerza cuando expresa que "[a] pesar de [la] gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el Texto Constitucional no abona en definir el concepto. Es claro entonces, que [este] no pretendió reconocer un modelo específico de familia" (STC Exp. Nº 6572-2006-PA/TC, fj. 8.)

La Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad pasible de protección por parte de la misma sociedad y el Estado (artículo 4), sin favorecer a la familia nuclear matrimonial, debido a la existencia de otras formas familiares que han surgido debido a los constantes cambios sociales (tolerancia, igualdad de las personas, etc.), económicos (aparición de nuevos sistemas de producción, incorporación de la mujer en el campo laboral, etc.), culturales (nuevas expectativas y aspiraciones de la pareja, etc.), tecnológicos (utilización de técnicas de reproducción asistida), etc.

Así, "sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad" (Ibidem, f. j. 11).

No olvidemos que la familia ensamblada, según el concepto que expresamos anteriormente puede surgir de un matrimonio o de una unión de hecho cuya característica principal es la existencia previa de otro matrimonio o unión de hecho.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Esto nos lleva a afirmar que la familia ensamblada puede surgir de una unión de hecho en donde anteriormente ha existido otra unión de hecho, lo que podría generar una controversia al respecto.

Ante ello, debemos tener en cuenta que la unión de hecho está reconocida en nuestra Constitución (artículo 5) y "[c]on este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia. Asimismo, pasan a ser considerados familia, por consiguiente, merecedora de la protección del Estado" (Ibidem, f. j. 12).

Este supuesto también ha sido previsto por el Colegiado Constitucional al definir a la familia ensamblada como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa" (STC Exp. Nº 9332-2006-PA/TC, f. j. 8).

Ahora, muchos podrían pensar que el Estado, al reconocer a la unión de hecho como una forma de fundar una familia, estaría abdicando a su rol de promoción del matrimonio, establecido en el artículo 4 de la Constitución, lo cual no sería exacto debido a que el matrimonio puede ser promovido a través de políticas públicas que orienten a la sociedad, que simplifiquen su trámite o que reduzcan su costo y no a través de mecanismos que discriminen otras formas familiares, como el no reconocimiento de la unión de hecho como una forma de constituir familia (García, 2011), pues de ese modo se desprotegería a gran parte de la sociedad peruana, que

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

vive en un 24.6 % en concubinato y en un 28.6 % en matrimonio (INEI, 2007, Censos Nacionales).

Podemos afirmar, entonces, que la Constitución no distingue entre formas o modalidades de familia y el Tribunal Constitucional viene construyendo una novedosa doctrina alrededor del reconocimiento de las uniones de hecho y de las familias ensambladas sin enlazar el origen de la familia con el matrimonio, y aceptando que el concepto extrajurídico de familia que maneja el Derecho está compuesto por varias modalidades a las que en un momento determinado la sociedad le otorga el nombre de familia.

De nuestra parte, estimamos que el Estado debería asumir un rol más activo en la consolidación de estas formas familiares, debido a que su falta de regulación legal y desprotección material empeora la situación vulnerable con que se inicia esta unión familiar cuyos miembros tienen que superar la ruptura de una anterior familia. Así se ha entendido, por ejemplo, en países como Gran Bretaña y Estados unidos, donde se han creado la Asociación Nacional de Nuevas Familias y la Stepfamily Association of America, respectivamente, encargadas de asesorar a los adultos y niños que deben adaptarse a esta nueva forma de sistema familiar.

2.2.6. Derecho a elegir el modelo familiar que se desea fundar

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

(...) a casarse y a fundar una familia". Por su parte el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 23 "el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello" (resaltado nuestro). Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17, "reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia" (resaltado nuestro).

Así de acuerdo a García (2011) señala que habiendo expresado que el matrimonio no es la única fuente de donde surgen las familias y observando que estos instrumentos internacionales reconocen el derecho que les asiste tanto a hombres como a mujeres de fundar una familia, bien podemos sostener que el contenido esencial de este derecho no solo comprende la facultad que tienen las personas de constituir una familia con ánimo de permanencia en el tiempo y sumando esfuerzos en la consecución de fines comunes, sino también comprende la facultad de poder elegir el modelo familiar que se desea fundar, de acuerdo a lo que resulte más adecuado a las convicciones e ideales de las personas, garantizando así su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Por ello, es importante tener lo presente por Irene Del Val (2004):

> Es el escenario actual de la familia, donde coexisten el hogar nuclear –como forma ideal para algunos– y una variedad de modelos familiares –representativos de un considerable porcentaje de nuestra sociedad–, puede hablarse de un derecho que garantiza la libre elección del tipo de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

familiar que se prefiere crear. El ejercicio de este derecho debe ser garantizado por el Estado, independientemente del tipo de familia que se elija, pues, entre otras cosas, la familia tiene el valor primordial de haber sido, ser y seguir siendo el lugar donde se crían, forman y educan a las personas antes de ser insertadas a la sociedad.

2.3. Definición de términos

La definición de términos fue tomada de Avendaño (2013). Flores (2002) y Omeba (2016):

- **Constitución. -** Es la norma suprema de un Estado de derecho soberano, es decir, la organización establecida o aceptada para regirlo. La constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y de estos con sus ciudadanos, estableciendo así las bases para su gobierno y para la organización de las instituciones en que tales poderes se asientan. Este documento busca garantizar al pueblo sus derechos y libertades.
- **Familia.-** Según el Art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado
- **Familia nuclear.-** Es la familia conviviente formada por los miembros de un único núcleo familiar, el grupo formado por los miembros de una pareja y/o sus hijos. Las definiciones más amplias consideran en un núcleo familiar tanto a los grupos formados por dos adultos emparejados, con o sin hijos, como a

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

los formados por un adulto con uno o varios hijos.1 Algunas definiciones más restrictivas la reducen a los casos en los que están presentes los dos progenitores

- **Familia ensamblada.-** Es una familia en la cual uno o ambos miembros de la actual pareja tiene uno o varios hijos de uniones anteriores. Dentro de esta categoría entran tanto las segundas parejas de viudos como de divorciados y de madres solteras. Cuando comenzaron las investigaciones sobre el tema, después de la segunda guerra mundial, la mayor parte de estos casos la conformaban los viudos de guerra. En la actualidad, el grueso de las familias ensambladas del mundo occidental lo constituyen los divorciados con hijos que vuelven a formar pareja.
- **Alimentos.-** Son definidos como sustancias, o como una mezcla, que contiene principios nutritivos, los cuales proveen materia y energía. Son energéticos, porque dan energía; son reparadores y reguladores que intervienen en el proceso metabólico
- **Vinculo de afinidad.-** Es un tipo de parentesco que se produce por un vínculo legal a través del matrimonio, entre aquellas personas que sin tener lazo de consanguineidad entre sí, a su vez sí lo tienen con alguno de los esposos. Si el parentesco natural se extiende hasta el cuarto grado de consanguinidad, sucede análoga y, coincidentemente, el parentesco por afinidad. Aunque sin poder determinarse "grados", debido a que la "afinidad no engendra afinidad".

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- **Parentesco.-** Se puede definir de dos formas. En sentido estricto, es el vínculo que une a las personas que descienden unas de otras o que tienen un ascendiente común, esto es, que se hallan unidas por una comunidad de sangre. En sentido amplio, parentesco es la relación o unión de varias personas por virtud de la naturaleza o la ley. En particular, se puede señalar que el parentesco "(...) es el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes de otro consorte, o entre el adoptante y el adoptado".
- **Obligación alimentaria. -** Es la obligación que tiene una persona de suministrarle a otra los medios para que pueda vivir en ciertas condiciones, es decir, las condiciones que ésta requiere para poder subsistir.
- **Hijo afin. –** 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.
- **Obligación alimentaria del padre afín.-** 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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

- **Tipo de investigación:** Correspondió a una investigación Teórica o Dogmática (Solis, 2001, p. 73), que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre la protección constitucional de la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú.
- **Tipo de diseño:** Correspondió a la denominada No Experimental (Robles, 2012, p. 34), debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, sobre la protección constitucional de la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú.
- **Diseño General:** Se empleó el diseño Transversal (Hernández, 2010, p. 151), cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado, sobre la protección constitucional de la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú.
- **Diseño específico:** Se empleó el diseño explicativo (Ibid. p. 155), toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

variables de estudio del problema planteado sobre la protección constitucional de la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de la información y/o conocimiento; cuyos pasos a seguir fueron:

a) selección de la información y categorías que fue estudiada;

b) selección de las unidades de análisis, y

d) selección del sistema de análisis de la información

e) Discusión, interpretación y sistematización de la información

3.2.1. Población

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a la jurisprudencia existente sobre el problema de investigación.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2020.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

3.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

3.2.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad, compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental y Personal en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenido mediante los IRI.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información.

a) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales, Resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.

c) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo (Briones, 1986, p. 43), toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas. Este enfoque recoge recopila, analiza e interpreta la información, con la finalidad de comprender el problema planteado y buscar soluciones.

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, se empleó el método de la argumentación jurídica, por considerar que el derecho es una ciencia argumentativa (Atienza, 2006). En consecuencia, partiendo que los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo, fue empelando para justificar los fundamentos para ser extensibles las obligaciones alimentarias respecto de los denominados hijos afines surgidos de las familias ensambladas en la legislación civil peruana.

Por lo que, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse, lo que permitió validar la hipótesis (Robles, 2014 y Aranzamendi, 2011).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados teóricos: Las familias ensambladas desde la óptica del Tribunal Constitucional

En varias oportunidades el Tribunal constitucional del Perú se ha pronunciado sobre la problemática, estructura, sus derechos de las familias ensambladas, a continuación, presentamos de forma sucinta las principales resoluciones emitidas por este órgano autónomo constitucional, en calidad de jurisprudencia constitucional:

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

Al realizarse un proceso de renovación de carnet en el club social del centro naval del Perú donde sus miembros niegan renovarle el carnet de socia a la hija del cónyuge de un miembro asociado, en virtud de dicha menor no sería su hija biológica, y que por esa razón solo se le puede conceder un pase de invitada especial. La parte afectada, luego de iniciar un proceso judicial y de no obtener una sentencia acorde con sus intereses interpone una acción de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La resolución emitida por dicho órgano en principio reconoce que la familia está expuesta a los cambios, políticos y legales la que genera modificaciones en su estructura familiar dando lugar a nuevas organizaciones familiares como la familia

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

ensamblada a quien la define y explica su problemática entre ellas la dinámica que surge entre sus integrantes y con ello las obligaciones, deberes y derechos de los mismos, y que su situación jurídica no ha sido dilucidada por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia nacional.

Es por ello que el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC, determina la relación existente entre padre y el hijo afín al caracterizarla como una familia que tiene que habitar y compartir vida de familia siendo esta estable, pública y reconocida y así formar una identidad familiar autónoma. Estos supuestos que sientan la base para que las familias ensambladas se desarrollen con mayor estabilidad y solidez, es así, que la sentencia establece un parentesco entre padre e hijastro, por causal de afinidad en primer grado, sin embargo, queda como labor para el legislador o la jurisprudencia determinar; si a dicho parentesco podría corresponderle los derechos, obligaciones y prohibiciones inherentes a un parentesco en línea recta en primer grado.

Si se asumiera dicha equivalencia jurídica, el hijastro, por ejemplo, tendría facultad para reclamar a su padrastro una pensión alimenticia. Desde la perspectiva de la sentencia se diría que: “ha reconocido nuevas formas de familia, y la posición de los hijastros dentro de ellas”, por tanto, llego a la siguiente conclusión: Que, mediante la presente sentencia, el Tribunal Constitucional (TC) ha establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, pero, no la patria potestad de los padres biológicos.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Entonces, al no reconocer ello conllevaría a la afectación de la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que demuestra una contradicción por lo dispuesto en la carta fundamental, respecto a la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.

Desde luego, la relación jurídico legal entre padre afín e hijastro tendrá que tener ciertas características, tales como, la de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento.

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

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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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.

4.1.3. Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04493-2008-PA/TC: Nuevo contenido de las familias ensambladas.

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.

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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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.

Ante la demanda de amparo interpuesta por la demandante alegando vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, los miembros del Tribunal Constitucional analizaron el aspecto referido a la familia ensamblada, para ello asieron referencia de la STC 09332-2006, La cual describe este tipo de organización familiar, también afirma que no existe regulación al respecto, y se resuelve de acuerdo a la interpretación de principios constitucionales.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Respecto a la supuesta obligación del padre no biológico a favor de sus hijos, afines advierte que es esencial para resolver el caso es determinar si entre los integrantes de la unión de hecho existan obligaciones alimentarias para con los hijos afines. También afirma que nada impide que el demandado pueda prestar atención y alimentos a sus hijos afines, las que constituirán manifestaciones de solidaridad.

Ante la ausencia de normatividad específica al escaso desarrollo jurisprudencial, "el Tribunal Constitucional, sin realizar un análisis y desarrollo jurídico que resuelva el tema planteado; sin embargo, ha realizado una aproximación y planteamiento del problema, en el EXP. N° 04493-2008- PA/TC – LIMA, declarando la nulidad de una sentencia emitida en un proceso de alimentos donde se redujo la pensión de alimentos debida por un padre a su menor hijo, dado que había contraído matrimonio y su nueva esposa tenía tres hijos; se puede prestar alimentos y atenciones a los hijos afines, pero como manifestaciones de solidaridad".

El Tribunal Constitucional 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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Cabe precisar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia aludida, reiteró la posición respecto a la existencia de vacío y falta de desarrollo legal de las relaciones jurídicas entre los integrantes de las familias ensambladas que se fijó en la sentencia Exp. N° 09332-2006-PA/TC, resultando jurídicamente relevantes los fundamentos que a continuación se transmitirá: 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.

4.1.4. Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01204-2017-PA/TC, caso Medina Menéndez: fija nuevos parámetros en torno a las familias ensambladas y su reconocimiento en el Estado constitucional.

Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia recaída en el Exp. N° 01204-2017-PA/TC, publicada en su portal web el 03 de abril del 2019. En dicha sentencia se declaró fundada una demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, a la protección de la familia, al debido proceso, y a la igualdad ante la ley y no discriminación.

Veamos los hechos: el marzo del 2010, Provias Nacional despidió a un trabajador (el demandante) por, entre otras cosas, haber declarado como su dependiente (para efectos de su afiliación en una EPS) a alguien que no era legalmente hija suya. No obstante, el trabajador alegó que se trataba de la hija

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

biológica del primer compromiso de su esposa, a quien él considera como su propia hija, pues forma parte de su estructura familiar.

Sobre el particular, el TC refirió que ya anteriormente ha definido a las "familias ensambladas" 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. "De este modo, ha considerado que el hijastro forma esta nueva estructura familiar, siempre que esta relación guarde ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento (Sentencia 09332-2006-PA/TC, fundamento 12)".

Por ello, el Tribunal Constitucional concluyó que el despido del accionante vulneró el derecho constitucional a la protección de la familia porque, aunque la beneficiada no era hija biológica del trabajador, sí era parte de su familia pues esta era la hija de su esposa. Y, en estos casos, nos encontramos ante un supuesto de "familia ensamblada" constituida por el demandante, su hijo, su esposa y la hija biológica de la esposa (quienes comparten vida en común desde el matrimonio celebrado en 1995).

En consecuencia, el Colegiado Constitucional declaró fundada la demanda de amparo y, en consecuencia, nulo el despido arbitrario. Asimismo, ordenó al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional Provías Nacional que reponga al demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días.

El Tribunal Constitucional, declara fundada la demanda de amparo, entre otras razones, por haberse vulnerado el derecho a la protección de la familia. No obstante, lo más relevante del caso es que el Tribunal brinda algunas nuevas consideraciones en torno al tema de las familias ensambladas que resultan relevantes para comprender a cabalidad su contenido y necesidad de tutela en el Estado Constitucional.

Si bien es cierto que este tema ya había sido tratado en el conocido caso Shols Pérez (STC N° 09332-2006-PA/TC), en donde por vez primera se les reconoce jurisprudencialmente y se hace énfasis en la necesidad de atender a sus particularidades para su correcto tratamiento en el marco del respeto irrestricto de los derechos fundamentales involucrados en este tipo de situaciones, esta nueva sentencia brinda algunos parámetros adicionales respecto a lo que debe entenderse por "familia ensamblada" y resuelve, además, una controversia de carácter laboral en donde se encuentra en discusión la reposición de un trabajador por una serie de acusaciones que habían llevado a su despido.

De la lectura de la sentencia, f luye con claridad que el demandante solicita su reposición, alegando haber sido víctima de un despido fraudulento, al habérselo acusado erróneamente de haber cometido las siguientes faltas:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

1. El haber permitido, en su calidad de jefe de Recursos Humanos, que se paguen primas de salud a una EPS a nombre de trabajadores que no trabajaban para la demandada y, además, haber suscrito formatos de afiliación en blanco a la misma EPS. De esta forma, la demandada indica que había incumplido con el deber de súper visión inherente a su cargo y se había atribuido cargos que no poseía para la firma de los mencionados formatos en blanco.

2. El "haber registrado y declarado como derechohabiente, en calidad de hija, a la hija biológica de su esposa, sin mantener vínculo filial con ella" (STC Nº 01204-2017-PA/TC, fundamento 14).

Por tanto, el Tribunal pasa a analizar dichas imputaciones, a la luz del plexo de derechos fundamentales que se encontraban en juego en el caso, sobre las imputaciones al actor no referidas a las familias ensambladas

En primer lugar, el Tribunal señala que las imputaciones concretas que se le hacen y que ocasionan su despido se encuentran plenamente acreditadas. Así, señala que se encuentra verificado que el actor, en un hecho que revela clara negligencia en su proceder, permitió que se generaran pagos a favor de una aseguradora por tres trabajadores que ya no formaban parte de la institución demandada y que, además, había firmado formatos de afiliación en blanco a un programa de salud, los cuales fueron luego llenados indebidamente por personal a su cargo.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En ese sentido, el Tribunal Constitucional reconoce a las "familias ensambladas": No procede despido de trabajador que declara a hijastra. No procede el despido del trabajador que haya declarado y registrado como derechohabiente a la hija del primer compromiso de su actual esposa (hijastra), a fin de incluirla en el plan de seguro de salud familiar. Esto en la medida que la estructura familiar del trabajador incluya a la menor.

En este caso estaríamos frente a una "familia ensamblada", originada en una unión matrimonial en donde uno de sus integrantes (en este caso, la esposa) tiene una hija proveniente de una relación previa, lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se denomina hija afín dentro del contexto de una familia ensamblada.

Asimismo, el TC señaló que, sin que sea un numerus clausus, son tres las principales características de una familia ensamblada:

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

(ii) Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho, tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil (Cfr. STC 09708-2006-AA/TC).

(iii) La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características puede consistir en 'habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y nocimiento' (STC 09332-2006-PA/TC)".

4.2. El contenido del derecho de familia

El Derecho de familia es un enrevesado conglomerado de relaciones jurídicas. Bien dice Zannoni (1998, p. 45) "que las relaciones jurídicas que la existencia de la familia establece entre las personas constituye el ámbito propio del Derecho de familia".

Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 33 citado por Varsi, 2011, p. 107) concreta las relaciones familiares en tres ámbitos relaciones personales, patrimoniales y asistenciales. Mientras que Monteiro (2001, pp. 3 y 5) considera que este Derecho disciplina la organización de la familia.

Las relaciones jurídicas derivadas de la familia las tenemos en versiones simples, compuestas, individuales, multilaterales.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- Relaciones personales, entre padres e hijos (filiación), entre cónyuges (matrimonio), entre convivientes (unión estable), entre tutor y pupilo (tutela) y curador con curado (curatela).

- Relaciones patrimoniales, régimen económico del matrimonio (artículo 295), tratamiento patrimonial derivado de las uniones estables (artículo 323), derecho de habitación (artículos 323 y 731), gananciales (artículos 323, 730) derechos sucesorios (artículos 724 y 822), alimentos (artículos 472 y ss.), patrimonio familiar (artículo 488).

- Relaciones de familia, las dos típicas instituciones del Derecho de familia son el matrimonio y la filiación. El matrimonio configura familia por excelencia y la filiación por especialidad. Todo lo demás se deriva de ellos. Surgen, también, las relaciones de la unión estable que cada vez tienen mayor trascendencia legal.

- Relaciones cuasi familiares, derivadas del aspecto de cuidado y atención hacia los sujetos de derechos débiles dentro de la familia entre las que tenemos a la tutela (dirigida a los menores) y la curatela (a los mayores incapaces). Ambas instituciones derivan de la incapacidad, figura perteneciente al Derecho de las personas, de ahí que se discuta su denominación y ubicación en el Libro de familia.

Puede decirse que en las últimas décadas ha habido un progreso significativo en esta cuestión. Podemos poner ejemplos claros de la doctrina brasileña que divide el Derecho de familia en tres grupos:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- Derecho matrimonial, con respecto a las relaciones conyugales formadas y existentes por razón del matrimonio;

- Derecho parental, sector del Derecho de familia con facultades relativas a las relaciones de parentesco y de afinidad;

- Derecho asistencial, regula las relaciones que sustituyen las relaciones familiares (tutela y curatela).

Sobre el tema, refuerza Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 39 citado por Varsi, 2011, p. 108), que en relación con el primer grupo era corriente la idea que solo el matrimonio habilitaba el establecimiento y mantenimiento de las familias jurídicas fuera de las relaciones de parentesco y, por lo tanto, todas las otras uniones estaban reguladas en otras zonas, como el Derecho obligacional.

Helena Diniz (2002, pp. 7 y 82 citado por Varsi, 2011, p. 108) considera de forma esquemática que el contenido del Derecho de familia es el Derecho matrimonial, Derecho convivencial, Derecho parental y Derecho asistencial.

4.3. Tratamiento normativo en la legislación peruana

Si bien nuestra normatividad no regula de forma expresa la situación jurídica de las familias ensambladas, si lo hace de forma implícita, como se detallará a continuación:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

1) Constitución Política del Perú. Art. 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” Señala la promoción del matrimonio y principalmente la protección de la familia independientemente de su origen convivencial o matrimonial, esto es el caso de las familias monoparentales, ensambladas, nuclear, extendida, compuesta etc.

2) Código Civil (Decreto Legislativo N° 295) Art. 237, “El matrimonio produce parentesco entre cada uno de los cónyuges, con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. 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 y mientras viva el ex - cónyuge”

En Perú, considerando que entre los padres e hijos afines existe una relación de parentesco por afinidad en primer grado se establece el impedimento para contraer matrimonio. –

Artículo 242, inc. 3: “No pueden contraer matrimonio entre sí: (…) los afines en línea recta” Este impedimento se fundamenta en el hecho de que la institución tiende a constituir vínculos familiares semejantes a los que crea la filiación consanguínea. (Mosquera Vásquez, 2007) expresa que: “rigen las mismas valoraciones éticas que excluyen las relaciones maritales entre padres hijos y hermanos, siendo su análogo padrastros e hijastros.”

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Entonces en virtud de que el matrimonio establece el parentesco por afinidad con los consanguíneos del otro, el padre afín está vinculado por la afinidad con el hijo propio de su 29 cónyuge, y este parentesco por afinidad, es una figura legal que si está reconocida por la ley. –

Artículo 433, "El padre o la madre que quiera contraer nuevo matrimonio debe pedir al juez, antes de celebrarlo, que convoque al consejo de familia para que éste decida si conviene o no que siga con la administración de los bienes de sus hijos del matrimonio anterior. En los casos de resolución afirmativa, los nuevos cónyuges son solidariamente responsables. En caso negativo, así como cuando el padre o la madre se excusan de administrar los bienes de los hijos, el consejo de familia nombrará un curador."

Cuando el matrimonio se haya disuelto, el padre o la madre que tiene la patria potestad de los menores a su cargo desee contraer nupcias, este deberá pedir necesariamente la opinión al consejo de familia respecto a su continuidad en la administración de los bienes de sus hijos del primer matrimonio. En caso de que, el consejo de familia opine afirmativamente, los nuevos cónyuges, esto es el padre biológico quién tiene la patria potestad y el padre o madre afín serán solidariamente responsables.

4) Código de niños y adolescentes (Ley 27337). En este libro existen referencias implícitas sobre derechos entre padres e hijos afines, estos son:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- Artículo 90 “El régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como terceros no parientes cuando el interés superior del niño así lo justifique”. Como vemos el régimen de visitas se extiende a los parientes no consanguíneos del niño, como en este caso pueden ser los padres afines, de ello se entiende que el legislador toma en cuenta los lazos afectivos que nacen de la convivencia entre padres e hijos afines.

- Artículo 93 Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente: 1) Los hermanos mayores de edad; 2) Los abuelos; 3) Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y 4) Otros responsables del niño o del adolescente.

Con el fin de que el niño, niña y adolescente pueda desarrollarse plenamente, la presente norma señala en forma taxativa el orden de prelación en el que los ascendientes, descendientes y otras personas responsables del niño como el padre o madre afín deberán asumir su responsabilidad alimenticia frente al niño, niña y adolescente.

- Artículo 128 Se establece que podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juez especializado sin que medie declaración de estado de abandono del niño o adolescente (…) a. “El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos". Claramente en este artículo se hace referencia al padre o madre afín, a quien la ley le faculta la posibilidad de adoptar a su hijo afín, incluso sin que medie declaración de estado de abandono.

4) Código procesal civil. Capítulo IV - Declaración de testigos.

- Artículo 229 Se prohíbe declara como testigo inc 3.- "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." Este es el caso en que tanto los padres o los hijos afines considerados como parientes por afinidad en primer grado no pueden declarar como testigos, incluso viene a ser una expresa prohibición.

- Artículo 307- Causales de recusación. Las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando:

2.- "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 o de servicio público".

En este caso la norma señala que, si el hijo afín posee relaciones de crédito con alguno de los litigantes, y si el padre afín ejerciese como juez, este podría ser recusado.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- Artículo 827- Inscripción y rectificación de partida. La solicitud será formulada por:

1.- “El representante legal del incapaz y, 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”.

De ello se entiende que el padre afín conjuntamente con otros parientes del menor tiene legitimidad para solicitar al Juez la rectificación de la partida de su hijo afín.

5) Ley de protección frente a la violencia familiar. (Ley N°26763-modificación).

- Artículo 2°.- A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzca entre:

a. Cónyuges

b. Convivientes

c. Ascendientes

d. Descendientes

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

e. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y

f. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

La presente ley considera que la violencia familiar afecta a toda la familia en su amplitud e incluso considera a los que habitan en el mismo hogar, no se limita a establecer la violencia familiar a la familia nuclear, y respecto al inciso e) en él se hace referencia a la familia ensamblada, a los parientes afines como el padre y los hijos afines.

4.4. Derechos extensibles a la familia ensamblada

4.4.1. Derecho alimentario a los hijos afines: Las responsabilidades alimentarias entre el padre o la madre y el hijo afín.

Según Kemelmajer (2014), refiere respecto de las responsabilidades alimentarias entre el padre o la madre y el hijo afín, lo siguiente:

> Una de las principales características de la vida familiar en la sociedad argentina contemporánea es el abandono del modelo tradicional único, fundado en el matrimonio heterosexual monogámico e indisoluble de la corte patriarcal, asentado en la supremacía jerárquica del varón y en el que la mujer y esposa tiene el rol puramente doméstico. Este

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> estereotipo de familia, reconocido, aceptado y promovido como un ideal ha cambiado; a la familia nuclear se han agregado las familias constituidas sobre la base de uniones convivenciales heterosexuales u homosexuales o matrimonios homosexuales, familias sin hijos, familias monoparentales, familias ensambladas, que se configuran a partir de uniones matrimoniales o no, en las que los miembros de las parejas, tiene hijos propios del uno, del otro o comunes, parejas de transexuales u homosexuales con hijos adoptados o biológicos de alguno de ellos. El pluralismo cultural de nuestro tiempo ha sido el campo propicio para la gestación y desarrollo de esta diversidad de formas de organización familiar, cada una con sus propias particularidades. Este pluralismo a abierto espacios para la democratización y la aceptación de otros modos de convivencia en los que las personas se vinculan con igual o incluso mayor grado de afecto y cohesión que en el matrimonio y ha permitido la toma de conciencia de que matrimonio y familia son dos conceptos que no se identifican (Kemelmajer, 2014, p. 348).

Mientras que, en opinión de Martínez, precisa que:

> (…) uno de los aspectos centrales en el seno de la familia ensamblada es el modo en que han de resolverse las necesidades asistenciales del nuevo grupo. Lo deseable sería la correspondencia entre los requerimientos de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> la familia y la cooperación para satisfacerla que deba brindar la pareja compuesta por el progenitor con el padre o madre afín (Martínez, 2000, p. 261).

Por su parte, Lloveras, sostiene que:

> En el derecho argentino actual, la configuración familiar de que se trate define los deberes – derechos emergentes de estos vínculos familiares existentes o no los contempla, según los supuestos. Así tenemos que en la "Familia Ensamblada" a través del matrimonio exclusivamente se regula la relación de padres a fines en el derecho alimentario tal como se regula en el Artículo 368° Código Civil argentino (Lloveras, 2009, p. 349).

En consecuencia, de acuerdo a Martínez, lo deseable sería la correspondencia entre los requerimientos de la familia y la cooperación para satisfacerla que deba brindar la pareja compuesta por el progenitor con el padre o madre afín, pues, al estar basado en los lazos de afecto y solidaridad las familias ensambladas, lo correcto sería que entre sus miembros exista una asistencia mutua en lo que se refiere a la prestación de los alimentos, así cada cónyuge o conviviente, debería aportar económicamente para la satisfacción de las necesidades alimentarias de los hijos de ambos o de uno de ellos, sin distinción alguna.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

4.4.2. Otras consecuencias legales del reconocimiento de derechos y deberes entre el padre e hijo afín

Grosman, señala, respecto otras consecuencias legales del reconocimiento de derechos y deberes entre el padre e hijo afín que:

> (…) los efectos legales que se originan en el parentesco de afinidad en primer grado entre el padre e hijo afín han sido clasificados, en el sistema elaborado por el profesor Enrique Díaz de Guijarro, en derechos de carácter positivo, es decir, cuando se evidencian como poderes o facultades, y derechos de carácter negativo, cuando asumen la forma de prohibición, incapacidades o ineptitudes. Entre los llamados derechos de carácter positivo enunciamos, en primer término, los que pueden surgir de la tutela o curatela del hijo del cónyuge y también, según los casos, del hijo del conviviente (Grosman, 2008, p. 245).

La misma autora, señala que, la legislación argentina no contiene normas específicas sobre la posibilidad de conferir la tutela de un menor al cónyuge o conviviente del progenitor. Empero tal derecho le podría ser acordado en virtud de las normas generales que gobiernan esta institución; de esta manera podría cuidar de la persona y bienes de hijo del cónyuge o conviviente y representar al menor en todos los actos de la vida civil (Art. 377 del Código Civil y Comercial argentino).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

De acuerdo con el Art. 388 del referido código, el padre o la madre pueden anticipadamente designar un tutor a su hijo, por testamento o escritura pública (Art.383 del Código Civil y Comercial Argentino), siempre que exista la confirmación judicial Según el Art.390 del Código Civil y Comercial Argentino, solo pueden ser llamados a ejercer la tutela legal los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos del menor, sin distinción del sexo, planteándose en diversas reuniones científicas la necesidad de ampliar la mencionada norma e incluir al padre o madre a fin, entendiéndose como tal, ya en el plano estrictamente legal, al cónyuge del progenitor, considerando Grossman la necesidad de modificar el artículo 390 del Código Civil de su país, e incluir dentro de las personas llamadas a ejercer la tutela legal al padre o madre afín e, incluso, al conviviente, en los casos de unión de hecho (Grosman, 2008, p. 247).

En consecuencia, ante la ausencia en nuestra legislación de normas especiales que regulen la tutela de un niño o adolescente al cónyuge o conviviente del progenitor, dentro de una familia ensamblada, resulta necesario modificar las normas especiales relativas a la tutela, incorporándose dentro de las personas a nombrar tutores, a los padres y madres afines, delimitándose en qué casos procede tal designación; o en su defecto aplicar las normas de carácter general que regulan esta figura legal.

Así tenemos que, en nuestro Código Civil, se regula la tutela de la siguiente manera:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En el Artículo 502: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”.

En el Artículo 503: “Tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública: 1.- El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad. 2.- El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima. (...)” .

En el Artículo 506: “A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose: 1.- El más próximo al más remoto. 2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia”.

En el Artículo 508: “A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor. El consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona”.

Por lo que, la regulación de la tutela a favor del padre a o madre afín, debería ocurrir solo en algunos supuestos, como, por ejemplo: a. Si el padre biológico no cumple con asistir con los alimentos al hijo afín. b. Si el padre biológico fallece. c. Si se declara la muerte presunta del padre biológico.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

También consideramos que, uno de los efectos jurídicos que podrían generar el otorgamiento de la tutela al cónyuge o conviviente del hijo afín, es la concesión de responsabilidad de los padres a fines respecto de los actos de sus hijos afines.

Varsi, sostiene al respecto que:

> (...) en el caso de la responsabilidad de los progenitores, esta es "in vigilando", por lo que los mismos están obligados a indemnizar a terceros por los actos realizados por sus hijos, considerando lo siguiente: 1. Si el hijo convive con los padres, siendo ambos los que ejercen la patria potestad, son responsables solidarios el padre y la madre; 2. En el que caso que los padres no convivan, la responsabilidad será del padre que ejerce la patria potestad. No obstante, el otro responderá por los actos cometidos por el hijo en el tiempo en que estuviese a su cuidado (Varsi, 2004, p. 301).

Por lo que su puede inferir que, en las familias ensambladas los padres afines asumirían la responsabilidad por los actos cometidos por los hijos afines, siempre y cuando se produzca el acto ilícito, cuando los progenitores vivan juntos o están casados, pues, es una condición del surgimiento de derechos y obligaciones dentro de este tipo de familia, que los actos ocurran dentro del matrimonio o convivencia.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Así tenemos por ejemplo que un padre afín estaría obligado a indemnizar a un tercero por los actos realizados por su hijo afín, por los daños que éste ocasione a una propiedad ajena. Otro efecto legal, sería el conferir al padre afín la facultad de actuar como mandatarios generales, a efecto de salvaguardar los bienes de sus hijos afines.

Según Varsi:

> (…) le corresponde la administración al padre que se encuentre en ejercicio de la patria potestad, a pesar de que los actos conservatorios pueden ser realizados indistintamente por cualquiera de sus progenitores. "El Code" indica que la administración legal se ejercerá juntamente con el padre y la madre, cuando ejerza en conjunto la patria potestad, salvo decisión judicial (Art.383 del Código Civil peruano) pero tengamos presente que esta facultad se desarrolla dentro de los siguientes parámetros: a. Los padres ejercen un mandato de representación legal; b. Deben practicarse actos de administración y conservación; c. Se prohíben actos de disposición, salvo autorización judicial; d. Los bienes muebles tienen un estatuto legal distinta de los inmuebles; e. Existen actos que deben ser autorizados por el Juez (Varsi, 2004, p. 307).

Por ello, todas estas facultades deben ser otorgadas al padre afín, ante la ausencia del padre o madre ausentes, empero mientras esté vigente la familia

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

ensamblada. Otra consecuencia jurídica que surgiría dentro de las familias ensambladas sería la atribución del padre o la madre afín, del disfrute de los bienes de los hijos afines que están sometidos a su administración.

Varsi, cita a algunos autores para definir la figura del usufructo, como Eduardo Zannoni, el cual señala: "El Derecho moderno refuta que la función paterna es lucrativa y, por consiguiente, se atribuye al padre(o, en su caso, a la madre) el disfrute de los bienes de los hijos que están sometidos a su administración ministerio legis", y, a Augusto Belluscio, quien define el usufructo así: " es el derecho que tienen los padres de usar y gozar de los bienes de sus hijos sujetos a patria potestad y de percibir sus rentas y frutos sin obligación de rendir cuentas pero con cargo a invertirlos en primer lugar en el cumplimiento de los deberes legales que le son inherentes (Varsi, 2004, p. 311).

4.4.3. El ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos de las Familias Ensambladas.

De acuerdo a lo establecido por nuestra legislación civil sabemos que el ejercicio de la patria potestad les corresponde a los progenitores respecto a sus hijos menores de edad (artículo 418 del Código Civil), sea que provengan de un vínculo biológico o legal, como en el caso de la adopción.

De acuerdo a Beltrán (2008), considera que en las familias reconstituidas, la patria potestad la ejercen los progenitores de los niños, niñas y adolescentes,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

mientras no sean suspendidos o se extinga, conforme a los supuestos que la ley prevé o como consecuencia de un proceso judicial. Indica también que, si bien las nuevas parejas de ambos o de uno de los padres no ejercen la patria potestad, "sí ejercen actos de protección, orientación y respeto en torno a los hijos de su nueva pareja, quienes son miembros de esta nueva familia recompuesta.

Como se explica, la función que cumplen los padres afines dentro de una familia ensamblada son variadas; ellos no son ajenos al desarrollo de sus hijos afines, sino que cumplen la función de protección, orientación y cuidados. La autora explica que incluso en muchos casos surge una situación de dependencia no solo material, sino también moral, psicológica e incluso afectiva entre ellos (Ibídem).

En tal sentido, que la dependencia ya sea económica, moral, psicológica o afectiva, que surge a partir de la convivencia, el trato y la familiaridad entre el padre/madre y el hijo/a afín en el hogar ensamblado; constituirían presupuestos determinantes para que el padre/madre afín tengan la legitimidad para actuar en nombre del menor ante la inacción de los progenitores. Y como afirma la autora: "pues lo hace en función de los lazos sentimentales que los une como miembros de una misma familia."

Así, Paladini (2008) contribuye con la siguiente afirmación que la estabilidad en la relación afectiva se encuentra en el grado de establecer una paternidad "de hecho" en las relaciones entre cada cónyuge (o conviviente) y los

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

hijos de ambos, de la cual derivan derechos inherentes a la persona, dignos de ser reconocidos y protegidos por el ordenamiento.

Es así, que el cónyuge del progenitor no solamente decide establecer un vínculo matrimonial sino también una convivencia estable que abarque a los hijos de su cónyuge donde pueda asumir en principio obligaciones básicas como la del respeto y la asistencia frente a los hijos de su pareja, ya que se trata de una convivencia entre sujetos que asumen mutuamente acciones que corresponden a derechos y deberes que caracterizan la unión conyugal en un contexto afectivo sólido y unido.

Manifiesta la misma posición Plácido Vilcachagua (2010), quién en una entrevista refiere que:

> Se tiene que reconocer al padre/madre afín una autoridad parental bajo el entendimiento de que ellos asumen por la crianza, una parentalidad psicológica o social tan similar al que tiene el padre biológico mediante la patria potestad, con la finalidad que se consolide la unidad familiar." El padre o la madre afín al convivir y participar en la organización de las familias, de forma espontánea y natural coopera con las labores de cuidado y protección de los niños y transmisión de valores o modelos de conducta; más aún si se legitima normativamente su figura, el cual tendrá repercusión a nivel intrafamiliar como frente a la sociedad de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

esta manera alentarán su responsabilidad y cooperación en la crianza de los hijos de su cónyuge.

4.4.4. Criterios del tribunal constitucional en materia de despido

El Tribunal Constitucional ha tenido en estos últimos años diversos criterios en cuanto a la protección que debe dispensarse frente al despido; ello es normal en cualquier órgano colegiado debido a la diversidad de pareceres o por la íntercambiabilidad de sus miembros. Empero, dada la inmensa naturaleza de los fallos del TC es necesario estudiar y seguir las posturas que dicho Tribunal señale; esperando, eso sí, una continuidad argumentativa en sus fallos.

El despido es aquella forma de extinción del contrato de trabajo que se produce por voluntad unilateral del empleador. Es, por ello, la que expresa, de manera más evidente, la contraposición de intereses entre empleador y trabajador (Arce, 1999).

En líneas generales, el despido puede ser causado o incausado. El primero se producirá cuando se expresa causa justa legalmente contemplada (Recordemos que según los artículos 23° y 24° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el despido causado puede tener relación con la capacidad o con la conducta del trabajador). El segundo, cuando no se exprese causa alguna, contemplándose, también, los despidos que tienen un motivo prohibido por la ley, los despidos fraudulentos y todos los que vulneren derechos fundamentales del trabajador.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Vinatea nos dice al respecto: "(...) De hecho, el propio TC ha dejado establecido que cabe la posibilidad de englobar en la categoría de despidos sin causa a todos los despidos que carecen de ésta; a los que tienen un motivo prohibido por la Ley y a todos aquellos que, en general, violan un derecho fundamental". (Vinatea, 2004, p. 112).

De este modo, el rasgo común en todos los despidos incausado, sería, justamente, la falta de causalidad que conecte al mismo con alguno de los supuestos permitidos por el ordenamiento. Podemos, luego, calificar a los despidos sin causa como arbitrarios o como nulos. Los primeros reciben esa calificación debido a la ausencia de causa legal que lo justifique (artículo 34° de la LPCL); los segundos, porque así son calificados por la Ley (Artículo 29° de la LPCL) o por lesionar a los derechos fundamentales.

Corresponde, asimismo, una distinta forma de protección a cada uno de los mencionados, en efecto, a los despidos arbitrarios corresponde una indemnización, mientras que a los nulos o violatorios de derechos fundamentales, la reposición.

Respecto a los criterios jurisprudenciales establecidos por el tribunal constitucional en materia de despido, dos han sido las resoluciones que, principalmente, han fijado los criterios sostenidos por el TC en materia de despidos. La primera de ellas es la recaída en el expediente N° 1124-2001- AA/TC LIMA, del once de julio del dos mil dos, amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

del Perú S.A., contra Telefónica del Perú S.A.A. La segunda de las resoluciones fue la del proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, expediente N° 976-2001-AA/TC, del trece de Marzo del dos mil tres.

A. Criterios del TC recaídos en el expediente N° 1124-2001- AA/TC Lima

El Tribunal Constitucional consideró en esta sentencia que, haciendo una interpretación del artículo 22° de la Constitución, el despido sin expresión de causa regulado por el segundo párrafo del art. 34° de la LPCL, era inconstitucional. En efecto, se estimó que la posibilidad legal contenida en este artículo para admitir el despido incausado con cargo, sólo, al pago de una indemnización por despido arbitrario, resultaba contrario al principio de causalidad del mismo, el cual se encuentra garantizado por el derecho constitucional al trabajo (Zavala, y García, 2004).

El correlato necesario de esta formulación fue la sanción de reposición frente a todo despido sin expresión de causa. El TC expresa, entonces, que: "(...) la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional". (Fundamento jurídico 12).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

De esta forma, el TC considera que el despido sin expresión de causa atenta contra el "núcleo duro" del derecho al trabajo, recogido en el artículo 22° de la Constitución; deja de lado, pues, para la construcción de la argumentación señalada, la referencia al artículo 27° de la Constitución, a la que se considera únicamente como un mandato al legislador que consagra un principio de reserva de Ley y que no determina la forma de protección frente al despido arbitrario (Zavala, y García, 2004).

Zavala y García (2004) señalan al punto:

> Para construir su tesis, el Tribunal no desarrolla el contenido esencial del artículo 27°, sino que reconduce el análisis al artículo 22° sobre el derecho al trabajo, de tal forma que ubica la causalidad del despido y la prohibición del despido ad nutum en otra disposición constitucional. Es decir, el núcleo duro o contenido esencial del derecho a la protección contra el despido arbitrario se encuentra en el artículo 22° de la Constitución, dado que el artículo 27° no tendría autonomía conceptual para proscribir el despido ad nutum, requiriéndose entonces de una aplicación conjunta con el artículo anteriormente citado (2004, p. 24).

B. Criterios del TC contenidos en la sentencia Exp. N° 976-2001-AA/TC

Como señala la doctrina, en esta sentencia el TC ha variado sustancialmente los criterios vertidos a raíz del proceso anteriormente comentado (Ibidem). De esta

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

manera, el TC desarrolla el artículo 27° de la Constitución como referente necesario en los casos de despido arbitrario. Al respecto, y luego de reconocer que el mismo contiene un derecho de configuración o desarrollo legal, termina reconociendo que el artículo 34° de la LPCL ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y por lo tanto es constitucional.

De esta suerte, el TC construye una teoría en al que se contemplan diversos mecanismos de protección frente al despido. Distingue, para tal efecto, a los mecanismos sustantivos de los procesales. Los mecanismos sustantivos estarían referidos al modo como ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27° de la Constitución. Dentro de los mismos separa a los de tipo preventivo, que abarcan la exigencia de causa y debido procedimiento previo al cese; de los de tipo reparador, en virtud del cual la Ley prevé una compensación económica o indemnización como sanción al despido arbitrario.

Los mecanismos procesales son la segunda forma de protección frente al despido arbitrario. Comprenden, a su vez, dos dimensiones, una de carácter reparador, vinculada a los diferentes supuestos de despido que tienen una regulación legal específica, y otra de carácter jurisdiccional, que trata de aquellos supuestos de despido que vulneran derechos fundamentales con consecuencias restitutorias. Este

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

último sería el contemplado por el régimen de protección procesal del amparo constitucional.

Así, el trabajador puede acudir a la jurisdicción constitucional en todos aquellos casos en que el despido vulnere derechos fundamentales. El amparo, como vía alternativa de tutela frente a la violación de derechos fundamentales (Ibidem), comprende, entonces, no sólo los supuestos de despido incausado, sino también, los de despido fraudulento y los que no observen la formalidad establecida. Blancas nos dice que:

> (…) son supuestos de despido lesivo de derechos fundamentales por el motivo (...) la generalidad de los casos (en que) el empleador atribuye al trabajador haber incurrido en una causa justa o falta grave, tipificadas en la ley, como justificación del despido; pero, en realidad, tales causas son aparentes, no existen realmente y solo se invocan para encubrir un motivo real ilícito (...) También en la realización del despido, en su preparación y formalización, puede producirse la lesión de aquéllos (de los derechos fundamentales), aun cuando la decisión extintiva del empleador no esté fundada en un motivo ilícito". (Blancas, 2004, p. 97).

Como apreciamos, de acuerdo a esta construcción del TC, existen dos regímenes de protección adecuada frente al despido arbitrario, aquella recogida en la LPCL y la configurada por la acción de amparo.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

V. DISCUSIÓN

5.1. Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho de familia

La constitucionalización de las relaciones de familia es, en cierto modo, una extensión de una forma específica de interpretación constitucional, como la desarrollada por Dworkin, con el argumento de que “ello garantiza los derechos comprendidos por la mejor concepción de los ideales políticos establecidos en la Constitución, incluso si esos derechos no están formal o expresamente reconocidos por ella” (Dworkin, 1996, pp. 72-81).

El rol de los tribunales en la búsqueda de derechos no expresamente consagrados en las constituciones ha sido un tema importante en la discusión académica en los países de tradición continental, bajo la denominación de "neoconstitucionalismo".

En el paradigma neoconstitucional los jueces son de suma importancia, ya que el sistema legal debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales. Así como la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución "invasiva" o "entrometida", la tarea judicial debe desarrollarse también en aspectos de la vida social (como las relaciones familiares). En este sentido, el neoconstitucionalismo genera una explosión de actividad judicial y supone o requiere algún grado de activismo judicial, en gran medida superior a lo observado anteriormente (Cfr., Carbonell, 2007, y Comanducci, 2002).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

La emergente constitucionalización de las relaciones de familia en América Latina se puede observar en fallos clave dictados por tribunales constitucionales sobre tres cuestiones con impacto directo en el derecho de familia: orientación sexual, identidad de género y filiación. Tales resoluciones en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México proporcionan comprensión sobre la materia.

La doctrina ve tanto a la legislación como a la jurisprudencia constitucional; en estos países como buenos ejemplos de la evolución de la constitucionalización del derecho de familia, pues en las últimas dos décadas tales países han desarrollado una concepción constitucional de justicia que ha influido en la regulación de las relaciones familiares.

En los sistemas legales de Latinoamérica, los precedentes judiciales no tienen el mismo valor normativo que en la tradición del derecho común. El valor normativo de las decisiones judiciales depende de muchos factores, incluyendo la jurisdicción en la cual fue dictada (p. ej., si fue dictada en jurisdicción civil o constitucional). La principal prevención aquí señalada es que las decisiones judiciales, tal vez con excepción de las que emanan de los tribunales constitucionales, a menudo carecen del poder vinculante de las regulaciones legislativas.

Argentina parece liderar los principales debates doctrinarios en derecho de familia (con una Constitución promulgada en 1994). De hecho, cuenta con la

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

legislación civil más moderna de la región gracias a un nuevo código civil y comercial que entró en vigencia en 2015.

En cambio, el código civil chileno data de 1855. Y, si bien el mismo fue fuente de inspiración para el proceso de codificación civil latinoamericano del siglo XIX, dicho cuerpo legal y la Constitución aprobada en 1980 permanecen firmemente anclados en los criterios del siglo XIX, especialmente en áreas como los regímenes patrimoniales del matrimonio y las uniones civiles.

Por su parte, México, como Brasil, es una nación federal y, por lo tanto, presenta una diversidad especial de leyes civiles. Aunque el código civil federal se remonta a 1928 (y la Constitución a 1917), unos veinte códigos civiles locales coexisten con esa legislación.

Esta situación hace que el estudio de la ley mexicana sea singularmente complejo, por lo que el precedente que emana de la Suprema Corte de ese país en asuntos constitucionales es de especial utilidad en la unificación de criterios. Además, en los últimos años esta Corte ha emitido sentencias que reinterpretan las reglamentaciones civiles del Estado en particular, proporcionando una mayor comprensión sobre la materia.

Por su parte, Colombia goza desde 1991 de una Constitución que funciona en concierto con un código civil de 1887. Esto se complementa con algunos de los precedentes constitucionales más abundantes y ricos del continente. Los

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

pronunciamientos de su Corte Constitucional son objeto de estudio, revisión y análisis por parte de expertos.

Por último, aunque la Constitución brasileña de 1988 es algo más antigua que el código civil de dicha nación (2003), Brasil ha desarrollado un sólido precedente judicial sobre igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual y en asuntos matrimoniales y parentales.

5.2. Sobre la extensión de los derechos en las familias ensambladas

5.2.1. La posición y criterios establecidos por el Tribunal Constitucional

A pesar que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra establecido un modelo de familia, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes números 09332-2006-PA/TC, 5039-2011, 4493-2008-PA/TC, y TC 01204-2017-PA/TC; en las que ha llegado a definir un tipo de organización familiar llamada "familia ensamblada", concibiéndola como aquella estructura familiar organizada 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; dejando una puerta abierta el Tribunal para el reconocimiento legal de las "familias reconstituidas", y estableciendo los cimientos para la búsqueda de un amparo legal de algunos derechos como el de los alimentos, patria potestad, trabajo que garantice la seguridad de los miembros de este tipo de familia, en especial, para los "hijos afines" con respecto a la pareja de su progenitora o progenitor, según sea el caso,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

estableciendo, que no debe existir un trato desigual entre los hijos de sus nuevas parejas(cónyuges o concubinas) y los suyos, cuando conviven bajo un mismo techo, y, asimismo, considera que dentro de estos tipos de familia, se produce el surgimiento de ciertos deberes y derechos especiales entre sus miembros, como el derecho de alimentos de los hijos afines respecto a sus padres afines.

Ante este vacío legal que advierte el Tribunal Constitucional, a partir del estudio de la casuística del Tribunal Constitucional que ha reconocido la existencia de las familias ensambladas en las sentencias recaídas en los Expedientes números 09332-2006-PA/TC, 5039-2011 y 4493-2008-PA/TC y de la doctrina comparada como la doctrina en Argentina, la misma conduce a dar solución o respuesta al problema planteado.

5.2.1.1. Análisis del caso recaído en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC

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:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 (Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fj 8).

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 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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 (Exp. N° 09332-2006-PA/TC, f.j. 10 y 11).

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 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 (Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fj. 3).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 (Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fj. 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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

5.2.1.2. Análisis del caso recaído en el Expediente N° N°02478-2008-PA/TC

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 (Exp. Nro. 02478-2008-PA/TC, fj. 4).

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:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 (Calderón, 2014, p. 78).

5.2.1.3. Análisis del caso recaído en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC

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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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" (Exp. Nro. 04493-2008-PA/TC, fj. 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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 paternales o las reconstituidas. Al respecto, debe preciarse 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 (Exp. Nro. 04493-2008-PA/TC, fj. 8).

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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

intersubjetivo de relevancia jurídico-constitucional (Exp. Nro. 04493-2008-PA/T, fj. 18).

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 padres sociales, o dicho de otra manera ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines? (Exp. Nro. 04493-2008-PA/TC, fj. 20).

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 (Ferrando, 2007, p. 318, citado por el tribunal en la mencionada sentencia).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 alimentación o signifique la perdida de la patria potestad de estos (Expediente N° 09332-2006-PA/TC, fj. 12).

En ese sentido, como señala Calderón Beltrán (Ibídem), 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

legislación comparada, como la autora Gilda Ferrando y el Código Civil Suizo, que establece que los padres afines pueden compartir la responsabilidad alimentaria frente a sus hijos afines como parte del deber de asistencia matrimonial.

En efecto, cita el Tribunal en el fundamento 21 de la sentencia, que puede tenerse por ejemplo lo expuesto por cierta doctrina comparada, en cuanto indica que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior.

ii.- Si bien las uniones de hecho no generan deberes matrimoniales como el deber de asistencia recíproca, el Tribunal se pronuncia al respecto haciendo extensiva esta figura para los concubinos, al manifestar que, si bien en este ejemplo se circunscribe la figura al cónyuge y no al conviviente, es de recordarse que estas referencias son orientaciones a partir de las cuales el juez puede, en concordancia con los principios constitucionales nacionales, definir algún tipo de regla (fj 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 perdida de la patria potestad de estos. (fj. 22).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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.

Como ya se anotó existe un vacío legal que a un no ha sido llenado por la legislación, recayendo dicha responsabilidad sobre la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también, en la 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" (Reyna, 2013).

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 pertinente que, los alimentos de los hijos afines pueden serle exigibles a los padres sociales, o dicho de otra manera ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?

En conclusión, la jurisprudencia constitucional y la especializada en familia, se encuentran llamadas a suplir los vacíos de la ley mediante aplicación de los principios constitucionales, considerando además a la doctrina y la legislación comparada, para la resolución de controversias derivadas de las relaciones entre los integrantes del modelo familiar materia de análisis.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

5.2.1.4. Análisis del caso recaído en el Expediente N° 01204-2017-PA/TC

De la lectura de la sentencia, f luye con claridad que el demandante solicita su reposición, alegando haber sido víctima de un despido fraudulento, al habérselo acusado erróneamente de haber cometido las siguientes faltas:

1. El haber permitido, en su calidad de jefe de Recursos Humanos, que se paguen primas de salud a una EPS a nombre de trabajadores que no trabajaban para la demandada y, además, haber suscrito formatos de afiliación en blanco a la misma EPS. De esta forma, la demandada indica que había incumplido con el deber de súper visión inherente a su cargo y se había atribuido cargos que no poseía para la firma de los mencionados formatos en blanco.

2. El "haber registrado y declarado como derechohabiente, en calidad de hija, a la hija biológica de su esposa, sin mantener vínculo filial con ella" (Exp. Nº 01204-2017-PA/TC, fj. 14).

Por tanto, el Tribunal pasa a analizar dichas imputaciones, a la luz del plexo de derechos fundamentales que se encontraban en juego en el caso.

Como corresponde en este tipo de casos, y antes de analizar el contenido de la pretensión, el Tribunal efectuó el respectivo análisis de procedencia de la demanda. Es aquí en donde cobra especial relevancia el precedente establecido en el caso Elgo Ríos (STC Nº 02383-2013-PA/ TC), en donde el Tribunal establece

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

una serie de criterios para entender cuándo estamos ante una vía igualmente satisfactoria de acuerdo a cada caso concreto.

Sobre las imputaciones al actor, referidas a las familias ensambladas, el Tribunal refiere que existe una tercera imputación en contra del recurrente que hace pertinente el tratamiento del tema de las familias ensambladas: el haber registrado como derecho habiente a la hija biológica de su esposa, pese a que no mantiene vínculo filial con ella.

En el ya conocido caso Shols Pérez, el Tribunal Constitucional define por primera vez algunos criterios en torno a las familias ensambladas. Es así que se entiende por familia ensamblada a aquella "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" (Ramos, 2006, p. 192, citado en la STC Nº 09332-2004-PA/TC, fj. 8) , en donde el "hijastro integra la nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos" (STC Nº 09332-2004-PA/TC, fj. 11) , y en la cual la vida familiar entre dichos "hijastros" y sus padres afines transcurre con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento, constituyendo así una nueva y autónoma identidad familiar (STC Nº 09332-2004-PA/TC, fj. 12).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Queda claro entonces que “la noción de familia ensamblada se articula en torno a la presencia e incorporación al nuevo núcleo familiar de los hijos provenientes de una unión anterior. Es la presencia o no de ellos la que determina esta forma de agrupación familiar” (Siverino, 2008, p. 78).

Ahora bien, la sentencia que nos ocupa identificar correctamente que la tercera imputación guardaba estrecha conexión con el derecho fundamental a la protección de la familia. Es así que luego de un desarrollo breve sobre su reconocimiento constitucional y convencional, tanto en sus distintas disposiciones como en su jurisprudencia, es que el Tribunal se aboca a añadir algunas ideas de carácter descriptivo en torno al tema de las familias ensambladas.

Una primera idea es que extiende la definición de familia ensamblada que ahora ya no solo hace alusión a una pareja (que de forma voluntaria, se une en un mismo proyecto de vida y donde uno de sus integrantes tiene uno o más hijos provenientes de una relación anterior sino que también resulta extensivo a aquellos parientes que, debido a diversas contingencias (piénsese por ejemplo en la muerte del progenitor, el abandono del menor, entre otros supuestos), se hacen cargo de la atención y el cuidado del menor (STC Nº 09332-2004-PA/TC, fj. 34a).

Resulta interesante dar cuenta de que el Tribunal hace alusión solamente a la “pareja”, sin atribuirle ninguna característica adicional. Ello parecería abrir la puerta a la existencia de parejas no heterosexuales que puedan formar también

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

familias ensambladas, de acuerdo a sus propias particularidades (Cfr. Blanco, 2015).

En países como el nuestro, donde el número de niños, niñas y adolescentes en abandono es bastante alto, y donde muchas veces la responsabilidad por la crianza y cuidado del menor recae en abuelos, tíos, primos u otros familiares, queda claro que este reconocimiento expreso lleva aparejado una protección más clara de estas unidades familiares a partir de su identificación como familias ensambladas.

No debemos olvidar, aun cuando la sentencia no lo haya señalado, que estas identidades familiares se construyen sobre la base de la vida en común. En ese sentido, lo fundamental aquí no es tanto la configuración nominal de quienes forman la familia, sino las relaciones afectivas que se van construyendo con el paso del tiempo, en el ineludible convivir entre los niños, niñas y adolescentes y quienes de forma voluntaria se han abocado a su crianza y cuidado (Bravo, 2017, p. 326).

Un segundo aspecto que expresa la sentencia es la referida a las causas que suelen propiciar la formación de familias ensambladas. Esta enumeración de las razones que suelen producir esta identidad familiar no solo permite explicitar que muchas de estas no solo se producen por hechos emanados de la voluntad humana como podrían ser el abandono o la separación, sino que, en ocasiones, suelen responder a situaciones fortuitas no desea- das ni por el padre o madre afín ni por el niño, la niña o la adolescente, como podría ser la muerte del progenitor.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Asimismo, y aunque parezca de innecesaria redundancia, la sentencia deja clara la equivalencia entre el matrimonio y las uniones de hecho, a efectos de la configuración de estas identidades familiares (STC Nº 09332-2004-PA/TC, f.j. 34.b).

De otra parte, la sentencia establece un criterio adicional importante en la interrelación de los miembros de la familia ensamblada. Y es que, si bien el deber de atención y cuidado al menor por parte del padre o madre afín ha resultado un criterio claro desde el conocido caso Shols Pérez, no sucede lo mismo con las obligaciones que adquiere el hijo o hija res- pecto del padre o madre afín. En esa línea, se deja sentado que existe un deber de asistencia por parte de los hijos hacia los padres afines, especialmente cuando estos últimos se encuentran en una situación de vulnerabilidad, sea por razones relacionadas a la vejez, sea por haber adquirido algún tipo de discapacidad permanente (Ibidem, f.j. 36).

Por ello, el Tribunal Constitucional concluyó que el despido del accionante vulneró el derecho constitucional a la protección de la familia porque, aunque la beneficiada no era hija biológica del trabajador, sí era parte de su familia pues esta era la hija de su esposa. Y, en estos casos, nos encontramos ante un supuesto de "familia ensamblada" constituida por el demandante, su hijo, su esposa y la hija biológica de la esposa (quienes comparten vida en común desde el matrimonio celebrado en 1995).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En consecuencia, el Colegiado Constitucional declaró fundada la demanda de amparo y, en consecuencia, nulo el despido arbitrario. Asimismo, ordenó al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional Provías Nacional que reponga al demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días.

5.3. ¿Hasta dónde serán extensibles los derechos del hijastro para con su padrastro y viceversa?

Algunos juristas piensan que habiendo nacido entre ambos un parentesco por afinidad en línea recta en primer grado, les correspondería los derechos, obligaciones y prohibiciones que la ley reconoce a este grado de parentesco en línea consanguínea; es por eso que la ley prescribe que aún disuelto el matrimonio no acabará la afinidad en línea recta. Si esto fuera así, el hijastro estaría investido con las condiciones de la acción para reclamar a su padrastro por ejemplo, el pago de una pensión alimenticia; más aún cuando el código civil establece una obligación recíproca de prestarse alimentos entre descendientes, no haciendo alusión expresa si se refiere a descendientes por consanguinidad o por afinidad.

Por ello, es perfectamente posible y viable establecer derechos, obligaciones y prohibiciones sustentados en un parentesco por afinidad, en efecto, es factible la existencia de una obligación recíproca entre padrastro e hijastro.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Y ya hablando de una obligación alimentaria específica respecto de menores, debemos recordar que nuestra legislación ha establecido un orden expreso de prelación; de esta forma, tratándose de una norma de amparo familiar como son los alimentos, el primer obligado a satisfacer las necesidades básicas de todo menor, es su padre biológico.

Revisemos una norma especial, así el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos y que sólo por ausencia de ellos o desconocimiento de su paradero, pueden prestar alimentos las siguientes personas y en el siguiente orden: los hermanos mayores, los abuelos, parientes colaterales hasta el tercer grado y otros responsables del niño o del adolescente; la ley no específica a que se refiere con otros responsables del niño o del adolescente, no específica si se está refiriendo concretamente a un tutor, por lo mismo, deducimos que, en este grupo, perfectamente podrían incluirse tanto a un tutor como a un padre afín o padrastro, tratándose justamente de una familia ensamblada, ya que no son pocos los casos donde el padre afín asume la responsabilidad de sustento y guarda de sus hijos afines, además el padre afín no se encuentra incluido en ninguno de los impedimentos señalados en el artículo 515 del Código Civil para ejercer la tutoría.

Cada cosa debe ocupar su propio lugar, igual como la estructura de una familia tradicional no debe ser igual a la estructura de una familia ensamblada, las obligaciones y los derechos prescritos para un padre biológico no deben ser iguales

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

a las obligaciones y derechos prescritos para un padre afín; sin embargo, esto de ninguna manera significa que no se reconozca a la familia ensamblada como tal y que reciba exactamente la misma protección por parte del Estado que la que recibe la tradicional familia nuclear, después de todo sea nuclear, extendida, compuesta, monoparental o ensamblada; todas, sin importar su origen o estructura, encierran en el fondo el mismo término denominado "familia", las distinciones están *prohibidas.*

Este punto es mencionado por el Tribunal al decir que: *"*queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado".

El mismo Tribunal complementa su dicho al mencionar que: "Desde luego, 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida".

Asimismo, tal y como lo establece el artículo 4 de nuestra Constitución Política, es deber del estado y de la comunidad misma proteger a la familia, sin importar el origen o la estructura de la misma, más aún cuando es sabido que una familia ensamblada por su composición suele presentar mayor fragilidad que otros tipos de familia; al formarse una familia ensamblada es obvio que se forma una nueva identidad familiar, los miembros de una familia ensamblada se encuentran en un nivel de paridad, por lo mismo es que no es permisible hacer distinciones entre hijos e hijastros y esta prohibición debe ser extensible no sólo al núcleo familiar mismo, sino a todas las instituciones públicas y privadas.

Por lo mismo bien ha hecho el Tribunal al decir: "en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar (…) realizar una comparación 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".

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Finalmente, y en comparación con la propia realidad peruana, debemos expresar nuestra concordancia con las ideas de la Profesora Cecilia P. Grosman, cuando mencionaba que: “Los lineamientos actuales son insuficientes y se evidencia la necesidad de cubrir los vacíos legales con normas que permitan a los integrantes de la familia ensamblada tener expectativas claras sobre sus derechos y deberes, especialmente en la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro, además de definir soluciones para los diversos conflictos que puedan plantearse entre el hogar ensamblado y los núcleos familiares precedentes.

Ello contribuirá a atenuar las fuentes de tensión, permitiendo de este modo una mayor estabilidad familiar, pues no es la complejidad de estas familias lo que complica, sino la ausencia de roles institucionalizados y respuestas claras. La falta de certezas es siempre perniciosa, pues debilita el ejercicio de la función normativa de los adultos y afecta el bienestar de las familias”.

Superar el vacío legal en que se encuentran sumergidas las familias ensambladas, más específicamente sus miembros, respecto de sus roles y derechos, es hoy una tarea pendiente de nuestros legisladores.

5.4. 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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.

En ese sentido, 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 sustento legal alguno.

Constatando esta situación, el Tribunal Constitucional en el Sentencia Exp. 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, 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 muerto presunto 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.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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" (Vásquez, 2010, p. 58). 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.

5.5. Sobre la patria potestad

La patria potestad es una institución jurídica que asegura el cumplimiento de deberes y derechos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos, por regla general el ejercicio de la patria potestad es de carácter personalísimo pero diversos especialistas en Derecho como Rodrigo Da Cunha Pereira, Enrique Varsi Rospigliosi y Aléx Plácido Vilcachagua explican acerca de las nuevas perspectivas del ejercicio de la patria potestad.

Perspectivas que se separan del concepto de la paternidad biológica, que indican que la paternidad y la maternidad son funciones y que su cumplimiento es lo que garantiza una estructuración biopsíquica saludable de alguien y esta no

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

necesita necesariamente ser ejercida por los padres biológicos, por lo tanto lo que garantiza el cumplimiento de las funciones parentales no es el nexo genético, sino el cuidado y el desvelo dedicados a los hijos. La presencia del padre o madre biológico no es garantía de que la persona pueda estructurarse como sujeto, por lo tanto la calidad del padre puede recaer en una serie de personas; quien retiene la calidad paterna es aquél que desempeña la función de padre, quién de forma decisiva y responsable vela por el desarrollo de los sujetos.

La patria potestad no es un derecho que recaiga necesariamente en los padres biológicos, sino una función que se encomienda en beneficio del menor en función del interés superior del niño.

En ese sentido, en las familias ensambladas el padre o madre afín de forma espontánea coopera con la crianza y la educación de sus hijos afines, realiza actos cotidianos relativos a su formación, adopta decisiones que sean necesarias ante situaciones de emergencia, posibilita la creación de un espacio de protección, de cuidado con el fin de brindarles un clima de bienestar integral a sus hijos propios y de su nuevo cónyuge, promoviendo y cultivando la identidad, los valores, la igualdad, la responsabilidad, posibilitando el pleno desarrollo de sus miembros; es decir el padre o madre afín cumple una función protectora y formativa asumiendo el rol de la patria potestad implícitamente más aún si el padre biológico del hijastro no cumple sus funciones porque falleció.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

De ello podemos deducir, que la función que cumplen los padres afines dentro de una familia ensamblada son variados; ellos no son ajenos al desarrollo de sus hijos afines; es más, como lo señalan los investigadores, en muchos casos surge una situación de dependencia ya sea económica, moral, psicológica o afectiva, que surge a partir de la convivencia, el trato y la familiaridad entre el padre/madre y el hijo/a afín en el hogar ensamblado los cuales constituirían presupuestos determinantes para que el padre/madre afín tengan la legitimidad para actuar en nombre del menor ante la inacción de los progenitores o como nuestra investigación plantea, ante la muerte del progenitor.

En virtud del interés superior del niño, con el fin de procurar los cuidados y asistencias en un ambiente de bienestar familiar, social y asegurarle un desarrollo pleno e integral a través de la patria potestad asumida por el padre afín quién se encarga de los cuidados y responsabilidades respecto de su hijo/a afín, garantizará su desarrollo integral ya que el niño tendrá el derecho de percibir los alimentos, educación, vivienda, etc., y el padre/madre afín por su parte tendrá el derecho a la representación, a la tenencia y administración de los bienes del menor conjuntamente con el padre biológico; de esta manera, se contribuirá a mejorar la calidad de la unidad social de la familia ensamblada y, por ende, al fortalecimiento de las familias ensambladas.

Por último, por los fundamentos expuestos, el padre/madre afín debería asumir la patria potestad respecto de sus hijos afines, conjuntamente con el padre

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

biológico el cual es su cónyuge; igualmente coinciden que si beneficiaría la dación de una norma que prescriba el ejercicio de la patria potestad a favor de los padres afines cuando el padre biológico no conviviente haya fallecido, situación legal que coadyuva al ejercicio pleno del interés superior del niño.

5.6. Sobre el derecho a la protección de la familia

Tal como ya lo hemos señalado, el Tribunal constitucional en el Expediente Nº 01204-2017-PA/TC, declara fundada la demanda de amparo, entre otras razones, por haberse vulnerado el derecho a la protección de la familia. No obstante ello, lo más relevante del caso es que el Tribunal brinda algunas nuevas consideraciones en torno al tema de las familias ensambladas que resultan relevantes para comprender a cabalidad su contenido y necesidad de tutela en el Estado Constitucional.

Al respecto, si la relación que se establece dentro de una familia ensamblada es una que no debería guardar diferencias significativas con las de una familia "no ensamblada", ello tiene como correlato que los derechos y deberes establecidos no sean unidireccionales, sino que vayan recíprocamente de los padres o madres afines hacia los hijos o hijas, y viceversa. Solo un entendimiento como este puede llevarnos a una visión integral y omnicomprensiva respecto de esta identidad familiar.

Finalmente, el Tribunal se pronuncia en torno a un tema que guarda cierta polémica. ¿Qué sucede con las obligaciones de los padres o madres biológicos, una vez que el padre o madre afín se hace cargo de sus hijos o hijas? El Tribunal indicará que, en tanto el padre o madre afín se hace cargo de las responsabilidades que, en

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

principio, deberían recaer en el padre o madre biológicos, por razones de solidaridad y ante una inminente situación de vulnerabilidad de los hijos, esta asunción de responsabilidad debe permitirse pero no puede interpretarse, en sentido alguno, como un desentendimiento legalmente permitido por parte de los padres o madres biológicos (Ibidem, f.j. 37).

Incluso en los casos en que tanto la madre o el padre biológico como el padre o madre afín asuman las responsabilidades de atención y cuidado, de ello no puede colegirse la posibilidad de que los primeros se desentiendan de sus obligaciones económicas. Ello en mérito a lo que el Tribunal entiende como una interpretación que se basa en el derecho principio del interés superior del niño y por el cual, solo cuando las prestaciones que le brinde el padre o madre afín le favorezcan, estas podrán prevalecer (Ibidem, f.j. 38).

Este principio-derecho, cuya protección ha sido invocada también en el ámbito interamericano, en el Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, entre otras. En el caso Campo Algodonero vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, se señalará a este respecto que "(…) la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad". (fundamento 408).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Por ello, es de suma importancia para atender a las particularidades del caso, en la medida en que al haber sido reconocido como derecho, como principio interpretativo y como norma de procedimiento (Comité de los Derechos del Niño. Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14, párr. 6), tiene una preferencia interpretativa insoslayable que condiciona cualquier disposición formal a la optimización de las condiciones materiales y subjetivas de los niños, niñas y adolescentes, en los casos en que se encuentren involucrados. Y es que su beneficio es "prioritario, ya que supone un interés supremo a cualquier otro interés en juego" (López-Contreras, s.f., p. 55).

Con estas anotaciones, el Tribunal atenderá la controversia planteada, a partir del hecho de que el actor, al incluir a la hija que su esposa (con la que se casó en 1995), tuvo en una relación anterior como derechohabiente, estaba actuando en función de la familia ensamblada que había formado producto del vínculo que sostenía con la referida esposa.

De allí en más el caso se resolvió rápidamente, pues al haberse acreditado la vulneración del derecho a la protección de la familia y al trabajo del recurrente, se declara nulo el despido del cual fue víctima, ordenándose su inmediata reposición en su puesto de trabajo.

5.7. Validación de hipótesis

La hipótesis planteada en la investigación: "La constitucionalización del derecho de familia y el reconocimiento de derechos a la protección, identidad e

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

igualdad en las relaciones de familia, constituyen los fundamentos jurídicos para justificar la protección constitucional sobre la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú", quedando validada afirmativamente en merito a los siguientes fundamentos jurídicos:

Primero: El surgimiento del paradigma Neoconstitucionalista ha traído como consecuencia, la constitucionalización del derecho de forma general y de manera específica el derecho civil, habiéndose configurado de esa forma el derecho de familia a la "constitucionalización del derecho de familia", donde las normas que regula el derecho de familia y del código civil deben ser interpretadas acorde a la constitución, es decir, hacer una interpretación constitucional de dichas normas, pasado de una interpretación forma y legalista a una interpretación amplia y no restrictiva.

Además, dicha interpretación obliga a tener en cuenta lo establecido por el Tribunal constitucional como supremo interprete de la constitución, toda vez que sus sentencias gozan de una eficacia normativa; por lo tanto, todos los poderes públicos están obligados a cumplirlas.

Segundo: Consciente de los cambios, necesidades y expectativas de la familia contemporánea, la Constitución Política de 1993 introdujo una serie de conceptos revolucionarios que transformó radicalmente el criterio que se venía teniendo de la familia y de sus derechos como institución, así como los que le corresponde a cada uno de los integrantes de la misma.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En este orden de ideas, y para complementar la normatividad contemplada en la Carta Política, el Tribunal Constitucional ha pronunciado innumerables sentencias de grandes connotaciones sociales y políticas, las cuales han constituido un punto de partida y soporte para la nueva concepción que hoy en día tenemos de la institución familiar. Bien lo ha dicho el Tribunal Constitucional: la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, y, efectivamente, cambios sociales y jurídicos, han significado un cambio en la estructura del clásico, o si quiere llamarse tradicional modelo familiar, conocido como nuclear.

Tercero: Nuestra Constitución Política en su artículo 4 establece el principio de protección familiar, la cual, debería interpretarse en sentido amplio, independientemente de su estructura (familias ensambladas, monoparentales, etc.) y origen (matrimonial o convivencial) ya que nuestra realidad lo amerita, así se pueden dictar normas que regulen a las familias ensambladas, que alienten la responsabilidad y cooperación de los padres afines en el cuidado de los hijos de su cónyuge.

Como podemos apreciar, y más allá de la vocación tutelar puesta de manifiesto en nuestras Constituciones desde el año 1933, queda claro que el texto constitucional no establece o define un concepto único de Familia. ¿Puede ser este un olvido del constituyente? No, lo que ocurre es que la Constitución no pretendió jamás reconocer un modelo específico de Familia por lo complejo que resulta

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

definir a una institución “natural” como esta, siempre sujeta al devenir histórico de los nuevos tiempos. Es por eso que, como bien lo señaló nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 06572-2006-PA/TC), el instituto de la Familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que establecía una inconstitucional diferencia entre los hijos “legítimos” y “no legítimos”, por ejemplo.

Cuarto: Nuestra legislación peruana no regula en forma expresa sobre las familias ensambladas, pero si hace referencia de forma implícita algunos derechos, obligaciones y prohibiciones que asumiría el padre/madre afín respecto del hijo de su cónyuge en virtud del parentesco por afinidad en primer grado.

Así tenemos que los padres e hijos afines no pueden contraer matrimonio (Artículo 242 inciso 3 del Código Civil), la prohibición de declarar como testigo entre padres e hijos afines (Artículo 229 del Código Procesal Civil), la posibilidad de ser recusado por las partes en un proceso cuando en su calidad de Juez, él, sus padres o hijos afines tengan relaciones de crédito con alguna de las partes (Artículo 30 del Código Procesal Civil).

En cuanto a las obligaciones, los padres afines se constituyen en responsables solidarios conjuntamente con su cónyuge respecto de la administración de los bienes de su hijo/a afín, si el consejo de familia así lo autoriza (Artículo 433 del Código Civil), también el padre 167 o madre afín están obligados a prestar alimentos en su calidad de responsables del niño o adolescente, si sus padres

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

biológicos y los que le anteceden en el orden de prelación que establece la ley, estuviesen impedidos (Artículo 93 del Código de Niños y Adolescentes).

Respecto de los derechos, la ley le otorga la facultad de adoptar a su hijo afín sin la necesidad de que se declare su estado de abandono (Artículo 128 del Código de Niños y Adolescentes), además tiene legitimidad para solicitar la rectificación de partida de su hijo afín (Artículo 827 del Código Procesal Civil) y solicitar régimen de visitas, ya que la ley determina que este beneficio se extienda a los parientes afines hasta el segundo grado de afinidad, incorporando dentro de ella a los padres afines, es posible que el legislador haya considerado los lazos afectivos que surgen en la convivencia entre los padres e hijos afines (Artículo 90 del Código de Niños y Adolescentes), la ley N° 26763, artículo 2, inciso e), considera violencia familiar a cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, amenaza o coacción grave entre padres e hijos afines, ya que son parientes afines en primer grado.

Quinto: La aplicación de las normas que contiene derechos, obligaciones y prohibiciones que se acaban de señalar están referidas a los parientes afines incluidos los de primer grado por lo tanto se consideran de manera implícita a los padres e hijos afines.

Por ello, es innegable la existencia de un vacío legal en cuanto a los derechos, deberes y de las relaciones que surgen entre los integrantes de las familias reconstituidas, específicamente entre los hijos afines (hijastros o hijos sociales) y

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

padres afines (padrastros o padres sociales); sin embargo, estos vacíos deben ser cubiertos a través de la interpretación sistemática y teleológica de los principios y valores constitucionales consagrados en la Constitución de 1993.

Sexto: Sobre la obligación alimentaria en las familias ensambladas, 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 de los hijos de su conviviente.

Sobre la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín consideramos que encontraría su fundamento en los principios: 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; que según el Tribunal Constitucional (Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 3) ha señalado que, para proteger al menor, niño o adolescente, debemos tener en cuenta sobre el respeto de dichos principios y derechos.

Séptimo: Sobre la patria potestad, En un núcleo familiar ensamblado se puede originar con el matrimonio o mediante una unión convivencial, es la legislación civil la que establece el reconocimiento legal del parentesco por afinidad en primer grado entre un cónyuge y los hijos de su pareja. El Tribunal Constitucional reconoce que la familia ensamblada está constituida por el padre o madre afín que viene a ser

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

el cónyuge del padre biológico, por los hijos propios de cada cónyuge que vendrían a ser los hijos afines de la pareja y también por los hijos comunes del matrimonio ensamblado, donde tratarán de construir una identidad familiar autónoma.

Por lo que en el caso de las familias ensambladas en la que se desarrollan niños, el principio del interés superior del niño regula en las familias ensambladas, satisfaciendo sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, asegurando su crecimiento bajo el amparo y responsabilidad de ambos padres, ya sea biológico o afín, en un clima familiar que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social, garantizando su desarrollo integral que contribuya a una vida digna y en armonía, donde los niños y adolescentes vivan plenamente desplegando su potencialidad, al margen de la estructura familiar de la que son parte.

Octavo: Sobre la protección familiar, en la sentencia recaída en el Exp. N° 01204-2017-PA/TC; el Tribunal Constitucional concluyó que el despido del accionante vulneró el derecho constitucional a la protección de la familia, porque, aunque la beneficiada no era hija biológica del trabajador, sí era parte de su familia, pues esta era la hija de su esposa, y, en estos casos, nos encontramos ante un supuesto de "familia ensamblada" constituida por el demandante, su hijo, su esposa y la hija biológica de la esposa (quienes comparten vida en común desde el matrimonio celebrado en 1995); en consecuencia, nulo el despido arbitrario.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

VI. CONCLUSIONES

1. El surgimiento del paradigma Neoconstitucionalista ha traído como consecuencia la "constitucionalización del derecho de familia", estableciendo que dichas normas deben ser interpretadas conforme a la constitución, pasando de una interpretación formal y legalista a una interpretación principista, amplia y no restrictiva.

2. La Constitución Política de 1993, en su artículo 4, no define un único modelo de familia y reconoce el principio de protección familiar, el cual debería interpretarse en sentido amplio, independientemente de su estructura (familias ensambladas, monoparentales, etc.) y origen (matrimonial o convivencial), ya que nuestra realidad lo amerita para que se pueden dictar normas que regulen los derechos en las familias ensambladas que alienten la responsabilidad y cooperación de los padres afines en el cuidado de los hijos de su cónyuge.

3. La familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y jurídicos, lo cual ha significado un cambio en la estructura del tradicional modelo familiar (nuclear), por lo que el reconocimiento de principios como la protección, identidad e igualdad en las relaciones de familia constituyen los fundamentos jurídicos para justificar la protección constitucional sobre la extensión de la obligación alimentaria del padre afín, patria potestad, la protección familiar en las familias ensambladas en el Perú.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

4. La legislación peruana no regula en forma expresa sobre las familias ensambladas, pero la falta de dicha regulación no implica que no posean protección constitucional y legal; por ello, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes números 09332-2006-PA/TC, 5039-2011, 4493-2008-PA/TC, y TC 01204-2017-PA/TC, en las que ha llegado a definir la nueva estructura familiar y sus derechos, los cuales han constituido un punto de partida y soporte para la nueva concepción que hoy en día tenemos sobre dicha institución familiar.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

VII. RECOMENDACIONES

1. A los operadores jurídicos, si bien se puede advertir un vacío legal, específicamente en cuanto a la ausencia de normas que regulen el reconocimiento expreso de derechos en las familias ensambladas, este vacío legal puede ser llenados a través del principio de "interpretación conforme a la constitución", basada en la concreción y materialización de los principios constitucionales, como protección familiar, tutela de urgencia, igualdad e identidad.

2. A los jueces, sobre la obligación alimentaria del padre afín, considerar su carácter subsidiario, basado en los siguientes principios: 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; principios y derechos que deben ser tomados en cuenta para proteger al niño o adolescente.

3. A los legisladores, para el reconocimiento de la obligación alimentaria del padre afín, modificar los siguientes artículos del Código Civil: 423°, 474°, 483°, 486°, 502°, 506°, 527°, 529°, 549°, 550°. Así mismo modificar el artículo 93° del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín hacia el hijo afín.

4. A nuestros legisladores, modificar el artículo 421° del Código Civil, incorporando un segundo párrafo que contenga el ejercicio de la patria potestad

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

a favor de los padres/madres afines cuando uno de los cónyuges haya fallecido, precisando las funciones de los miembros que la integran, de esa forma, las acciones de los padres afines como de representación, protección y cuidados respecto de sus hijos afines tengan legitimidad frente a terceros. Dicha propuesta normativa es compatible con la concepción de familia ensamblada que el Tribunal Constitucional ha establecido en sus sentencias.

5. A los jueces y legisladores, sin desconocer lo ya desarrollado por el Tribunal Constitucional en sus diversas sentencias sobre las familias ensambladas, con un criterio principista y garantista, ir más allá en la precisión de los alcances de las familias ensambladas. De esta forma, reforzar los criterios y agregando algunos nuevos en torno a esta importante instituto familiar, que no solo se vincula al derecho de familia, sino también a derechos fundamentales, tan vitales en un Estado constitucional.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Lima: Palestra – Bogotá: Temis.

Andrade, N. (2016) *"Paradigma Jurídico y Científico*" Disponible en: https://issuu.com/neilemandrade14/docs/paradigma.

Aranzamendi, L. (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley.

Arce, E. (1999). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

Atienza, M. (2007). «*Argumentación y Constitución*». En: Aguiló, J. Atienza M. y Ruiz, J. (2007). *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel,

Avendaño, J. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Barroso, L. (2008). *"El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en* Brasil", En: *Revista de Derecho.* Uruguay: Universidad de Montevideo.

Bastidas, N. (2006). *La co-parentalidad en las familias ensambladas (tesis de postgrado*). Maracaibo – Venezuela.

Beltrán, P. (2008). "*Análisis de la problemática sociojurídica de los hijos de las familias reconstituidas a la luz del Tribunal Constitucional*". En: JUS-Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica. Lima: Grijley.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Benavides, D. y Picado, M. (2010). *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.

Blancas, C. (2004). *"El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción Constitucional".* En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional. Lima: Academia de la Magistratura.

Blanco, T. (2015). *"Parentalidades en familias diversas*" En: Revista de Ciencias Sociales. Vol. 148, N° II. Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Disponible: https://www.researchgate.net/publication/283202279_parentalidades_en_familias_diversas.

Bravo Silva, D. (2017). *Las familias ensambladas y la adopción: la adopción por integración*. En *Estudios de Derecho Familiar. Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia*. Chile: Universidad de Talca.

Briones, G. (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Trillas.

Briozzo, M. (2014). *"La Figura del Progenitor afín en la Reforma Proyectada".* Disponible en: www.derecho.uba.ar/revistagioja.

Calderon, J. (2014). *La Familia Ensamblada en el Perú*. Lima: Andrus.

Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta-UNAM.

Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Castro, O. (2008). *"El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas".* En: Jus-Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica, 29-40. Lima: Grijley.

Comanducci, P. (2002). *"Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico"*, En: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 16, Mexico. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/71001.

Comanducci, P. (2009): "*Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico"*. En: Carbonell, M. Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid.

De la Fuente, J. (2012). "La protección constitucional de la familia en América Latina", En: *Revista IUS, México:* Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.

De Otto, I. (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.

Dworkin R. (1996). *Ley de la libertad: La lectura moral de la Constitución estadounidense*, Cambridge: Harvard University Press.

Espejo, N. y Lathrop, F. (2017). "Una presentación más general de la responsabilidad parental", En: Espejo, N. y Lathrop, F. (coords.), *Responsabilidad parental,* Santiago de Chile, Thomson Reuters.

Espejo, N. y Lathrop, F. (2019) "Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America" (Hacia la constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica). Traducción del inglés de los autores. En: Choudhry, S. y Herring, J. (eds.), The Cambridge Companion to Comparative Family Law,

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Cambridge Companions to Law. Cambridge: Cambridge University Press, Disponible: 10.1017/9781316711750.

Favoreau, L. (2000). "*Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho"* En: Correa Henao, M. (trad.), Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta.

Ferrajoli, L. (2005). *«Pasado y futuro del Estado de derecho»*. En M. Carbonell (ed.) Neoconstitucionalismo, Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2007). "*Sobre los derechos fundamentales"*, En: Carbonell, Miguel (Ed). Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta –UNAM.

Ferrajoli, L. (2009). *"El paradigma normativo de la democracia constitucional*", En: Marcilla Córdoba, G., *Constitucionalismo y garantismo,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ferrajoli, L. y Ruiz Manero, J. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra.

Ferrando, G. (2007). "*Familias recompuestas y padres nuevos‖, en: Revista Derecho y Sociedad"*. N° 28, Año XVIII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Figueroa, E. (2010): "*Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿hacia nuevos horizontes en el derecho?* En: Revista Jurídica del Perú N° 117, Noviembre, Lima: Normas Legales.

Flores, P. (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental.* Lima: Grijley.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Gama, G. (2008). Principios constitucionales de derecho de familia. Sao Paulo: Atlas.

García, C. (2011): "*El principio de protección a la familia y la ampliación de dicho concepto en el Perú"*, En sitio web: http://www.decamana.com/columnistas/el-principio-de-proteccion-a-la-familia-y-la-ampliacion-de-dicho-concepto-en-el-peru.

García-Méndez E. y Beloff, M. (1999). *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Prefacio de L. Ferrajoli, 2.ª ed., T. I, Bogotá: Temis.

Gil, A. (2005). *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos.* Buenos Aires: Ediar.

Gil, A. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I y II. Buenos Aires: Ediar.

Gil, A., et al. (2006). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.

Grández, P. (2007) "*Presentación de la obra de Prieto Sanchís, Luis"*. Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Lima: Palestra.

Grosman, C. (2008) "Los hijos en las familias ensambladas", En sitio web: http://blog.pucp.edu.pe/item/24772/los-hijos-en-las-familias-reconstituidas.

Grosman, C. y Mesterman, Silvia (1989). *"Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal*". En: Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nº 2, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Guastini, R. (2013). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Guatiní, R. (2007). *«Sobre el concepto de Constitución»*. En M. Carbonell (ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta – México: IIJ/UNAM.

Hernández, R., et al (2010). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill.

Herrera, M. (2011). "La familia en la Constitución 2020. ¿Qué familia?", en Gargarella, R. (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires: Siglo XXI.

Hesse, H. (2016). *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas.

Irene Del Val, A. (2004). *"El futuro de la familia: la familia*". En: revista de pensamiento cristiano, Nº 217, pp. 9-26. Disponible: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=857384

Jaramillo, I. (2008). *"Familia"*, En: Motta, C. y Sáez, M. (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, T. 1, Bogotá: Siglo del Hombre.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014) *Alimentos*. Tomo I y II. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Kuhn, T. (1996). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Landa, C. (2013): *"La constitucionalización del derecho peruano*" En Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 71, Lima.

Lathrop, F (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

LLoveras, N. (2009). *El Derecho de Familia Desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Universidad.

López-Contreras, R. (s.f.). "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13. Manizales. Disponible: https://www.redalyc.org/toc.oa?id=773&numero=40728

Lovera, D. y Coddou, A. (2009). "*Niño, adolescentes y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía"*, En: Justicia y Derechos del Niño, N° 11, Santiago: UNICEF.

Martínez, G. (2000). *"Familias Ensambladas". Nuevas Uniones Después del Divorcio.* Buenos Aires: Universidad.

Monteiro, W. (2001). *Curso de Derecho Civil.* Vol. 2. Derecho de familia, 36ª edición actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, Sao Paulo.

Paladini, M. (2008). "*La paternidad "de hecho" y los derechos de las familias recompuestas".* En: JUS-Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica, 83-89. Lima: Grijley.

Pereira, C. (2004). Instituciones del Derecho Civil. Vol. V, 14ª edición, Río de Janeiro: Forense.

Pérez, L. (2011). *"Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato: ¿una ecuación lineal?*" En: Revista Universidad de La Habana, Cuba.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Plácido, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia.* Lima: Gaceta Jurídica.

Prieto, L. (2009). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta.

Quiroga, H., Benedetti, M., Cenicacelaya, M. (2009). *Derecho constitucional argentino*. T.1., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Reyna, H. (2013). *"Familias Ensambladas: Su Problemática Jurídica en el Perú".* Disponible: https://es.scribd.com/document/123993835/Familias-Ensambladas-.

Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Ffecaat.

Robles, L. et al. (2016). *El paradigma jurídico Neoconstitucionalista: El caso peruano según la constitución de 1993*. Lima: Ffecaatt.

Robles, L., et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Fecatt.

Siverino, P. (2008). "*Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Schols Perez". En: Revista Ius Jurisprudencia* (3). Lima: Grijley.

Solís, A. (2001). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima.

Street, M. (2001). *Las familias ensambladas en la Argentina hacia el año 2001. Descubriendo "los tuyos, los míos y los nuestros"*. Buenos Aires: Cátedra de Demografía Social, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

Varsi, E. (2004) . Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Lima: Grijley.

Varsi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Vásquez, E. (2010). *"El deber alimentario en las familias ensambladas".* En: Revistas Gaceta Constitucional N° 35. Lima: Gaceta Jurídica.

Vega Mere, Y. (2009). *"La familia por venir: entre lo público y lo privado, entre la tradición y la modernidad (o postmodernidad)*". En: Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Familias de hecho, ensambladas y homosexuales. Lima: Motivensa.

Vinatea, L. (2004). "*La "adecuada protección procesal" contra el despido arbitrario"*, En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Lima: Academia de la Magistratura.

Zannoni, E. (1998). *Derecho de familia*. Tomo 1, 3ª edición, Buenos Aires: Astrea.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

VI. ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS EN EL PERÚ

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
Problema general ¿Cuáles son las razones jurídicas para justificar la protección constitucional sobre la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú? **Problemas específicos** a) ¿Cuál es la influencia del paradigma jurídico neoconstitucionalismo en la configuración actual del derecho de familia en el Perú? b) ¿Por qué las familias ensambladas deben de gozar de una protección constitucional en sus derechos? c) ¿Cuáles son los derechos extensibles a las familias ensambladas que deben gozar de una protección constitucional? d) l) ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial del Tribunal constitucional respecto a la extensión de los derechos en las familias ensambladas?	**Objetivo general** Analizar las razones jurídicas que justifican la protección constitucional de la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú. **Objetivos específicos** a) Determinar la influencia del paradigma jurídico neoconstitucionalismo en la configuración actual del derecho de familia en el Perú. b) Explicar las razones porqué las familias ensambladas deben de gozar de una protección constitucional en sus derechos. c) Describir los derechos extensibles a las familias ensambladas que deben gozar de una protección constitucional. d) Analizar los alcances del tratamiento jurisprudencial del Tribunal constitucional respecto a la extensión de los derechos en las familias ensambladas.	La constitucionalización del derecho de familia y el reconocimiento de principios como la protección, identidad e igualdad en las relaciones de familia constituyen los fundamentos jurídicos para justificar la protección constitucional sobre la extensión de los derechos en las familias ensambladas en el Perú.	• **Variable Independiente:** Protección constitucional de las familias ensambladas **Indicadores:** ☐ Neoconstitucionalismo ☐ Fuerza normativa de la constitución ☐ Contenido esencial de los derechos ☐ Principios constitucionales del derecho de familia ☐ Nueva estructura familiar ☐ Prolongación de los vínculos familiares • **Variable Dependiente:** Extensión de los derechos en las familias ensambladas **Indicadores:** ☐ Alimentos ☐ Trabajo ☐ Patria potestad ☐ Alcances de la regulación normativa ☐ Jurisprudencia del PJ ☐ Jurisprudencia del TC ☐ Jurisprudencia de la CIDH	TIPO DE INVESTIGACIÓN: Dogmática TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Transversal DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa UNIDAD DE ANALISIS: Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS ▪ Identificación del lugar donde se buscó la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y variables. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. ANALISIS DE LA INFORMACIÓN Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías. VALIDACIÓN DE LA HIPOTESSIS: Método de la argumentación jurídica.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú