

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



**“LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER DE
LOS BIENES DEL HIJO AFÍN”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA: Bach. Zenaida Mireya Gutiérrez Ascón

ASESOR: Abog. Francisco Javier Mauricio Juárez

Trujillo – Perú

2018

DEDICATORIA

A Dios, por bendecirme día a día, por acompañarme en mi camino, sostener mi mano y encaminar mi espíritu.

A mi madre, Milly Ascón Serrano, por ser el aire que respiro, porque todo lo que soy se lo debo, por estar siempre conmigo apoyándome en mis logros y consolándome en mis fracasos, por su dedicación, trabajo, esfuerzo y amor infinito, para ti madre querida mi eterna gratitud.

A mi familia, si algo aprendí de ustedes es que todo en esta vida se puede si se trabaja con esmero y dedicación.

A ustedes mis queridos amores, por aflorar en mí el sentimiento más hermoso, por acompañarme silenciosamente y por su amor incondicional.

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera infinita a Dios por permitir realizar una gran elección en mi vida, estudiar la carrera de Derecho fue la mejor decisión, me permitió conocer una perspectiva distinta de nuestra sociedad, así como, rodearme de personas maravillosas, y sobre todo poder ayudar a las personas que lo necesitan.

A mis profesores, por su tiempo y dedicación, y porque además de impartir conocimientos, impartieron valores y enseñanzas de vida, por el gran respeto que les tengo, y la admiración que se merecen por su calidad profesional y humanística, y sobre todo por corregir mis errores y felicitar mis aciertos.

A mi asesor, por su amabilidad, predisposición y sobre todo por el apoyo que me brindo para la realización de mi investigación.

Finalmente, agradezco aquellas personas que me ayudaron a absolver mis preguntas e inquietudes, que me guiaron con paciencia y fueron amables al proporcionarme un tiempo para intercambiar ideas, debatir, y para proporcionarme información del lado práctico del derecho.

RESUMEN

La presente investigación denominada “La autorización judicial para disponer de los bienes del hijo afín”, tiene como objetivo general determinar la necesidad de regular jurídicamente el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín, para tal fin, se realizó un análisis doctrinario y normativo de las instituciones de la familia, familia ensamblada y, se estableció los alcances de la figura jurídica del derecho a la autorización judicial para disponer de los bienes de los niños y adolescentes. Asimismo, se analizó el tema de familia ensamblada en el derecho comparado y cómo es la regulación que rige los derechos y obligaciones del padre o madre afín.

Con la investigación realizada se pretende subsanar un vacío legal existente, puesto que nuestra legislación no contempla dicha autorización para los padres afines, si bien el Tribunal Constitucional se pronunció respecto al tema de familia ensamblada, ello no subsanó la falta de regulación, por lo que, a efectos de proteger al niño o adolescente es que propugnó la modificatoria del artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, adicionando a dicho artículo la autorización para que el padre o madre afín pueda disponer de los bienes de su hijo afín.

Palabras clave: Familia, Familia Ensamblada, Autorización Judicial, padre o madre afín.

ABSTRACT

The present investigation called "The judicial authorization to dispose of the property of the stepson", has as a general objective to determine the need to legally regulate the right of judicial authorization of the assets of the minor by the stepfather or stepmother, for that purpose, a doctrinal and normative analysis of the institutions of the family, stepfamily was carried out, and the scope of the legal figure of the right to judicial authorization was established to dispose of the assets of children and adolescents. Likewise, the topic of the stepfamily in comparative law was analyzed and how is the regulation that corresponds to the rights and obligations of the stepfather or stepmother.

With the research carried out, it is proposed to correct an existing legal vacuum, since our legislation does not include authorization for stepparents, the Constitutional Court ruled on the issue of the stepfamily, don't correct the lack of regulation, so that an effect to protect the child or adolescent is what advocates the amendment of Article 109 of the Code of Children and Adolescents, adding that article the authorization for the stepfather or stepmother to have it of the assets of his stepson.

Keywords: Family, Stepfamily, Judicial Authorization, stepfather or stepmother.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

Tengo el agrado de presentar ante ustedes mi Tesis titulada “La autorización judicial para disponer de los bienes del hijo afín”, con la finalidad de poder sustentar la investigación realizada, en cumplimiento de lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Privada Antenor Orrego para poder obtener el grado profesional de Abogada.

El presente trabajo de investigación fue elaborado con dedicación y esmero, para tal fin realicé una búsqueda en las diversas fuentes bibliográficas para poder realizar de manera eficiente el tema a tratar, asimismo, se profundizó la investigación al analizar los alcances de la legislación comparada en cuanto a la familia ensamblada y los derechos de los hijos afines, todo ello, aunado a la jurisprudencia de nuestro país, permitió establecer las conclusiones a las que se arribaron.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación, quedo de Ustedes.

Atentamente,

La autora

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
PRESENTACIÓN	vi
CAPÍTULO I	13
INTRODUCCIÓN.....	13
1. Problema.....	13
1.1. Planteamiento del problema.....	13
1.2. Formulación del problema	18
2. Hipótesis	18
2.1. Variables.....	18
3. Objetivos.....	19
3.1. General.	19
3.2. Específicos.	19
4. Justificación.....	19
4.1. Justificación social.	19
4.2. Justificación jurídica.	20
4.3. Justificación metodológica.....	22
CAPÍTULO II.....	25

MARCO TEÓRICO.....	25
1. Antecedentes de la investigación.....	25
2. Bases teóricas	30
SUBCAPÍTULO I.....	30
LA FAMILIA Y LA FAMILIA ENSAMBLADA	30
1. La Familia.....	30
1.1. Etimología	30
1.2. Concepto.....	30
1.3. Caracteres de la Familia	35
1.4. Tipos de Familia.....	39
1.5. Importancia de la Familia.....	45
1.6. Naturaleza jurídica de la Familia.	48
1.7. La Familia en el Derecho Peruano	50
1.8. Fuentes originarias de la Familia: El Matrimonio.....	52
2. Familias Ensambladas	69
2.1. Concepto.....	71
2.2. Diferentes denominaciones.	72
2.3. Características de la Familia Ensamblada.....	75
2.4. Condiciones bajo las cuales se conforman las Familias Ensambladas.....	81
2.5. La Familia Ensamblada en el Ordenamiento Jurídico Peruano.	83
2.6. La Familia Ensamblada a luz del Tribunal Constitucional: Casuística.....	91

2.7. La Familia Ensamblada en el Derecho Comparado	97
SUBCAPÍTULO II.....	105
LA DENOMINACIÓN DE PADRE O MADRE AFÍN	105
1. Denominación del término padrastro y madrastra.....	105
2. Rol del padre o madre afín	107
2.1. Familia Ensamblada formada por la madre a cargo de los hijos y el nuevo cónyuge.	107
2.2. Familia Ensamblada formado por el padre no conviviente y su nueva cónyuge. 109	
3. Sustento de los hijos afines por el nuevo cónyuge	110
4. Ejercicio de la autoridad parental	112
4.1. El rol parental vinculado a sus distintas formas	112
4.2. El rol de padre o madre afín	114
SUBCAPÍTULO III.....	118
AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER DE	
LOS BIENES DEL MENOR.....	118
1. Generalidades	118
1.1. Minoría de edad.....	118
1.2. Bienes propiedad del menor	119
2. Definición de la autorización judicial.....	121
3. Vía procedimental y competencia para la tramitación de la autorización judicial para disponer de los bienes del niño o adolescente	121

4. Demanda e intervención del Ministerio Público	122
5. Del proceso de Autorización Judicial para disponer de los bienes del menor	124
6. Necesidad de regular la autorización judicial para disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín	125
CAPÍTULO III	132
MATERIALES Y MÉTODOS	132
1. Tipo de investigación	132
1.1. Por su finalidad.....	132
1.2. Por su profundidad.	133
1.3. Por su naturaleza.	133
2. Material de estudio	134
2.1. Legislación.	134
2.2. Doctrina.....	134
2.3. Jurisprudencia Constitucional.	134
3. Métodos	135
3.1. Lógicos.....	135
3.2. Jurídicos.	136
4. Técnica e instrumento:.....	136
4.1. Técnica.	136
4.2. Instrumento.....	137
CAPÍTULO IV.....	140

CONCLUSIONES	140
CAPÍTULO V	143
RECOMENDACIONES	143
CAPÍTULO VI.....	146
BIBLIOGRAFÍA	146
ANEXOS	151

Anexo 01: Matriz de consistencia

Anexo 02: Sentencia - EXP. N.º 09332-2006-PA/TC

Anexo 03: Sentencia - EXP. N.º 02478-2008-PA/TC

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. Problema:

1.1.Planteamiento del problema.

En nuestro ordenamiento jurídico existe una serie de instituciones jurídicas que protegen y garantizan los derechos del niño y adolescente, uno de ella es la autorización judicial para disponer de los bienes del menor, que es la “venia o licencia del juez, que se requiere para la validez de determinados actos jurídicos, a efectos de habilitar a personas o a representantes de los incapaces” (Ossorio, 1999, p.113), con el objetivo de que puedan disponer de los bienes del menor a fin de que se garantice la supervivencia del niño o adolescente, dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, el cual prescribe: “Quienes administran bienes de niños o de adolescentes necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad de conformidad con el Código Civil”, asimismo, el artículo 447° del Código Civil, establece: “Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo”; a razón de esta norma, “los padres ejerzan la amplia facultad de administrar los bienes de sus hijos, pero la facultad restringida para disponer de ellos, ya que la administración como tal tiene límites e implica, fundamentalmente, la

obligación de cautelar efectivamente el patrimonio de los hijos” (Varsi, 2010, p.167). Siendo esto así, nuestro ordenamiento jurídico solo faculta a los padres o al tutor para poder disponer de los bienes del menor en caso de utilidad y necesidad debidamente comprobada y previa autorización del juez, con la finalidad de que ese bien o dinero a disponer sea utilizado en beneficio y salvaguarda del menor.

Los padres biológicos son los que sustentan los gastos de sus hijos, por ser su obligación y deber, y a quienes la ley le otorga la potestad de disponer de los bienes que hayan sido dejados a su hijo (s), para ser utilizados únicamente en beneficio del menor al cubrir las necesidades de alimentación, vestido, vivienda, educación, recreación y otras necesidades propias del desarrollo del niño o adolescente, si bien esta figura se desarrolla dentro del contexto de una familia nuclear, “que comprende a los padres e hijos y, de éstos solo a los que son solteros y viven en la casa paterna” (Peralta, 2008,p. 48); tenemos que tener en cuenta que nuestra sociedad es dinámica, por tanto, la familia también lo es, “sus cambios trascienden en la vida entera de la sociedad, y sus cambios repercuten en el desarrollo de esta por ser célula natural”(Mallqui y Momethiano, 2008, p.48), por tanto, se pasó de la conformación de una familia nuclear a la aceptación de los diversas formas de familia.

Una de las formas diferentes de organización familiar es la familia ensamblada, definida 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” (Grosman y Martínez, 2000, p.35), por lo que, cada persona en su legítimo derecho a constituir una familia, forma

un nuevo hogar, en donde cada integrante se amolda a las nuevas vivencias y estilo de vida.

Así, como parte integrante de la familia ensamblada se encuentra el padre o madre afín (mal denominado padrastro o madrastra), quien es el esposo (a) de uno de los progenitores; muchas veces la figura del padre o madre afín reemplaza a la figura del padre o madre biológico, que por diversos motivos como la falta de dinero para la manutención, el desinterés por el bienestar del menor, la mala relación o comunicación y hasta rencor entre los padres biológicos, genera que la responsabilidad que deban cumplir y/o asumir se traslade al padre/madre afín, quien no teniendo ningún vínculo sanguíneo con el menor, más que el hecho de ser hijo (a) de su cónyuge, asume la responsabilidad de criarlo por formar parte de su familia, y por la convivencia que se genera día a día, asumiendo en muchos casos los gastos que irroga la manutención del niño o adolescente, tanto en su alimentación, educación, salud y recreación, ello aunado a los gastos que realice para con sus hijos biológicos. Estando a lo precisando, de darse el caso en que uno de los cónyuge de la familia ensamblada que tuviera hijo o hijos menores de edad de su anterior relación, en donde el padre biológico o la madre biológica de su hijo(s) no asume las obligaciones que debe cumplir y, que cuente con un patrimonio (propiedades, acciones, etc.), falleciera, el padre o madre afín no tendría derecho a solicitar la autorización judicial para disponer de los bienes del menor, toda vez que, la normativa civil solo autoriza dicha disposición a los padres o administradores, previa autorización judicial, en los caso de necesidad y utilidad debidamente comprobado, por lo que, frente a esta situación fáctica *¿qué acciones podría realizar el padre o madre afín (que frente al menor*

representa la figura paterna o materna) si necesitara disponer de los bienes del menor para cubrir las necesidades básicas de alimento, educación, vestimenta, entre otras, para la protección y cuidado de su hijo(a) afín y para garantizarle una buena calidad de vida, teniendo en cuenta que tiene una carga familiar para con sus hijos propios?; pues bien, frente a esta pregunta nuestra legislación no contempla solución alguna.

Por su parte, y ante el vacío legal existente, el Tribunal Constitucional emite pronunciamiento respecto de las familias ensambladas mediante sentencia de fecha 30 de noviembre del 2007, recaída en el Expediente N°09332-2006-PA/TC, dentro de su interpretación reconoce y protege el derecho a formar parte de una familia ensamblada versus el derecho de asociación, dando un gran paso al ampliar la interpretación del artículo 4° de la Constitución, referente a que el Estado protege a la familia y promueven el matrimonio; por lo que, de suceder el caso planteado se estaría ante la ausencia de reglamentación legislativa: vacío legal, el cual debe ser resuelto.

En el derecho comparado, ya se ha incorporado la regulación respecto de los derechos y deberes de los padres afines e hijos afines, sin ir tan lejos en Latinoamérica, Argentina, en el año 2014, modificó su Código Civil (Ley 26.994), incorporando un capítulo respecto a los deberes y derechos de los padres afines e hijos afines, estableciendo entre otras normas que, la obligación alimentaria que debe cumplir el padre afín con respecto a su hijo afín, es de carácter subsidiario, ya que la obligación principal recae en los padres, sin embargo, “si bien la contribución al sostenimiento del hijo del conviviente constituye en la actualidad una carga de familia, ello nunca podría ser en desmedro de la propia prole” (Diario Judicial, 2015, párr.11).

En Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley N°17823), promulgado en setiembre del 2004, regula la posibilidad de que el Juez permita un régimen de visita a los parientes afines con quienes el niño o adolescente tenga vínculos afectivos estables (art.38°); en cuanto a la prelación de alimentos, regula que el concubino o la concubina, prestará alimentos a los hijos de su pareja, en cuanto conviva con él (art. 51 inciso 3).

Por otro lado, en Europa, países como Francia y Suiza, regulan normativamente el tema de los padres afines, y cuál es el rol que deben asumir, ambos países tienen en común que otorgan al padre afín el ejercicio de la responsabilidad parental que se realizará de manera conjunta con el progenitor; asimismo, la Comunidad de Aragón (comunidad autónoma de España) “dispone que la autoridad familiar no sólo será atribuida a los padres, sino también a otras personas como padrastros o madrastras (artículo 72)”(Grossman, 2013, pp.95-96).Explicítamente el derecho comparado no regula la figura jurídica de autorización judicial para disponer de los bienes del hijo afín, sin embargo, se puede determinar que su reglamentación brinda la posibilidad de poder acceder a dicha autorización.

Estando a lo preciso, nuestro país no debe estar exento de los cambios que se vienen generando dentro del contexto social, es por ello que mediante el presente trabajo propongo que se le reconozca y otorgue el derecho de disponer de los bienes del hijo biológico menor de edad del cónyuge fallecido, al padre o madre afín, pues ya el derecho comparado ha brindado información reconociendo al padre o madre afín como un integrante primordial de la familia, a quien se le reconoce derechos y obligaciones; por lo que, a fin de subsanar el vacío legal existente en nuestra legislación, propongo la

modificatoria del artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, en el sentido de autorizar también a los padres afines disponer de los bienes de su hijo afín, previa autorización judicial y, en los casos de necesidad y utilidad debidamente comprobado, buscando con ello salvaguarda los intereses del menor.

1.2. Formulación del problema:

¿Por qué es necesario regular jurídicamente el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín para satisfacer las necesidades básicas del hijo afín?

2. Hipótesis:

Es necesario regular jurídicamente el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín porque permitirá la satisfacción de las necesidades básicas de su hijo afín, ampliándose para ello los alcances del artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes.

2.1. Variables.

- Variable independiente

Necesidad de regular jurídicamente el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del hijo afín.

- Variable dependiente

La satisfacción de las necesidades básicas del hijo afín menor de edad.

3. Objetivos:

3.1.General.

Determinar la necesidad de regular jurídicamente el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín.

3.2.Específicos.

- 4.2.1.** Analizar doctrinaria y constitucionalmente la institución jurídica de la familia y la familia ensamblada.
- 4.2.2.** Establecer los límites y alcances de la figura jurídica sobre el Derecho a la Autorización Judicial para disponer de los bienes de los menores.
- 4.2.3.** Demostrar las razones para justificar la regulación de la autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte de los padres afines.

4. Justificación:

4.1.Justificación social.

La familia es la célula básica de la sociedad, por tanto, debe ser respetada y salvaguardada, ya sea desde la familia nuclear, hasta otros tipos de familia como la ensamblada.

La familia ensamblada al igual que cualquier otra tipología de familia busca la unión y el amor entre cada miembro que la conforma, es más, en nuestro entorno social existe un gran número de familias ensambladas en donde los hijos

biológicos de uno de los cónyuges ven reflejado en su padre o madre a fin esa figura paternal o maternal que le inspire seguridad y afecto, ya que en muchos casos ellos ocupan el lugar del padre biológico o madre biológica ausente.

Es así que, si surgiera el caso en que el padre biológico o la madre biológica del menor falleciera, aunado a que el otro progenitor nunca se responsabilizó por el sustento del menor, es decir, un padre biológico ausente, se justificaría que el padre o madre afín, teniendo tan solo una unión afectiva con su hijo o hija afín menor de edad, pudiera disponer de los bienes dejados al menor para ser utilizados en su crianza, en casos de utilidad o necesidad debidamente comprobada, y previa autorización judicial; por lo que, el presente trabajo busca lograr que en nuestra sociedad la figura del padre o madre afín a cargo del hijo o hijos biológicos menores de edad de su cónyuge fallecido, tenga el derecho de recurrir ante la instancia jurisdiccional a fin de solicitar la autorización judicial para disponer de los bienes dejados al menor, teniendo en cuenta que él o ella se encargará de su educación y manutención, cubriendo las necesidades de alimento, educación, vestimenta, vivienda, recreación, entre otras, primando el bienestar del menor; y generando con ello, el reconocimiento de que el padre o madre afín no solo es una simple figura de autoridad paternal.

4.2. Justificación jurídica.

La familia es la institución básica reconocida por nuestra Constitución Política al establecer en su artículo 4º, que la comunidad y el Estado también protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, siendo así, la familia ensamblada también merece

un reconocimiento legal, máxime si aún no se establecen cuáles son los derechos y deberes que deben existir entre los miembros que la conforman.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, es menester precisar la importancia del ¿por qué? y ¿para qué? de la elaboración y desarrollo de la presente tesis.

¿Por qué?, el presente trabajo de investigación se realiza en virtud a que en nuestra normativa constitucional y civil existe un gran vacío respecto a cuales son los derechos que deberían tener los padres afines respecto a sus hijos afines, por lo que, de suceder el caso que el hijo o hija afín menor de edad, que tenga un patrimonio dejado por su progenitor fallecido, el padre o madre afín no puede disponer de ello toda vez que el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes no se lo permite, teniéndose que efectuarse por tanto un análisis minucioso de ponderación de derechos, si por encima de todo se encuentra el bienestar de un menor, debiéndose colocar en una balanza la protección jurídica de los bienes del menor frente a la necesidad de satisfacer sus necesidades básicas.

Asimismo, se efectúa la interrogante ¿para qué del presente trabajo?, para que el vacío legal existente tenga una posible solución, toda vez que de evidenciarse el caso propuesto, el padre o madre afín no podría solicitar la autorización judicial para disponer de los bienes del menor por no ser el progenitor, generando con ello todo un conflicto, máxime si ya el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N°09332-2006-PA/TC, reconoce y brinda protección jurídica a la familia ensamblada; asimismo, el fallo del Expediente N° 02478-2008-PA/TC, reconoce y ampara la figura del padre o madre afín como figura análoga a la de un padre biológico.

Estando a lo señalado precedentemente, es necesario para el Derecho abordar este tema de suma importancia, pues se debe tener en cuenta que nuestra sociedad es dinámica y cambiante, por tanto el Derecho tiene que ir a la par con los diversos cambios sociales; siendo esto así, se requiere de una debida positivización y desarrollo de un marco regulatorio a fin de proteger el interés y bienestar de un menor integrante de una familia ensamblada mediante el otorgamiento de la autorización judicial a los padres afines para que puedan disponer de los bienes del menor, teniendo en cuenta que este padre o madre afín representa frente al niño o adolescente la figura paterna o materna que los protegerá.

4.3. Justificación metodológica.

En la presente investigación se empleará el método deductivo, inductivo, analítico y exegético; deductivo, porque permitirá realizar el estudio de la evolución de los distintos tipos de familia, desde la familia nuclear hasta la familia ensamblada, analizando la factibilidad de poder otorgar el derecho a los padres afines a disponer de los bienes de su hijo afín; inductivo, pues permitirá analizar la factibilidad de poder otorgar el derecho a los padres afín para poder disponer de los bienes de su hijo afín, en caso de necesidad y utilidad, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, con el fin de satisfacer las necesidades básicas del hijo afín; analítico, porque se analizará la figura jurídica de la autorización judicial para disponer de los bienes del menor, el concepto de familia, familia ensamblada, la denominación de padre o madre afín, es decir se separará cada institución para analizarla y estudiarla permitiendo conocer más sobre el objeto de estudio, que en el presente caso es la

obtención de la autorización judicial para que los padres afines puedan disponer de los bienes de sus hijos biológicos menores de edad, pudiendo esbozar un posible resultado que conlleve a explicar la problemática planteada; asimismo, se utilizará el método exegético, toda vez que se interpretará el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, respecto a la autorización judicial para disponer de los bienes del menor, desarrollando y describiendo dicho artículo a fin de establecer el significado que le otorgó el legislador. Buscando de esta manera poder obtener una respuesta a priori a la interrogante planteada, teniendo como fin que el presente trabajo sirva como base para futuras investigaciones sobre el tema.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. Antecedentes de la investigación:

Uno de los trabajos previos, es el realizado por Anhuamán y Recalde (2014), con su investigación: “Procedencia de los deberes alimentarios en casos de Familia Ensamblada” (tesis para obtener el título de Abogado), Universidad Nacional de Trujillo, mediante la cual arribaron a las siguientes conclusiones: 1) “La familia ensamblada es la estructura autónoma originada por la unión en matrimonio o en convivencia de una pareja de viudos, divorciados, o de padres solteros, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa, lo que la diferencia de una familia originaria”. 2) “Si bien es cierto, en la normatividad jurídica peruana existe una falta de regulación expresa respecto a las denominadas familias ensambladas, también lo es, que en el Artículo 326, del Código Civil, se ha reconocido a las Uniones de Hechos e incluso en el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, Ley N° 26260, es evidente la extensión del término familia, admitiéndose así las múltiples formas de organización familiar”. 3) “El Derecho Comparado es la herramienta que nos proporciona la posibilidad de contrastar nuestras instituciones, en este caso, del derecho de familia con las de ordenamientos extranjeros, permitiéndonos comprender el carácter contingente o accidental de ciertas instituciones, que de otra manera podríamos calificar de permanente y necesario” (pp.194-195).

Asimismo, Cubas (2014), con su investigación: “La necesidad de regulación jurídica de los Derechos Sucesorios en las Familias Reconstituidas en el Perú” (tesis

para obtener el título de Abogado), Universidad Nacional de Trujillo, concluyó que:

1) Actualmente es una realidad social no solamente en el Perú sino en el mundo esta nueva organización familiar denominada familias reconstituidas, su regulación jurídica de los derechos sucesorios de los padres e hijos afines, en el Código Civil, resulta insuficiente y evidencia la necesidad, de cubrir este vacío legal con normas protectoras, puesto se han visto desprotegidas”. 2) “En la doctrina se ha establecido que no solo con el matrimonio surgen la institución familiar, existen otro tipo de uniones como las familias reconstituidas”. 3) “La legislación peruana determina que el Estado está encargado de proteger a la familia, reconociendo que estas tienen derecho a decidir la forma de conformación. Además, es deber de este proteger a sus integrantes regulando normas destinadas a estos propósitos” (p.137).

Calderón (2016), con su investigación “El ejercicio de la Patria Potestad en las Familias Ensambladas” (tesis para obtener el título de Abogada), Universidad Privada Antenor Orrego, concluyó que: “La estructura familiar de una familia ensamblada, proviene de situaciones familiares difíciles; hogares desintegrados por la muerte y desaparición de uno de los cónyuges o por el fracaso matrimonial de la pareja que deviene en divorcios, separaciones y tiene como características que sus miembros habitan y comparten vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento en la sociedad, constituyendo una identidad familiar autónoma similar a una familia tradicional fundada en vínculos biológicos” (p.176).

Por otro lado, Fernández (2016), cuya investigación titulada: “Regulación jurídica de la Familia Ensamblada en el Perú y en el Derecho Comparado” (tesis para obtener el título de Abogada), Universidad Católica Santa María, le permitió

concluir que: 1) “La familia matrimonial no es el único tipo de familia que ha de recibir protección del Estado, desde la Constitución de 1979 se asigna igual protección a la familia concubinaria (unión de hecho) asignándole derechos y deberes iguales al matrimonio, los cuales se han ido consolidando con el paso del tiempo. En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha otorgado reconocimiento jurídico a un nuevo tipo de familia, a saber: las familias ensambladas, asignándole protección estatal equivalente a los demás tipos de familia”. 2) “La familia ensamblada se define como la estructura familiar nueva conformada por una pareja adulta cuyos miembros (o uno de ellos) posee hijos de una relación anterior. Su asimilación a nuestro ordenamiento jurídico mediante la sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso Shols Pérez se da en virtud de que este modelo de familia existe en la realidad social, que forma parte de la evolución natural de la familia moderna y que, por tanto, requiere protección jurídica”. 3) “El régimen jurídico aplicable a la familia ensamblada en el Perú aún tiene serias deficiencias y limitaciones debido a que su reconocimiento legal no ha ido acompañado de contenido normativo específico respecto a las diversas relaciones jurídicas existentes entre sus miembros, tales como: el derecho alimentario, el régimen de visitas, la transmisión sucesoria, los alcances concretos del derecho a la igualdad, entre otros; por lo cual se hace necesario su estudio y pronta regulación” (pp.130-132).

Mango (2016), con su investigación titulada “Problemática y Realidad Jurídica de los hijos que conforman Familias Ensambladas en la ciudad de Puno, 2015” (tesis para obtener el título de Abogada), Universidad Andina Cáceres Velásquez concluyó: 1) “La problemática y la realidad jurídica de los hijos que conforman la

familia ensamblada se caracteriza porque sus 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”. 2) “Los derechos esenciales de los hijos que conforman familias ensambladas se delimitan por fortalecer el principio de coparentalidad, o sea la responsabilidad compartida de los padres en la función de crianza y educación de los hijos, pese a la separación y, por la otra, comprometer a la nueva pareja del progenitor en el cuidado de los niños nacidos de un vínculo precedente, ya sea en forma total o parcial. De esta manera se le confiere una serie de derechos, como realizar todos los actos usuales relativos a la vigilancia y educación del hijo afín, actuar en casos de urgencia, la dación de nombre bajo ciertas condiciones o representar al progenitor cuando fuere necesario” (p.140).

Esquibel (2017), con su investigación titulada “La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú” (tesis para obtener el título de Abogado), Universidad Privada Antenor Orrego, precisó que: “haciendo un análisis de nuestra normatividad tanto nuestro Código Civil, el Código del Niño y el Adolescente, como también a nivel procesal civil concluyo que en determinadas normas se tendría que adicionar un inciso, un apartado más para poder incorporar determinadas normas respecto a una regulación legal sobre el padre /madre afín respecto a sus hijos afines” (p.95).

Finalmente, Del Cisne Ontaneda (2015), con su investigación: “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 título de Abogado), Universidad Nacional de Loja, concluyó: “La existencia de las familias ensambladas, como nuevas formas de organización y estructura del núcleo de la vida familiar, distinta a la forma tradicional, 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” (p.58).

2. Bases teóricas:

SUBCAPÍTULO I:

LA FAMILIA Y LA FAMILIA ENSAMBLADA

1. La Familia:

1.1. Etimología.

El vocablo familia no tiene una estructura etimológica claramente definida, pues se considera que deriva de la voz latina “fames”, que significa hambre, refiriéndose al hecho de que es en el seno familiar donde el hombre satisface sus necesidades básicas o primarias; también se precisa que deriva de la voz latina “famulus”, quiere decir siervo o esclavo doméstico, haciendo alusión a la época de la Roma Antigua, en donde se consideraba a la familia como el conjunto de patrimonio que podía tener el amo o al conjunto de esclavos y clientes sometidos bajo la autoridad del pater familia. Según otras investigaciones, la palabra familia derivaría de la voz vama o fama, que significa: de habitación, residencia, vestido, o alude a algo referente como a un hogar o casa.

1.2. Concepto.

Es complejo establecer un concepto exacto de término familia, teniendo en cuenta su desarrollo y evolución, partiendo desde la clásica familia nuclear hasta la aceptación de nuevos tipos de familia, teniendo que adaptarse su concepción a los diversos cambios sociales; por ello, con la finalidad de poder establecer un concepto que englobe lo que significa una familia, es preciso conocer la posición de los diversos doctrinarios.

1.2.1. Concepto general, sociológico y jurídico

a) Concepto general

Para Mallqui y Zumaeta (2001) la familia es una “asociación natural y espontánea de personas ligadas por intereses comunes y cumple los fines materiales y espirituales que exige la vida” (p.24). Asimismo, precisan que la familia en el transcurso de la historia, ha atravesado diversos cambios, partiendo de la familia matriarcal, luego patriarcal, posteriormente la familia constituida por el matrimonio monogámica hasta la familia constituida por diversos tipos, sentando que la familia de hoy en día es un grupo reducido y homogéneo.

b) Concepto sociológico

Para los sociólogos, la familia es una institución permanente, integrada por un conjunto de personas unidas por vínculos que derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. Piotr Sedugin citado por Mallqui y Momethiano (2001) precisa que: “la familia es una comunidad (unión) basada en el matrimonio libre e igual en derechos o en el parentesco cercano de personas ligadas mutuamente por relaciones personales y de propiedad, unidas por el apoyo moral y material, por la afinidad espiritual y la solicitud por la educación de los hijos” (p. 37). Entendiéndose por tanto una noción que supera los contenidos tradicionales de autoridad, casa, y legitimidad.

c) Concepto jurídico

Desde una perspectiva jurídica, el término familia puede considerarse desde una posición lata y otra restringida; la acepción lata, propugna que la familia es un grupo social que se basa en la unión de individuos de diferente sexo, con un fin de humana solidaridad; asimismo, teniendo en cuenta el estado actual de la familia, el profesor argentino Arturo Yungano citado por Peralta (2008), la conceptúa como: “una asociación de personas integradas por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendiente y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye el grupo humano fisiogenético y primario por excelencia”(p.37).

En cuanto al significado restringido, se puede conceptualizar a la familia como “una institución natural, social y jurídica que está formada por el padre, la madre y los hijos que se hallan bajo su patria potestad. Agrupa a un conjunto de personas, padres e hijos principalmente, unidos por vínculos del matrimonio, el parentesco y la adopción establecidos por ley. El parentesco por consanguinidad es indefinido en la línea recta y hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en la línea colateral. La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de la ley” (Peralta, 2008, p.38).

Por su parte, Bautista y Herrero (2006) sin hacer diferencias entre una definición lata o restringida, entienden por familia “al grupo

formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos” (p.15).

Desde el punto de vista legal, nuestra normativa no define de manera expresa qué es una familia; sin embargo, resaltan su importancia y protección al establecer en el artículo 4° de Constitución Política del Perú, que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, asimismo, nuestro Código Civil, dedica el Libro III al Derecho de Familia, regulando temas como el matrimonio, régimen patrimonial, filiación, patria potestad, alimentos, entre otros, sin embargo, no otorga una definición de familia, limitándose solo a señalar los tipos, líneas y grados del parentesco y la regulación de las relaciones entre los esposos y sus parientes.

1.2.2. Concepto amplio y restringido

a) Concepto amplio

La familia en sentido amplio es el conjunto de personas, que tienen en común algún vínculo de parentesco, la comprende los ascendientes, descendientes, parientes colaterales que descienden de un mismo tronco tanto de la mujer como del marido. En consecuencia, la familia sería una agrupación permanente y

constante de personas, que se relacionan por vínculos jurídicos que deviene de la filiación y de la relación intersexual.

“En el sentido más amplio (familia como parentesco), es el conjunto de personas de las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que haya vida en común” (Plácido, 2002, p.7).

b) Concepto restringido

Según esta concepción, “la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre, y los hijos que están bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación” (Plácido, 2002, p.7).

Teniendo en cuenta las delimitaciones conceptuales expresadas, una concepción que abarca de manera más global al término familia es la propugnada por Corral (2005), quien la define como: “aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente” (p.32).

A manera de expresar una definición global de lo que se entiende por familia, y adaptándose a los diversos cambios sociales, propongo considerarla como: una institución natural, social y jurídica, basada en la unión matrimonial o concubinaria entre un hombre y una mujer, con la finalidad de procrear y proporcionarse ayuda mutua, unidas por vínculos consanguíneos o filiales, en donde cada miembro posee deberes y derechos que deben cumplir.

1.3.Caracteres de la Familia.

1.3.1. Carácter biológico o natural

“Consiste en aquella disposición natural del grupo familiar; pues la misma no fue creada por ninguna ley, sino que fue anterior a ella. Su

carácter natural, deriva de necesidades, hábitos y peculiaridades humanas, y que, en consecuencia, el Derecho no puede regularla a su antojo, sin incurrir en el riesgo de desnaturalizarla” (Mallqui y Momethiano, 2001, p.28).

1.3.2. Carácter necesario o sociológico

Porque es dentro del seno familiar, en donde se educa y protege a los hijos, por tanto, no se puede cumplir estas funciones si no es con la unión duradera y estable de los padres, o al menos con el apoyo de uno de ellos, o de un familiar (ya sea abuelo/a, o un tío/a, a cargo).

1.3.3. Carácter político

En la actualidad la familia no desempeña un papel político, como épocas pasadas, en donde para conseguir un fin meramente político, muchas veces de arreglaban los matrimonios para conservar la aristocracia, o como en la época media en donde el estado de civil de la persona dependía de la situación política de la familia. Por lo que hoy en día no se podría decir que exista un carácter político de la familia, toda vez hay una disgregación entre el Estado, gobierno y familia.

1.3.4. Carácter económico

El carácter económico de la familia deviene desde la época primitiva, en donde “la familia constituía una unidad productora, esto es, que la producción como el consumo y también la propiedad, tuvieron un

carácter familiar; aun con posterioridad al maquinismo e industrialismo, así como el trabajo de las mujeres y los menores, la familia todavía continua siendo una agrupación de propiedad, por lo mismo que la vida económica de la familia se agrupa alrededor de su jefe, y los cónyuges forman una sociedad patrimonial” (Mallqui y Momethiano, 2001, p.30). Acotando, que es dentro de la familia en donde los padres proporcionan la estabilidad económica a los hijos, para tal fin no solo trabaja el padre de familia sino también la madre, distribuyéndose entre ellos el soporte económico familiar, contribuyendo los hijos en el cuidado y conservación de los bienes.

1.3.5. Carácter religioso

En la familia, no solo se trasmite costumbres, tradiciones, valores, sino que también se trasmite la religión, ya que es dentro del seno familiar donde los padres inculcan el amor hacia su creador, y la fe en que existe un ser superior.

Una de las religiones más importantes a través de la historia es la cristiana, toda vez que antes de que hiciera su aparición, la familia se encontraba desunida, necesitando del elemento moral que tenía la doctrina del cristianismo para reforzar su importancia.

Hoy en día existe diversas religiones, entre ellas la católica, mormona, evangélica, las mismas que satisfacen la necesidades espirituales y morales de los miembros de la familia, resaltando la importancia de cada una de ellas toda vez que lo que tienen en común es el amor hacia Dios, hacia el prójimo y el respeto de la institución familiar.

1.3.6. Carácter jurídico

“Las relaciones entre los individuos que componen la familia producen derechos y obligaciones, que, si están fundadas en preceptos la mayoría de ellos éticos, tienen que ser observados por medio de la coacción, para que el grupo pueda desarrollarse normalmente; de aquí que, por estos caracteres, estas relaciones sean jurídicas y su estudio comprende el derecho de familia” (Mallqui y Momethiano, 2001, p.31).

1.3.7. Carácter ético

“Es en la familia, en donde el amor se manifiesta en la más noble y tierna expresión, por ese instinto congénito de la sublime realización de todos los seres que la componen. Primero en la etapa prematrimonial, luego en el matrimonio entre los cónyuges, después los cónyuges con sus hijos, nietos, y extendiéndose hacia los demás componentes que forman el grupo familiar. De toda esta realización, tanto espiritual como material, deriva la confirmación de la convivencia, teniendo como base, el natural respeto, solidaridad, asistencia recíproca o igualdad, cumplimiento al máximo con el mandato de los valores morales. La plenitud de la vida y la realización de los fines espirituales que la dignifican y que la orientan, tanto morales como religiosos, se logran dentro de la familia, con las naturales manifestaciones de su potencia cohesiva, que tienden a preservar la integridad del núcleo, a asegurar la aptitud y la educación de sus componentes, y a obtener para todos ellos la satisfacción de las necesidades anímicas del hombre” (Mallqui y Momethiano, 2001, pp.31-32).

1.4. Tipos de Familia.

En la actualidad existen diversos tipos de familias, las mismas que se fueron generando a partir de los cambios históricos, sociológicos y jurídicos, pudiéndose clasificar de la siguiente manera:

1.4.1. Por la forma de su constitución

a) Familia matrimonial

“La familia de base matrimonial se funda en la institución de matrimonio establecido y reconocido por el ordenamiento jurídico de cada país. Responde básicamente a la necesidad de constituir un grupo familiar estable y duradero que garantice a sus miembros: unidad, armonía y cooperación, a la vez respeto y consideración, todo lo que contribuye a consolidar su estabilidad, desarrollo y función dentro de la sociedad” (Peralta, 2008, p. 46).

En nuestro país, para que el matrimonio surta efectos jurídicos, tiene que haberse realizado por la vía civil, así el artículo 234° del Código Civil, prescribe: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”, ello con excepción de aquellos matrimonios realizados con anterioridad al Código Civil de 1936, en donde la celebración del matrimonio religioso tenía eficacia jurídica.

Asimismo, dentro la clasificación de familia matrimonial se puede sub clasificar dos tipos de familia: la familia matrimonial completa y la familia matrimonial incompleta.

- **Familia matrimonial completa**

Es aquella familia conformada por padre, madre e hijos, es decir una familia constituida por todos sus miembros, en donde los padres están unidos bajo el vínculo matrimonial.

- **Familia matrimonial incompleta**

Es la familia que nace bajo la institución del matrimonio, pero por diversas causas, tales como el divorcio, la separación, la invalidez del matrimonio o la muerte de uno de los cónyuges es que se la denomina incompleta.

b) Familia no matrimonial o extramatrimonial

“La familia de base no matrimonial determinada por las uniones estables de hecho o por la generación de hijos habidos fuera del matrimonio, constituye otro tipo familiar muy extendido en nuestra sociedad” (Peralta, 2008, p. 46).

En este punto se debe precisar que la antigua distinción entre hijos legítimos e ilegítimos quedó desfasada, toda vez que nuestra legislación hoy en día protege a los hijos sean nacidos dentro del matrimonio o no.

- **Familia concubinaria propia**

También denominado perfecto, regular o legal, este tipo de familia está formada por la unión entre el varón y la mujer que llevan una vida de casados sin verdaderamente estarlo, pudiendo contraer nupcias en cualquier momento ya que no que existe impedimento alguno para hacerlo.

En nuestro país, “tan importante es el concubinato como fenómeno, costumbre y realidad social, que ha sido protegido por leyes de la más alta jerarquía, la misma Constitución Política lo define en su artículo 5, mencionando textualmente que el concubinato es: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. Normas de menor rango, como el Código Civil, que sigue la tónica determinada por la Constitución del 79, desarrollaron este mismo concepto constitucional, añadiendo al mismo un nuevo elemento, el elemento temporal, así dice el artículo 326° del Código Civil: “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”. Como se ve, nuestras leyes han

recogido la definición restringida o del concubinato propio, conclusión a la que se puede arribar por simple lectura, el código civil, además, añadió al concepto el elemento temporal para efectos de la formación de la sociedad de gananciales, expresado en la exigencia de dos años continuos” (Calderón, 2008, parr.16) Pudiéndose concluir de esta manera que nuestro sistema legal busca la protección jurídica de la familia, sin distinguir si ella surge del matrimonio o del concubinato.

- **Familia concubinaria impropia**

“Denominado concubinato imperfecto, irregular e ilegal en algunas legislaciones, y el que se produce entre dos personas hombre y mujer impedidos de contraer matrimonio. Este tipo de concubinato no está amparado por nuestro país, solo concede al concubino cuya unión de hecho no reúna los presupuestos legales para ser considerado como propia, la acción de enriquecimiento indebido, si como consecuencia de esa unión aquel se hubiere empobrecido. El concubinato impropio a su vez puede ser: Impropio simple e impropio compuesto. La primera, se presenta cuando existe impedimento matrimonial en uno de los concubinos y en el otro no, por ejemplo, uno es casado y el otro soltero; mientras que la segunda, se da por ejemplo entre dos casados o entre dos personas que por naturaleza de vínculo parental que los une no podrán jamás contraer matrimonio” (Vigil, 2003, p.159).

- **Familia religiosa**

Este tipo de familia se fundamenta en el matrimonio canónico. Nuestro país, “durante el virreinato, el matrimonio se basa en la fórmula del Concilio de Trento por lo que éste – el matrimonio – se celebra delante del párroco quien pregunta a los futuros cónyuges si se aceptan o no por esposos siguiendo a este acto la bendición nupcial. Los párrocos no podían casar a personas de otra parroquia sin permiso expreso no pudiendo los desposados habitar una misma casa hasta no recibir la bendición. En la República, el Código Civil de Santa Cruz de 1836 se basa en las formalidades adoptadas por el Concilio de Trento para la celebración del matrimonio, así como las que la Iglesia desea designar, disolviéndose el matrimonio sólo por la muerte de uno de los cónyuges, al igual que en el Virreinato, dejando de lado, sin embargo, el matrimonio laico y el divorcio que sí lo adoptó el Código Francés o Napoleónico, fuente de inspiración del Código de Santa Cruz.” (Pizarro, 2010, parr.6 -7).

Posteriormente, el Código Civil de 1852 prescribe en el artículo 156°: “El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el concilio de Trento.”, siendo este indisoluble salvo por la muerte de alguno de los cónyuges; además, el artículo 138° precisa: “Los tribunales eclesiásticos conocerán de las causas relativas al matrimonio y al divorcio; y los jueces seculares, de las de esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, litis expensas,

liquidación y devolución de bienes, criminales sobre adulterio, y en general, de todas las causas sobre los efectos civiles del matrimonio y del divorcio”, entendiéndose por tanto que hasta antes de la entrada en vigencia del código de 1936, la iglesia católica ejercía un alto grado de influencia en aquella época por las arraigadas costumbres religiosas, por lo que este tipo de matrimonio tenía pleno valor.

Hoy en día, la partida de matrimonio religioso solo constituye un medio probatorio que permite acreditar el reconocimiento de la unión de hecho.

1.4.2. Por su extensión

a) Familia nuclear

Es la base de toda la sociedad, comprende a los padres e hijos, sean estos biológicos o adoptados, y solo a los que son solteros y viven en la casa paterna.

b) Familia extendida

“Que comprende a una familia de familias, emparentadas unas y otras entre sí, es la llamada familia linaje o estirpe” (Peralta, 2008, p.48), aquí se incluye a los abuelos, primos, sobrinos, tíos, hijos casados o solteros, hijos políticos, nietos.

c) Familia compuesta

Es aquella familia formada no sólo por los padres e hijos, sino también por una o más personas unidas por vínculos consanguíneos con sólo uno de los miembros de la pareja, como por ejemplo la madre viuda o divorciada que convive con el hijo casado y los nietos.

1.4.3. Otros tipos de Familia

a) Familia comunitaria

“Aquellas conformadas por personas (adultos y niños) que sin llegar a tener vínculos de parentesco se desenvuelven no siempre con mismos fines que persigue la familia” (Peralta, 2008, p.49).

b) Familia ensamblada

La familia ensamblada es aquella en la cual uno o ambos miembros de la actual pareja tienen uno o varios hijos de uniones anteriores, este tipo de familia tiene su origen a partir de la viudez, separación, o divorcio.

1.5.Importancia de la Familia.

1.5.1. Importancia política

“La organización familiar tiene un estrecho vínculo con la constitución y desarrollo del Estado y de sus fines sociales, morales, jurídicos, políticos y económicos. Representa un elemento esencial de Estado porque éste no

es sino la organización jurídica de una agrupación de familias, de donde se infiere su importancia” (Hinostroza, 1997, p. 30).

Para Francesco Messineo citado por Mallqui y Momethiano (2001), precisa: “la solidez de un Estado se funda en la estrecha unión que vincula al grupo familiar, desde que la reunión de familias tendrá las mismas características y consistencia que cada una de ellas por separado. De ser débiles los vínculos familiares lo será también el Estado, de ser fuertes aquellos, el Estado tendrá una base sólida y estable. El Estado ve en la familia un núcleo político embrionario, en el que predomina el interés superior del grupo familiar” (p.32).

1.5.2. Importancia moral

“Desde el punto de vista moral, es importante la familia porque al inculcarles los padres a sus hijos principios morales de contenido espiritual y ético, fomentará la cultura cívica de los ciudadanos, lo que dará lugar a un clima de armonía y solidaridad de la Nación en su conjunto” (Hinostroza, 1997, p. 30).

1.5.3. Importancia económica

“Desde el punto de vista económico también adquiere suma importancia la familia, porque para cumplir sus fines sociales, morales y de subsistencia necesitan contar con un patrimonio familiar, resultado del esfuerzo combinado de los cónyuges y aun de los hijos” (Hinostroza, 1997, p. 30).

Asimismo, el jurista Castán Tobeñas citado por Peralta (2008), engloba tanto la importancia política, moral y social de familia al precisar que: “En todo tiempo ha sido y es la familia, como se ha dicho tantas veces la verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social, no solo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino además, porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas las fuerzas y virtudes que se necesitan para mantenerse saludable y prospera la comunidad política”(p. 50).

Por su parte Cornejo Chávez, citado también por Peralta (2008), totaliza la importancia de la institución familiar “cuando refiere que ella es importante para el ser humano individual, como para el hombre en su dimensión social. Es importante la comunidad doméstica para el ser humano individual porque ella funciona como:

- a)** Mecanismo de defensa frente a las agresiones biológicas (hambre, sed, enfermedad), físicas (frio, calor, intemperie), las del medio social (abuso de los más fuertes).
- b)** Hábitat de amor que todo hombre necesita vitalmente.
- c)** Escuela de formación de huellas indelebles.
- d)** Unidad de consumo y a veces aun de producción.
- e)** Refugio final ante la adversidad.
- f)** Hogar en que se comparte en amor y compañía todas las peripecias de la vida diaria.

También es importante - expresa - para el hombre en su dimensión social porque la familia es la:

- a) Primera sociedad- y quizá la única inevitable- a que surge todo ser.
- b) Escuela primaria de socialidad, y.
- c) Célula de comunidad vital.” (p.50-51).

Pudiéndose concluir, que la importancia de la familia radica por ser la célula básica de la sociedad, la escuela primaria de la vida social, en donde se forman a los hijos impartiendo amor, cariño, respeto; se aprende costumbres, tradiciones; se afronta vicisitudes; siendo por tanto un caparazón de fortalecimiento social; por lo que, el Estado, no puede estar ajeno a su protección jurídica, máxime, si la familia es la base de su solidez.

1.6.Naturaleza jurídica de la Familia.

Algunos autores consideran que la familia es una persona jurídica y otros que se trata más bien de una institución u organismo jurídico.

Mallqui y Momethiano (2001), postulan que “no tiene sentido pretender que la familia constituya una persona jurídica porque no hay norma de la que pueda derivarse que la familia como tal sea titular de derecho y deberes” (p.35).

Asimismo, Corral (2005) precisa que: “no existe real necesidad de considerar persona a la familia para garantizar su protección y normal desarrollo y que, a la inversa, tal pretensión podría conducir a nuevas dificultades y confusiones, sobre todo llegado el momento de determinar la estructura e integración del

grupo familiar” (p. 38). Esta tesis de la personalidad jurídica no ha sido acogida por la doctrina.

En contraposición a la tesis antes mencionada, si se admite el concebir a la familia como una institución.

Pero el afirmar que “la familia es una institución jurídica no se postula que sea un ente abstracto, creado artificialmente por el Derecho. No. Se trata, primeramente, de un organismo de carácter social, pero que, al ser regulado por normas jurídicas, de acuerdo con sus propias y particulares características, adquiere la calidad de institución. Como señala Mazzinghi, se entiende la institución como “corporación”, la familia no puede incluirse dentro de ese concepto, pero si la institución se entiende en un concepto más abierto como sistema de reglas, es indudable que puede hablarse de la institución de la familia” (Corral, 2005, p. 40).

Por otro lado, hay quienes consideran a la familia como un organismo, siendo esta la posición de Antonio Cicu, quien opina que la familia si bien no tiene personalidad, constituye un organismo jurídico, puesto que sus miembros no tienen propiamente derechos individuales, sino que existe entre ellos una relación de interdependencia, una subordinación a un fin superior, y una asignación de funciones dispuesta por la Ley, y que en síntesis la familia sería un organismo similar al Estado. Debe precisarse, que esta posición no ha sido aceptada por considerar que conduce a una abstracción del grupo doméstico, deshumanizando los poderes y atribuciones de los miembros de la familia.

Si bien existen diversas posiciones frente a la naturaleza jurídica de la familia, la más acertada es considerarla como una institución jurídica, porque no puede dejarse de reconocer que la familia es la célula básica de la sociedad, se

organiza jurídicamente, y es pasible de regulación legal, en virtud a que todos los actos jurídicos que se realicen tienen trascendencia en el ámbito del derecho.

1.7.La Familia en el Derecho Peruano.

1.7.1. La familia en la Constitución Política del Perú de 1979

La Constitución de 1979 dedicó a la institución de la familia todo un capítulo con siete artículos, los mismos que en su momento estaban destinados a regular normativamente la realidad de nuestro país.

El artículo 5° de dicho cuerpo normativo, precisaba que: “El estado protege el matrimonio y la familia como una sociedad natural y fundamental de la Nación”. Los artículos 6°, 7° y 8° de la misma señalaban que el Estado ampara la paternidad responsable, protege a la madre, al niño, al adolescente y al anciano ante el abandono económico, corporal o moral. Los artículos 10° y 11° disponían que es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa en vida y también a una sepultura gratuita para los miembros de la familia, cuando no se contaba con los recursos económicos para tal fin.

Con la promulgación de esta Constitución se institucionalizó por primera vez la protección jurídica a favor de las familias no matrimoniales, al establecer el artículo 9°, que: “La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales

en cuanto es aplicable”, por tanto, se reconoce a las uniones de hecho o concubinato, y se considera a la familia como una sola, independiente de su base de constitución legal o de hecho, lo que permitió brindar mayor protección jurídica a los miembros de la familia en cuanto a temas patrimoniales. Asimismo, este reconocimiento de las familias no matrimoniales contribuyó al permitir dar un paso importante en la aceptación de otros tipos de familia.

1.7.2. La familia en la Constitución Política del Perú de 1993

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

“Diversos autores señalan que la Constitución de 1993, no precisa un modelo determinado de familia, no obstante, no podríamos afirmar, que no existe un modelo constitucional, sino que nuestra carta fundamental ha querido mostrarnos una puerta abierta para los distintos tipos de familias que conviven en nuestra sociedad” (González, 2015, pp.77-78). Por tanto, el no considerar una definición precisa o exacta del término familia dentro del texto de nuestra Carta Magna no debe considerarse como una omisión, si no por el contrario, el poder definirla como una “institución natural y fundamental de la sociedad” hace que no se la

reconozca como un modelo específico (familia matrimonial), y que su definición se ajuste a los cambios del contexto social, teniendo en cuenta que “la Familia se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos tiempos, así lo ha expuesto correctamente la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en un informe del año 1990, al reconocer la amplitud del concepto de Familia, además de sus diversos tipos. En este mismo documento, la Comisión subrayó la naturaleza dinámica de la Familia al afirmar que, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio profundo en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias” (González, 2015, pp.78-79).

1.8.Fuentes originarias de la Familia: El Matrimonio.

1.8.1. Etimología

La palabra matrimonio “deriva de *matrimonium* expresión conformada de *matris*, madre y *munium*, carga o gravamen, identificando a la mujer en reconocimiento de su labor natural de engendramiento, preñez, parto y crianza. Es la mujer quien dirige a la familia y quien carga desde el inicio hasta su fin con el mayor dolor y responsabilidad” (Varsi, 2011, 38). Así, también “decían las decretales del Papa Gregorio IX: Para la madre, el niño es antes del parto oneroso; doloroso en el parto, y después

del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio más bien que patrimonio” (Plácido, 2002, p.14).

Para Varsi (2011) “sería más lógico que el nombre de la institución derivara del hombre, vale decir del padre, tanto cuanto que la palabra *matrimonium* surge cuando aquel era dueño, amo y señor, administrador de las personas y de los bienes, de allí su similitud con el término patrimonio, entre ambas palabras solo hay una letra de diferencia (p) (m)atrimonio; sin embargo, con el término se ha querido expresar que las cargas pesadas recaen sobre la madre, más allá de la premisa que el oficio del padre se reduce a aportar patrimonio” (p. 36-37).

El “Derecho romano, en cambio, había utilizado el término justas nupcias de donde proviene el sustantivo nupcias como sinónimo de matrimonio, en este caso nupcias proviene de nubere, es decir velar o cubrir, aludiendo al velo que cubriría a la novia durante la ceremonia de la confarreatio (...). Otros términos sinónimos han sido consorcio, de raíz latina (de cum y sors) que significa la suerte común de quienes contraen matrimonio. (...) También se ha recordado que el término cónyuge proviene de las raíces latinas cum y yugum aludiendo al yugo o carga común que soportan los esposos” (Plácido, 2002, p.56).

1.8.2. Definición.

a) Desde el punto de vista religioso

“El matrimonio visto desde la óptica religiosa constituye un sacramento, considerado como tal por los teólogos y actualmente por el Derecho canónico y la religión católica, tiene su origen divino en las palabras de nuestro creador: “Creced y multiplicaos” y fue elevado a la categoría de sacramento en el evangelio y se funda en el texto de San Pablo en su epístola a los Efesios que dice: “Este es un gran Sacramento: lo digo yo en Cristo y en la iglesia en varios textos”. Este aspecto predominó en muchos países durante largo tiempo y como se vio, la religión enaltecó el concepto romano y lo conservó reforzándolo y haciéndolo indisoluble de acuerdo con su verdadera naturaleza. Sin embargo, pierde importancia desde la Revolución Francesa, con las ideas liberales que transformaron esta institución naturalmente religiosa en laica” (Mallqui y Momethiano, 2001, p.49).

El Código de Derecho Canónico, define al matrimonio como: La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados (Canon N° 1055-1). Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento (Canon N° 1055-2). Las propiedades esenciales del

matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento (Canon N° 1056).

Pudiéndose definir que “el Matrimonio fue instituido por Dios cuando creó al hombre y a la mujer. Para los cristianos, Jesucristo lo elevó a la dignidad de sacramento; un sacramento que da a los esposos una gracia especial para ser fieles uno al otro y santificarse en la vida matrimonial y familiar, ya que el matrimonio cristiano es una auténtica vocación sobrenatural.

El matrimonio religioso se establece con el consentimiento libre de cada uno de los dos contrayentes manifestado ante el representante de la Iglesia. (...) por su naturaleza está ordenado a la generación y la educación de los hijos, al amor y ayuda entre los esposos y a su santificación personal” (Aciprensa, 2016, párr. 2 – 3).

La única diferencia sustancial del matrimonio en las diferentes religiones, es la manera o forma de su celebración, porque de ahí el invitado principal en la ceremonia es Jesucristo.

b) Desde el punto de vista sociológico

“El matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual sancionada por la ley. Queda así, elevada la unión sexual a la categoría de fundamento principal del matrimonio” (Peralta, 2008, p.114).

Siendo la unión de un hombre y una mujer, libres de impedimentos, y con igualdad de derechos, que unen sus vidas en base a los sentimientos de amor, cariño, comprensión, amistad, y respeto mutuo, celebrando su unión ante el registro civil, con la finalidad de formar una familia y ser acreedores de derechos y obligaciones que surgen con el matrimonio.

c) Desde el punto de vista jurídico

“El matrimonio, es la unión legal de un hombre y una mujer, consagrado por un convenio solemne y que tiene efectos jurídicos señalados por la ley, la que determina un régimen jurídico inalterable para los cónyuges” (Mallqui y Momethiano, 2001, p.49).

Ludwing Ennecerus citado por Peralta (2008), define al matrimonio como “la unión de un hombre y una mujer reconocido por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigidas al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges” (p. 114).

Nuestro Código Civil, en el artículo 234°, define la institución del matrimonio como: “...la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”. Pudiendo complementar señalando que, si bien uno de los fines del matrimonio es la procreación de los hijos, la norma también

establece de manera implícita dentro de los deberes y derechos, los fines de asistencia mutua, fidelidad, y cohabitación.

1.8.3. Naturaleza Jurídica

a) Tesis contractualista

Se fundamenta en considerar al matrimonio como un contrato; subdividiéndose en tesis contractualista canónica y tesis contractualista civil tradicional.

- Tesis contractualista canónica

Para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento y también un contrato, en donde los contrayentes (bautizados), se unen expresando su libre y plena voluntad de compartir una vida en común.

Se basa en el principio bíblico de que “lo que Dios unió, no lo separe el hombre”, caracterizándose de esta manera por su naturaleza indisoluble.

Esta concepción reconoce los derechos y deberes que surgen luego de la celebración del matrimonio, los mismos que no están librados de la autonomía privada como en un contrato civil cualquiera.

- Tesis contractualista civil tradicional

“Se considera que el matrimonio, como acto jurídico, responde a la libre voluntad de hombre y mujer, pero a la vez, la libre

voluntad trasciende a la relación jurídica matrimonial, considerando también que esta relación jurídica está gobernada o debiera estarlo en mayor medida posible, por la autonómica privada que, entonces, le permite a los cónyuges, si fracasan en su unión, rescindirla o disolverla, del mismo modo que pueden las partes de un contrato rescindirlo o revocarlo de acuerdo con las normas generales. De allí que para la doctrina contractualista clásica la idea del matrimonio como contrato civil condujera a autorizar la disolución del vínculo matrimonial con suficiente fundamento en el distracto de los cónyuges” (Plácido, 2002, p.56).

b) Tesis institucionalista

El jurista argentino Guillermo Borda, citado por Varsi (2011) precisa que “nadie se casa con el ánimo de crearse derechos, sino por amor. El matrimonio no es un acto de especulación, de cálculo, sino de entrega” (p.44). Por lo que se considera al matrimonio como una institución básica, trascendental, toda vez que la persona se une para compartir su vida con el ser amado, logrando con ello los fines e ideales propuestos y la realización de su proyecto de vida.

El matrimonio, como institución básica de la vida en sociedad, y siendo parte del derecho privado, está regulado por ley de contenido público, desde que el funcionario de los registros de estado civil, no solo comprueba la voluntad o consentimiento matrimonial, sino también, que se cumpla con todas las formalidades establecidas por

ley; por lo que, si bien los contrayentes son libres de expresar su decisión, ellos se sujetan a los efectos que produce el matrimonio, al estar regido por un conjunto de normas que regulan los derecho, deberes y obligaciones conyugales.

Se contrapone a la tesis contractualista considerando al matrimonio como una institución natural. Propia del ser humano. No es un contrato porque tiene efectos personales que van más allá del simple efecto patrimonial.

c) Tesis ecléctica

Varsi (2011), señala que “esta teoría sostiene que el matrimonio es un acto complejo, a la vez un contrato y una institución” (p.45). Precizando además que, según “el criterio de Cornejo Chávez quien se ampara en que “mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución”. Se trataría de un instituto de naturaleza híbrida, contrato en su formación e institución en su contenido. En su nacimiento y conformación se encuentra la diferencia. De acuerdo a esta teoría, el matrimonio tiene elementos que comparte con el contrato (manifestación de voluntad, efectos patrimoniales, formalidades), pero no se agota en el contenido contractual, sino que tiene un contenido fundamentalmente social que lo presenta como una institución” (p.45).

1.8.4. Caracteres

a) Unión heterosexual

“Constituye un rasgo importante de la institucional matrimonial que consiste en la unión de un varón y una mujer que dan origen a una familia de base matrimonial esta unión tiene, sin duda, carácter heterosexual porque no permite el matrimonio homosexual, menos de transexuales o personas que cambian sobrevenidamente de sexo” (Peralta, 2008, p. 119). Excluyendo por tanto la poligamia y la poliandria.

Nuestro Código Civil en su artículo 234° precisa que: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.”; asimismo, el artículo 241° inciso 5, prescribe: No pueden contraer matrimonio: Los casados, y el 274° inciso 3, indica: “Es nulo el matrimonio del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe (...)”, siendo así, solo se acepta la unión de una sola pareja (varón - mujer); a diferencia de los países musulmanes, en donde se acepta la poligamia (desarrollada generalmente entre la clase económica pudiente); y los países como Holanda, Bélgica, España, Canadá, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Francia, Reino Unido (en Inglaterra, Gales y Escocia - Gran Bretaña), Luxemburgo, Dinamarca, Nueva Zelanda, Uruguay,

Argentina, Brasil y México, en donde se regula legalmente el matrimonio gay.

b) Comunidad de vida

“Entendida como unidad conyugal, se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deberán compartir de un mismo destino: “vivir bajo un solo techo, compartir la mesa y el lecho”, esto es, compartir o gozar no solo de las excelencias que brinda la unión conyugal, sino también soportar el gran peso de la vida, afrontando cada una de las vicisitudes que ofrece la vida conyugal y la existencia humana” (Peralta, 2008, p. 119).

c) Permanencia

El matrimonio debe ser permanente, ya que la pareja contrae nupcias con la finalidad de que su unión dure para toda la vida, y de que su estabilidad quede garantizada por ley. Siendo imposible considerar al matrimonio como una situación temporal, es decir, no se puede admitir un matrimonio a plazo determinado.

Esta permanencia o estabilidad del matrimonio, debe ser diferenciada de la indisolubilidad, toda vez que esta última, implica la posibilidad de que el vínculo matrimonial se extinga por causas naturales (muerte) o voluntarias (divorcio vincular).

d) Legalidad

“Cabe considerarla desde el punto de vista del matrimonio- acto o, desde el del matrimonio- estado. En el primer aspecto estaría dado por la celebración de las nupcias según las formas impuestas por la ley. En el segundo, porque los derechos y deberes que de él surgen forman un estatuto forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar” (Plácido, 2002, p. 57).

1.8.5. Tipos de matrimonio

a) Por la autoridad legal

- Matrimonio civil

Celebrado ante el funcionario público competente, siendo la única clase de matrimonio reconocido por nuestra legislación civil.

- Matrimonio religioso

Realizado ante la autoridad de la iglesia católica, constituyendo un sacramento que hace indisoluble al matrimonio.

b) Por su publicidad

- Público

Es celebrado en presencia del Alcalde (provincial o distrital) o del funcionario público competente, y con la participación de familiares y amigos; además, se da a conocer mediante la

publicación de edictos matrimoniales, por si existieran impedimentos para la celebración.

- **Privado**

Se realiza en forma reservada, con parientes e invitados de confianza.

El artículo 252° del Código Civil, prescribe: “El alcalde puede dispensar la publicación de los avisos si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos en el artículo 248”, siendo que la celebración del matrimonio por norma general es pública, y por excepción privada.

c) Por la condición de los contrayentes

“El casamiento puede adoptar dos modalidades: matrimonio en igualdad de derechos y matrimonio en desigualdad de estos. Todo depende si la legislación de determinado país adoptó o no el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, en contraste, admite dicha desigualdad. El matrimonio en igualdad de derechos es el que se realiza en los países denominados desarrollados y democráticos donde no existe discriminación de derechos, aunque sea teóricamente. En contraste los segundos tuvieron aplicación en pueblos antiguos y atrasados, y se denominaban matrimonio morganático, de mano izquierda o de segunda orden”(Peralta, 2008, pp.122-123); esta última denominación, se le conoció así, toda vez que el hombre con su mano

izquierda tomaba la mano derecha de la mujer, este tipo de matrimonio estaba basado en la unión de dos personas de clase social desigual, como por ejemplo un noble con una plebeya, o viceversa (esta última situación no era común ya que la mujer no heredaba títulos o privilegios) o entre un príncipe y una condesa.

d) Por las circunstancias de su realización

- Matrimonio ordinario

“Se celebra ante el Alcalde o funcionario competente, con todas las formalidades previstas por el orden jurídico establecido, particularmente cumpliendo con todas sus fases: declaración del proyecto matrimonial, publicación del proyecto nupcial, declaración de capacidad de los contrayentes y la celebración del matrimonio mismo” (Peralta, 2008, p.123). Nuestro Código Civil, de manera general, adopta este tipo de matrimonio a partir del artículo 248° con las formalidades y requisitos exigibles.

- Matrimonio extraordinario

Se realizan en situaciones excepcionales cuando: uno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, situación que permite celebrarse el matrimonio sin realizarse las formalidades legales exigibles; nuestra normatividad civil, así lo prescribe en su artículo 268°: “Si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, el matrimonio

puede celebrarse sin observar las formalidades que debe procederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz. La inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada de la partida parroquial. Dicha inscripción, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad”.

e) Por sus efectos

- Matrimonio válido

Se considera un matrimonio válido cuando surte plenamente todos sus efectos, es decir, se ha realizado cumpliendo todas las formalidades exigidas por ley.

- Matrimonio inválido

Es cuando el matrimonio se ha celebrado sin tener en cuenta la observancia de las prescripciones legales, pudiendo ser nulos o anulables.

Según lo prescrito por el artículo 274° del Código Civil: “Es nulo el matrimonio:

1.- Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos.

No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus

facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.

2. Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.

3. Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior. Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe (...)

4. De los consanguíneos o afines en línea recta.

5. De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral. Sin embargo, tratándose del tercer grado, el matrimonio se convalida si se obtiene dispensa judicial del parentesco.

6. De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive.

7. Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6.

8. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

9. De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges.

La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público, y en caso de ser manifiesta el Juez la declara de oficio”.

En cambio, el artículo 277° del Código Civil, precisa: “Es anulable el matrimonio:

1. Del impúber (...)

2. De quien está impedido conforme el artículo 241, inciso 2 (Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole.) (...)

3. Del raptor con la raptada o a la inversa o el matrimonio realizado con retención violenta (...)

4. De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción sólo puede ser interpuesta por él, dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa.

5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. (...)

6. De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído...

7. De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.

8. De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario (...).”

- **Matrimonio ilícito**

Es ilícito el matrimonio, si se contrajo contraviniendo lo prescrito en el ordenamiento jurídico, y, sin embargo, no se puede considerar inválido.

2. Familias Ensambladas:

En nuestra sociedad los tipos de familias con mayor permanencia son las clásicas o comunes, entre las que puedo catalogar a la familia nuclear, la familia extensa, las monoparentales, pero como el ritmo de vida cambia, y los avances científicos y/o tecnológicas avanzan, existen múltiples tipos de familia que se van formando, estas diversas formas de familia se conocen en el ámbito doctrinario como “Nuevas Tendencias del Derecho de Familia”, las mismas que surgen de dos fuente: 1) el avance de la ciencia y la tecnología y, 2) la evolución de la sociedad; en cuanto a la primera, se hace referencia específicamente a la biotecnología, la cual aborda temas como la maternidad subrogada o vientre de alquiler, y técnicas de reproducción humana asistidas (conocidas con sus siglas: TERAS); y en cuanto al segundo punto, se encuentran las uniones de hecho (la cual podría equipararse a un matrimonio ya que tiene los mismos derechos y deberes), el matrimonio entre personas del mismo sexo y las familias ensambladas.

La familia ensamblada es la estructura familiar originada por el matrimonio o la unión de hecho entre un hombre y una mujer, en el que ambos o al menos un integrante de la pareja tiene hijo (s) procedentes de una relación anterior; esta familia proviene del fracaso matrimonial, de la viudez, e incluso del ser padre o

madre proveniente de una unión concubinaria, por lo que, la pareja decide unir sus vidas formando una nueva familia. Cabe precisar que, este tipo de familia no es conocido con el nomen iuris de “familia ensamblada”, pues muchas personas desconocen que se aplica esta denominación, incluso de mi propio interactuar con integrantes de este tipo de familia, pude determinar que ni ellos mismos conocen que se denomine así a la unión que formaron y, por tanto, se limitan a denominarlas como “segundo compromiso”.

Abordar el tema de familia ensamblada, a mi parecer es complejo, primero, porque la familia es la célula básica de la sociedad, y esto nadie lo objeta, y, segundo, porque la estructura o conformación de la familia ensamblada es débil, puesto que, tiene que formarse una nueva identidad familiar la cual incluya: “los tuyos, los míos y los nuestros”, aunado a ello, no podría formarse una identidad familiar sólida si nuestras normas jurídicas no determinan cuáles son los derechos y deberes de los integrantes de este tipo de familia.

El presente tema de investigación, es muy enriquecedor, teniendo en cuenta la existencia de vacíos legales respecto a la regulación de las familias ensambladas, si bien en Tribunal Constitucional, como máximo intérprete constitucional, ha establecido el reconocimiento de la familia ensamblada, y las características particulares que le asisten, mediante sentencia recaída en el EXP. N.º 09332-2006-PA/TC LIMA, lo cual se podría considerar como un paso frente al inmenso vacío legal, sin embargo, en dicha sentencia, no se realiza mayor precisión respecto a los alcances de dicho reconocimiento, ni cuáles serían los efectos inmediatos. Por ello, si no existe una normativa que regule los derechos y/o deberes de la familia ensamblada, no se podría hablar de un verdadero reconocimiento de este tipo de familia, más aun, de suceder el caso el caso

planteado en donde el padre o madre afín de la familia ensamblada solicite disponer de los bienes del menor, para satisfacer las necesidades básicas de su hijo (a) afín, no podría invocar dicho pedido, por no estar regulado en la normatividad, lo que a su vez conllevaría la falta de reconocimiento del padre o madre afín como figura paternal o maternal y como miembro importante de la familia ensamblada, lo que nos alejaría de la realidad y que el Derecho no cumpla su objetivo de regular la vida en sociedad, ya que no caminaría de la mano con los diversos cambios sociales.

Teniendo en cuenta lo establecido en párrafos precedentes, es necesario precisar las bases conceptuales de las familias ensambladas, a fin de poder lograr un mejor análisis y mayor comprensión de este tipo de familia.

2.1. Concepto.

La familia ensamblada es un tipo de “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 y viudas como de divorciados y de madres solteras” (Damen, 2007, p.1).

También se considera familia ensamblada a aquella familia originada por la nueva unión familiar de viudos, divorciados, padres o madres solteras, quienes se unen para formar una pareja conyugal o convivencial, asumiendo por tanto los roles de padre o madre afín respecto a los hijos de su pareja.

Una de las conceptualizaciones que a mi parecer es la que mejor define a la familia ensamblada, es la propuesta por Cecilia Grosman y Silvia

Mesterman, estudiosas del tema, quienes propugan que 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 previa” (Grosman y Martínez, 2000, p.35). Esta conceptualización contempla dos puntos importantes, primero, establece que este tipo de familia puede ser formada por la unión matrimonial o unión de hecho, por tanto, acepta que no solo la institución jurídica del matrimonio puede conformar la familia ensamblada, sino también la unión concubinaria, aclarando ello a fin de que no exista un trato desigual en la protección constitucional de este tipo de familia; segundo, se incluye tanto a la familia formada por el progenitor que vive con sus hijos y la nueva pareja (padre afín), como a la familia del padre o madre (otro progenitor) que no vive con los hijos.

2.2.Diferentes denominaciones.

La familia ensamblada, como así se ha venido denominando en la presente investigación, ha sido objeto de diferentes denominaciones, pero es necesario identificar un nombre propio que deba ser reconocido, para la construcción de la propia identidad familiar.

“El mundo anglosajón cuenta con la suerte de poseer un término preciso para nombrar y reconocer a estas familias: en el habla inglesa se las denomina “stepfamily”. En la lengua española, al no existir una denominación para este tipo de familia, es preciso crearla, encontrar un término que exprese, de manera más aproximada, la realidad de esta

estructura. La falta de un nombre representa un vacío que impide la inmediata aprehensión del objeto de conocimiento y obstaculiza la comunicación. (...). En el área psico – social, estas familias han recibido distintas designaciones como “familia reconstituidas”, “familia transformada”, “familia recompuesta”, familia “mezclada” o “combinada” (blended family). También se la ha denominado “hogar biparental compuesto” para distinguirlo del “hogar biparental simple” donde los niños conviven con sus dos padres. Las diversas designaciones evidencian la dificultad en encontrar un término que defina este tipo de familia. Muchas de ellas no dan cuenta de su específica identidad, pues, mediante el prefijo “re”, los nombres sugieren reconstrucciones de la familia “intacta”. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, dicho prefijo se refiere a una “reintegración” o “repetición”. De esta manera, “reconstituir” quiere decir “volver a constituir” o “rehacer”; “recomponer” es “componer de nuevo” o “reparar”. Sin embargo, la nueva familia en modo alguno es un “volver”, “una reparación” o “un arreglo” de la anterior, sino que tiene su particular individualidad” (Grosman y Martínez, 2000, pp.33-34).

Respecto a la objeción de poder denominarla familia reconstituida, la comparto, toda vez que, se entiende como reconstruir o recomponer la familia, que por diversos motivos (infidelidad, conflicto por caracteres, divorcio) se ha disuelto, entiéndase que esta recomposición es con la misma pareja; sin embargo, la familia ensamblada como quedó sentado, tiene un grado de particularidad, es decir, es formar una familia con una nueva pareja, pero con hijos provenientes de una relación anterior, por ello descarto la denominación de familia reconstituida.

Por su parte Contreras (2014), manifiesta que “algunos países latinoamericanos, entre ellos Argentina, importan la idea de *step – family* (familia adoptiva), aplicando el concepto de que el equivalente en español al prefijo *step* es el sufijo *astro*, se opta entonces por clasificar estas familias como *familiastras*”. Asimismo, precisa que “entre las etiquetas puestas a esta clase de familias, puede encontrarse también, la de familias instantáneas, denominadas de esa forma por considerarse que la unidad progenitor-hijo antecede al par marital y que el adulto llega a conformar una nueva familia con un modelo ya incorporado en la anterior”. Finalmente, argumenta que “clasificar a estas familias con el nombre de familias de segundas nupcias o rematrimoniadas. Si bien dan continuidad al uso de los términos padrastro y madrastra, aseguran que la multiplicidad de roles en las familias de segundas nupcias puede producir confusión, aflicción y desorganización familiar, por lo que la clarificación de expectativas y roles y los problemas de relación que ello suscita, constituyen la tarea fundamental de terapeutas familiares y demás profesionales que intervienen en estas situaciones. Cabe agregar que esta clasificación no es demasiado sostenida en el tiempo ya que no todas las personas separadas vuelven a contraer matrimonio legalmente” (pp.141-142).

De las diversas denominaciones que se otorgan, en particular, creo conveniente la denominación de “familia ensamblada” propuesta por la psicóloga argentina María Silvia Dameno, quien difundió este término para contrarrestar o minimizar el famoso y despectivo término de “familiastra”; esta denominación propuesta, goza de cierto grado de consolidación y utilización en el campo del Derecho y en otros ámbitos como la psicología

y sociología; asimismo, simboliza los diferentes intercambios o proceso de adaptación a los cambios entre la familia que se crea con la familia precedente, ya que es un esfuerzo el tener que ensamblarse unos con otros, siendo así, la utilización del término familia ensamblada es la más adecuada.

2.3.Características de la Familia Ensamblada.

La familia ensamblada posee características especiales o particulares, que la diferencia del resto de familia, pero que en ningún modo puede significar un trato desigual.

Entre estas características tenemos:

2.3.1.Familias que nacen de una pérdida

“Esto significa que, salvo en el caso de una persona sin hijos que se una a un padre/ madre, todos los integrantes del nuevo grupo familiar llega a esta familia después de la pérdida de una relación familiar primaria. Los adultos y los chicos sufren al tener que adaptarse a pérdidas y cambios, el tiempo de elaboración de este duele es diferente para cada uno de los integrantes de la nueva familia y muchas veces el dolor ha sido elaborado por alguno de los implicados, pero no por todos. Los adultos deberán recuperarse de haber perdido: un compañero, un proyecto común, la ilusión de ser “los primeros” con su nueva pareja, y de todas las pérdidas y cambios que ocurren después de una muerte o divorcio (de casa, de trabajo, de status económico, de bienes materiales y/o de accesibilidad a los hijos). Los

hijos también sufren la pérdida parental (aun en aquellos casos en los que el padre no conviviente los visita regularmente) y deberán eventualmente renunciar a su fantasía de reunir a sus padres nuevamente. También sufren los cambios que el divorcio o muerte implican (de escuela, lugar de residencia o amigos)” (Damenó, 2007, p.3).

2.3.2. Familias en transición

Pereira (2002), precisa que “una de las características fundamentales de la familia ensamblada, es ser una familia en transición, puesto que tienen que asumir un número importante cambios en un corto periodo de tiempo, al menos más corto de lo que es habitual en las familias convencionales, y por tanto no figuran en la expectativa vital de sus miembros” (párr. 9).

La forma como se desarrolla el ciclo vital pasando por las etapas de enamoramiento, noviazgo, matrimonio, nacimiento del primer hijo, es todo un acontecer que se desarrolla con el tiempo y de acuerdo a la planificación personal de formar una familia, por lo que, la persona se adapta a los cambios de acuerdo a las expectativas planificadas; pero, en la familia ensamblada, todo es más rápido o acelerado, puesto que comienza con el nuevo noviazgo del padre o la madre, la convivencia con el padre o madre afín, y posterior a ello el nacimiento de los hermanos; estos cambios no siempre pueden ser asumidos o afrontados rápidamente por los hijos quienes pasan de una convivencia entre mamá y papá, o entre ellos y algún progenitor, a

tener que vivir y adecuarse a las costumbres del padre o madre afín. Sin embargo, existen familias ensambladas que se adaptan bien a los cambios, puestos que los hijos de los progenitores tienen como referencia paternal o maternal al padre o madre afín.

2.3.3. Multiplicidad de vínculos o duplicación de vínculos

La familia que se constituye se amplía por la unión de nuevos vínculos, ya que se conforma por la pareja del progenitor, los hijos del padre o madre afín, y los hermanos de la nueva unión, aunado a ello, aparecen nuevos abuelos, tíos, primos y demás parientes, haciendo que la familia se multiplique, incluso surgen vínculos que carecen de nombre ¿cómo puede llamar el hijo afín a la cuñada de su padre o madre afín?, tal vez pueda decirle tía, o tan solo llamarla por su nombre; todos estos cambios conlleva a una nueva adaptación en la forma de vida de los integrantes de la familia ensamblada, que puede ocasionar conflictos, o bien, pueden seguir adelante tratando de enfrentar las diversas situaciones.

En la doctrina, a esta característica también se la denomina “estructura compleja”, pero comparto la postura de Cecilia P. Grosman e Irene Martínez, cuando precisan que sería incorrecto denominar a esta amalgama de vínculos como estructura compleja ya que implicaría señalar que es un tipo de familia cuyo funcionamiento es perturbador y difícil; por el contrario, lo correcto sería precisar que se trata de un tipo de familia con un sistema de organización diferente, con una estructura e interacción propia.

Aunado a lo establecido anteriormente, se debe tener en cuenta que, existen muchas familias ensambladas consolidadas y que la dinámica de estas familias descansa en las acciones que los padres puedan realizar como personas adultas y conscientes de los obstáculos, para que puedan manejar las diversas situaciones, incluso, con sorpresas y cambios inesperados.

2.3.4. Ambigüedad en los roles

“Las interacciones en la familia ensamblada se dinamizan en un campo de imprecisiones, pues no se tiene en claro cuáles son las pertenencias, los lazos o la autoridad. En las “familias intactas”, los roles nacidos de la crianza de los hijos, como el sustento, la educación o la autoridad parental, son comportamientos sociales bien establecidos y conocidos. Todo el mundo sabe que el padre y la madre deben alimentar, educar o cuidar la salud de sus hijos. Igualmente, resultan claras las posiciones familiares. Los niños conocen quienes son sus abuelos, sus hermanos o sus tíos. En cambio, en las familias ensambladas, prácticamente no hay lineamientos institucionales, no hay normas que guíen la conducta de sus integrantes, situación está que trae aparejada la ambigüedad de roles” (Grosman y Martínez, 2000, p. 65).

Producto de esta característica, muchas veces el nuevo marido de la madre no sabe cómo actuar con relación a su hijo afín, dudando en comportarse como un padre o un amigo; en el caso de los abuelos de los hijos de la nueva pareja, dudan en cómo tratar al hijo de su nuera,

ya que pueden privilegiar a sus nietos, generando con ello cierto grado de incomodidad respecto al otro menor.

Otro punto importante, es señalar que “los niños, niñas y adolescentes que viven con el cónyuge o pareja de la madre (quien comparte con ella las alegrías, preocupaciones de la crianza de su hijo afín, y con frecuencia también los gastos) ¿a quién deben obedecer? A ese señor que es el cónyuge o compañero de su mamá pero que no es su papá o, al padre legalmente reconocido como tal quien tiene derecho (salvo excepciones específicamente previstas en nuestro Código Civil) al goce y ejercicio de la patria potestad, que le aportó el apellido y vive en otra casa, a menudo con una nueva señora” (Castro, 2012, párr. 9). Frente a esto, los hijos afines pueden optar por sobrellevar o tratar de asimilar al cónyuge o conviviente de su progenitor y a su nueva familia, o también por ignorarlos.

En cuanto a los terceros “tampoco saben cómo obrar. Las autoridades del colegio pueden dudar si invitan al cónyuge o pareja de la madre a la reunión de padres, aun cuando observan que es el que trae al niño al colegio y se preocupan por su persona. Igualmente, vacilan en llamarlo ante la ausencia del progenitor en caso de problemas relacionados con la conducta del niño.

Esta incertidumbre, problema central en estas familias, que se produce al no quedar claramente explicitadas las reglas de funcionamiento, provocan el debilitamiento de la función normativa indispensable para el desarrollo de los niños” (Grosman y Martínez, 2000, p. 65).

Si bien los conflictos familiares surgen mayoritariamente por la relación entre el padre o madre afín con el hijo o hija afín, no en todos los casos es así, ya que muchas veces el padre o madre afín sustituyen el rol de los padres biológicos ausentes, asumiendo el cuidado de sus hijos afines, educándolos y criándolos como sus propios hijos, por lo que, en contraprestación a ello, el hijo o hija afín guardan un gran cariño por sentirse protegido.

2.3.5. Interdependencia

“La interdependencia exige articular los roles y los derechos y deberes de los padres y madres afines con relación al hijo afín con los derechos y deberes de los progenitores. Igualmente, deben armonizarse algunos derechos del cónyuge actual y el ex cónyuge, fundamentalmente respecto de la obligación alimentaria y de la seguridad social.

Cada subsistema en la familia ensamblada forma parte del sistema global o polisistema que define el funcionamiento de la unidad. A la vez, el modo en que se interacciona en cada grupo familiar decidiera la dinámica del sistema global. Para utilizar un ejemplo de la vida cotidiana, si la madre a cargo de los hijos desea salir de vacaciones con su nuevo cónyuge, las fechas no podrán ser decididas libremente, sino que exigirá compatibilizarlas conforme a los acuerdos alcanzados con el padre no conviviente y si quisieran también llevar a los hijos propios del marido, será necesario considerar las estipulaciones arribadas con la madre de ellos” (Grosman y Martínez, 2000, p. 69).

2.4. Condiciones bajo las cuales se conforman las Familias Ensambladas.

2.4.1. Condiciones individuales

Cada integrante de la familia ensamblada, ingresa a ser parte de ella marcado por una propia historia familiar precedente (convivencia con sus padres biológico, o convivencia solo con algún progenitor), lo que incide en el tiempo que necesitará para poder amoldarse a las costumbres y vivencias de su nueva familia y, sobre todo, para que pueda reformular sus necesidades y expectativas de vida.

2.4.2. Condiciones familiares

“Las condiciones familiares que gravitan sobre la nueva relación conyugal se vinculan con problemas no resueltos de los lazos que la han precedido, con los roles que cada uno ha desempeñado en dichas constelaciones familiares, las lealtades respecto de los integrantes de las uniones anteriores y las “alianzas” que se gestan, elementos estos que pueden perturbar la consolidación de los vínculos establecidos” (Grosman y Martínez, 2000, pp.74-75).

Los múltiples conflictos que puedan desarrollarse en la convivencia de la familia ensamblada, pueden ir disminuyendo a través del tiempo, que es un factor clave para la construcción y desarrollo de este tipo familiar; en una primera etapa, los conflictos que abundarán serán respecto a los hijos afines, a quienes les cuesta el poder adaptarse, no es fácil para ello tener otra figura paternal, por lo que pueden formar alianzas con sus progenitores contra el cónyuge o conviviente del otro

progenitor; otro tipo de conflicto que puede surgir es respecto a la crianza del hijo/a afín, ya que el padre afín puede como no, ejercer autoridad respecto al menor, lo que genera discrepancias con el padre biológico, aunado a ello, los conflictos no resueltos de la relación anterior pueden ser motivo de colisión ya que afloran durante la discrepancia; y, sin duda alguna, el conflicto entre “hermanastros”, es el mayor desencadenante de problemas, ya sea por celos, por propiedad respecto a un objeto o simplemente por el uso de la televisión.

En síntesis, en la familia ensamblada se presentarán múltiples conflictos por diferentes intereses, pero lo que se buscará es formar una unidad familiar, en donde poco a poco los ideales de cada integrante cambien, aceptando que la convivencia puede ser pacífica si cada uno se propone respetar el espacio de los otros.

Ahora bien, como se describe en párrafos anteriores, es común poder leer que lo que identifica a la familia ensamblada son los conflictos familiares, pero, existe excepciones en donde podemos identificar familias en las que los hijos aceptan tanto a la pareja del padre como a la pareja de la madre, o en donde el padre o madre afín es integrante fundamental.

2.4.3. Condiciones socio – culturales

Dentro de la sociedad se objeta a las familias ensambladas con ciertos paradigmas o creencias sociales que generan dificultades en su normal funcionamiento, y que en muchos casos son erróneos.

Algunas de ellas son:

- a) La función parental solo deriva de la existencia de un vínculo filial
- b) Las funciones materna y paterna son exclusivas
- c) La familia intacta es el modelo adecuado para la formación de los hijos
- d) La familia ensamblada es menos estable
- e) Los “padrastrós” y “madrastras” no son personas confiables

2.5. La Familia Ensamblada en el Ordenamiento Jurídico Peruano.

En nuestro país, no existe norma jurídica específica que regule el tema de la familia ensamblada, por tanto, existe un vacío legal respecto a la determinación de los derechos, obligaciones, y deberes de los padres afines con respecto a sus hijos afines, lo cual contribuye a la generación de conflictos por falta de regulación normativa que brinde lineamientos y/o pautas a aplicarse.

Se debe tener en cuenta que nuestra sociedad es cambiante, dinámica, y por tanto, sus instituciones están sujetas a modificación, como es el caso de la familia, que a través del tiempo su concepción clásica o restringida ha sido modificada, dando paso a las familias monoparentales, extendidas, las uniones de hecho y las familias ensambladas; sin embargo, nuestra

normativa, como se precisa líneas arriba, no regula el tratamiento legal de las familias ensambladas, colocándolo en un estado de inseguridad e indefensión, porque la debilidad de su funcionamiento no solo surge por los conflictos que entre los miembros se puedan suscitar, sino también por la falta de regulación que les dote de derechos, deberes y obligaciones a cada integrante de este tipo familiar.

Ahora bien, es preciso analizar la institución de la familia ensamblada dentro del ordenamiento jurídico nacional:

2.5.1. La Familia Ensamblada en la Constitución Política del Perú de 1993

El artículo 4° de la Constitución Política del Perú, prescribe:

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

También protegen a la familia y promueven el matrimonio.

Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”.

Nuestra Constitución, no otorga una definición precisa de familia, solo se limita a señalar que el Estado tiene como obligación – deber, la protección de la familia; por lo que, frente a la ausencia de una definición expresa, se tiene que inferir la definición de las distintas normas tanto nacionales como internacionales, que haya suscrito el Perú. Así, por el principio de protección de la familia (recogido por nuestra Constitución) resalta la importancia que tiene esta institución

como base de la sociedad, ello se complementa con lo estipulado en el artículo 16° inciso 3) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto a que: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (Naciones Unidas); asimismo, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, precisa: "convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad" (Naciones Unidas. Derechos Humanos). Teniendo en cuenta lo estipulado, es que a la familia ya no se la debe concebir o entender como aquella conformada solo por la unión de papá, mamá e hijo (s), sino como aquella que está sujeta a cambios en cuanto a los integrantes que la conforman, incluyendo por tanto a la familia ensamblada. Siendo así, la protección de la familia obedece a la importancia que esta tiene para nuestra sociedad, careciendo de objeto el origen o constitución de la misma, en aplicación de los principios de protección a la familia e igualdad de trato.

2.5.2. La Familia Ensamblada en el Código Civil de 1984

Nuestro Código Civil vigente, pese a no regular de manera específica el tema de las familias ensambladas, contiene algunas normas que se pueden inferir para la aplicación de la relación entre un padre afín con

su hijo afín, así el artículo 237° prescribe: “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad”, pudiéndose concluir que, entre padres afines e hijos afines se genera una parentesco por afinidad; lo que conllevaría el impedimento matrimonial de acuerdo a lo establecido en el artículo 242° inciso 3) del mismo cuerpo normativo, precisando: “Impedimentos relativos: No pueden contraer matrimonio entre sí: 3) Los afines en línea recta”, dicho impedimento se mantiene aun después de haberse disuelto el vínculo matrimonial, en concordancia con el artículo 237° parte in fine: “La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce...”

Asimismo, al quedar establecido que el parentesco entre hijo afín y padre afín es por afinidad en línea recta y primer grado, se puede inferir que es de aplicación:

✓ **Artículo 107° del Código Civil (Libro I: Derecho de las Personas): Personas prohibidas de contratar con fundaciones**

“El administrador o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y *segundo de afinidad*, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones...”

✓ **Artículo 215° del Código Civil (Libro II: Acto Jurídico):**

Elementos de la intimidación

“Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.”

✓ **Artículo 688° del Código Civil (Libro IV: Derecho de Sucesiones): Nulidad de disposición testamentaria**

“Son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y **segundo de afinidad**, así como en favor de los testigos testamentarios.”

✓ **Artículo 704° del Código Civil (Libro IV: Derecho de Sucesiones): Impedimentos del Notario**

“El notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o **segundo de afinidad** está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado”.

✓ **Artículo 705° del Código Civil (Libro IV: Derecho de Sucesiones): Personas impedidas como testigos**

“Están impedidos de ser testigos testamentarios: (...) 7.- El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o **segundo de afinidad**, y los dependientes del notario o de otros notarios.”

Por otro lado, en cuanto al Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337), se puede inferir que es de aplicación:

✓ **Artículo 90°: Extensión del régimen de visitas**

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

En este caso, se puede hacer extensivo el régimen de visita al padre o madre afín que guarde una relación afectiva hacia al menor, debiéndose tener presente que la propia convivencia pudo haber generar un fuerte vínculo (amical, familiar) entre el hijo o hija afín con el padre o madre afín, pudiéndose ser este último una persona importante para la formación del menor.

✓ **Artículo 128°: Excepciones del proceso judicial de adopción**

“En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes: a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o

adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción”. Dando potestad a que el padre o madre afín, pueda adoptar al hijo de su cónyuge, quien ve en él o ella la figura paternal o maternal.

Como se expresó en párrafos precedentes, no existe normativa específica que regule los derechos, deberes y obligaciones entre los padres afines con los hijos afines, pero, ante este vacío legislativo, el artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, prescribe: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 8. El principio 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”, por lo que, los Jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, en virtud a ello, si la legislación no contempla regulación alguna, recae en la jurisprudencia civil o constitucional el pronunciamiento respectivo; es así que, a fin de resolver un conflicto, el Tribunal Constitucional en el Expediente N°09332-2006- PA/TC, caso del Sr. Reynaldo Shols, quien demandó al Centro Naval del Perú, a fin de que se le otorgue a su hija afín Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial (por ser hijastra), por cuanto constituía una actitud

discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, al afectar su derecho a la igualdad, al hacerse la diferenciación entre hijastros e hijos, resolvió estableciendo 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.” (Fundamento N° 11 del Expediente N° 09332-2006-PA/TC). De esta manera, se exalta la importancia de la igualdad de los hijos dentro de la familia ensamblada, ya que la diferenciación de trato entre los hijos afines y los hijos biológicos devendría en arbitraria, al conllevar al debilitamiento de institución familiar, más aún, si se tiene en cuenta que la identidad en la familia ensamblada es frágil; por tanto, en aplicación de lo normado en el 4° de la Constitución Política del Perú, en cuanto a que el Estado protege a la familia y la reconoce como instituto natural y fundamental de la sociedad, es que se otorga la importancia que merece dentro de la sociedad a la familia ensamblada, ya que es deber y obligación del Estado proteger a la familia cualquiera que sea su tipo, de las posibles amenazas y/o daños que se le pueda ocasionar.

Estando a lo establecido, se debe entender a la familia no en sentido restringido, es decir, como aquella formada por padres e hijos, sino en

sentido amplio, incorporando de esta manera a la familia ensamblada, en cumplimiento de la normativa constitucional antes citada.

Finalmente, es necesario que el legislador se pronuncie respecto al tema de familia ensamblada, a fin de poder subsanar el vacío existente, con lo que contribuiría a brindar estabilidad y seguridad a los miembros que integran este tipo de familia, más aún, si está en discusión el futuro del hijo menor del cónyuge fallecido, tal como es la problemática que se plantea en la presente investigación.

2.6.La Familia Ensamblada a luz del Tribunal Constitucional: Casuística.

2.6.1.Expediente N° 09332-2006-PA/TC: Caso Reynaldo Shols

Hechos:

El caso planteado es una demanda de Amparo interpuesta por el señor Reynaldo Armando Shols Pérez, contra el Centro Naval del Perú, del cual era socio, alegando que no se otorgó el carnet familiar en calidad de hija a su hijastra Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, lo cual consideró un trato desigual y discriminatorio, ya que a otros socios se les había otorgado el carnet familiar a los hijos afines, y, por tanto, se le considere tal pedido y no se le otorgue un pase solo de invitada especial a su hija afín.

El Centro Naval del Perú, contesta la demanda fundamentándose en el Acuerdo 05-02 de la sesión del Comité Directivo del Centro Naval

del Perú de fecha 13 de junio del 2002, mediante el cual se estableció entregar el pase de invitado especial válido por un año y renovable hasta los 25 años a los hijastros, basándose en su derecho de libre asociación.

Sentencias:

En primera instancia, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, falla declarando Infundada la demandada, argumentando que el Estatuto del Centro Naval no contempla en su artículo 23° la situación de los hijastros y, por tanto, no se acredita un trato discriminatorio porque el recurrente no tendría derecho a que su hija afín pueda obtener el carnet familiar en condición de hija.

En segunda instancia, Primera la Sala Civil de Lima, revoca la apelada y la declara Improcedente, argumentado que el demandante no es el representante legal de la menor y tampoco acredita la legitimidad para obrar.

Interpuesto el recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional declara Fundada la demanda y por consiguiente ordena que la demandada no realice distinción entre los hijos del demandante y su hijastra (hija afín).

Análisis del caso:

El Tribunal Constitucional, como máxime interprete constitucional, al conocer la materia controvertida otorga luces del caso pudiéndose determinar:

- a) Que, lo que se debe ponderar de la litis no es el trato discriminatorio o desigual que alega el recurrente al habersele supuestamente entregado a otros socios el carnet familiar con la condición de hijo a los hijos afines, si no, la protección de la familia, el derecho a fundarla, y el derecho a la igualdad.
- b) Realizar una comparación entre los hijos afines y los hijos biológicos debilita la institución de la familia ensamblada, más un si su propia identidad es débil, por la misma estructura compleja (conformación) y los matices de la vida cotidiana.
- c) Estando a la anterior, el Estado protege a la institución de la familia de modo general, sin distinción en cuanto a su estructura u origen, por ende, la familia ensamblada merece ser reconocida y protegida, ello en concordancia con lo establecido en el artículo 4° de nuestra Constitución.
- d) El derecho de asociación y, por ende, la libertad de asociarse y de autorregulación, si bien está reconocido constitucionalmente, tiene límites en cuanto a ponderación de derechos se trate, no pudiéndose otorgar una categoría de derecho privilegiado frente a la defensa de la institución de la familia, ya que estaría en juego otros valores fundamentales.

e) Finalmente, de la sentencia emitida, subyace el principio de protección a la familia, por el cual el Estado y la comunidad, sin distinción alguna del tipo de familia, está en la obligación de protegerla, siendo una tarea tanto política como social que las instituciones públicas y la sociedad hagan prevalecer dicha institución; por consiguiente, el Tribunal Constitucional en aplicación de este principio (fundamento 19° y 20° de la sentencia) y por la ponderación de derechos: igualdad y familia vs asociación (fundamento 22° y 23° de la sentencia) emite su fallo admitiendo la demanda, dejándose claro que no se permite de ninguna manera homologar o equipar a la familia con cualquier otra relación que le sea incompatible o contraria a sus fines.

2.6.2. Expediente N° 02478-2008-PA/TC: Caso Alex Cayturo Palma

Hechos:

El caso material de estudio, es una demanda de Amparo interpuesta por el señor Alex Cayturo Palma, contra el Director de la Institución Educativa Precursores de la Independencia de la Policía Nacional del Perú, Comandante de la PNP. José Orbegoso Saldaña, y contra Alberto Mendoza Ascencios, en calidad de Presidente del Comité Electoral designado para el nombramiento del Comité de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia – APAFA (2008-2009), alegando que, se suspendan las elecciones y que se revoque el

nombramiento de presidente del comité electoral para la APAFA al señor Mendoza, toda vez que es una persona ajena a la institución educativa.

Por su parte el Director de dicho centro educativo contesta la demanda precisando que la Asamblea dispuso vacar al demandante del cargo que tenía como miembro del Consejo Directivo de la APAFA y mediante sorteo decidió nombrar al comité electoral, para tal fin estuvieron asesorados por el personal de la ONPE y TRANSPARENCIA.

El codemandando Alberto Mendoza Ascencios, también contesta la demanda alegando ser el padre afín de los dos menores hijos de su conviviente, de quienes se hace cargo, y en virtud a ello le corresponde ocupar cargo designado.

Sentencias:

En primera instancia, el Segundo Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, declara improcedente la demanda en aplicación del artículo 38° del Código Procesal Constitucional, considerando que las actuaciones entre particulares están fuera del ámbito de aplicación del derecho al debido proceso.

La Sala, confirma la apelada en aplicación de lo establecido en el numeral 1) del artículo 5° y del artículo 38° del Código Procesal Constitucional, y a la vez refuta que la aplicación del debido proceso

no sea aplicable a las controversias del ámbito privado, tal como alego el ad quo.

Análisis del caso:

- a) El presente caso, hace notar la inexistencia de normativa que regule los derechos y deberes de los integrantes de la familia ensamblada y, por tanto, el desinterés del legislador de dotar de seguridad jurídica a la familia ensamblada.
- b) Toda persona tiene derecho a formar su familia, por tanto, el ser integrante de una familia ensamblada, como padre o madre afín, dotar a dicha persona de obligaciones que ejercer en conjunto con su pareja, como es el presente caso, en el que el demandado se hace cargo de los dos menores hijos de su conviviente, por tanto, ejerce la paternidad social, atributo que lo dota de una cierta legitimidad - puesto que aún no existe norma jurídica que estipule ello - para cautelar los derechos de sus hijos afines.
- c) Es importe resaltar que la figura del padre o madre afín en muchas familias es de gran relevancia, puesto que en los hechos actúa como un padre biológico, transmitiendo a su hijo (a) afín la seguridad de educarse en un hogar constituido, en el que se pueda sentir protegido y reconfortante, aunado a ello, en muchos casos la relación entre padre e hijo afín contribuye al desarrollo social y emocional del menor.

d) Para concluir, expreso que la legislación de nuestro país no va de la mano con el cambio social, la coyuntura en la que se vive hoy en día en cuanto a la familia y en específico en cuanto a la familia ensamblada ya sobrepasa a la legislación, a diferencia del derecho comparado, Argentina, Uruguay, contemplan las obligaciones y derechos de los padres afines respecto a sus hijos afines, y en nuestro país aún existe un vacío legal al respecto, más aun con la problemática planteada en la presente tesis, por lo que, es necesario un reconocimiento de la figura del padre/ madre afín, a quien se le debe dotar también de derechos respecto a su hijo afín, siempre que estos favorezcan al niño, niña o adolescente.

2.7.La Familia Ensamblada en el Derecho Comparado.

2.7.1.Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por Ley 26.994 y promulgado en octubre del 2014, contempla dentro de su normatividad todo un capítulo respecto a los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines, regulando la delegación del ejercicio de la autoridad parental y el derecho alimentario a favor del hijo afín. Así, tenemos que el artículo 673° de dicho cuerpo normativo, prescribe: “El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del

progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental”.

El artículo 674° contempla: “El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente”. El artículo 675°, precisa: “En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental” y; el artículo 675°, señala: “La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia”. De esta manera, el Código Civil Argentino reconoce y protege a la institución de la familia ensamblada y, por tanto, a los miembros que la integran.

2.7.2. Uruguay

Es uno de los países que, al igual que Argentina, reconoce jurídicamente a la familia ensamblada y, principalmente, protege a los hijos afines menores de edad, regulando aspectos que compete al derecho alimentario; asimismo, regula el derecho de visitas a favor del hijo afín, por parte del padre afín, con quien desarrolla un sentimiento de afecto y apego emocional.

En cuanto al derecho alimentario, el artículo 51° del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, prescribe: “Los alimentos se prestarán por los padres o, en su caso, por el o los adoptantes. Para el caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario, se prestarán subsidiariamente de acuerdo al siguiente orden: 1) Los ascendientes más próximos, con preferencia los del progenitor obligado. 2) El cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario. 3) El concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho. 4) Los hermanos legítimos o naturales, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo simple”; por consiguiente, no es que el padre biológico no esté obligado a cumplir con su obligación alimentaria, si no que el padre afín de manera subsidiaria (entiéndase por suplir o apoyar), prestará alimentos a su hijo afín siempre que vivan bajo el mismo techo.

Respecto al régimen de visitas, el artículo 38° del citado cuerpo normativo, precisa: “Todo niño y adolescente tiene derecho a

mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismos.

Sin perjuicio que el Juez competente basado en el interés superior del niño o adolescente, incluya a otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos afectivos estables”. Este último párrafo, facultad al padre/madre afín a solicitar un régimen de visitas, a fin de continuar con el vínculo afectivo establecido con el hijo/a afín, más aún si el resquebrajamiento de la unión familiar puede causarle un daño emocional, por lo que, el Tribunal competente prioriza el bienestar del menor y todo cuanto le garantice su desarrollo integral, permitiéndole frecuentar al padre o madre afín con quien el menor convivió por años.

2.7.3. Suiza

El Código Civil Suizo regula el ejercicio de la autoridad parental en el padre afín respecto a su hijo afín, la misma que subyace del deber matrimonial de asistencia recíproca, puesto que el cónyuge apoya a su pareja en la crianza del menor, así el artículo 299° del citado cuerpo normativo, prescribe: “apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circunstancias lo exijan”, expresando de esta manera el deber de protección, apoyo, cuidado y representación que se requiere del padre afín cuando las circunstancias lo ameriten.

2.7.4. Francia

La legislación francesa, permite la delegación de la autoridad parental a una tercera persona (art. 373°- 2 del Código Civil Francés), pudiendo ejercer dicha delegación el padre o madre afín, a través de un convenio familiar, el mismo que se somete a decisión judicial, en donde el Juge Aux Affaires Familiales (el juez del tribunal de familia) emite su veredicto teniendo en cuenta el mayor beneficio para el menor.

2.7.5. Suecia

La legislación del país sueco, contempla la igualdad de derechos entre los hijos afines y los hijos biológicos o adoptivos, no aceptándose un trato discriminatorio en cuanto a derechos se trate, por consiguiente, en lo que respecta al pago de aportes, herencias y donaciones se aplica un trato igualitario.

Asimismo, reconoce la tenencia compartida y la tenencia unilateral o unipersonal a favor del padre o madre afín, quien tendría la calidad de custodio respecto a su hijo afín.

2.7.6. España

La Ley 15/2005 de fecha 8 de julio del 2005, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, precisa en su artículo 68°: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas

dependientes a su cargo”, por tanto, entre las personas dependientes a cargo del padre afín, se encuentra el hijo afín, teniendo el deber de cuidarlo en virtud a que la responsabilidad de tenerlo bajo su techo lo amerita.

Por otro lado, en la Comunidad de Aragón (comunidad autónoma de España), se dispuso que la autoridad familiar no solo sea ejercida por los padres biológicos, sino que extendió dicho ejercicio al padre o madre afín (artículo 72º), a los abuelos (artículo 73º) o a los hermanos (artículo 74º), a fin de que intervengan en la crianza y cuidado del menor determinándose, por consiguiente, una “custodia” o “guarda de hecho” al asumir de manera automática la autoridad familiar.

En Cataluña, el Código Civil – Ley 25/2010, establece respecto al hijo afín lo siguiente:

- “Artículo 236-14.- Facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor

1. El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria.

2. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable prevalece el criterio del progenitor.

3. En caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del

hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, de todo lo cual debe informar sin demora a su cónyuge o conviviente. Este debe informar de ello al otro progenitor”

- “Artículo 236-15.- Atribución de la guarda del hijo en caso de muerte del cónyuge o conviviente en pareja estable:

1. Si muere el progenitor que tenía atribuida la guarda de forma exclusiva, el otro progenitor la recupera.

2. La autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo lo requiere y se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor.

b) Que se escuche al otro progenitor y al menor de acuerdo con lo establecido por el artículo 211-6.2.”

Artículo 211-6.- Interés superior del menor

1. El interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte.

2. El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.

3. Para cualquier acto del representante legal que implique alguna prestación personal del menor, se requiere su consentimiento si ha cumplido doce años o si, teniendo menos, tiene suficiente juicio.

3. El cónyuge o conviviente del progenitor difunto a quien no corresponda la guarda de acuerdo con el apartado 2, si el interés del hijo lo justifica, puede solicitar a la autoridad judicial que le atribuya un régimen de relación, siempre y cuando haya convivido con el menor durante los dos últimos años.

De lo precisado, se puede determinar que en el derecho comparado algunos países reconocen de manera expresa dentro de su ordenamiento jurídico, los derechos y deberes de los padres afines respecto a los hijos de su cónyuge; mientras que, en otros países, se considera dentro de la categoría de “terceros” al padre o madre afín, a quienes se les atribuye el cuidado del menor (hijo afín), extendiéndose por tanto el listado de las personas que se pueden hacer cargo del menor, en ausencia del padre biológico o cuando las circunstancias lo amerite, supliendo de esta manera un vacío legal en la regulación jurídica.

SUBCAPÍTULO II

LA DENOMINACIÓN DE PADRE O MADRE AFÍN

1. Denominación del término padrastro y madrastra:

Uno de los mayores obstáculos que debe afrontar las familias ensambladas es el estereotipo que estigmatiza al “padrastro” o “madrastra” como seres malvados, perversos, peligrosos y hasta crueles, esta idea negativa ha sido transmitida desde épocas pasadas, incluso en los cuentos infantiles como “Cenicienta” y “Blancanieves”, en donde la madrastra era la bruja malvada de la historia que siempre hacía sufrir a su hijastra.

Aunque existiesen términos para denominar a los padrastros o madrastras, este se aplicaría en forma despectiva o peyorativa, más aún si su propia definición según el Diccionario de la Real Academia Española es de: “Mal padre” o “Mala madre”.

“La figura del padrastro suscita desconfianza y resquemores pues no poseería el amor filial que se supone exista para con el hijo propio y que lo llevaría a imponer sus mandatos y autoridad, sin la moderación característica de una relación afectiva. Al mismo tiempo, históricamente, los padrastros presentaban una amenaza de orden económico en cuanto ponían en peligro la transmisión de los bienes a los hijos del primer matrimonio. De ahí proviene, en gran medida, el rechazo de las segundas nupcias y la protección de los hijos del primer casamiento consagrados en antecedentes legales ya fenecidos en muchos países. El recelo se acentúa en caso de la madrastra pues ella carecía del “instinto maternal” que asegura por la naturaleza el amor que la madre tiene hacia su vástago” (Grosman y Martínez, 2000, p. 40).

“El cine fue el primero en desmitificar a las crueles madrastras de los cuentos con la inolvidable comedia “Los tuyos, los míos y los nuestros”; cuidándose, eso sí, de aclarar que estos padrastros no pertenecían a la categoría de "usurpadores" dado que ambos protagonistas eran viudos” (Damenó, 2007, p.3). Hoy en día, se ha desmitificado la característica de crueldad que se asignaba generalmente a las madrastras, pudiendo observarse en muchos casos que los hijos comparten parte de su tiempo con su madrastra o padrastro, lo cual conlleva a una aceptación. Sin embargo, para los hijos aun es complicado o incomodo el saber cómo denominar a su padre o madre afín.

En el entorno social “¿Cómo son llamados el padrastro y la madrastra cuando se los presenta a tercero? Lo primero que uno puede observar es la resistencia a utilizar tales términos. Generalmente, se emplean frases en las cuales se mediatiza la relación a través de la figura del progenitor. De esta manera escuchamos: “el marido de mi madre”, “la esposa de mi padre” o “el hijo de mi marido”. ¿Cómo se los nombra en el entorno familiar? Cuando el vínculo se ha generado en la primera infancia y la figura del padre ha desaparecido por el fallecimiento o ausencia, muchas veces se los llama “mamá” o “papá”. Es decir, cuando el padrastro o madrastra cumple una función de reemplazo parental.

También se utiliza esta terminología familiar entre tercero, ya no para expresar afecto o cercanía, sino cuando los hijos no desean “contar su vida” ...Pero ¿qué sucede cuando el padre o la madre están presentes y la función que cumple el padrastro o madrastra solo acompaña, ósea, complementa los roles parentales? En tal caso llamarlos “papá” o “mamá” no resulta una expresión natural y, por el contrario, probablemente será rechazada por el progenitor no guardador que puede sentir esta designación como una usurpación y un atentado a su identidad

parental. La mayor parte de las veces, el padrastro o madrastra son llamados simplemente por el nombre, lo cual naturalmente nada dice en cuanto a la relación familiar, esta forma de nombrarlos armoniza con la lógica de un vínculo que se construye día a día y se mantiene por su contenido de cuidado, responsabilidad y afecto, más que por nexo institucionalizado” (Grosman y Martínez, 2000, pp. 40-42).

Para el presente trabajo de investigación, considero pertinente utilizar el término de padre o madre afín, que se define como el cónyuge o concubino del progenitor, con quien se puede convivir (entiéndase vivir bajo un mismo techo). Es menester precisar que, se elige esta denominación, teniendo en cuenta que en nuestra sociedad aun el término padrastro o madrastra no es del todo bien visto, por el temor de que estas personas puedan ejercer algún daño sobre el menor, por lo que, ante la asignación peyorativa, y analizando la casuística, se evidencia que no todos los padrastros o madrastras son malos, si no por el contrario, muchos de ellos asumen un rol parental frente a los hijos afines.

2. Rol del padre o madre afín:

2.1.Familia Ensamblada formada por la madre a cargo de los hijos y el nuevo cónyuge.

“Se puede determinar tres puntos importantes en relación a este tema:

- a) la madre no permite que el padre afín asume el rol parental;
- b) el padre afín puede asumir el rol de sustitución del padre progenitor; y,

c) el padre afín solo emite opinión mas no ejerce autoridad.

Respecto al primer punto, las madres no permiten que el padre afín ejerza un rol parental, puesto que puede provenir de un acuerdo con el otro progenitor (parentalidad biológica sobre parentalidad social), de que la crianza del menor sea asumida solo por ambos, quienes corregirán y coordinaran mutuamente todo lo relacionado a su hijo. En estos casos, “los niños nunca podrán aceptar la autoridad del padre afín que la madre niega. Esta total exclusión del padre afín en el poder disciplinario lesiona la jerarquía doméstica indispensable en el proceso de socialización pues si es desautorizado por el progenitor, los hijos piensan que pueden rechazar cualquier observación opuesta de límites de padre afín” (Grosman y Martínez, 2000, p. 93).

Asimismo, si es que el cónyuge de la madre tiene hijos, ella puede aplicar la misma situación, al no intervenir en las decisiones que asuma su pareja respecto a la crianza y manutención de sus hijos.

En relación a que el padre afín puede asumir el rol de sustitución del padre progenitor, en muchos casos “el padre o madre afín pueden jugar un rol de sustitución cuando el progenitor que no tiene la guarda de los hijos ha desaparecido de la escena, o bien, un rol complementario de la función que cumple el padre”(Grosman y Martínez, 2000, p. 89). Generalmente cuando la madre no cuenta con el apoyo del padre de su hijo, se refugia en el apoyo de su pareja, a quien extiende la autoridad de poder educar, corregir, guiar a su hijo afín, siendo ambos las figura paternal y maternal del menor, quien se identifica con su padre afín por ser la persona que lo cuida, lo ayuda, y sobre todo porque siente la protección y cariño que le pueda brindar.

En el mejor de los casos, el padre aún puede ejercer un rol complementario a la autoridad parental, toda vez que ambos progenitores aceptan la ayuda que pueda brindar el padre aún respecto a la crianza del hijo, lo que contribuye a la formación del menor en la medida que crece en un hogar en donde las reglas están establecidas y sobre todo en donde no existe discrepancias, ni alianzas entre padre e hijos, generando con ello una convivencia armoniosa.

En otro caso, el padre aún solo se limita a emitir opinión mas no ejerce autoridad, la madre es quien se encarga de manera exclusiva de la crianza del menor, y quien toma las decisiones respecto a su hijo (s), la figura del padre aún solo se limita a la de consejero, de alguien que solo puede decir: “cuidado con”, o “se te está escapando de las manos”.

2.2.Familia Ensamblada formado por el padre no conviviente y su nueva cónyuge.

Esta familia formada por el padre no conviviente y su nueva pareja puede afrontar múltiples problemas, los celos es el principal motivo de confrontaciones, la nueva mujer del padre no siempre mira con buenos ojos al hijo del marido, expresando por tanto su incomodidad, la misma que es sentida y compartida por el menor; otro de los motivos son los conflictos pasados, los mismo que lleva a que la madre del niño pueda influenciar en el menor para que genere altercados o discusiones con la mujer de su padre, todo lo cual perjudica al hijo.

Contrario a lo anterior, la mujer del padre puede que asumiendo la realidad y aflorando sentimientos positivos se lleve bien con el menor, incluso pueda llegar

a ser su amiga y confidente fortaleciendo así, los lazos afectivos que transmitan al menor el sentimiento de pertenencia a la nueva familia que conformó su papá. Lo importante en este tipo de familia, sin importar si el hijo vive con la madre que formó una familia ensamblada o con el padre que formó una familia ensamblada, es que, el hijo de ambos pueda crecer en un ambiente adecuado, en donde el afecto hacia su persona sea demostrado, y en donde las rivalidades de la ex pareja queden en el pasado.

3. Sustento de los hijos afines por el nuevo cónyuge:

“Cuando la mujer a cargo de los hijos vuelve a casarse, el nuevo marido, de ordinario, afronta la manutención y educación de los hijos de su esposa, algunas veces solo y, otras, juntamente con la madre pues, en gran parte de los casos, el padre no cumple con su responsabilidad alimentaria, ya sea en forma total o parcial” (Grosman y Martínez, 2000, p. 98).

En muchos casos, la nueva pareja del padre influye en cuanto al monto de la pensión que debe proporcionar el padre a sus hijos, muchas veces consideran que es un monto elevado para la edad del menor e incluso que adicional a la pensión el padre compra a sus hijos ropa, juguetes o invierta en su recreación, no sería necesario, si de por medio se está pasando un monto fijo para todo ello, generalmente este es la causa de todo conflicto con la madre del menor, quien no puede considerar justo el actuar de la nueva pareja del ex marido. Sin embargo, no en todos los casos sucede así, ya sea porque el padre impone sus condiciones al establecer sin cuestionamiento alguno la crianza y manutención del hijo o, porque la nueva pareja se despoja de los celos y acepta que su marido tiene obligaciones que cumplir para con su propio hijo (s).

En los casos en donde la mujer forma una familia ensamblada, a veces es difícil para ella el sobrellevar al ex marido, generalmente por los celos absurdos, lo que genera que el menor sea el perjudicado porque el padre por su egoísmo puede pasar una pensión que no cubre sus necesidades o, dejar de pasar pensión y, que la madre dentro de sus posibilidades se encargue de la manutención del menor, en este caso entra a tallar la figura del padre afín, quien como apoyo a la esposa, aporta económicamente para la crianza de su hijo (s) afín, con el único objetivo de poder proporcionar bienestar y estabilidad a su nueva familia, por ello, el rol del padre afín es importante, porque representa la figura paterna para mucho de los menores que sufren la ausencia de su padre biológico.

Nuestra legislación, en cuanto al derecho de alimentación, prescribe en el artículo 472° del Código Civil: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”. Asimismo, en el Artículo 474° del mismo cuerpo normativo, precisa: “Se deben alimentos recíprocamente: 1.- Los cónyuges. 2.- Los ascendientes y descendientes. 3.- Los hermanos.” El texto legal citado es claro, en primer orden, los padres son los obligados a cubrir los gastos de sus menores hijos, en ninguna parte de la ley se cita a los padres afines, a diferencia por ejemplo del Código Civil del país vecino Argentina, en cuya normatividad, específicamente artículo 676°, el padre afín está en la obligación de pasar alimentos a su hijo afín salvo disolución del vínculo conyugal o matrimonial, sin embargo, si el cambio de situación puede generar un grave daño al niño o adolescente el ex cónyuge o ex conviviente que

asumió durante la vida en común los gastos del menor, puede fijarse una cuota asistencial. Aunque la legislación peruana no contemple normativamente nada al respecto, es necesario precisar la gran importancia y apoyo que brinda el padre afín en la vida del menor, aunque no exista una obligación legal, sino meramente afectiva.

4. Ejercicio de la autoridad parental:

4.1.El rol parental vinculado a sus distintas formas.

El vínculo sanguíneo que une al padre o la madre del hijo, sin duda alguna es el principal vínculo de amor, pueden existir otros vínculos o nexos, pero la sangre es la máxima expresión de confianza, afecto, lealtad de que el niño crezca en un hogar adecuado y debidamente cuidado; por ello, se puede dudar que el padre o madre afín pueda cumplir la función del cuidado del menor al no ser hijo biológico.

“Como reacción al enfoque meramente biológico, en la década del '70 comienza a elaborarse la idea de la parentalidad psicológica y social. En esta postura se enlaza la obra de Anna Freud (psicoanalista), quien con Joseph Goldstein (jurista) y Albert J. Solnit (psiquiatra) defienden el criterio de que únicamente la función parental asumida en los cuidados cotidianos del niño puede definir al “padre psicológico”, verdadero padre del niño. Para esta teoría cualquier adulto puede convertirse en un “padre psicológico”, dependiendo ello de la cualidad de la interacción, día a día, del compañerismo y del compartir experiencias. Este rol puede ser cumplido por el padre biológico, por el adoptivo o por otro adulto, pero nunca por

alguien ausente, inactivo, sea cual fuere el lazo, biológico o legal” (Grosman y Martínez, 2000, p. 164).

Siguiendo lo precisado por Grosman, esta teoría surgió en la época en que dominaba la concepción del divorcio - sanción, en la cual el cónyuge culpable del divorcio era descalificado como un padre apto para ejercer la crianza de los hijos, al ser el causante de la ruptura matrimonial; por lo tanto, el cónyuge que había sido la víctima, al contraer nuevo matrimonio, su cónyuge podía desempeñar el papel o el rol del padre o madre ausente. Por otro lado, al introducirse la figura del divorcio- remedio, esta generó una separación entre la responsabilidad en la ruptura matrimonial con las aptitudes parentales, aquí no interesa el comportamiento conyugal como pauta que defina la capacidad de poder desarrollar la función paterna o materna. Del divorcio sanción y del divorcio remedio, se continua a la teoría de la perennidad parental (pp. 164-165), por la cual, “si bien el divorcio disuelve el vínculo conyugal de los adultos que habían estado casados, no ocurre así con los lazos filiales entre padres e hijos. La diferencia con los segundos matrimonios de viudos/as está en la presencia física de todas las figuras implicadas, aunque bien es cierto que se puede estar ausente socialmente sin estar desaparecido físicamente. Hasta ahora la pareja progeneradora era igual a la pareja conyugal y ambas a la pareja parental, es decir, genealogía, conyugalidad y parentalidad coincidían, si no en la práctica, al menos en las representaciones y discursos dominantes acerca de lo que debía ser la familia” (Rivas,2012, p.30). Siendo así, por esta teoría los padres conservan su rol paternal o maternal, por lo que, los nuevos cónyuges no podrían ser considerados como padres sustitutos.

Por otro lado, años atrás el conformar un nuevo núcleo familiar no era bien visto por la sociedad, por la estigmatización de que el padrastro o madrastra eran personas malas, y por tanto la nueva unión resultaría perjudicial para el menor; sin embargo, hoy en día se acepta las familias ensambladas, como un nuevo núcleo familiar que busca el bienestar y la unión familiar, en donde los hijos se sientan seguros y amados, contando por tanto con dos personas adultas, madre biológica y padre afín o viceversa, quienes permitirán cubrir las necesidades de los menores.

Generalmente, es el padre biológico quien se desentiende de hijo (s), por diversos motivos, entonces cabe la pregunta ¿Cuántas veces observamos a nuestro alrededor familias ensambladas donde, por ejemplo, el nuevo marido o concubino de la madre convive con los hijos de ella, a quienes su padre biológico consiente caprichos en esporádicas visitas y luego ni siquiera cumple regularmente con sus obligaciones alimentarias?(Ramos, 2006, p.202) Ante esta situación, es el padre afín quien cumplen con apoyar a su esposa en la manutención del menor.

4.2.El rol de padre o madre afín.

Para tener en cuenta que rol cumple el padre o madre afín dentro de la familia ensamblada, se debe determinar:

a) El padre o madre afín no desea inmiscuirse en la crianza del menor

Aquí, hay que distinguir dos situaciones, la primera, es que el padre afín no quiera asumir responsabilidad parental respecto al menor pero si

quiera formar parte de la crianza y tener el derecho de opinar, por lo que, el progenitor a cargo debe decidir si acepta o no que el padre o madre afín intervenga en la toma de decisiones; este tipo de sucesos genera desventajas porque la falta de compromiso del padre o madre afín impide la consolidación y el fortalecimiento de los vínculos que puedan generarse para con su hijo afín, quien puede asumir esta actitud como indiferencia.

La segunda situación, es que el padre o madre afín se mantenga al margen de todo cuanto implique el cuidado y formación de su hijo afín, esta posición, no generará ningún tipo de vínculos, lo que a su vez también implica la carencia de comunicación entre ambos.

b) Si el rol que desempeña el padre o madre afín significa una cooperación a los esfuerzos de los padres biológicos

“Esta decisión implica una relación más profunda con el hijo afín y, a la vez, un compromiso mayor porque requiere una voluntad conjunta y puntos de vista comunes acerca de la crianza y educación. Además, el progenitor debe estar dispuesto a compartir la función, lo cual representa aceptar cierto control y límites en sus acciones” (Grosman y Martínez, 2000, p. 167).

Por lo tanto, el padre o madre afín ejerce un rol complementario, no subsidiario, lo que implica complementar la función que ejercen los padres biológicos.

c) Ante el padre o madre ausente, es el padre o madre afín quien cumple la función parental

“Respecto de un padre vivo, pero ausente o despreocupado, el padre o madre afín cumplirá funciones parentales más amplias, la experiencia nos indica que, con frecuencia, el cuidado y educación del hijo recae esencialmente en el padre guardador”(Grosman y Martínez, 2000, p. 168), quien cuida y protege al menor como si fuera su propio hijo, cabe precisar que la edad del menor influye en como pueda percibir la imagen de su padre afín, mientras más pequeño el menor, él va creciendo con la figura del padre afín como verdadero padre; cuando el menor ya tiene cierto grado de entendimiento, puede comprender la situación en la que atraviesa porque el padre biológico no es responsable, por tanto su padre afín entra a escena como su figura paternal (sustitutiva del padre biológico).

En cuanto a la relación sustitutiva y complementaria, se puede determinar las siguientes diferencias:

“La relación sustitutiva supone un silenciamiento de uno de los progenitores, cuyo lugar se ocupa por el progenitor afín. La relación complementaria implica que los progenitores biológicos o adoptivos del niño comparten las funciones parentales con el progenitor afín. La forma en que se comparte, es regulada por cada ordenamiento con reglas propias. Puede implicar una jerarquía con una distribución de funciones primarias y subsidiarias o admitirse que todos los progenitores compartan

en forma indistinta algunas o todas las funciones derivadas de la responsabilidad parental.

La regulación sustitutiva se ajusta mejor a los casos en que uno de los dos padres no está presente, ya sea porque falleció o porque fue suspendido o privado de la responsabilidad parental. La regulación complementaria se ajusta mejor a los casos en que los dos padres del niño están vivos y activos en su relación con él” (Basset, 2015, p. 103).

A mi parecer sería preferible que el padre o madre aún tenga que cumplir un rol complementario que, de sustitución, teniendo en cuenta que ello conlleva un vacío emocional que el niño pueda tener por la carencia de afecto por parte de su padre biológico; sin embargo, en la mayoría de casos impera el rol de sustitución, pues es el padre aún quien vela por la subsistencia del menor y quien se muestra ante los demás como un verdadero padre.

SUBCAPÍTULO III

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER DE

LOS BIENES DEL MENOR

1. Generalidades:

1.1.Minoría de edad.

“Un menor de edad es, legalmente, un individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta. La minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella. En muchos países occidentales, la mayoría de edad se alcanza a los 18 o 21 años. Un menor de edad sería por tanto aquella persona que, por razón de su edad biológica, no tiene todavía plena capacidad de obrar. La ley específica de cada lugar será la encargada de establecer la edad a partir de la cual una persona deja de ser menor de edad. En general, se puede decir que la edad adulta supone la presunción legal de que existe capacidad plena en el individuo para tomar decisiones y actuar en consecuencia. Por lo tanto, supone el incremento de sus posibilidades de actuación sin ayuda de sus padres o tutores o para realizar actos que antes tenía prohibidos por razón de su minoría de edad (por ejemplo, conducir vehículos automóviles, jugar apuestas, beber alcohol entre otros o en algunos países, trabajar)” (Concha, 2016, p.27).

Establecer la minoría de edad sirve para determinar la falta de madurez que tiene el individuo para realizar ciertas acciones o actividades en su vida, tales como casarse, tener un empleo, criar hijos, entre otras que son propias de la adultez; asimismo, la minoría de edad permite eximir al menor de

responsabilidad frente a aquellos actos que no son susceptibles de imputarle por falta de capacidad, puesto que, no se puede tratar en igualdad de condiciones a una persona que goza de plena capacidad con un menor de edad que puede ser incapaz absoluto, considerado así a los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley (art. 43° del Código Civil); o, incapaz relativo, mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, toda vez que, teniendo en cuenta el interés superior del menor, en el caso de que un incapaz relativo cometiera una infracción a la norma penal o civil, corresponde al Juez que analiza la causa determinar la medida de corrección pertinente de acuerdo a la gravedad de los hechos, siempre que esto no cause un mayor perjuicio.

En la mayor parte de países occidentales se establece minoría de edad hasta los 18 o 20 años, en el caso del Perú, la persona adquiere la mayoría de edad y por tanto capacidad plena y goce de ejercicios civiles al cumplir los 18 años de edad (art. 42° del Código Civil, en concordancia con el artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño), por lo que, debe cumplir determinadas obligaciones que antes le eran ajenas por no ser considerado un adulto.

1.2. Bienes propiedad del menor.

“Los bienes son todos aquellos elementos del mundo exterior a las personas, que de una manera directa o indirecta sirven para satisfacer sus diferentes necesidades y tiene como denominador común o nota esencia, un valor; representado, en consecuencia, una riqueza” (Arias-Schreiber, 2001, p. 59).

Nuestro Código Civil, no define el término “bienes”, sino solo cumple con establecer una clasificación de estos, delimitándolos en bienes muebles e inmuebles (artículo 885° y 886° del Código Civil).

Para que una persona (padres o tutor) pueda disponer de los bienes del menor, tiene que contar con autorización judicial o también conocida en la doctrina como “licencia judicial”, de lo contrario no puede enajenar o gravar los bienes por no estar permitido legalmente, así el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes – Ley N°27337, prescribe: “Quienes administran bienes de niños o de adolescentes necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad de conformidad con el Código Civil”, establecido esto, para poder disponer de los bienes del menor se necesita previamente interponer un proceso judicial.

Los padres quienes ejercen la patria potestad sobre su hijo menor de edad o, el tutor del menor, con la finalidad de poder obtener la autorización judicial o licencia judicial para disponer de los bienes del niño o adolescente, deberá entablar ante el juez competente, el proceso judicial en vía no contencioso, que se realizará de acuerdo a lo establecido en la normatividad civil. Para ello, el artículo antes referido establece dos puntos importantes que son empleados como base para la decisión judicial esto es, la necesidad o utilidad, que debe ser debidamente comprobada para que se pueda obtener la autorización solicitada.

2. Definición de la autorización judicial:

“La autorización judicial, es la venia o licencia del juez, que se requiere para la validez de determinados actos jurídicos, a efectos de habilitar a personas o a representantes de los incapaces. La autorización, por lo tanto, es una especie de permiso. Consiste en dar consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo. La autorización judicial es aquella en que no existe controversia entre las partes. Se trata de actuaciones ante los jueces, para solemnidad de ciertos actos o pronunciamiento de determinadas resoluciones que los Tribunales deben dictar” (Concha, 2016, pp. 58-59).

Con relación a lo argumentado, es derecho de todo niño o adolescente, acceder a una adecuada calidad de vida y a una educación que le permita desempeñarse adecuadamente en el futuro, por tanto, el padre o madre bajo la patria potestad, o el tutor, pueden interponer el proceso de autorización judicial para disponer de los bienes del menor, siempre que con dicha autorización el menor se beneficie.

3. Vía procedimental y competencia para la tramitación de la autorización judicial para disponer de los bienes del niño o adolescente:

Según lo prescrito en el artículo 749° del Código Procesal Civil: “Se tramitará en proceso no contencioso los siguientes asuntos: 4. Autorización para disponer derechos de incapaces”; debiendo el representante del menor incapaz (padres o tutor) interponer dicha demanda, que por su propia naturaleza (no contenciosa) no implica resolver un conflicto de intereses entre las partes, sino que requiere la intervención del Ministerio Público como institución que salvaguarda los derechos y garantías de los niños y adolescentes (artículo 138° del Código de los Niños y Adolescentes).

En lo que respecta a la competencia para la tramitación de la autorización judicial para disponer de los bienes del menor, se debe precisar que, el juez, tiene autoridad para poder tramitar, juzgar y ejecutar el fallo que emita en un pleito o causa, el mismo que está investido de imperio y jurisdicción, y que según la competencia (por materia, cuantía, grado o turno) atribuida a su persona pronuncia la decisión final plasmándola mediante sentencia.

En relación al párrafo precedente, el artículo 23° del Código Procesal Civil, prescribe: “En el proceso no contencioso es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario”, asimismo, el artículo 750°, establece: “Son competentes para conocer los procesos no contenciosos, los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en los casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales o a Notarios.(...)”. Hasta este punto, el Juez competente para conocer el proceso de autorización judicial para disponer de los bienes del menor sería un Juez Civil, pero, como se trata de bienes que conforman el patrimonio de un menor, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 161° y 162° del Código de los Niños y Adolescentes, por tanto, corresponde al Juez especializado (Juez de Familia) resolver el proceso no contencioso de autorización para enajenar u obligar los bienes del niño o adolescente, debiéndose tener en cuenta las disposiciones del Proceso Único establecidas en el Capítulo II del Título II del Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes.

4. Demanda e intervención del Ministerio Público:

Quienes pretendan administrar los bienes de un niño o adolescente necesita obligatoriamente la autorización judicial para gravarlos o enajenarlos, siempre

que, medie causas justificadas de necesidad o utilidad debidamente comprobadas, ello en concordancia con lo establecido en el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, por tanto, la persona a cargo del menor presentará ante el Juez de Familia, la demanda correspondiente, la misma que debe contener pruebas suficientes y fehacientes que acrediten el estado de necesidad del menor; o, la utilidad que obtendría, de autorizarse la disposición de sus bienes; además, en dicha demanda debe precisarse los bienes que se pretende enajenar o gravar (artículo 110° del Código de los Niños y Adolescentes); y, cuando corresponda, se debe anexar el documento que contiene el acto para el cual se solicita autorización, pudiendo ser este una minuta de compra venta o gravamen de la propiedad del menor.

Para que dicha solicitud sea admitida a trámite, debe contener los requisitos legales exigidos en el artículo 424°, 425° y 130° del Código Civil, aunado a ello, debe fundamentarse y acreditarse el pedido de autorización.

La autorización solicitada se tramita con el Consejo de Familia ya constituido (artículo 619° y 623° del Código Civil), de lo contrario se emplazará al Ministerio Público según lo prescrito en el artículo 787° del Código Procesal Civil: “El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo sólo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad”; de esta manera, el Ministerio público pasa a formar parte del proceso (sujeto de la relación procesal), pero no emite dictamen fiscal alguno.

5. Del proceso de Autorización Judicial para disponer de los bienes del menor:

Admitida a trámite la demanda, el señor juez señala día y hora para la realización de la audiencia de actuación de medios probatorios, que, según lo establecido en el artículo 788° del Código Procesal Civil: “De proponerse como medio probatorio la declaración testimonial, los testigos serán no menos de tres ni más de cinco y mayores de veinticinco años. Cuando se trate de actos de disposición sobre bienes o derechos cuyo valor esté determinado por criterios objetivos, tales como avalúos que tengan carácter de declaración jurada, cotización de bolsa o medios análogos, deberán anexarse a la solicitud los documentos que lo acrediten o, en su defecto, certificación oficial de su valor o pericia de parte” (en concordancia con lo establecido en el artículo 110° del Código de Niños y Adolescentes), al respecto se debe señalar:

a) En cuanto a las declaraciones testimoniales, toda persona con capacidad puede brindar su manifestación siempre que no tenga excusa o este impedido de hacerlo; asimismo, la parte que propone la declaración testimonial, debe precisar el nombre, domicilio y ocupación de su testigo (el desconocimiento de la ocupación se expresará por el proponente, quedando a criterio del juez que este requisito sea eximido), además, debe señalar cuales son las preguntas respecto al hecho controvertido que tendrá que absolver el testigo (artículo 222° y 223° del Código Procesal Civil).

b) Cuando se trate de bienes o derechos cuyo valor esté determinado por criterios objetivos, la norma obliga presentar avalúo (que equivale a una tasación), siendo esto una estimación del valor comercial que se otorga a un bien

inmueble (valor real), por ello, debe ser realizado por un perito quien determine el monto estimado de acuerdo a las características del bien y al lugar de su ubicación. Por otro lado, tratándose de acciones, se debe presentar las cotizaciones de bolsa, que es el documento que precisa el valor en tiempo real respecto de un bien o servicio, o cualquier otro documento análogo que acredite el monto establecido en la demanda.

Terminada la etapa de actuación de medios probatorios, el juez, dicta la resolución que pone término al proceso; de concederse la autorización, el juez formaliza la autorización (art.789° Código Procesal Civil) firmando y sellando cada una de las hojas de la minuta, la misma que fue anexada a modo de proyecto en la demanda, siendo obligación del juez revisar y corregir cada una de las cláusulas que se pacten a fin de no contravenir la ley, como por ejemplo: en caso de remate, que la valorización del bien no se realice por debajo del límite del precio; o, en caso de mutuo hipotecario, que los intereses no sean muy elevados, de esta manera, se salvaguarda los intereses del menor.

6. Necesidad de regular la autorización judicial para disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín:

Como quedo establecido en los numerales precedentes, solo los padres o tutores pueden disponer de los bienes de los niños y adolescentes siempre que se les otorgue la autorización judicial para ello; sin embargo, el padre o madre afín no puede solicitar la mencionada autorización, puesto que nuestra legislación no contempla dicha posibilidad, aunque en los hechos pueda representar una figura paternal (paternidad social), partiendo de esta realidad, corresponde analizar en

este punto la necesidad de regular normativamente la autorización judicial para disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín.

Así, uno de los fundamentos principales es la aplicación del principio del interés superior del niño y adolescente, en el ámbito del derecho internacional este principio es reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que su principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medio, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”; en igual sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (suscrita el 20 de noviembre de 1989) reitera la aplicación de este principio en el artículo 3 numeral 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; en este correlato, al ser nuestro país un Estado miembro que suscribió y ratificó dicha convención, es que dentro de la legislación contempló la aplicación del principio de interés superior del niño en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que, a la letra precisa: “**En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado** a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción

de la sociedad, **se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos**” (*el resaltado es nuestro*).

Los textos legales antes citados invocan la aplicación y respeto de este principio, mas no definieron explícitamente su ámbito de aplicación ni sus alcances, dejando esto en un tema de generalidad, a fin de poder diluir la importancia de este principio como una de las razones que sustentan el presente trabajo de investigación, es preciso analizarla desde dos puntos de vista: i) Desde una perspectiva general, podría definirse como todo cuanto le sea beneficioso y de protección para el menor; ii) Desde una perspectiva en específico, creo conveniente tener en cuenta la Observación General N°14 realizada por el Comité de los Derechos del Niño (en base a la Convención sobre los Derechos del Niño) que el numeral 6° de su introducción detallan que el interés superior del niño debe ser entendido desde una triple concepción: a) un derecho sustantivo: se debe considerar el principio de interés superior del niño por encima de otros intereses cuando se toma una decisión sobre alguna cuestión debatida; b) un principio jurídico: si una norma jurídica admite mayores interpretaciones, se elegirá la que satisfaga efectivamente el interés superior del menor y; c) una norma de procedimiento: cuando se tome una decisión que perjudique al niño o adolescente se debe incluir dentro del proceso de decisión las repercusiones tanto positivas como negativas, y sustentar la decisión.

Estando a todo lo expuesto, el Estado está en la obligación de establecer medidas que protegen al niño o adolescente, encontrándose facultado para poder legislar derechos que permitan brindar bienestar al menor, por lo que, estando al caso planteado en la investigación, y al subyacer la existencia de un vacío legal, el

Estado está en el deber de regular normativamente la autorización judicial para disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín, en aplicación del principio de interés superior del niño, y en aras de protección de los derechos del menor de permanecer dentro del seno familiar y no ser separado de ella, esto es, bajo el amparo de su padre o madre afín quien representa la figura paternal o maternal ausente; y, el derecho a tener una vida digna.

Otro fundamento por el que debe normarse dicha autorización, es por el principio de protección especial del menor, que al igual que el principio de interés superior del niño, fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra, y posterior a ello, fue desarrollado de manera más amplia en la Declaración de los Derechos del Niño, en el Principio 2) que señala: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad (...)”, asimismo, el artículo 3 inciso 2) de la Convención de los Derechos del Niño, prescribe: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Por su parte, nuestra Constitución recoge este principio en su artículo 4) estableciendo que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”.

Por este principio se entiende que el niño o adolescente, por su condición de debilidad, merece especial protección no solo del Estado sino también de la

sociedad, y en específico de su familia, ya que, debido a su fragilidad e inmadurez necesita de cuidado propios de su edad que le permitan su normal desarrollo tanto en el aspecto físico, psicológico, intelectual, social; por ello, si el hijo (a) aún se encuentra viviendo con su familia ensamblada, y es criado por el padre o madre aún, quien equipara la figura del padre biológico, no debe negársele el disponer de los bienes del menor si es que el otro progenitor fallecido, deje bienes para su hijo, más aun si acredita la necesidad o utilidad, toda vez que dicha disposición servirá para cubrir los gastos que generen la crianza del hijo aún teniendo en cuenta que solo se contará con el ingreso mensual que pueda generar el padre o madre aún, lo cual limita cubrir las necesidad del menor.

Finalmente, otra razón fundamental para considerar la regulación normativa que se propone, es la satisfacción de las necesidades básicas del menor, así el artículo 472° del Código Civil, contempla: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia”, siendo obligación de los padres cubrir las necesidades primarias de sus hijos, pero como quedo sentado muchas veces el padre o madre aún asume dicha responsabilidad por colaborar con su cónyuge, y en virtud a que el hijo (a) aún vive bajo su mismo techo, y en aras de protección del menor es que el brinda una estabilidad tanto económica como familiar para su normal desarrollo, asumiendo gastos en alimentación, educación, entre otros, sumados a la carga familiar que pueda tener de su anterior relación; por ello, y ante la autoridad paternal que demuestra el padre/madre aún, es que se propone

la modificación del artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, legitimando al padre o madre aún el poder disponer de los bienes del menor para cubrir los gastos que impliquen el satisfacer las necesidades básicas siempre que se acredite los presupuesto de necesidad o utilidad.

CAPÍTULO III

MATERIALES Y

MÉTODO

CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

1. Tipo de investigación:

1.1. Por su finalidad.

1.1.1. Básica

“La investigación básica está destinada a aportar un cuerpo organizado de conocimientos científicos y no produce necesariamente resultados de utilidad práctica inmediata, se preocupa de recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento teórico científico, orientada al descubrimiento de principios y leyes. El investigador se esfuerza por conocer y entender mejor, algún asunto o problema, sin preocuparse por la aplicación práctica de los nuevos conocimientos adquiridos” (Ávila, 2001, p. 37).

El presente trabajo de investigación es un tipo de investigación básica puesto que, tiene como objetivo principal determinar la necesidad de regular jurídicamente el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes de los menores por parte del padre o madre afín; por tanto, se establecerán los motivos por los cuales debe regularse dicha autorización en beneficio del niño o adolescente, cuando se acredite el estado de necesidad o utilidad de acuerdo a lo prescrito en el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes.

1.2.Por su profundidad.

1.2.1. Investigación descriptiva

“El método descriptivo tiene como objetivo describir y analizar sistemáticamente “lo que existe” con respecto a las variaciones o a las condiciones de una situación, en estos estudios se obtiene información acerca de las características y comportamiento actual o dentro de un periodo corto de tiempo, de los fenómenos, hechos o sujetos (...). No es un estudio explicativo, ni interpretativo, tampoco se preocupa de probar hipótesis, pero si ayuda a construirlas” (Ávila, 2001, p. 43).

Este tipo de investigación permitió que en el presente trabajo se recoja información describiendo los conceptos, características, relevancia jurídica y diversas teorías acerca de la familia, familia ensamblada, la autorización judicial para disponer de los bienes del menor, y describir a quienes se les denomina padre afín y que roles cumple dentro de la familia ensamblada; analizando de manera sistemática la información obtenida a fin de poder llegar a las conclusiones a las cuales se arriban.

1.3.Por su naturaleza.

1.3.1. Investigación documental

Es la búsqueda que se realiza en los documentos que pueden ser impresos o electrónicos, los mismos que están redactados por expertos que conocen el tema materia de investigación.

Una vez que se recopila la información de todos los documentos, por medio de la lectura, se puede empezar con la realización del análisis,

que determinará el rumbo de la investigación al orientarnos sobre qué es lo que se pretende investigar.

En la presente investigación se realizó una búsqueda de diversas informaciones en libros, links, revistas científicas, sentencias constitucionales y se analizó tesis relacionadas con el tema de la familia ensamblada, todo lo cual permitió determinar la necesidad de regular el vacío legal respecto a establecer como derecho del padre o madre afín, el poder disponer de los bienes de su hijo afín, previa autorización judicial.

2. Material de estudio:

2.1.Legislación.

a) Nacional

- Código de los Niños y Adolescentes – Ley N° 27337

b) Comparada:

- Argentina, Uruguay, Suiza, Francia, Suecia y España.

2.2.Doctrina.

2.3.Jurisprudencia Constitucional.

- Expediente N° 09332-2006-PA/TC: Caso Reynaldo Armando Shols Pérez
- Expediente N°02478-2008-PA/TC: Caso Alex Cayturo Palma

3. Métodos:

3.1.Lógicos.

a) Deductivo

El método deductivo “Consiste en obtener conclusiones particulares a partir de una ley universal” (Rodríguez, 2005, p. 29).

Este método permitió partir del estudio de la evolución de los distintos tipos de familia, desde la familia nuclear hasta la familia ensamblada, analizando la factibilidad de poder otorgar el derecho a los padres afines de disponer de los bienes de su hijo afín.

b) Inductivo

“El método inductivo es un proceso en el que, a partir del estudio de casos particulares, se obtienen conclusiones o leyes universales que explican o relacionan los fenómenos estudiados” (Rodríguez, 2005, p. 29).

Este método permitió analizar la factibilidad de poder otorgar el derecho a los padres afín para disponer de los bienes de su hijo afín, en caso de necesidad o utilidad, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, con el fin de satisfacer las necesidades básicas del hijo afín.

c) Analítico

En el método analítico “se distinguen los elementos de un fenómeno y se procede a revisar ordenadamente cada uno de ellos por separado” (Rodríguez, 2005, p.30).

Este método permitió desarrollar doctrinariamente y por separado, las figuras de familia, familia ensamblada, autorización judicial para disponer de los bienes del menor y la denominación de padre o madre afín, ello con la finalidad de poder comprender el tema investigado.

3.2. Jurídicos.

a) Exegético

Por este método “el problema del conocimiento del derecho quedaba limitado al estudio y análisis de los textos legales, procurando desentrañar la voluntad del legislador, “*menslegistoris*”, en el momento de la elaboración y aprobación de la norma” (Sumarriva, 2006, pág.78).

Estando a lo precisado, este método permitió interpretar el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, respecto a la autorización para disponer de los bienes del menor, desarrollando y describiendo dicho artículo a fin de establecer el significado que le otorgó el legislador.

4. Técnica e instrumento:

4.1. Técnica.

4.1.1. Fichaje

Se empleó esta técnica con la que se pudo extraer las ideas más relevantes de los libros, revistas jurídicas y páginas web, las mismas que contribuyeron a canalizar la información conveniente y poder plasmarlas en la investigación realizada.

4.1.2. Análisis de contenido

Esta técnica contribuyó a obtener toda la información necesaria para el desarrollo de la investigación, permitiendo a partir de lo recabado, analizar la información a fin de seleccionar aquella que me es útil para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

4.2. Instrumento.

4.2.1. Fichas

Para el desarrollo de la investigación se elaboraron las siguientes fichas:

a) Ficha resumen

Mediante el empleo de esta ficha, se resumió o sintetizó la información que pude leer de los libros, revistas, páginas web o jurisprudencias vinculadas con mi tema, contribuyendo al permitirme recordar la información de los textos.

b) Ficha textual

El emplear esta ficha me facilitó el poder encontrar la información relevante que transcribí en mi investigación, toda vez que contiene el párrafo que pude extraer de un libro, página web o revista jurídica, el que copié debidamente citando con la norma internacional APA.

c) Ficha bibliográfica

Me permitió anotar las referencias bibliográficas de los libros leídos, a fin de encontrar de manera sencilla el libro que se busca, ya que en ella se consigna los datos necesarios, evitando así confusiones.

d) Ficha cibergráfica

Esta ficha se empleó para poder copiar la información que recabe de las páginas web, siendo una guía para poder encontrar la información importante de manera eficaz.

4.2.2. Protocolo de análisis

Este instrumento contribuyó a poder sintetizar la información con el empleo de esquemas, cuadros, mapas mentales, que permitieron centrar mi objeto de investigación.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. La familia se encuentra sujeta a los nuevos cambios sociales, por tanto, su dinámica estructural con el pasar de los años se ha visto modificada partiendo de la clásica familia tradicional a la aceptación de otros tipos de familia como es la ensamblada, que, sin importar la clasificación, merece total protección debido a la importancia que tiene esta institución para el desarrollo personal.
2. La Constitución Política del Perú reconoce y protege a la institución de la familia en su artículo 4°, sin embargo, el texto normativo solo precisa que la Comunidad y Estado protegen a la familia, mas no expresa su definición, por ello es necesario acudir a la doctrina, como fuente del derecho, teniendo en cuenta que nuestro Código Civil tampoco se pronuncia al respecto.
3. La familia ensamblada, como tal, involucra una serie de cambios dentro del entorno familiar pues implica la aceptación de cada uno de los integrantes de la nueva familia y la formación de una identidad familiar propia; al respecto, el Tribunal Constitucional, ha establecido el reconocimiento de dicha familia y las características particulares que le asisten, mediante sentencia recaída en el EXP. N.º 09332-2006-PA/TC LIMA y, el EXP. N.º 02478-2008-PA/TC LIMA NORTE, en donde prevalece la aplicación de los principios de protección de la familia e igualdad de trato, sin embargo, en la normatividad civil no existe pronunciamiento alguno.

4. El derecho a obtener la autorización judicial para disponer de los bienes del menor se encuentra regulado en el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes, por tanto, los padres o el tutor del menor que solicite dicha autorización debe obligatoriamente acreditar el estado de necesidad o utilidad, siendo así, dicho artículo solo otorga legitimidad para obrar a los padres o tutor, limitando el derecho del padre o madre afín a poder disponer de los bienes del menor, si es que en los hechos el menor se encuentra bajo su cuidado.

5. Finalmente, se concluye que es necesario regular normativamente la autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte de los padres afines, puesto que en nuestra legislación existe un vacío legal que debe ser resuelto si por encima de todo se encuentra la protección del niño o adolescente, por ello, en aplicación del principio de interés superior del niño y al existir un vacío legal, el Estado debe adoptar como medida de protección, la regulación antes invocada, con el fin de que el menor pueda permanecer dentro de la protección del padre o madre social, y se vea satisfecha la necesidad de cubrir los gastos que irroga su manutención.

CAPÍTULO V

RECOMENDACIONES

CAPÍTULO V

RECOMENDACIONES

1. El Estado a través del Poder Legislativo o delegando la función de legislar al Poder Ejecutivo, debe establecer normas que proteja al niño o adolescente en caso se encuentre bajo el cuidado del padre afín, otorgando facultades a este último para que pueda disponer de los bienes de su hijo afín, en cuanto se requiera para cubrir las necesidades básicas de alimentación, educación, vestido, vivienda, entre otros derechos, subsanado de esta manera el vacío legal existente.
2. Que, debe incorporarse en el artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes la autorización judicial para que el padre o madre afín pueda disponer de los bienes de su hijo afín, por tanto, propugno que dicha modificatoria debería contemplarse de la siguiente manera:

Normativa vigente:

Artículo 109°:

Quienes administran bienes de niños o de adolescentes necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad de conformidad con el Código Civil.

Normativa propuesta:

Artículo 109°:

Quienes administran bienes de niños o de adolescentes necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad de conformidad con el Código Civil.

El padre o madre afín que ejerza el cuidado del hijo afín, siempre que demuestre de manera fehaciente las causas justificadas de necesidad o utilidad, puede disponer de los bienes del niño o adolescente; para tal efecto de manera obligatoria el Ministerio Público interviene en dicho proceso emitiendo un dictamen fiscal, a efecto de evitar un fin lucrativo.

3. Promover a través de las instituciones y/u organizaciones que protegen los derechos de los niños y adolescente, tales como la Defensoría del Pueblo: Niños, Niñas y Adolescentes, Aldeas Infantiles SOS Perú, Defensoría Municipal del Niño y Adolescentes (DEMUNAS), entre otros, que el menor pueda estar bajo el cuidado de su padre afín o madre afín, teniendo en cuenta el vínculo de afecto establecido ya que en muchos casos suplen la figura paterna o materna, y como consecuencia de ello se pueda otorgar el derecho a disponer de los bienes de su hijo afín, para poder ayudarse económicamente en la crianza del menor.

CAPÍTULO VI

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO VI

BIBLIOGRAFÍA

Aciprensa (2016). El Matrimonio. Recuperado de <https://www.aciprensa.com/Catecismo/matrimonio.htm>

Anhuamán, J. y Recalde, A. (2014). Procedencia de los deberes alimentarios en casos de Familia Ensamblada. (Tesis para obtener el título de Abogado), Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.

Arias-Schreiber, M. (2001). Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. (3era ed.) Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Basset, U. (2015). Sistema Argentino de Información Jurídica Recuperado de <https://www.google.com.pe/search?q=saij&oq=saij&aqs=chrome.69i57j69i6012j0l3.769j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

Bautista, P. y Herrero, J. (2006). Manuel de Derecho de Familia. (1era ed.). Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

Calderón, J. (2008). Uniones de hecho en el Perú. Recuperado de <http://escribiendoderecho.blogspot.pe/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html>

Calderón, J. (2016). El ejercicio de la patria potestad en las Familias Ensambladas. (tesis para obtener el título de Abogada), Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.

Castro, O. (2016). Una ley para los tuyos, los míos y los nuestros. Recuperado de <http://www.derechopedia.pe/derecho-civil-lista/derecho-civil/200-una-ley-para-los-tuyos,-los-m%C3%ADos-y-los-nuestros>

- Concha, M. (2016). La administración y enajenación de los bienes de menores, la autorización judicial, contradicción y prueba. Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qZAkhu8T_KsJ:dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/4277+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe
- Contreras, L (2014). Familias ensambladas: aproximaciones histórico-sociales y jurídicas desde una perspectiva construccionista y una mirada contextual. Recuperado de http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/familias-ensambladas-aproximaciones-historico-sociales-juridicas-perspectiva-construccionista-mirada-contextual/id/49452511.html
- Corral, H. (2005). Derecho y Derechos de la Familia. (1era ed.), Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L
- Cubas, J. (2014). La necesidad de regulación jurídica de los derechos sucesorios en las familias reconstituidas en el Perú. (Tesis para obtener el título de Abogado), Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.
- Dameno, M (2007). Familias Ensambladas. Recuperado de <https://gestaltnet.net/sites/default/files/FAMILIAS%20ENSAMBLADAS.pdf>
- Diario Judicial (2015). El padre afín no reemplaza al padre. Recuperado de <http://www.diariojudicial.com/nota/73277>
- Del Cisne Ontaneda, M. (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 título de Abogado), Universidad Nacional de Loja, Loja, Ecuador.

- Esquibel, J. (2017). La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú. (Tesis para obtener el título de Abogado), Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.
- Fernández, S. (2016). Regulación jurídica de la familia ensamblada en el Perú y en el derecho comparado. (tesis para obtener el título de Abogada), Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú.
- González, G. (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 obtener el título de Abogado), Universidad Señor de Sipán. Pimentel, Perú.
- Grosman, C. (2013). Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civil. Revista de Derecho Privado. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140074-grosman>
[sumar_realidades_familiares_familia.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140074-grosman)
- Grosman, C. y Martínez, I. (2000). Familias Ensambladas. Nuevas Uniones después del Divorcio. (1era ed.), Buenos Aires, Argentina: Universidad S.R.L.
- Hinostrosa, A. (1997). Derecho de Familia. (2da ed.) Lima, Perú: Fecat E.I.R.L.
- Mallqui, M., y Momethiano, E. (2001). Derecho de Familia (1era ed.). Lima, Perú: San Marcos.
- Ossorio, M. (1999). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. (26ava ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L
- Plácido, A. (2002). Manual de Derecho de Familia. (2da ed.), Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Peralta, J. (2008). Derecho de Familia en el Código Civil (4ta ed.). Lima, Perú: Idemsa.

Pereira, R. (2002). Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida. Recuperado de <http://www.redsistemica.com.ar/reconstituidas.htm>

Pizarro, J. (2010). Evolución del Matrimonio en el Perú. Recuperado de <http://www.blp-abogados.com/articulo.php?articulo=38>

Rivas, M. (2012). El Ejercicio de la Parentalidad en las Familias Reconstituidas. Recuperado de <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-85204/Portularia,%20El%20ejercicio%20de%20la%20parentalidad%20en%20las%20familias%20reconstituidas.pdf>

Varsi, E. (2011). Tratado de Derecho de las Familias. (1era ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Vigil, C. (2003). Los concubinos y el Derecho Sucesorio en el Código Civil Peruano. Recuperado de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/viewFile/10609/9781>

ANEXOS

ANEXOS

Anexo 01: Matriz de Consistencia

Matriz de Consistencia			
Título: “La Autorización Judicial para disponer de los bienes del hijo afín”			
Problema:	Objetivo general	Hipótesis	Tipo de investigación
<p>¿Por qué es necesario regular jurídicamente el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín para satisfacer las necesidades básicas del hijo afín?</p>	<p>Objetivos específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Analizar doctrinaria y constitucionalmente la institución jurídica de la familia y la familia ensamblada. - Establecer los límites y alcances de la figura jurídica sobre el Derecho a la Autorización Judicial a disponer de los bienes de los menores. - Demostrar las razones para justificar la regulación de la autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte de los padres afines. 	<p>Es necesario regular el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín porque permitirá la satisfacción de las necesidades básicas de su hijo afín, ampliándose para ello los alcances del artículo 109° del Código de los Niños y Adolescentes.</p> <p>Variables</p> <p>Variable independiente</p> <p>Necesidad de regular el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del hijo afín.</p>	<p>Por su finalidad: Básica</p> <p>Por su profundidad: Investigación descriptiva</p> <p>Por su naturaleza: Investigación documental</p> <p>Técnica e instrumento:</p> <p>Técnica:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fichaje - Análisis de contenido <p>Instrumento:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fichas - Protocolo de análisis

	<p>Justificación</p> <p>Justificación social: La investigación busca lograr que en nuestra sociedad la figura del padre o madre afín a cargo del hijo biológico menores de edad de su cónyuge fallecido, tenga el derecho de recurrir ante la instancia jurisdiccional a fin de solicitar la autorización judicial para disponer de los bienes dejados al menor, teniendo en cuenta que él o ella se encargará de satisfacer las necesidades básicas del su hijo afín, primando por tanto el bienestar del menor.</p> <p>Justificación jurídica: En nuestra normativa existe un vacío legal pues no se regula que el padre o madre afín pueda disponer de los bienes del hijo afín, por tanto, el Derecho no debe estar ajeno a la realidad, y debe cumplir su función de brindar protección jurídica.</p> <p>Justificación metodológica Que el presente trabajo sirva como base para futuras investigaciones sobre el tema y permita alcanzar mejoras en cuanto a la aplicación de los métodos.</p>	<p>Variable dependiente</p> <p>La satisfacción de las necesidades básicas del hijo afín menor de edad.</p>	
--	--	---	--



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 09332-2006-PA/TC
LIMA
REYNALDO ARMANDO SHOLS PÉREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Reynaldo Armando Shols Pérez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 3 de agosto de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de setiembre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Centro Naval del Perú, solicitando que se le otorgue a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad.

Manifiesta que durante los últimos años la emplazada otorgó, sin ningún inconveniente, el carné familiar a los hijastros considerándolos como hijos, sin embargo mediante un proceso de recarnetización, que comprende a los socios y a sus familiares, se efectuó la entrega de los mismos solamente al titular, esposa e hija; denegándose la entrega de este a su hijastra, no siendo considerada como hija del socio.

La emplazada contesta la demanda argumentando que en estricto cumplimiento del Acuerdo N.º 05-02 de la sesión del Comité Directivo del Centro Naval del Perú, de fecha 13 de junio de 2002, se aprobó otorgar el pase de invitado especial válido por un año, renovable hasta los 25 años, a los hijastros de los socios, y que en consecuencia, no se puede otorgar a la hijastra del demandante un carné de hija del socio, por no tener esta calidad, de acuerdo a lo expuesto en el Código Civil y las Normas Estatutarias.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 20 de marzo de 2006, declara infundada la demanda, estimando que el estatuto del Centro Naval del Perú en su artículo 23 no regula la situación de los hijastros, en consecuencia, no existe discriminación alguna porque el actor no tiene derecho a que su hijastra tenga carné familiar como hija del socio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, considerando que es la referida hijastra quien se encuentra afectada con la negativa del demandado de otorgar el carné familiar, por lo que para su representación legal se deberán considerar las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela; que siendo ello así, se aprecia que el recurrente no es padre ni representante legal de la menor, y que alegar que está a cargo de su hijastra, no implica la acreditación de su legitimidad para obrar.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que se le otorgue carné familiar a la hijastra del actor, cesando con ello la discriminación a la cual ha sido sujeto en su calidad de socio. En efecto, en la demanda se ha argumentado que el hecho de que la Administración se niegue a entregar un carné familiar a su hijastra contraviene el derecho a la igualdad del actor puesto que, según el recurrente, existen otros miembros de la Asociación a cuyos hijastros sí se les ha hecho entrega del carné familiar, reconociéndoles en el fondo los mismos derechos que a un hijo.
2. Los hechos del caso, no obstante, plantean cuestiones de suma relevancia como son los límites de la autoorganización de las asociaciones recreativas frente a la problemática de lo que en doctrina se ha denominado *familias ensambladas*, *familias reconstituidas* o *reconstruidas*. Es por ello que a fin de dilucidar la presente acción, se tendrá que superar el vacío que se observa en la legislación nacional sobre la materia.

§ Legitimidad del demandante

3. 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.

§ Modelo constitucional de Familia

4. El artículo 4.º de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión–



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

5. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23.º que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17.º que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.
6. La acepción común del término *familia* lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”.¹
7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho², las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.

§ Las Familias Reconstituidas

8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas

¹ BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*. 4.ª, ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.

² Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica; “Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nupcias o familiastras.³ 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”.⁴

9. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.
10. 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.º 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.º 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.
11. 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.
12. 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 inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.
13. Tomando en cuenta todo ello es de interés recordar lo expuesto en el tercer párrafo del artículo 6.º de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de

³ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, et ál. *Derecho constitucional de familia*. 1ed. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 183.

⁴ RAMOS CABANELLAS, Beatriz. “Regulación legal de la denominada familia ensamblada” *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, 2006, p. 192.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

identidad. Surge frente a ello la interrogante de si, bajo las características previamente anotadas, es factible diferenciar entre hijastro e hijos.

14. Este Tribunal estima que 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 afin, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afin 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.

§ Libertad de asociación y límites a su autonomía de autorregulación

15. Frente a ello se encuentra la libertad de asociación, recogida en el artículo 2.º inciso 13, de la Constitución, que reconoce el derecho a toda persona a “asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser resueltas por resolución administrativa.”

16. Como ya lo ha anotado este Tribunal, tal libertad se erige como una manifestación de la libertad dentro de la vida coexistencial, protegiendo el que grupos de personas que comparten similares intereses para la realización de una meta común, puedan asociarse a fin de concretar estas. Tal derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y el de principio de fin altruista, a partir de los cuales se configura su contenido esencial, el que se encuentra constituido por: “a) el *derecho de asociarse*, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el *derecho de no asociarse*, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la *facultad de autoorganización*, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización” (Expediente 4242-2004-PA/TC, fundamento 5).

17. Evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de autoorganizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales.

§ Análisis del caso en concreto

18. En los casos en donde se alega un trato desigual, este Tribunal ha establecido que es el demandante el encargado de acreditar tal desigualdad. El recurrente, sin embargo, no ha presentado medio probatorio por predio del que demuestre el referido trato desigual. Es decir, no ha acreditado fehacientemente que existan hijastras de otros socios a las que se les reconozca y trate de manera similar a una hija.
19. No obstante ello, 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.
20. En tal sentido, es el derecho a fundar una familia y a su protección el que se encuentra bajo discusión, por lo que de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que obliga al juez a aplicar el derecho que corresponda aun cuando no haya sido invocado por las partes, se emitirá pronunciamiento tomando en cuenta ello.
21. De autos se aprecia el Acta de Matrimonio de fecha 3 de setiembre de 1999, por medio del cual se acredita la unión matrimonial entre el recurrente, don Reynaldo Armando Shols Pérez, y doña María Yolanda Moscoso García. Tal es el segundo matrimonio de cada uno de los cónyuges, por lo que se ha originado una nueva organización familiar, conformada por estos, por un hijo nacido al interior del nuevo matrimonio y la hija de la cónyugem fruto del anterior compromiso matrimonial.
22. Por su parte la propia demandada afirma que la diferenciación se efectuó tomando en cuenta la calidad de hijastra de Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso. Es más, este tipo de distinción es luego regulada por lo decidido en el Comité Directivo del Centro Naval del Perú, mediante Acta N.º 05-02, de fecha 13 de junio de 2002, por la que se aprueba otorgar pase de “invitado especial” válido por un año hasta los 25 años de edad a los “hijos (hijastros) de los socios que proceden de un nuevo compromiso” (fojas 191). Por su parte, el Estatuto del 2007 de la Asociación establece en su artículo 47 que los asociados podrán solicitar la expedición del Carné de Familiar de Asociado a favor de su “cónyuge, hijas e hijos solteros hasta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

veinticinco (25) años de edad, hijas e hijos discapacitados”.⁵

23. A la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia –más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen–, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria. Así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la Asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa interna de la Asociación, emitida en virtud de la facultad de autoorganizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, debiendo reponerse las cosas al estado anterior a la afectación producida por la Asociación. Por consiguiente, ordena a la demandada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.

Publíquese y notifíquese

SS.

**LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (E)

⁵ Consultado en la página web de la Asociación. <www.centronaval.org.pe/estatus.html>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02478-2008-PA/TC
LIMA NORTE
ALEX CAYTUIRO PALMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de mayo de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alex Cayturo Palma contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de folios 299, su fecha 30 de octubre de 2007, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos; y,

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de diciembre de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra don José Orbegoso Saldaña, Comandante de la Policía Nacional del Perú que ostenta el cargo de Director de la Institución Educativa Particular "Precursores de la Independencia" de la Policía Nacional del Perú, y contra don Alberto Mendoza Ascencios, Presidente del Comité Electoral designado para el nombramiento del Comité de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia (APAFA) de la referida institución educativa, a fin de que se suspendan las elecciones tendientes a elegir al mencionado comité para el periodo 2008 – 2009.

Manifiesta que se ha designado como presidente del citado comité a una persona ajena a la Institución Educativa y a la APAFA, lo que constituye una injerencia inaceptable que vulnera su derecho a la libertad de asociación.

Don José Orbegoso Saldaña contradice la demanda indicando que la Asamblea decidió vacar al demandante del cargo que ostentaba como miembro del Consejo Directivo de la APAFA y nombró al mencionado comité electoral a través de un sorteo entre sus asociados. Asimismo refiere que para la realización del citado proceso electoral se contó con el asesoramiento de la ONPE y se contó con personal de "TRANSPARENCIA".

Por su parte, don Alberto Mendoza Ascencios contradice la demanda sosteniendo que en tanto es apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C. matriculados en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

0

el año 2006 en el mencionado colegio, quienes son hijos de su conviviente, le asiste el derecho de ocupar dicho cargo.

El Segundo Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con fecha 3 de julio de 2007, declaró improcedente la demanda en virtud de lo establecido por el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, por considerar que las actuaciones entre particulares están fuera del ámbito de aplicación del derecho al debido proceso.

La Sala Superior competente confirmó la apelada en virtud de lo establecido por el numeral 1) del artículo 5° y el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, aunque discrepando del argumento de que el debido proceso no es aplicable a controversias entre privados.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Mediante la demanda de amparo de autos el recurrente persigue que:

- Se revoque el nombramiento de Alberto Mendoza Ascencios como presidente del Comité Electoral designado para elegir el Consejo Directivo y de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa “Precursores de la Independencia Nacional” de la Policía Nacional del Perú para el periodo 2008 – 2009.
- Se suspendan las elecciones tendientes a elegir al Consejo de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia de de la Institución Educativa Precursores de la Independencia Nacional de la Policía Nacional del Perú para el periodo 2008 – 2009, en atención a dicha revocatoria.

Análisis sobre el fondo de la controversia

2. 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.
3. Tal argumento sin embargo carece de sustento, pues el emplazado don Alberto Mendoza Ascencios ha acreditado fehacientemente ser apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C., quienes si bien no son sus hijos biológicos, son hijos de su conviviente y cuya educación asume, razón por la cual le asiste el derecho a ser elegible para ocupar dicho cargo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02478-2008-PA/TC
LIMA NORTE
ALEX CAYTUIRO PALMA

4. En efecto, tal como lo ha sostenido este Tribunal Constitucional en la STC 09332-2006-PA/TC (F. 8), 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 legítima su labor en la asociación.
5. En consecuencia, dado que no se ha acreditado la vulneración de derecho fundamental alguno, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR