



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“Reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo
afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA:

Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solís

ASESOR:

Dr. Esaú Vargas Huamán

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Civil

LIMA – PERÚ

Página del Jurado

Dra. Nilda Yolanda Roque Gutiérrez
Presidente

Mg. Henry Eduardo Salinas Ruiz
Secretario

Dr. Esaú Vargas Huamán
Vocal

Dedicatoria

A Dios, por darme la vida, fortaleza y sabiduría para poder terminar este trabajo de investigación.

A mi madre, Sra. Ysolina Solis Pereda, por sus enseñanzas de vida, la formación en valores, y el inmenso cariño con que me crió y se esforzó por hacer de mí una ciudadana de bien.

A mis hermanos, por su eterno cariño y cuidar siempre de mi persona, y el inmenso apoyo en todos los aspectos.

A mi amigo incondicional, Edward Gustavo Ronceros Leyva, por apoyarme en los buenos y malos momentos en estos últimos meses.

Agradecimiento

A mi madre y hermanos, por el apoyo incondicional y amor durante todo este tiempo, con especial énfasis en mi carrera profesional; es para mí un orgullo pertenecer a tan hermosa familia.

Al prestigioso Mg. Esaú Vargas Huamán, asesor de la presente tesis, quien me ha orientado, y corregido durante la elaboración de la misma con mucho profesionalismo; muy satisfecha por su enorme orientación.

A mi amigo Edward Gustavo Ronceros Leyva, por apoyarme todo este tiempo, por su paciencia y cariño incondicional para con mi persona.

Declaración Jurada de Autenticidad

Yo, Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis, con DNI N. ° 47386520, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, declaro bajo juramento que:

1. La tesis es de mi autoría.
2. He respetado las normas internacionales de cita y referencias para las fuentes consultadas, por lo tanto, la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
3. La tesis no ha sido auto plagiado; es decir, no ha sido publicada ni presentada con anterioridad para obtener grado o título profesional alguno.
4. Los datos presentados en los resultados son reales; no Han asidos falseados, duplicados ni copiados y por tanto los resultados que se presentan en la presente tesis se constituirán en aportes a la realidad investigada.

En tal sentido de identificarse fraude plagio, auto plagio, piratería o falsificación asumo la responsabilidad y las consecuencias que de mi accionar deviene, sometiéndome a las disposiciones contenidas en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Lima, diciembre de 2017

Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis
DNI N. ° 47386520

Presentación

Señores miembros del Jurado:

La presente investigación titulada **“Reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú”** que se pone a su consideración, y tiene como propósito analizar la problemática de la familias ensambladas en nuestra realidad sociedad, respecto al deber-derecho de patria potestad, que urge que se reconozca al padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores; ya que actualmente nuestro ordenamiento jurídico no contempla aquellos derechos y deberes que surgen entre los integrantes de este nuevo modelo familiar, lasos entre padres e hijos de crianza, en razón del vínculo de afecto, respeto, solidaridad y protección existente entre aquellos; teniendo como base legal el principio constitucional de protección a la familia y en aras de garantizar el interés superior del niño, niña y/o adolescente recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño y que ha sido ratificado por el estado Peruano.

Así, de acuerdo con el reglamento de grados y títulos de la universidad César Vallejo, la presente investigación se ha organizado de la siguiente manera: en la parte introductoria se tienen la aproximación temática, y los trabajos previos o antecedentes, teorías al respecto y el marco teórico, la formulación del problema, justificación, los objetivos y los supuestos jurídicos generales y específicos. En la segunda parte se aborda el marco metodológico del presente trabajo, que tiene un enfoque cualitativo de tipo de estudio orientado a la comprensión en base al diseño de entrevista y análisis documental-jurisdiccional. Finalmente se detallarán los resultados, los cuales nos van a permitir alcanzar a las conclusiones y recomendaciones, respaldando los mismos en la referida bibliografía y los anexos que acompañan la presente investigación.

La autora

Índice

	Pág.
Página del Jurado	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Declaración Jurada de Autenticidad	v
Presentación	vi
Índice	vii
RESUMEN	iix
ABSTRACT	x
I. INTRODUCCIÓN	1
Aproximación Temática	2
Trabajos Previos	5
Teorías relacionadas al tema	7
Formulación del Problema de Investigación	49
Justificación del Estudio	49
Objetivos	51
Supuesto Jurídico	52
II. MÉTODO	53
2.1 Tipo de Investigación	54
2.2 Diseño de Investigación	55
2.3 Caracterización de Sujetos	56
2.4 Población y Muestra	57
2.5 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos, validez	57
2.5.1. Técnicas	57
2.5.2. Instrumentos	58
2.6 Métodos de análisis de datos	60
2.7 Unidades de Análisis: Categorización	61
2.8 Aspectos éticos	62

III. RESULTADOS	63
3.1 Descripción de resultados de la Técnica: Entrevista	64
3.2 Descripción de resultados de la Técnica: Análisis Jurisprudencial	69
IV. DISCUSIÓN	75
4.1 Aproximación al Objeto de Estudio	76
V. CONCLUSIONES	94
VI. RECOMENDACIONES	96
VII. REFERENCIAS	98
ANEXOS	103
Anexo 1. Matriz de Consistencia	104
Anexo 2. Instrumentos	106
Anexo 3. Validación de Instrumentos	112
Anexo 3 – A. Validación de Guía de Entrevista	112
Anexo 3 – B. Validación de Guía de Análisis Jurisprudencial	118
Anexo 4. Entrevista de Especialistas	124
Anexo 5. Análisis Jurisprudencial	144
Anexo 6. Resoluciones	149

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo establecer en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado incide sobre la familia ensamblada en el Perú; para tal propósito se hizo uso de la aplicación de técnicas de recolección de datos como la entrevista, así como el análisis jurisprudencial. En ese sentido, se llegó a la conclusión que el reconocerle legalmente deberes y derechos de patria potestad al padre afín en los supuestos de abandono del menor por uno de sus progenitores, y siempre que se cumplan ciertas presupuestos, sería beneficioso para el desarrollo integral, la vida plena y bienestar de tantos niños y adolescentes integrantes de familias ensambladas en el Perú, dándole así estabilidad jurídica a estas nuevas estructuras familiares, dado que adquirirían un funcionamiento análogo al de una familia nuclear-tradicional. El Estado tiene el deber constitucional de proteger a la familia y garantizar el interés superior del niño, niña y/o adolescente, principios que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño la cual ha sido ratificado por el Perú; sin embargo, el Estado peruano hace caso omiso a esta problemática que aqueja nuestra sociedad actual, resultando dicha actuación contradictoria a los postulados constitucionales y tratados internacionales antes citados.

Palabras claves: familia ensamblada, patria potestad, padre afín, hijo afín, abandono, derechos, principios constitucionales, protección.

ABSTRACT

the present research works the objective of this research work was to establish the extent to which the legal recognition of the parental authority of the affinal father vis the abandoned affinal child affects the family assembled in our country; For this purpose, the application of data collection techniques such as the interview was used, as well as the jurisprudential analysis. In this sense, it was concluded that legally recognize duties and rights of parental authority to the affine parent in the cases of abandonment of the child by one of their parents, and provided that certain budgets are met, it would be beneficial for the integral development , the full life and well-being of so many children and adolescents who are members of families assembled in Peru, thus giving legal stability to these new family structures, given that they would acquire an operation analogous to that of a nuclear-traditional family. The State has a constitutional duty to protect the family and guarantee the best interests of the child and adolescent, principles that are included in the Convention on the Rights of the Child, which has been ratified by Peru; However, the Peruvian State ignores this problem that afflicts our current society, resulting in such action contradictory to the constitutional precepts and international treaties cited above.

Keywords: family assembled, parental authority, like-minded parents, related children, abandonment, rights, constitutional principles, protection.

I. INTRODUCCIÓN

Aproximación temática

Actualmente, la familia nuclear-tradicional ya no tiene el marcado auge que poseía algunos años atrás. Vemos en nuestra realidad social el significativo incremento de procesos de divorcios, separaciones de hecho, etc., situaciones que han dado paso a la conformación de nuevas estructuras familiares.

Posteriormente a una viudez, separación (unión de hecho anterior), o un divorcio, las personas por lo general buscan rehacer sus vidas y porque no a formar una nueva familia. Bajo esa perspectiva, debemos considerar que si bien las parejas se separan, ello no implica que se pierda la noción de familia concebida como fuente de afecto, generosidad, solidaridad y ayuda recíproca; por lo que es factible que estas personas puedan y deseen formar una nueva familia ya sea como padres solteros, es decir familias monoparentales, o componer una familia en donde se formen lazos familiares y afectivos con hijos del otro, nacidos en una relación anterior, e hijos nacidos dentro de esta nueva relación.

Entre los nuevos modelos familiares que nos presenta la realidad social encontramos a la Familia Ensamblada, conocida por la frase coloquial de: “Los tuyos, los míos, y los nuestros”, a este tipo de familiar podemos definirla como una organización familiar que surge ya sea de por haberse contraído nupcias o por unión concubina, dentro de la cual alguno o ambos miembros cuentan con uno o más hijos originarios de la unión anterior.

Si tenemos en cuenta en la actualidad la magnitud (en términos del total de hogares) de los llamados hogares ensamblados, y la circunstancia bajo en los que en estos hogares crecen y se forman muchos niños y adolescentes; se debe contar con una

especial consideración legal respecto de los derechos de los mismos, en aras de una convivencia armoniosa y de paz.

Empero, es una realidad en nuestro país, que, hasta el día de hoy, este tipo de organización familiar, denominada, familia ensamblada no encuentra aún su lugar en el ordenamiento jurídico, lo cual maximiza las problemáticas propias de los miembros de estas familias.

En el presente trabajo, se analiza la problemática de la familia ensamblada en nuestra realidad social, específicamente tratamos acerca de los derechos - deberes de patria potestad que urge que se le reconozca al padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, teniendo presente que padre no solo es aquel que engendra sino muchas veces el que cría, como en muchos casos que se ven en la actualidad, el padre no es el biológico, sin embargo es quien lleva al colegio, paga las cuotas del colegio, lo cuida, le enseña los valores, ese es el esposo o conviviente de la mamá ello; por ende se considera que tal reconocimiento beneficiaría el desarrollo integral y la realización del menor e inclusive la consolidación de este tipo de familias.

Una ambigüedad en los roles, fundamentalmente en la relación conformada por un cónyuge o conviviente y los hijos propios del otro conlleva a que el nuevo esposo o esposa del progenitor no pueda ejercer el rol de padre o madre del niño, ya que se encuentra imposibilitado de realizar actos de la vida diaria concernientes al menor, como: firmar una libreta escolar, viajar al exterior, autorizar una operación de suma urgencia, entre otros impedimentos, constituyendo ello un obstáculo para la consolidación e integración de estas familias

La pregunta es ¿Si los roles de los padres biológicos son claros, porque no existir lineamientos institucionales que reconozcan los deberes y derechos del padre afín ante el abandono por parte de uno de los progenitores del menor?, menor con el cual se han formado grandes lazos afectivos y donde existe una convivencia familiar armoniosa y estable, con publicidad, reconocimiento y sobre todo donde se haya constituido una identidad familiar autónoma. Es por ello, que se debe regular la figura de la autoridad parental ejercida por el padre afín, y lógicamente aprobado por el Consejo de Familia.

Reconocer el ejercicio de este deber-derecho al padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, como ya se mencionó, podría resultar enormemente beneficioso para esta nueva organización familiar, logrando alcanzar bajo estas circunstancias una función análoga al de una familia nuclear.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dado un primer paso en aras del reconocimiento de las “familias reconstituidas”, al pronunciarse en distintas sentencias, respecto a este tipo de organización familiar, y aunque dichas sentencias no constituyan precedente vinculante; sino solamente constituya jurisprudencia, sobre un caso particular y/o específico, es un logro de gran importancia el hecho que el Tribunal Constitucional haya reconocido este tipo de familias, señalando además el hecho que entre los padres e hijos afines surgen derechos y deberes, no definidos claramente eso sí; pero legitimando la actuación de estos “papás” afines.

Sin embargo, ello no es suficiente, puesto que nuestra Legislación Civil peruana aun no contempla los derecho, deberes y obligaciones que surgen de esta nueva organización familiar, limitándose solo a regular normas referentes de los derechos, deberes y obligaciones que surgen de la familia nuclear tradicional, en ningunos de sus artículos hacen referencia a los vínculos que nacen de los padres afines con sus

hijos afines generándose un espacio jurídico por normar; el mismo que demanda con urgencia un reconocimiento legislativo, tanto a nivel constitucional como a nivel civil.

Trabajos Previos

Trabajos previos de carácter internacional

Gaitan. (2012). Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina. En su tesis: *“Familias Ensambladas”*.

Antes se consideraba que la formación de un nuevo núcleo familiar tenía efectos negativos para el niño, hoy se abre paso a la idea de que esta ampliación familiar lo beneficia ya que puede brindarle mayor seguridad y favorece el interés superior del niño. [...] El derecho debe cooperar para el mejor funcionamiento de estas familias, la falta de normas claras que regulen los roles incide seriamente en la solidez de los nuevos hogares. No es tanto la complejidad de estas familias lo que provoca su inestabilidad, sino precisamente la ausencia de un estatuto legal que defina los lazos y roles. (p. 64, 65)

Bastidas. (2006). Universidad del Zulia, Venezuela. En su tesis: *“La co-paternidad en las familias ensambladas”*.

Antes Al definir el lugar del nuevo cónyuge o compañero(a) del padre o de la madre y conocer cuál es el lugar que ocupan los niños y adolescentes dentro de esa nueva dinámica familiar, se está pretendiendo mejorar la calidad de vida de todos. (p. 95)

Trabajos previos de carácter nacional

Calderón (2016) Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo – Perú. En su tesis: *“El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas”*.

La repercusión del reconocimiento legal del ejercicio de la patria potestad del padre o madre afín en la familia ensamblada es positiva, porque permite a los padres afines efectivizar y tomar decisiones convenientes a favor de sus hijos afines, les proporciona facultades sobre la persona y bienes de estos [...] lo cual garantiza el interés superior del niño y fortalece las familias ensambladas. (p. 177)

González (2015). Universidad Señor de Sipán, Chiclayo – Perú. En su tesis: *“La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el Código Civil”*.

Los integrantes de la familia ensamblada en el Perú, ven afectados sus derechos debido a los Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas en el Libro de Familia del Código Civil de 1984, porque los Responsables y Comunidad Jurídica desconocen o no aplican los Planteamientos Teóricos, especialmente los conceptos básicos, o por no cumplirse algunas Normas de nuestro Ordenamiento Jurídico o por no haber invocado las Legislaciones Extranjeras especialmente las de Latinoamérica que están más relacionadas con nuestra realidad. (p. 258)

Esquibel (2017). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo – Perú. En su tesis: *“La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú”*.

Mediante la revisión de diferentes legislaciones y así mismo doctrina de autores permite observar que actualmente se presenta una mayor atención a la obligación alimentaria de los padres afines, esencialmente durante el matrimonio. Esta postura tiene sus orígenes en los siguientes hechos; el niño de padres divorciados no tiene un adecuado sustento, muchos de ellos viven con sus madres o padres afines y, por último, existe la preocupación de los Estados para contener el rápido crecimiento de los costos sociales de bienestar. (p. 95)

Mango. (2016). Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Puno - Perú. En su tesis: *“Problemática y realidad jurídica de los hijos que conforman familias ensambladas en la ciudad de Puno, 2015”*.

El problema central de estas familias es la ambigüedad en los roles, particularmente en la relación de un cónyuge o conviviente con los hijos del otro. Si los roles de los padres biológicos son claros, en cambio, no hay lineamientos institucionales que legitimen. (p103)

Ponce. (2004). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima - Perú. En su tesis: *“Los efectos del abandono paterno”*.

Este fenómeno [el abandono masculino de las responsabilidades familiares] está lejos de ser escaso y más bien suele estimarse como alto. Baste recordar que se estima que 210 mil niños cada año en el país, no están reconocidos por el padre. Los autores revisados indican que la dificultad que han tenido los hombres en asumir las cargas emocionales y económicas de la paternidad y de los vínculos de pareja, se vincula con la construcción histórica y cultural de la masculinidad y con una legislación y un sistema jurídico que reproducen las nociones tradicionales de masculinidad y femineidad, afianzando los prejuicios que facilitan que los hombres se evadan de las responsabilidades familiares, aun cuando transgredan la ley. (Sara Lafosse, Kaztman, Fuller, etcétera). (p. 146)

Teorías Relacionadas al tema

La familia

Definición:

Para definir el concepto de familia, hay que tener en cuenta que hoy en día dicho concepto ha cambiado a como fue concebido antiguamente, dado que la modernidad trajo consigo variantes importantes para la estructura de la misma.

Según Gonzales, (2015). Señala que, “Desde épocas remotas se ha perfilado a la familia, como al conjunto de personas, que se encuentran emparentadas por lazos de consanguinidad, afinidad o adopción y teniendo como fuente principal al matrimonio” (p.59). Dicha definición subyace a la unión al vínculo establecido por el matrimonio, pero se debe tener en cuenta que esta referencia es la adoptada antiguamente, y ella como veremos en las siguientes ampliaciones de la definición ha ido cambiando con el tiempo.

Al respecto, Lloveras y Salomón, (2012). Manifiesta a la familia como la unidad primaria, original y básica en la sociedad, además es el espacio donde se desarrolla la personalidad, se rigen por normas de convivencia propias, se impregnan conocimientos con las costumbres y dan a sus miembros las pautas de conducta.

Naturaleza jurídica:

Al hablar de la naturaleza jurídica de la familia, se debe tener en cuenta que hay diferentes posturas al respecto, dado que no todos los estudiosos del tema identifican a la familia como una institución, ya que algunos lo ven como una entidad natural.

Según Fanzolato, (2013). Sostiene que la familia es una entidad de base natural, por tanto, sería una entidad prejurídica y por tanto no es una institución jurídica regulada por el derecho. Pero ello no quita que la familia engloba muchas instituciones jurídicas como el parentesco, el matrimonio, la filiación, la patria potestad, etc. estas instituciones jurídico; aun así, quedan fuera de lo jurídico otros aspectos muy relevantes como los psicológicos, afectivos, religiosos, culturales.

Al respecto, Fernández, (2016). Señala que en el Siglo XIX, la única forma como se conocía a la familia era por aquella unión conformada producto de un matrimonio; pero en la actualidad esta forma sufrió una evolución desde su concepción inicial tanto a nivel constitucional como civil, y es así como durante el Siglo XX se considera nuevas formas de familia, específicamente se reconoce jurídicamente la unión producto de una convivencia voluntaria entre una pareja (concubinato), esto dado además porque en la práctica este nuevo modelo tomo mayor relevancia en la mayor parte de países en el mundo.

Funciones de la Familia:

La importancia de definir las funciones de la familia va por un lado para enmarcarnos luego en los aspectos jurídicos de la familia que deben ser abordados; y además porque si bien no existe una uniformidad en las funciones de la familia, si existe algún consenso en definir cuáles son las principales o más importantes.

Al respecto, Fanzolato, (2012). Refiere que dado los recientes arquetipos jurídicos acerca de la familia, es necesario determinar cuando se cumplen las llamadas funciones tradicionales de las mismas dadas principalmente por: geonómica, protectora, formativa, socializadora y asistencial. Teniendo además en cuenta que no son las únicas, pero si consideramos son las más importantes dentro de las funciones de la familia.

Si bien lo descrito por el autor tiene asidero, cabe señalar que estas funciones no son las únicas atribuibles a la familia, pero si consideramos que son las más importantes o las que tienen mayor consenso; asimismo la importancia de definir las principales

funciones va por el lado de dilucidar cuales podrían ser los aspectos jurídicos más importantes que considerar dentro de las familias.

De acuerdo con lo señalado por Gonzales, (2015). Se conoce a la familia como una institución que cumple casi perfectamente con las funciones más básicas de las personas; inculcando valores y hábitos en los niños y adolescentes que lo conforman, brindando alimentación, salud, habitación, vestuario y recreación a todos sus miembros, y dándole protección, seguridad social a los más ancianos y vulnerables.

Tipos de Familia:

Familia Nuclear

Este tipo de familia es el más “tradicional” que se conoce, pero esta ha sufrido un descenso en los últimos tiempos, pero sigue representando como la estructura más extendida respecto a otras alternativas.

Para Belluscio, (2011). Cuando se es estricto en el concepto de familia, esta es la que está conformada por la pareja conyugal y los hijos que son resultados de esa relación, pero que además estos viven con sus padres, o se encuentran sometidos a su potestad.

Familia de Hecho

De acuerdo con Cornejo Chávez, (2014). La Familia de hecho es aquella conformación de hecho voluntaria entre un hombre y una mujer, donde ambos no

cuentan con un impedimento matrimonial para poder cumplir con finalidades, objetivos, y con deberes similares a los que se dan en un matrimonio.

Este tipo de familia o unión se da muy frecuentemente en la actualidad, ya que muchas parejas prefieren vivir juntos, no casarse y no tener ataduras legales.

Familia Ampliada o Extensa

Para Valdivia, (2015). La familia ampliada o extensa, es aquella basada en parentescos sanguíneos con un número amplio de miembros como los papas, hijos, nietos, abuelos, primos, sobrinos, que tiene como particularidad que incluye dos o más generaciones. La característica es que los miembros de este tipo de familia mantienen lazos afectivos muy intensos, donde se respeta las decisiones de la pareja mayor (los abuelos).

Familia Monoparental

Para Bermúdez, (2012). La familia monoparental, es aquella que está conformada por un de los dos progenitores con su progenie; con la característica que residen en un solo domicilio. Las principales causas de la ausencia de uno de los progenitores se dan por: el fallecimiento, la migración de uno de ellos, sin reagrupación eventual, y el abandono moral o material (que se da con el abandono del hogar).

Familia Ensamblada

Para Bermúdez, (2012). La familia ensamblada es aquella que se compone por agregados de dos o más relaciones familiares preexistentes a la nueva relación; esta nueva familia estaría conformada por dos progenitores, cada cual, con su propia

progenie, y adicionalmente con la progenie que se concibe en común en esta nueva relación.

La Familia en el Ordenamiento Jurídico Peruano:

Constitución Política del Perú

Como lo señala Reyes, (2012). Hasta la fecha son doce Constituciones las que ha tenido el Perú, pero es recién en la Constitución del año 1933 (decima Constitución) donde se trata en forma orgánica y directa a la familia, dando un carácter social con una regulación expresa en el matrimonio, la familia y la maternidad.

Es importante señalar que las tres últimas Constituciones peruanas consagran a la familia como una institución social. Al respecto Varsi, (2012). Refiere que, la Constitución del 79 establece que corresponde al Estado resguardar el matrimonio y la familia como núcleo fundamental del mismo; brindándole amparo jurídico al matrimonio y sus formas de separación, señalando además las condiciones para establecer el patrimonio familiar considerando en ello la herencia. Posteriormente en la Constitución del 93, señalan que tanto el Estado como la comunidad protegen principalmente a los niños, el adolescente, la madre, y al anciano en abandono; reconociéndonoslo como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, para posteriormente reconocer la protección a la familia como institución natural y fundamental de la sociedad.

Está claro que, si bien la familia fue abordada en la Constitución peruana; lo que no ha sido claramente definido es el concepto único de familia, y dados los diferentes tipos familia que coexisten en nuestra sociedad, deja la puerta abierta a futuras controversias en torno a ello.

Código Civil de 1984 (Decreto Legislativo 295)

Como lo señala Varsi, (2012). El Código Civil al regular los derechos de la familia, parte de una estructura matrimonializada y solo reconoce a las llamadas uniones de hecho, y a duras penas acepta los derechos de los hijos extramatrimoniales. Es así como se puede ver claramente que las normas civiles en su mayoría fueron hechas pensadas en la familia y en los hijos matrimoniales, resignando el desarrollo concreto de la normatividad para los otros tipos de familia diferentes, que hoy coexisten en nuestra sociedad.

Es claro que, en un país con diferentes tipos o modelos de familia, es más que necesario que la regulación debería acogerlas, dado que en la actualidad solo considera al modelo de familia más convencional.

Código del Niño y Adolescente (Ley 26260)

Según Varsi, (2012). Esta es una norma que regula los principios tutelares de los niños y los adolescentes, confiriéndoles derechos, facultades y atributos especiales en reconocimiento de ser considerados débiles jurídicos. Se considera para tal efecto al niño desde la concepción hasta los doce (12) años, y al adolescente hasta los dieciocho (18) años.

De acuerdo con lo manifestado por Espinoza, (2016). Es notable que, en el referido código, se pone de manifiesto de forma indirecta derechos que están vinculados a los padres con sus hijos afines; como por ejemplo lo estipulado en la extensión al régimen de visitas (artículo 90), y el concerniente al proceso judicial de adopción por excepción (artículo 128).

Declaración Universal de los Derechos Humanos

De acuerdo con lo manifestado por Gonzales, (2015). El Perú ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1959, la misma que señala la concepción de familia que fue tomada de las recientes constituciones en dicho periodo, y cuya definición no sufrió mayores variaciones. Reconociéndose a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con el derecho de ser protegida por parte de la sociedad y el propio Estado.

La familia ensamblada

Denominación de la familia ensamblada

Beltrán Pacheco (2008), manifiesta que dicha denominación proviene del ámbito psicológico, sociológico o psiquiátrico, y por ello dentro del derecho no tiene “primacía de la realidad” que sea única.

Según lo señala Grosman & Martínez Alcorta (2000), Las familias ensambladas han sido denominadas de diversas formas como familias transformadas, compuestas, reconstituidas, combinadas, mosaico, etc.; ello pone de manifiesto el conflicto que surge al momento de definirla de un solo modo o de hallar una expresión específica de la misma.

Según Calderón Pérez (2016), los términos, “familias rearmadas”, “familias reconstituidas”, “familias transformadas” no son las más formas más apropiadas de referirnos a las familias que han sido reorganizadas; y es por consiguiente que la forma más correcta de denominarla es la de “familia ensamblada”, refiriéndose que es toda aquella que proviene de la unión en relación de dos personas que se unen con hijos provenientes de sus anteriores relaciones y/o frutos de su nueva relación.

Por ello es de vital importancia darle una denominación a este tipo de familia en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de afrontar su problemática.

Definición

Para Grosman y Alcorta (2014), Cuando se habla de familia ensamblada se refiere aquella que se forma por el matrimonio o concubinato de hombre y mujer, a la cual se le añade los hijos de por lo menos uno de ellos que han sido fruto de la relación anterior.

Fernandez (2016), la define como un prototipo de familia que se dio pasó en las peculiaridades de los tiempos actuales, dado los nuevos patrones de vida y comportamiento social de nuestra época; esto requiere por tanto que jurídicamente sea admitida, así como sus derechos fundamentales. Este tipo de familia es producto de la alianza entre un padre y una madre que además agregan a dicha unión uno o más hijos de cualquiera o de ambos miembros, que hayan sido producto de la unión precedente.

La definición de lo que se conoce como familia ensamblada tiene que cumplir con la condición de que alguno de los miembros de esta nueva unión tenga por lo menos un hijo, producto de una unión anterior.

Es importante señalar que, la familia ensamblada no solo nace en el matrimonio, sino también nace en la unión de hecho de una pareja que tienen hijos de una unión anterior. Se sabe por investigaciones que la familia ensamblada tiene actualmente su origen en el divorcio, cuyas tasas cada día se elevan más.

Naturaleza Jurídica

Según Valdivia (20010), por lo general, los miembros de este nuevo tipo de familia se unen después de disuelto una relación; y lo que parece cierto es que sobre todo a los miembros más jóvenes les cuesta asimilar el cambio y adaptarse a la nueva relación con los otros integrantes de esta nueva familia. Este cambio incluye adaptarse a una nueva a una nueva esfera sentimental, y además adaptarse a una nueva esfera social y patrimonial, donde por lo general los niños y/o adolescentes tienen que adaptarse a un nuevo estilo de vida (amigos, escuela, barrio, etc.). La familia ensamblada nace por diferentes razones, pero los más comunes son: divorcio, la viudez y la monoparentalidad.

Actualmente las tasas de divorcio y viudez han aumentado de forma considerable; y la reconstitución de la vida familiar de los sujetos víctimas de la viudez de pareja o separación, también se han incrementado; es así como nace la necesidad de su inclusión jurídica.

Características

La familia ensamblada es nueva unión que está constituida por la integración dos familias; esta parece ser la principal característica de lo que hasta hoy se conoce como familia ensamblada, donde el factor de integración es el preponderante en el nuevo reagrupamiento familiar.

Según Fanzolato (2016), dentro de los elementos estructurales de la familia ensamblada, esta es considerada de una forma familiar, la misma que es producto del matrimonio o unión de hecho, que añade además hijos ya sean dentro del matrimonio o provenientes de la relación anterior.

De acuerdo con Gaitán (2012), la familia ensamblada tiene similares funciones como las que se dan en el cualquier otro grupo familiar, tales como la transmisión de

afecto, el apoyo familiar, el afecto, la socialiabilización, etc. Además, las familias ensambladas poseen una estructura, con rasgos y conflictos propios. Los aspectos más importantes que distinguen a estas familias, es la manera como terminaron el vínculo anterior, el tipo de convivencia ya sea con uno de los padres, la edad de los hijos integrantes, los niveles socio culturales, etc.

Este nuevo tipo de estructura familiar a pesar de haber ido en aumento en los últimos años no ha tenido un reconocimiento y amparo que sea del todo claro tanto en el nivel constitucional como en el código civil; sin embargo, a toda luz, es necesario que ello sea puesto en marcha.

La familia ensamblada en el ordenamiento jurídico peruano

Como venimos señalando, nuestro ordenamiento jurídico hasta el día de hoy no ha contemplado de forma explícita la situación que se produce entre los padres e hijos afines, es decir el Derecho de Familia específicamente no regula los derechos así como los deberes que surgen del padre afín frente a su hijo afín; sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico hayamos cierta normatividad que de manera indirecta o implícita contemplan algunas situaciones referentes a los padres afines frente a sus hijos afines y viceversa. Así encontramos:

La familia ensamblada en la Constitución de 1993

Según el artículo 4° de nuestra Constitución, señala que el Estado tiene la obligación de proteger y reconocer a la familia como unidad básica de la sociedad.

No obstante, dicho precepto no se encuentra regulado de forma explícita, y por tanto ella debe ser abordada en consideración al sentido de familia, incluyendo a otras agrupaciones familiares, como la familia ensamblada, a quienes también se le debiera dar la respectiva importancia y relevancia normativa y jurídica.

Es claro que la Constitución Política reconoce a la familia, así como la Unión de Hecho, estimando sus principios básicos, pero no desarrolla los derechos fundamentales de los nuevos modelos familiares; ahí surge la importancia del reconocimiento de la familia que actualmente existe en nuestra sociedad. Hoy en día constitucionalmente los tipos de familia no han sido plenamente reconocidos, y eso evidencia una tarea por hacer; ya que actualmente el término de familia se reduce a la unidad matrimonial o unión sexual, que tiene como fin la procreación de hijos, pero no tiene el carácter permanente ni definitivo en ningún término.

Así lo fundamenta Álvarez (2014), teniendo en cuenta que al Estado le asiste el deber jurídico de proteger a las familias, es obligación del Estado brindar, a través de leyes, protección al grupo familiar, tratando de satisfacer sus necesidades básicas de bienes y servicios y asegurar la provisión de las mismas.

La familia ensamblada en el Código Civil de 1984

Artículo 237° del C.C:

En este artículo se establece que al contraer matrimonio civil una pareja inmediatamente se genera un parentesco por afinidad entre ellos, y ellos con la familia del otro cónyuge, dicha afinidad es en línea recta, la cual no concluye si se produce el término de la unión marital, es decir del divorcio. Con ello se puede concluir que entre el padre e hijo afín se presenta un parentesco por afinidad, siguiendo con los preceptos de nuestro código civil.

Artículo 242° del C.C:

En este artículo se regula el impedimento que tienen los familiares que se encuentren unidos por parentesco de afinidad en línea recta. En aplicación a dicho

precepto, los padres e hijos afines se encuentre prohibidos, según la norma, a contraer nupcias, ello a consecuencia del parentesco por afinidad que los une. En el caso que sucediera, ese matrimonio civil será nulo de forma absoluta, según lo establecido en el código tratado.

Artículo 433° del C.C:

En este artículo se hace referencia a aquel madre o padre que se encuentra ejercitando la patria potestad del menor y desea contraer matrimonio con su nueva pareja, es cuyo caso deberá solicitar al juez, antes de contraer matrimonio, que consulte al consejo de familia, y así poder decidir el juez, si resulta conveniente o no, que aquel padre o madre siga teniendo la administración de los bienes de su menor hijo, nacido en una relación previa. Si el juez emite una resolución concediendo ello, tanto el progenitor como el padre o madre a fin serán solidariamente responsables; y por el contrario si la resolución deniega dicha petición, el progenitor dejara de administrar los bienes del menor, en cuyo caso el consejo de familia se encargará de nombrar a un curador a efectos que continúe con dicha administración.

La familia ensamblada en el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337)

Artículo 90°: Régimen de visitas

Gonzales (2015), en lo que se refiere a este artículo es que el juez puede otorgar el régimen de visitas inclusive a los familiares que tengan el cuarto grado de consanguinidad, así como también a los que tengan segundo grado de afinidad, ello en atención al interés superior del menor.

Esto quiere decir que el régimen de visitas alcanza a los padres afines para con sus hijos afines, teniendo en cuenta que muchas veces dentro de la familia ensamblada se forman lazos fuertes de afectividad, los cuales se forman en el convivir día a día,

compartiendo momentos familiares en armonía, ayudando eso al fortaleciendo así aquellos lazos afectivos, que muchas veces los padres biológicos no pueden formar.

Artículo 128°: Adopción por excepción

Gonzales (2015), en el presente artículo se señala que aquella persona que contraiga matrimonio por lo civil con padre o madre que tiene hijos menores de edad o adolescentes podrá adoptar a aquellos por el solo vínculo marital que posee con la madre o padre.

Este artículo claramente se refiere al padre afín, a quien se le posibilita para iniciar el proceso judicial de adopción respecto del hijo propio de su cónyuge, es decir su hijo afín, por el hecho de mantener un vínculo matrimonial con este.

La familia ensamblada en la jurisprudencia nacional

Caso: Schols (Expediente N° 09332-2006-PA/TC)

Según la resolución de nuestro Órgano Supremo referente al expediente materia de análisis, donde un padre afín presenta una demanda por no discriminación de la hija de su esposa por considerar que ella es también miembro de la familia y merece los mismos derechos que sus hijos. Donde el Tribunal se pronuncia señalando la importancia de proteger a todos los hijos miembros de la familia ensambladas sin importar su origen, y señala también que las leyes deberían considerar cambios de acuerdo con los recientes cambios sociales. Sin embargo, el aparato jurídico no ha tratado la situación legal-jurídica del hijastro, y hay acá un gran camino por recorrer y regular.

En la presente resolución, se reconoce entonces a las familias ensambladas señalando que son nuevas estructuras familiares que surgen del divorcio o viudez, sellando la nueva unión con el matrimonio o unión de hecho. Se ampara en la Constitución vigente.

Caso: De la Cruz Flores (Expediente N°04493, 2008-PA/TC)

En el presente proceso el Tribunal Constitucional además de reconocer a las familias ensambladas señala que se dan “eventuales derechos” entre los padres afines con los hijastros; pero en el Código Civil no se da este reconocimiento de forma expresa, y dicha falta de regulación es manifestada en la sentencia de Lenny de la Cruz, Flores que interpuso demanda de amparo para su mejor hija sobre a la resolución que emitió el juzgado especializado de familia, señalando la violación al debido proceso ya que se fundamente por qué no toma en cuenta que los hijos afín del demandado constituyen un deber, y se declaró fundada la demanda y dando la nulidad a la sentencia de la primera instancia, dado que no existe motivación, manifestando que en la actualidad, aun no se encuentra regulado en nuestro país este modelo de estructuras familiares, en ese sentido aún no se ha establecido si les corresponde o no a los hijos y padres afines tanto derechos como obligaciones.

Caso Cayturo Palma (Expediente N° 02478-2008-PA/TC)

El Tribunal Constitucional, vuelve a señalar la importancia de la protección en las familias ensambladas. Este fallo se basa en la Jurisprudencia de la STC 09332-2006-PA/TC que ya reconoce un concepto amplio de familia. Por tanto, se reconoce al padre afín el derecho de ser el apoderado legal de los hijos de su conviviente, habiendo él asumido el cuidado de los mismos. Pero lamentablemente, ninguna de estas sentencias es vinculantes, lo cual hace reafirmar nuestra posición en el objetivo de la presente investigación.

La familia ensamblada en la legislación comparada

Respecto a este tema, Briozzo (2014), señala que, al revisar el derecho comparado, veremos que en los Países Bajos y en Dinamarca, por ejemplo, los padres afines son permitidos de ejercer la autoridad parental sobre los hijos afines; así esta sea exclusiva de un padre, esta se le transfiere a la pareja bajo cierta formalidad y con el control jurídico respectivo.

En otros países como Alemania y Suiza, existen variantes; por ejemplo, en Suiza el padre afín puede ejercer la patria potestad en el tiempo que dura la relación, considerándose así a la obligación de colaboración y cuidado dentro de la autoridad parental, poseyendo aquel padre afín derecho a que se le consulte acerca de posibles decisiones que tome el progenitor, se le posibilita también al padre afín representarlo a aquel en ocasiones específicas. Mientras que en Alemania el padre afín tiene derecho a decidir con el padre biológico la custodia individual en las situaciones cotidianas del hijo.

En Francia, el padre afín es considerado un tercero, así se le es aplicable los preceptos que consagran las relaciones que el menor pueda tener con terceras personas.

Para concluir, en España, se introduce, a través de una disposición, la idea de considerar a las familias extensas, quienes están conformadas por, ya sea, uno o ambos padres que tengan más de tres hijos de ambos, asimismo se aprobó otro precepto que acoge a las familias de facto, definiéndolas como aquella familia que se origina entre un sujeto y los vástagos de su esposa o conviviente.

Según lo dicho por N. Krasnow, (2008), en la mayor parte de legislaciones se da por sentado que entre los hijos y padres afines si hay un vínculo de parentesco por afinidad de primer grado; y también que los hijos nacidos de dicha unión y los hijos

de su relación anterior son reconocidos como medio hermanos, dado que ellos tienen padres progenitores comunes.

Según Calderón Pérez (2016). Universidad Nacional Antenor Orrego – Trujillo. En su Tesis: “El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas”.

Lo que se quiere con el derecho comparado es poder legalizar a las denominadas familias ensambladas como estructuras familiares en el aparato jurídico y en la sociedad; a fin de que las potestades que tienen los padres sobre los hijos de dicha estructura sean legalmente reconocidas.

Según lo señalado por Castro Pérez Treviño (2008); en países como Suiza, Alemania, Inglaterra, Suecia y Francia se les concede derechos a los padres sobre los hijos afines en temas como salud, educación, representación, y en casos de urgencia ante la protección de los mismos.

A continuación, repasaremos las normas legales de algunos países, referidas a la familia ensamblada:

Argentina

De acuerdo con lo manifestado por N. Krasnow (2008) se tiene el Código Civil y Comercial (2016), que contempla:

- Los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines (Artículos del 672 al 676)
- Impedimento de matrimonio entre padres afines con hijo afín o de padres afín con descendientes afines (artículo 166, inc. 4).
- Acerca de la carga de la sociedad conyugal respecto a los gastos de manutención de los hijos de la relación y además de los hijos de cada uno, anteriores a la relación (artículo 1275, inciso 1).

Uruguay

Según lo manifestado por el Instituto del Niño y el Adolescente de Uruguay, se tiene que el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 51°, numerales 2 y 3; señala que los alimentos son proporcionados por los padres o en su defecto los adoptantes; si se da el caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario, la prestación se dará con prelación del siguiente orden:

- El esposo con respecto a los hijos de la pareja cuando esté viva con dichos hijos; el esposo (a), con respecto a los hijos de la pareja, que no son producto de la relación, pero si viven todos juntos en una familia de hecho, donde la obligación alimenticia por parte de los padres con los hijos afines es de carácter subsidiario y es el orden posterior a los hijos consanguíneos más próximos.

Asimismo, de lo dicho por Anhuamán Ñique & Recalde Vargas (2013), se tiene la legislación comparada de los siguientes países:

En Suecia

En este país, está normado que los hijos afines tienen los mismos derechos que los hijos biológicos y los hijos adoptivos, en lo que respecta al pago de aportes, herencia y donación; además está reconocida la tenencia de los padres afines sobre los hijos afín, bajo custodia.

En Suiza

En Suiza, el ejercicio de autoridad de los padres afines sobre los hijos afín, está señalado en el Código Civil, en su artículo 299; de manera que la pareja debe apoyar de forma apropiada en el ejercicio de autoridad parental de los padres afines para

con los hijos nacidos en otra relación y darle representación cuando ello sea necesario.

La patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado

Comprende el cumulo tanto de derechos como deberes ejercidos por el padre afín respecto de los hijos propios de su esposa o concubina ante el abandono del menor por parte de uno de sus progenitores, con el objetivo alcanzar el desarrollo integral del hijo afín, así como realización de aquellos.

La patria potestad

Definición:

Varsi (2012), manifiesta que:

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

Al respecto, Aguilar (2011), la define como: “La institución del derecho de familia que comprende un cumulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y a la realización de aquellos” (p.301).

Para Bercovitz (2013), manifiesta que la patria potestad es el poder que por ley se les otorga a los padres para suministrar asistencia integral a los hijos que no son autónomos.

A partir de estas consideraciones, podemos inferir que la institución de la patria potestad no solo comprende los derechos y deberes que padre e hijo poseen mutuamente, sino que además persigue un objetivo primordial, cual es, alcanzar el desarrollo integral del menor; lo cual se va a lograr con la protección, amparo, educación, sustento, etc. que brinden el padre y la madre a sus menores hijos.

En este sentido es pertinente señalar que la patria potestad engloba reciprocidad, en el sentido que los hijos también tienen deberes que cumplir, ya que la ley les impone que deben obedecer, así como respetar a sus padres en todo momento; y, cuidar de ellos en situaciones de enfermedad y/o ancianidad, de acuerdo con sus posibilidades (Artículo 454° del Código Civil, 1984 en concordancia con el artículo 24° del Código de los Niños y Adolescentes, 2000)

Trazegnies (2010), señala que “la patria potestad implica una función tuitiva de carácter social y casi público sobre los hijos menores” (p.291).

En tal sentido, la patria potestad está ligado a contextos de interés de la familia, así como del Estado, en consecuencia, aquella tarea delegada al progenitor posee una connotación de relevancia social, ello debido a la esencia de orden público que recubre la normativa referente a la patria potestad, cuyos lineamientos no pueden ser alterados por acuerdos privados, cambiándose las atribuciones conferidas al padre o renunciando a dicho deber-derecho encomendado por la ley a los padres.

Por otro lado, es importante señalar que en el Derecho de Familia moderno el ejercicio de la autoridad parental, o patria potestad, se da en interés supremo tanto de la sociedad como de la familia, hasta hace poco tiempo, se consideraba que los beneficios de su ejercicio se encaminaban de forma exclusiva hacia el hijo menor de edad, o el beneficio era directamente para el padre, como se consideraba en Roma. Hoy en día, el interés del conjunto familiar es el que debe primar, puesto que, es dentro de la familia y por la familia que se pretende alcanzar el crecimiento integro de

la persona. En tal sentido, el ejercicio de la autoridad parental se ejerce en beneficio al interés superior del niño y adolescente y del grupo familiar.

Características

Según Hinojosa (2014), la figura de la patria potestad posee las siguientes características:

Su reconocimiento constitucional: La patria potestad está reconocido en el párrafo segundo del artículo 6° nuestra carta magna de 1993 en cuyas líneas consagra que los progenitores poseen el deber-derecho de prestar alimentación, educación y brindar seguridad a sus menores hijos.

Es un derecho personalísimo: Los progenitores son los únicos que pueden ejercer las facultades inherentes de la patria potestad; por lo tanto, los padres progenitores delegados por la ley a cumplir esta labor no pueden subrogar sus derechos tanto personales como patrimoniales, cuales son propios de la responsabilidad parental; por otro lado, los padres progenitores también están prohibidos a disponer a favor de un tercero dichos derechos correspondientes a la figura de la responsabilidad parental.

Es de orden público: En ese sentido los progenitores se encuentran impedidos de celebrar convenios tendientes a desnaturalizar la normativa que desarrolla la figura de la patria potestad, siendo nulos de pleno derecho, todo acto pactado en contrario.

Es intransmisible: Puesto que desde el momento que se origina la patria potestad con el hecho biológico de la maternidad o paternidad, ninguna de ambas categorías está dispuestas a transmitirse.

Es irrenunciable: Teniendo en cuenta que la patria potestad se encuentra regulado por normas de carácter de orden público, por lo tanto, es irrenunciable el ejercicio de la responsabilidad parental, considerándose nulo la renuncia a esta institución celebrada en convenios tanto por los padres o de los hijos con una tercera persona.

Es unipersonal e indivisible: Tanto madre y padre ejercen individualmente la patria potestad, por lo tanto, el hecho que uno de ellos lo ejerza no significa que el otro deba dejar de ejercerlo. La figura de la patria potestad no requiere que sea ejercida en forma conjunta por ambos padres, ya que las decisiones y actos unilaterales realizados por uno de los padres es perfectamente válido, no siendo necesario el consenso de ambos padres para ejercitar tanto los deberes los derechos que se encuentran inmersos en la patria potestad.

Es temporal: El ejercicio del deber-derecho de la autoridad parental que le compete al padre termina cuando el menor hijo cumple los dieciocho años, o en todo caso antes de cumplirla, siempre y cuando el hijo se case o logre título oficial por medio del cual se le autorice en el ejercicio, ya sea, de una carrera profesional u oficio alguno.

Es imprescriptible: El inciso 4, artículo 1994° del C.C reglamenta la suspensión de la prescripción del ejercicio de la autoridad paternal entre los hijos y sus padres o, en su caso, tutores, la cual se va a dar en el trascurso del ejercicio de la autoridad paternal o, ya sea, la tutela.

Naturaleza jurídica

Al respecto, Varsi (2012), manifiesta que la autoridad paternal es considerada una institución de Derecho de Familia en la cual se constituye una relación jurídica subjetiva, poseyendo, las partes que intervienen, derechos y deberes, los cuales se encuentran descritos de forma expresa por la ley con el objetivo de salvaguardar y

brindar protección a los hijos menores de edad, debiendo ir acorde, ello, con el interés inherente del grupo familiar y de la sociedad.

En ese sentido, más que un poder o autoridad, la patria potestad debe ser considerado como un deber y facultad que se les atribuye a los padres frente a sus menores hijos, siendo importante que los padres hagan lo mayor posible a efectos de alcanzar el desarrollo intelectual y físico de sus hijos, caso contrario (descuido o abandono), corresponde al Estado, con la autoridad que lo faculta, puede hacer concluir dicha patria potestad.

Es importante señalar que, el ejercicio de la responsabilidad parental termina en el supuesto que el menor hijo cumpla los dieciocho años de edad, alcanzando la capacidad y autosuficiencia, en consecuencia, se altera este vínculo jurídico, invirtiéndose los papeles, pasando ahora, los hijos a proteger y salvaguardar la integridad de sus padres, cumpliéndose de esta forma la reciprocidad en los derechos y deberes legítimos de las partes, configurándose así el característico derecho subjetivo familiar.

Por último, Varsi (2012), señala que la figura de la patria potestad además de ser considerado un derecho natural que adquieren los progenitores, es considerada una función social que pertenece a la familia, siendo su finalidad el desarrollo y el amparo del hijo menor.

Sujetos intervinientes

Al respecto Varsi (2012), refiere que los sujetos participantes son:

Padres: Les corresponde ser los sujetos activos de la autoridad parental, tanto al padre y a la madre, a quienes les denominan como “padres de familia”. Ellos son quienes tienen el deber de atender la integridad personal y patrimonial de sus

menores hijos. Durante el matrimonio los padres ejercen la autoridad parental, en los supuestos de divorcio, separación de cuerpos o invalidez del desposorio, la patria potestad es ejercida por uno de ellos, siendo necesario que esta sea ejercida de forma responsable.

Hijos: Les corresponde ser los sujetos pasivos dentro de la institución de la autoridad parental, a los hijos, a quienes se les nombra como “hijos de familia”. Para que madre y padre ejerciten la autoridad parental no se toma en consideración la calidad del hijo, es decir, que el hijo provenga del matrimonio (hijo matrimonial), fuera del matrimonio (hijo extramatrimonial), o por adopción, siendo solo de obligatorio cumplimiento que el hijo: a) sea concebido (tenga vida), no haber cumplido la mayoría de edad o ser incapaz; b) no contar con la emancipación según los casos especiales establecidos por el artículo 46° del Código Civil. c) tener padres (filiación). En este aspecto, resulta necesario diferenciar al hijo matrimonial con el hijo extramatrimonial, considerándosele al primero aquel hijo nacido dentro del matrimonio; y al segundo aquel hijo procreado fuera de la relación jurídica matrimonial.

Abuelos: Por causa excepcional se les otorga la patria potestad a los abuelos, así el artículo 340° del Código Civil, señala que, si surge motivo grave alguno, el ejercicio de la autoridad parental se le confiará a tercera persona, en este caso se les favorecerá dicho ejercicio a los abuelos, hermanos o tíos.

Derechos - deberes que configuran el ejercicio de la patria potestad

Derechos – deberes de los padres, sujetos a su patria potestad

El artículo 423° del C.C consagra los derechos y deberes que abarcan la figura de la patria potestad:

Elemento personal

Los deberes y derechos que suponen el ejercicio de la autoridad parental deben ser ejercidos por la persona de los padres e hijos y viceversa, estos son:

Deberes: Alimentación, educación y protección

Alimentación

El deber alimentario que tienen los padres y sus hijos recíprocamente es un deber de carácter asistencial con un gran valor moral, el cual la ley impone a padre y madre en tanto que sus hijos aun no cumplan la mayoría de edad; es decir desde su nacimiento hasta que cumplan los dieciocho años o estar emancipado según los casos especiales consagrados por la norma. Este deber según nuestro Código Civil implica proporcionar: habitación, sustento, asistencia, educación, vestido, recreación y asistencia médica a aquellos hijos que por su edad o discapacidad necesitan de los cuidados y atenciones de sus padres.

Educación

Para Cornejo (2015), La educación constituye la alineación ética, emocional y física que posibilitará la integración del menor a la sociedad de forma beneficiosa y completa. La educación implica instruir con aspectos positivos y abatir los negativos.

La formación que los padres deben brindar a sus hijos está comprendida por la educación escolar y educación superior (universitaria o técnica). El padre por orden expresa de la ley posee el deber de conducir todo el desarrollo formativo de sus hijos, lo cual abarca no solo la formación académica, sino también física, espiritual y moral, lo cual va a procurar que el menor se integre convenientemente a la sociedad ejerciendo de forma honrada un digno trabajo.

Protección

Plácido (2012), El numeral cinco, del artículo 423° del Código Civil establece aquel deber legal del padre y la madre de recoger a su vástago menor de edad, del lugar donde estuviesen sin su permiso, inclusive pudiendo, estos, recurrir a la autoridad si fuese necesario para rescatarlos.

Ello, debido a que, ninguna persona incapaz menor puede abandonar lugar de residencia sin la autorización de aquella persona que ejerce la patria potestad. Únicamente los hijos pueden gozar del defensa o amparo familiar al lado de sus padres.

Derechos: tenencia, régimen de visitas y representación

Tenencia:

Se conoce por tenencia a la facultad de los padres para decidir sobre quien se hará cargo del hijo producto de la relación. Si hubiera un desacuerdo entre la pareja, sería el juez quien determine la decisión en función a lo que sea más conveniente al hijo. Por tanto, sería que el hijo tendría que vivir con uno de los padres, mientras que el otro tiene el derecho de visitar al hijo de acuerdo con lo que sea determinado por acuerdo o por el juez; pero se debe asegurar la alimentación como una obligación basado en el derecho fundamental del niño, según lo determinado por el poder judicial peruano.

Régimen de visitas:

Plácido (2012), señala que en el caso que uno de los padres (padre o madre), se encuentre ejerciendo la patria potestad, el otro padre que no se encuentre en pleno ejercicio, tiene derecho de seguir manteniendo relaciones personales con su hijo, a efectos de participar, salvaguardar, amparar y velar el desarrollo integral del menor.

Este derecho posibilita a los padres la comunicación y contacto con su hijo, lo cual es fundamental para el desarrollo tanto emocional como físico del menor, así como también para fortalecer la relación paterno-filial.

Representación:

Varsi (2012), manifiesta que:

La minoría de edad implica de por sí la falta de capacidad para realizar actos jurídicos válidos, de allí que estos deban ser realizados por los padres en nombre de sus hijos. De esta manera, los padres vienen a ser los representantes naturales y legítimos de sus hijos. (p.303)

Es sabido que el titular de la patria potestad, es decir los padres, se encuentran facultados para reemplazar a su menor hijo en los actos que este se vea impedido de realizar debido a su incapacidad; empero, aun los padres encontrarse sujetos a dicho poderío, los menores hijos también gozan de las facultades para celebrar ciertos actos jurídicos en forma personal y directa, sin ser necesaria la actuación de sus padres, claro está, en casos particularmente descritos y permitidos por la ley. En dicha situación, el hijo menor de edad no está adquiriendo una capacidad amplia, sino se trata de una especial capacidad, cuya eficacia solo corresponde al acto que ha sido objeto de autorización.

Elemento patrimonial

Naymark y Cañadas (2014), El no haber adquirido la edad suficiente, es decir los dieciocho años, no significa que aquel niño no pudiera ser el titular de obligaciones o facultades. Su condición de ser una persona lo cualifica tener la categoría de sujeto de derecho, así, es concebible que sea considerado una persona activa o pasiva de relaciones jurídico-patrimoniales. En tal sentido, puede realizar compras, ventas, arrendamientos u obligarse frente a terceras personas, empero, ello no lo efectúa por

sí mismo, sino que lo efectúa por medio de sus padres, siendo ellos quienes se encargan de administrar aquellos bienes pertenecientes al hijo menor, preservando sus intereses patrimoniales.

Administración

Al respecto Zavaleta (2011), expone que cuando hablamos de administración nos referimos al gobierno de intereses ajenos o proteger un patrimonio. Dentro del Derecho de Familia la administración denota protección, cuidado, custodia de los bienes patrimoniales del hijo menor, es decir, que los progenitores deberán actuar en el rol de apoderado afín de que se resguarde de forma efectiva el conjunto patrimonial perteneciente a sus vástagos menores. Dicha administración se le atribuye al progenitor que se encuentra ejerciendo la patria potestad, pudiendo ser aquellos actos de naturaleza conservatoria indiferenciadamente efectuados por el padre o la madre del hijo menor.

Cabe agregar, que la administración, ejercida por el padre respecto a los bienes de su menor hijo, posee límites, esto es que los padres no pueden gravar ni disponer sobre los bienes de su hijo (salvo autorización judicial).

El padre administrador deberá cumplir con ciertas obligaciones propias del mantenimiento del bien, como redactar declaraciones juradas (de ser necesarias), pagar los tributos, cobrar los arriendos, etc. Así también deberá rendir cuentas al terminar la administración, salvo en aquellos casos que el Juez de Familia, al llamado del Consejo de Familia, obligue a rendirla durante el ejercicio de la misma, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 427° del C.C.

Usufructo

Belluscio (2015), señala que el usufructo es el derecho que gozan los progenitores que ejercen la autoridad parental, de usar y gozar los bienes de sus menores hijos, así como también, recaudar sus rentas y frutos sin tener que rendir cuentas; empero, lo recaudado será invertido principalmente para dar cumplimiento a los deberes impuestos por la ley a los padres del menor.

El usufructo se fundamenta en dos aspectos: a) los padres deben restituir el desembolso efectuado en la formación y manutención de sus vástagos, b) los hijos tienen el deber de cooperar con el mantenimiento de la casa, utilizando los frutos de sus bienes para tal fin.

Disposición

Varsi (2012), precisa que, si bien es cierto, los padres se encuentran autorizados por ley, de administrar aquellos bienes pertenecientes a sus menores vástagos, sin embargo, ello no acarrea que estos dispongan libremente de dichos bienes, ello debido a aquella gestión posee restricciones, los mismos que están referidos básicamente a la facultad de proteger y tutelar de manera efectiva el patrimonio del hijo menor de edad.

En tal sentido, se le está prohibido a los padres disponer, ya sea enajenar o gravar, la riqueza perteneciente a su vástago, así como tampoco adquirir obligaciones que rebasen sus facultades impuesta por ley, salvo, y excepcionalmente, cuando se presenten motivos debidamente justificados y autorizados por un juez. Esta regla es general, aplicándose para todos los bienes de propiedad del hijo, sin excepción alguna.

Al respecto, la doctrina que se estaría acogiendo nuestro actual Código Civil, es “la facultad dispositiva mixta de los padres”, la misma que está referida a la facultad que tiene el padre de disponer de los bienes de sus hijos solo por razones que se justifiquen, ello bajo determinadas garantías que se encuentren establecidas por la ley.

Derechos - deberes del menor, sujetos a su patria potestad

Según Calderón Pérez (2016), los derechos de los hijos que están sujetos a la denominada patria potestad, son los siguientes:

Realiza un listado donde explica acerca de los derechos de los hijos sujetos a la patria potestad, que a continuación se detalla:

1) El primer derecho con que cuentan los hijos sujetos a la autoridad parental es que los padres de los mismos custodien a los mismos y a sus bienes; en el marco de lo estipulado en Código Civil en su artículo 148°, donde se hace referencia a la patria potestad. Asimismo, es preciso señalar que los hijos poseen el derecho a preservar las relaciones con su padre o madre que no sean quienes ejercen la patria potestad.

2) Los hijos sujetos a la patria potestad tiene el derecho a los intereses legales que resultan en contra de los padres que gestionaron algunos patrimonios de los hijos, con una antigüedad de 30 días posteriormente de culminada la autoridad parental, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 430° del Código Civil Peruano.

3) Pueden disfrutar de los bienes exceptuados del usufructo legal tales como: los bienes que hayan sido donados o dejados en testamento al menor, pero con la

limitación de que el usufructo no corresponda de ninguna manera a los progenitores; los bienes producto del trabajo y/o profesión; los bienes que tengan como condición ser invertidos en un fin específico; el dinero depositado por terceros en cuentas de ahorros; etc.

4) Son sujeto también de los beneficios provenientes de las empresas que provienen legalmente de las actividades de los padres; podrán percibir dichos beneficios hasta que, niveladas con las pérdidas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 438° del Código Civil.

5) Los hijos menores de 16 años cuentan con la potestad expresada en el derecho a ser escuchados por los jueces en aquellas ocasiones donde los padres requieran autorización judicial para hacer uso de los bienes del menor o se requiera realizar algunos actos como arrendamiento, partición judicial, transigir, etc.; de acuerdo con el artículo 447 y 448 del Código Civil.

6) Los hijos bajo la patria potestad también cuentan con el derecho que el dinero que es fruto de los bienes que son administrados por sus padres; esto lo podrán hacer depositándolo en cuentas a su nombre en entidades de crédito autorizadas.

7) Pueden recibir donaciones, legales, herencias voluntarias, siempre y cuando el menor tenga un juicio de sensatez del mismo.

8) Sobre los hijos sujetos a la patria potestad, también se pueden ejercer derechos rigurosamente que sean de naturaleza personal.

9) Se pueden realizar contratos para necesidades comunes propias de su vida diaria, siempre y cuando no ellos puedan discernir; en el marco de lo que se señala en el artículo 1358 del Código Civil Peruano.

10) Los hijos menores a los 16 años pueden adquirir obligaciones o renunciar a los derechos; siempre y cuando los padres responsables de su patria potestad lo autorizan o lo ratifican; acorde con lo señalado en el artículo 456° del Código Civil.

11) El hijo menor puede ocuparse a un trabajo, ocupación y oficio; siempre y cuando pueda discernir y además los padres responsables lo autoricen.

12) Los menores a los 16 años tienen el derecho a que se les consulte los actos que sean considerados importantes en la administración; de conformidad con lo señalado en el artículo 459° del Código Civil.

13) Los hijos sujetos a la patria potestad, también podrán pedir mediante autorización judicial, siempre y cuando sea por causa grave, la autorización para vivir distanciados del padre o la madre que hubiese contraído nupcias. Si se diera el caso, se le tendría que poner bajo tutela de otra persona mayor.

Según Cornejo Chaves (1996) señala que dado que es muy difícil enumerar las diferentes obligaciones de los hijos menores tienen para con sus padres; el artículo 454 del Código Civil establece de manera muy simple, que los hijos tienen el deber de respetar, obedecer, así como honrar a sus progenitores.

Pérdida de la patria potestad: declaración judicial de abandono

Teniendo en cuenta que Patria Potestad está conformada por deberes y derechos que se encuentran sometidos a cierta temporalidad, es posible que el ejercicio de la misma pueda ser restringido en cualquier momento. La ley es clara al establecer los supuestos en los cuales se limita el ejercicio de dicha facultad, obviamente, aquellas restricciones se darán ante conductas impropias respecto de quienes tienen la titularidad, es decir, padres y madres. Tal restricción, advierte la ley en el artículo 79°, que deberá ser declarada judicialmente ante la petición de pérdida del ejercicio de la misma por parte de los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier sujeto que posea interés legítimo (Ley N°27337, 2000).

Al respecto, tanto el artículo 462° del C.C y el inciso c. perteneciente al artículo 77° del precepto legal, en lo concerniente a este tipo de restricciones, hace referencia a la pérdida de la autoridad parental, la cual tiene como causal el abandono de los hijos; imposibilitándosele, en dicho caso, al padre, de ejercer de forma exclusiva la patria potestad (Código Civil, 1984 y Ley N°27337, 2000).

Vilcachagua (2012), en este contexto, señala que se debe diferenciar entre la titularidad del derecho de patria potestad y el ejercicio del mismo, la primera se refiere al reconocimiento del derecho que se le atribuye al padre de forma legítima, y, por otro lado, el segundo hace referencia a la probabilidad de efectuar u obrar dicho derecho. En tal sentido cuando la ley en su artículo 77° establece las causas por las que se pierde la autoridad parental, hace referencia a la pérdida o extinción de la misma, perdiendo los padres la atribución de ser titulares, así como el ejercicio de la misma (Ley N°27337, 2000).

Es importante precisar que las causas para que se dé la pérdida de la autoridad parental contempladas en el art. 462° del C.C fueron derogadas por el artículo 77° de la ley. Por lo tanto, esta última ley, a la cual se hace referencia, contempla los supuestos que se encuentran en vigencia referentes a la pérdida de la patria potestad, ello en atención al principio rector consagrado en el artículo I del Título Preliminar del C.C que hace referencia a que la ley se derogara tácitamente cuando la materia contenida en una ley previa es plenamente reglamentada por una ley póstuma (Código Civil, 1984).

Cabe destacar, que el artículo 77° del Nuevo Código de Niños y Adolescentes que consagra las causales por las que se pierde la autoridad parental, establece como una de ellas a la declaración judicial de abandono (inciso c), la cual se hace referencia en la presente investigación, también contempla otras causales como a la condena por delito doloso al cual debe ser cometida en agravio o perjuicio de los hijos (inciso d), así como también la causal de reiteración en la suspensión de la autoridad parental referidos en el artículo 75° del mismo cuerpo legal (inciso e).

Es importante señalar que los tres supuestos de pérdida de autoridad parental antes señalados, comprenden la restricción tanto de los derechos así como de los deberes contenidos en esta, con excepción del deber de obligación alimenticia a favor de los hijos menores, es decir que la pérdida de la autoridad parental no exime a los progenitores que cometieron conductas impropias de cumplir su deber de asistencia frente a sus hijos, ello en conformidad con el art. 94° del Código de Niños y Adolescentes. (Ley N°27337, 2000)

Así podemos observar, la pérdida de autoridad parental es un castigo impuesto por la ley para aquellos casos de suma gravedad. Debe señalarse, además, que el Código de Niños y Adolescentes se diferencia del Código Civil, respecto a la pérdida de la

facultad de la autoridad parental, establecida en el segundo cuerpo de leyes, cabe la posibilidad de ser restituida; en tanto que, en el primer cuerpo normativo, la pérdida de dicha facultad es irreversible.

Rol del padre afín frente al hijo afín

Se sabe que, en la legislación comparada, por ejemplo, en Francia, se les delega a los progenitores que este pueda delegar la patria potestad a una tercera persona, como bien podría ser el padre afín, ya sea por medio de un convenio o acuerdo, el cual requiere ser aprobado por el juez de familia. Dicha prerrogativa legal es manifiestamente cuestionable, cuya aplicación no se podría dar en la nuestra realidad, debido a que, como ya es sabido la patria potestad no constituye ser un derecho del cual se pueda disponer, es decir es un derecho indisponible, el cual no resulta susceptible de ser acordado o pactado entre los padres.

En la realidad, el deber de asistencia por parte del nuevo cónyuge o conviviente se produce por el hecho de formar la familia ensamblada, arrogándose el padre afín la labor de coadyuvante de su esposo (a) o concubino (a), asumiendo los deberes, así como los derechos que configuran la autoridad parental respecto del hijo afín, lo cual no significa que haya alcanzado la titularidad de la patria potestad.

Empero, se pueden presentar casos en los cuales, el padre afín pueda asumir la titularidad de la patria potestad frente a sus hijastros, dejando de ser solo un coadyuvante, poseyendo todas facultades y obligaciones que abarcan la autoridad parental y que la ley confiere únicamente a los padres biológicos, ello sucedería en aquellos casos en donde la familia ensamblada se origine de una familia monoparental, en donde uno de los progenitores se encuentre ausente por lo tanto no ejerza la patria potestad, o inclusive el niño se encuentra reconocido solo uno de sus progenitores, el mismo que se encuentra ejerciendo la autoridad parental; en el caso que se desconozca su paradero del progenitor, abandono por parte de uno de

los progenitores o en el caso de declaración judicial de ausencia o muerte presunta o fallecimiento.

Al respecto Briozoo (2014), manifiesta que, si se diera el caso de ausencia, incapacidad, capacidad restringida o muerte por padre progenitor, cabe la posibilidad que el otro progenitor asuma la responsabilidad parental con el otro cónyuge o conviviente, donde el progenitor afín debería asumir una mejor posición en el desarrollo y vida del hijo afín.

Resulta claro entonces, que el padre afín pueda obtenga la titularidad de la patria potestad, ejerciendo la misma, en forma íntegra para beneficio del hijo afín; claro está, siempre y cuando se haya comprobado la ausencia del otro progenitor, quien no viene ejerciendo la patria potestad, en dicho caso es posible que el padre afín, en conjunto con su cónyuge o conviviente ejerzan la autoridad parental sobre aquellos hijos afines; siendo importante, por supuesto, el consentimiento del progenitor del niño, con quien se encuentre comprometido y claro está, debiendo el Juez de Familia realizar las constataciones y verificaciones en donde se observe que dicha situación beneficia al menor, garantizándose así el interés superior del menor, teniendo en cuenta, para ellos además, la opinión del niño o adolescente.

El hecho, de que se le faculte al padre afín ejercer íntegramente la autoridad parental, en los supuestos que se señala líneas arriba, resultaría abismalmente beneficioso para la familia ensamblada, alcanzando así una función similar al de la familia nuclear.

En este sentido resulta pertinente señalar, que en el caso que surja alguna discusión o desacuerdo entre el padre afín y su esposa o concubina se deberá valorar y preponderar la opinión de este o esta último (a), al ser aquel, el padre o la madre biológica del menor, resultando ser el titular preeminente de la figura de la patria potestad, siempre que, dicho juicio no resulte perjudicial para el niño, teniendo presente además que, este derecho-deber de patria potestad, que se le confiere al

padre afín, deberá extinguirse ante la disolución de la unión marital o a la terminación del concubinato, el cual fue causa del nacimiento de la familia ensamblada.

Filiación socioafectiva

Resulta de suma importancia tratar este tema en la presente investigación, ya que reafirma la propuesta que se sostiene. La filiación socioafectiva es adoptada en la legislación de Brasil y como refiere Da Cunha (2008), el sentimiento del afecto fue ascendido al obtener la jerarquía de valor jurídico y siendo así gana nivel y categoría de ser considerado un principio jurídico, poseyendo fuerza normativa al ser un principio del derecho, constituyendo, por lo tanto, una fuente del derecho. El autor, además, incita a todos los países occidentales, fundamentalmente los pertenecientes a Latinoamérica, a regular y aplicar el principio de afectividad y así ser este el guiador del Derecho de Familia contemporánea.

Días (2015), refieren que se conoce a la filiación socioafectiva como una institución jurídica que ha sido concebida para ocuparse de situaciones consolidadas, que por lo general están fuera del alcance de la ley, dicha institución requiere ser honrada como una manifestación de afecto, amor, solidaridad en asentimiento del derecho a convivir en familia e indistintamente del hecho haber o no vinculación por documentos.

Del mismo modo Da Cunha (2008), manifiesta que “[...] lo que garantiza el cumplimiento de las funciones parentales no es la relación genética o derivación sanguínea, sino el cuidado y el desvelo dedicados a los hijos” (p.202).

En este orden de ideas se puede señalar, que no siempre los padres biológicos van a asumir su rol de padres y madres que les corresponde como tal, sino que muchas veces, quien desempeña las funciones paternas es un padre o madre no biológica. Surgiendo de este modo la figura del padre afectivo distinto al padre progenitor.

Al respecto Días (2015), señala que la filiación socioafectiva surge del libre albedrío de contraer las funciones que cumplen a los padres, correspondiendo así, la vinculación parental a quien es considerado como padre a consideración del hijo, es decir a aquel padre que contrae aquellas responsabilidades concernientes de la convivencia en familia (...) la familia afectiva, al tener status constitucional, impide que los jueces biologists se opongan a la figura de la filiación socioafectiva, en fin de cuentas, la paternidad real surge más del querer, velar, proteger, que del aportar genes; en ese sentido los juzgados deberán contratar profesionales expertos en las especialidades de psicología o sociología más que jurídica, puesto que la materia lo amerita, debiendo valorar siempre el lado afectivo, es decir, la paternidad emocional, la cual en la mayoría de los casos sobrepasa la paternidad biológica.

Da Cunha (2008), estima de gran importancia que se interprete mediante el principio de la afectividad, teniendo en cuenta que este constituye un mecanismo propulsor para que se reconozca jurídicamente a las nuevas relaciones parentales, como es el caso de las familias ensambladas (...) resultando ser de justicia que los hijos afines, especialmente aquellos que se convierten en hijos socioafectivos, tengan el privilegio de sentir que ellos pertenecen a un nuevo patrón familiar.

En ese contexto, es necesario tener presente que el fin de la familia es ser una herramienta para alcanzar la felicidad, considerándose esta la exclusiva razón para establecer vínculos filiales, siendo el niño quien deba reconocer o identificar como su padre, a aquellas personas que velan por la integridad de su persona.

Interés superior del niño y adolescente

Definición

Según lo señala Chunga (1995) el interés superior del niño está definido por el derecho al desarrollo al interior del seno familiar con un ambiente de comprensión, felicidad, y amor con un Estado que emane justicia, sin discriminación y en paz.

Para Salmon (2007), se entiende por interés superior del niño a todo que beneficie el desarrollo psicológico, desarrollo físico, moral y social a fin de asegurar su pleno y eficaz desenvolvimiento de la personalidad.

Según lo manifestado por Chunga Lamonja (1995), el interés supremo de los niños es “el derecho a desenvolverse al interior del seno familiar, con el ambiente que armonía que el mismo debe tener enmarcado en los parámetros de paz, justicia y sin ser discriminados”.

Montoya Chávez (2007) que cita a O’Donell:2004; manifiesta aquel supremo interés como todo que pueda favorecer al desarrollo integral (psicológico, social, físico, moral) del niño con el fin de tener un óptimo desenvolvimiento de su personalidad.

Asimismo, Lora (2006), señala al interese superior del niño como aquel principio supremo que está dado por las acciones y procesos que permitirán obtener un desarrollo integral de los mismos, con condiciones óptimas dentro de una vida optima, con el mayor bienestar de por medio.

En nuestro ordenamiento jurídico

Según Calderón Pérez (2016). Universidad Nacional Antenor Orrego – Trujillo. En su Tesis: “El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas”.

Nuestro país está comprometido adoptar medidas que favorezcan los intereses del Niño y los adolescentes, ya que firmo y ratifico la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Por ello, en nuestra Carta Magna en su artículo 4° se establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, y al adolescente (...)”, y con ello se garantiza que se proteja al niño y adolescente, y la familia. Como complemento a lo señalado, en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Niñas y Adolescentes consagra que: “El Estado a través de cualquier de sus tres poderes y/o niveles, en relación con el niño y adolescente, debe considerar como el principio de Intereses Superior del Niño y el Adolescente, y el respeto a sus derechos”.

De acuerdo con lo manifestado por Chunga Lamonja (1995), el interés superior al que se debe considerar los Poderes del Estado, Ministerio Público, Gobiernos Locales y todos los miembros, es aquel que este referido al desarrollo integral del Niño y el Adolescente al interior del seno familiar que tenga comprensión, felicidad, y amor. Por ello, dado que el niño y el adolescente es una población considerada vulnerable, el Estado debe tomar medidas que buscan la protección de dicha población, y permitan a los mismos gozar plenamente de los respectivos derechos.

Para la doctrina internacional, según lo manifestado por Cillero (1998), el interés superior del niño se da como la garantía que los niños tengan el derecho antes de

poder tomar una medida, adoptando aquellas medidas que busquen la promoción y protección de los derechos del mismo.

En ese orden de ideas, el Comité de Derechos del Niño (2013), ha manifestado que el principio de interés superior del niño está vinculado necesariamente con sus necesidades educativas, psicológicas, sociales, jurídicas y de recursos por y del menor.

Nuestro país, firmo la Convención Internacional de los Derechos del Niño, comprometiéndose con ello a implementar acciones a favor de los niños y adolescentes; y específicamente nuestra Carta Magna consagra en su artículo 4° que tanto la sociedad como el Estado deben proteger exclusivamente al niño, niña y adolescente.

Asimismo, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, faculta al Estado que a través de sus instituciones adoptar medidas que protejan, y concedan los derechos al niño y adolescentes, así como considerar el principio del Interés Superior del Niño. En ese sentido, es menester de las autoridades a través de las instituciones el deber de implementar acciones que estén encaminadas a la protección de los mismos garantizando el debido cumplimiento de los derechos del niño, ya que esta es considerada dentro de las poblaciones vulnerables (Ley N°27337, 2000).

Como podemos apreciar en todos los casos se evidencia que el interés superior de niño guarda relación con la necesidad indispensable de bienestar para el niño y el desarrollo integral que este necesita en un ambiente que le sea adecuado para el mismo. Para el caso específico de los niños que son miembros de una familia ensamblada surge la imperiosa necesidad que el Estado regule jurídicamente la situación de hijos con sus padres afines, a fin de asegurar el interés del menor.

En el caso de las familias ensambladas, dentro de las cuales figuran niños el principio del interés superior del niño, niña y/o adolescente, se establece en estas familias cumpliendo sus deberes y derechos, asegurando así su desarrollo integral del menor, miembro de aquel seno familiar.

Debido a ello, es que se debe regular la figura de la autoridad parental ejercida por el padre afín y lógicamente aprobado por el Consejo de Familia considerando que ello sería de suma importancia para desarrollo integral del menor y además se le otorgaría confiabilidad y certeza a la figura del padre afín en relación a la figura de la autoridad parental, ya que padre no solo es aquel que engendra sino muchas veces el que cría, como es ente caso, el padre no es el biológico, pero es quien lleva al colegio, paga las cuotas del colegio, lo cuida, le enseña los valores, es el esposo o conviviente de la mamá; es el padre afín pero resulta un papa de factum; ese niño luego cuando sea un hombre adulto indudablemente va querer al padre o madre que lo guio y acompañó en todo su desarrollo como persona y no a aquel padre o madre que nunca estuvo presente.

Sin embargo, para que los padres afines lleven a cabo de forma adecuada esta función de cuidado y educación de sus hijos afines, resulta necesario que dichos deberes y derechos se encuentren regulados en una norma a efectos de efectivizar la protección de la infancia y adolescencia proclamada en nuestra Constitución y demás normas sobre los derechos que le atañen al niño, así como el principio del interés superior del niño. Este nexo que se genera entre padres e hijos afines se fortalecería ante una expresa regulación de los deberes y derechos del padre afín frente a su hijo afín.

Formulación del Problema de Investigación

Problema General

¿En qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado incide sobre la familia ensamblada en el Perú?

Problemas Específicos

Problema específico 1

¿De qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas?

Problema específico 2

¿En qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada?

Justificación del Estudio

Justificación teórica

Con la presente investigación se justifica teóricamente ya que profundizo en el análisis teórico, doctrinal del rol del padre afín frente a su hijo afín para luego contrastarla con la normatividad jurídica de nuestro país, así se constata que es una realidad en las familias ensambladas que el padre o madre afín cumplen un rol

importante dentro de la misma, y ello máxime si el otro progenitor biológico se encuentra ausente, siendo la nueva pareja del padre o de la madre quien colabora con las necesidades tanto afectivas así como económicas del menor, sin embargo estas actuaciones no se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, generando una ambigüedad en el rol que debe cumplir el padre afín, constituyendo dicho vacío legal, un obstáculo para la consolidación en la integración de estas familias, es por ello que se debe reconocer jurídicamente el ejercicio de la autoridad parental al padre afín en los supuestos de abandono del menor por uno de sus progenitores, ya que ello contribuiría al desarrollo integral del menor así como, a una mejor calidad de vida de estas familias y se daría cumplimiento a lo establecido por nuestra Constitución respecto a la protección integral de la familia.

Justificación Metodológica

Valderrama (2015), la justificación metodológica hace referencia a la finalidad de la investigación de desarrollar nuevos instrumentos o contribuir con los ya existentes.

En ese sentido, la presente investigación, para solucionar el problema planteado, hace uso de instrumentos como la guía de entrevista, cuya utilización es necesaria para el estudio de la problemática semejantes al tema que se viene estudiando, o la aplicación póstuma de otros investigadores.

Asimismo, el presente estudio tiene como base metodológica, el análisis cualitativo sobre la base de las diferentes teorías, jurisprudencial y realidad disponible en la materia. La caracterización y análisis del sujeto, y la descripción de los escenarios de estudios, contribuirán a un mejor desarrollo y comprensión del estudio.

Justificación practica

Este proyecto de investigación tiene una justificación práctica ya que tiene como finalidad contribuir a la solución de una problemática social que cada vez va en aumento en nuestro país, cual es la desprotección jurídica de los derechos y deberes de los padres afines frente a sus hijos afines en, para lo cual que se busca regular el ejercicio de la patria potestad del padre afín, en el caso de los de abandono del menor por uno de sus progenitores, ello resultaría en armonía beneficiosa tanto para el desarrollo integral y la realización del menor, confiabilidad y certeza de la figura del padre afín en relación a la figura de la patria potestad y se lograría la consolidación e integración de estas familias, alcanzando bajo estas circunstancias una función semejante al de una familia nuclear.

Objetivos

Objetivo General

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Objetivos específicos

Objetivo específico 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas.

Objetivo específico 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Supuestos Jurídicos

Supuesto Jurídico General

El reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado incide significativamente sobre la familia ensamblada ya que, al reconocerle al padre afín derechos y deberes para con su hijo afín se garantizaría el interés superior del niño y/o adolescente, y además se daría estabilidad y funcionalidad a la familia ensamblada, garantizándose el principio constitucional de protección de la familia.

Supuestos Jurídico Específico 1

El Estado no garantiza la protección de la patria potestad del padre afín, ya que no establece mecanismos de protección ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores resultando, ello, contradictorio con el deber constitucional del Estado de proteger a la familia.

Supuestos Jurídico Específico 2

La falta de un reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta significativamente a la familia ensamblada puesto que estos no pueden actuar ampliamente en el cuidado y protección del hijo afín, creando situaciones de incertidumbre y sufrimiento para sus integrantes obstaculizando la integración y la consolidación de la familia.

II. MÉTODO

De acuerdo con Hernández (2012), La investigación corresponde al proceso objetivo, organizado y sistémico que pretende resolver la hipótesis o pregunta de investigación, de algo aún por resolver; esta actividad refiere la ampliación de nuevos conocimientos basado en informaciones y experimentación reciente a fin de ampliar los conocimientos preexistentes.

2.1 Tipo de Investigación

El tipo de investigación, según su enfoque o naturaleza es cualitativo, ya que se tiene una relación directa con el campo de estudio, se han recogido percepciones, y se ha tenido como punto de partida la realidad.

Asimismo, presente investigación es básica, descriptiva, no experimental, la cual está orientada a la comprensión, así, se busca comprender la necesidad del reconocimiento jurídico del ejercicio de patria potestad del padre afín.

Jiménez (2014), cuando se habla de investigación pura o básica, se refiere a aquella investigación que busca construir una base de conocimiento, mediante la recopilación de información, de tal forma que se agregue a la ya existente.

La presente investigación es básica, teórica, dado que la misma busca profundizar las teorías, leyes y antecedentes, basada en el método cognoscitivo, tratando, a través del entendiendo perfeccionar la comprensión de los mismos.

Asimismo, el nivel de estudio es descriptivo puesto que, en ella se describe detalladamente la problemática existente en las familias ensambladas referente al ejercicio de la patria potestad que deberían asumir el padre afín dentro de dicha estructura familiar; para tal efecto se determinó las categorías y subcategorías, permitiendo así, analizar el problema de manera más clara.

Sánchez (2010), en el diseño no experimental no se manobra de forma aleatoria o libre ninguna de las variables del estudio; por ello se reemplaza de manera deliberada las variables independientes. En ella se verifican los hechos tal y como son en la realidad y en un contexto dado, para posteriormente ser analizadas; por ello en este tipo de estudio no se edifica una situación particular, sino más bien se observa lo ya pre existente.

El presente trabajo de investigación se utiliza el tipo de estudio no experimental, ya que no se manipularon las variables para el desarrollo de la misma, la información se alcanzó mediante la doctrina, normativa nacional, normativa comparada y los acontecimientos que existen en la realidad.

2.2 Diseño de Investigación

Hernández (2014), señalan que el diseño de una investigación corresponde a la estrategia o plan que se plantea desarrollar con el propósito de recabar información que sea recurrente a la investigación en sí, y nos lleve finalmente a responder el planteamiento del problema.

En lo referente a la estructura metodológica, de la presente investigación se expresa a través de la Teoría Fundamentada, según lo manifestado por Hernández (2014), ya que se da una explicación general del fenómeno de estudio, así también las teorías generadas en la investigación van a salir de los datos obtenidos en la investigación.

En ese sentido, la presente investigación se ha enfocado el ejercicio de la autoridad parental del padre afán, analizando la incidencia que pueda causar dentro de la familia ensamblada.

Asimismo, la investigación tiene un diseño transversal ya que los datos han sido sacados de un hecho que solo se dio una vez; pero se guardó registros

documentales de mismo, por ello así se hayan recabado la información por partes, esta pertenece a un mismo hecho.

2.3 Caracterización de Sujetos

SUJETOS	MG. GASTÓN ALEJANDRO ADRIANZEN GARCÍA.	MG. RAFAEL MATEO INGA MÉNDEZ.	MG. JAVIER EDMUNDO CALDERÓN BELTRÁN	MG. RAFAEL VALENTIN RUEDA VALDIVIA	MG. CESAR ISRAEL BALLENA
Profesión	Abogado	Abogado	Abogado	Abogado	Abogado
Cargo/Función Principal	Juez Titular del 20° Juzgado Especializado de Familia de Lima.	Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado (Civil – Familia) del Callao	Juez Titular del Juzgado de Familia del M.B.J. de Paucarpata-Arequipa.	Especialista en derecho de familia/ Catedrático Universitario	Especialista en derecho de familia/ Catedrático Universitario
Institución	Corte Superior de Justicia de Lima	Poder Judicial - Corte Superior del Callao	Poder Judicial - Corte Superior del Arequipa	Universidad San Martín de Porres - USMP	Universidad Cesar Vallejo Lima - Norte
Especialidad	Derecho civil - Familia	Derecho civil - Familia	Derecho civil - Familia	Derecho civil - Familia	Derecho civil - Familia
Tiempo de experiencia	20 años	10 años	18 años	20 años	15 años

FUENTE: Elaboración Propia, Lima, 2017

2.4 Población y Muestra

Lepkowski (2008) citado por Hernández (2014), “una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones” (p. 174).

Según Hernández (2014), la muestra es una subagrupación perteneciente a la población. En otras palabras, es una subagrupación de características correspondientes a una agrupación a la cual se le conoce como población.

En la presente investigación, por la naturaleza de la problemática, no compete asignar datos estadísticos en esta sección de la investigación; puesto que los datos a ser analizados son acerca de las representatividades específicas quienes pertenecen a aquellas instituciones analizadas en la presente investigación.

2.5 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos, Validez

De acuerdo con Hernández (2013), en el enfoque cualitativo la recolección de datos es trascendental, y lo que se busca es obtener datos con el fin de analizar y comprender los mismos con el propósito de responder las interrogantes de investigación y por otro lado acumular conocimiento.

2.5.1 Técnicas

La investigación utilizó las más comunes técnicas de recolección de datos para las investigaciones de la rama del derecho, los mismos fueron:

- **Análisis de Registro Documental:** Zorrilla (2012), manifiesta que la técnica es aquella que se da por medio de revisión documental (libros periódicos, revistas, entre otros). Cuando se habla de investigación en el campo o

directamente, nos referimos aquella que se da en el espacio y al momento donde se manifestaron los hechos que son materia del estudio.

- **Técnica de Entrevista:** Según Ryen (2013), Grinnell y Unrau (2011), las entrevistas son reuniones con el fin de intercambiar información a través de una conversación entre el entrevistador (investigador) y el entrevistado o entrevistados; a través de ellas se obtendrán la construcción de significados o ampliar los conocimientos de un referido tema. Estas entrevistas son estructuradas, no estructuradas y semiestructuradas.

Por tanto, en esta investigación se utilizó la técnica del registro documental, la misma que se dió por medio del análisis jurisprudencial y adicionalmente la técnica de la entrevista con el fin que se pueda formular preguntas a personas especialistas en el tema que puedan aportar datos, reforzar los conocimientos, y así ayudar a la resolución de los problemas de investigación.

2.5.2 Instrumentos

Estos instrumentos son los medios que utiliza el investigador a efectos de recolectar y registrar aquella información necesaria para los fines de la investigación.

Al respecto Hernández (2013), señala que cuando se trata de un trabajo de investigación se tiene que proceder con mecanismos y herramientas que permitan la medición de variables que son parte de la hipótesis, si las hubiera; de tal forma que se permita una correcta recolección de datos que sea representativa al estudio en mención.

Los instrumentos de recolección de datos utilizados en la presente investigación son:

- **Guía de análisis de registro documental:** El análisis de registro documental sirve para construir el marco de referencia teórico, que se requiere para revelar aspectos contextuales, históricos, normativos, organizaciones, de opinión pública, entre otros que estén afines al tema de investigación que venimos realizando.
- **Guía de preguntas de Entrevistas:** Es una pauta de preguntas a través de la cual el entrevistador busca establecer una comunicación con el entrevistado, la misma que está compuesta por un grupo de preguntas (cuestionario) que tiene por objeto recabar, procesar y analizar información acerca de las muestras estudiadas. Estas preguntas buscaran dicha información de las respuestas que den los entrevistados que forman parte de dicha población en estudio.

2.5.3 Validez

Jiménez (2014), manifiesta que:

La validez también denominada exactitud, corresponde al grado en que una medición refleja la realidad de un fenómeno o capacidad de medición o clasificación de un método o instrumento para aquello que fue propuesto o sea que mida o clasifique lo que efectivamente analizamos y no otra cosa. (p.286)

Los instrumentos de medición tienen que cumplir con los requerimientos de confiabilidad, así como validez, donde la confiabilidad está referida al grado como un instrumento emite resultados razonables e iguales; y, por otro lado, la validez es el nivel en que un instrumento verdaderamente mide la variable objeto de medición.

A partir de estas consideraciones, en la presente investigación para maximizar el grado de validez, se ha efectuado la validación de los instrumentos por los asesores metodológicos nombrados a continuación:

INSTRUMENTO	ASESOR	ASESOR	ASESOR
<i>Guía de Entrevista</i>	<i>Vargas Huamán, Esaú</i>	<i>Israel Ballena, César</i>	<i>Salinas Ruiz, Henry</i>
<i>Guía de Análisis de Fuente Documental</i>	<i>Vargas Huamán, Esaú</i>	<i>Israel Ballena, César</i>	<i>Salinas Ruiz, Henry</i>

FUENTE: Elaboración Propia, Lima, 2017.

2.6 Métodos de análisis de datos

Salgado (2012), señala que sea cual fuera el método analítico utilizado, siempre se tendrán complicaciones en dar respuesta a las preguntas referentes a como revisar la teoría técnicamente, que hacer con informaciones heterogéneas, como manipular los nuevos conceptos y proposiciones cualitativas dentro del análisis.

Los métodos utilizados en la presente investigación fueron:

Método de Interpretación jurídica: La presente investigación utiliza este método puesto que se interpretaron la Constitución Política, normas del Código Civil, Código de Niños y Adolescentes, las cuales contienen en su texto normativo los derechos, deberes y obligaciones asumidos por los progenitores frente a sus menores hijos.

Método deductivo: La presente investigación utiliza el método deductivo para el análisis de los datos; donde iremos desde la doctrina, normativa nacional comparada, artículos jurídicos, es decir conocimientos pre existentes de manera muy general para llegar hacia el punto particular que está referido a la familia ensamblada y el derecho de patria potestad al interior de la misma.

2.7 Unidades de Análisis: Categorización

Según Jiménez (2014), son los marcos que sirven de referencia para estructurar los resultados, los cuales se han obtenido a través de la entrevista, como del análisis jurisprudencias. En ese sentido, a presente investigación cuenta con las siguientes categorías y subcategorías, que a continuación pasaremos a señalar.

CATEGORÍA	DEFINICIÓN	SUB CATEGORÍA
PATRIA POTESTAD DEL PADRE AFÍN FRENTE AL HIJO AFÍN ABANDONADO	Comprende el cumulo de derechos y deberes ejercidos por el padre afín respecto de los hijos de su cónyuge o concubina ante el abandono del menor por parte de uno de sus progenitores, con el objetivo de lograr el desarrollo íntegro del hijo afín y la realización de aquellos.	<ul style="list-style-type: none"> - Patria Potestad. - Derechos-deberes que configuran el ejercicio de la patria potestad. - Pérdida de la patria potestad: Declaración judicial abandono. - Rol del padre afín frente al hijo afín. - Filiación socioafectiva. - Interés superior del niño y adolescente.

Fuente: Elaboración Propia, Lima, 2017.

CATEGORÍA	DEFINICIÓN	SUB CATEGORÍA
LAFAMILIA ENSAMBLADA	Grosman y Alcorta (2014): “La familia ensamblada es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa” (p.201).	<ul style="list-style-type: none"> - La Familia ensamblada en el Ordenamiento Jurídico peruano. - La Familia Ensamblada en la Jurisprudencia Nacional. - La Familia Ensamblada en la legislación comparada.

FUENTE: Elaboración Propia, Lima, 2017.

2.8 Aspectos éticos

La presente investigación se ha elaborado respetando el orden público, normas morales, las normas de Propiedad Intelectual, así como también en observancia al Código de Ética Profesional ; es así que en el momento que se deba realizar las entrevistas, para la recolección de datos, debería tomarse en cuenta si las respuestas vertidas por los entrevistados no tienen conflictos de interés o repercuten en su accionar profesional, o el contar con información que podría ser de uso reservado, es decir, las preguntas que se le realicen al entrevistado no pretendan ni supongan el develar información de carácter reservado que manejan por ejemplo los Jueces de Familia, o los profesionales especializados en derecho de familia.

III. RESULTADOS

3.1 Descripción de resultados de la Técnica: Entrevista

En esta sección de la investigación, se muestra los resultados obtenidos para el respectivo análisis, lo cual permitirá presentar una respuesta al objetivo general: “Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú”, el mismo que fue sometido a verificación mediante técnicas e instrumentos de investigación como son: entrevistas a los expertos en Derecho de Familia y análisis de fuente jurisprudencial; lo cual se analizó e interpretó, a fin de dar respuesta a los problemas formulados en la presente investigación.

En ese sentido, los entrevistados fueron: Mg. Gastón Alejandro Adrianzen García, Mg. Javier Edmundo Calderón Beltrán, Mg. Rafael Mateo Inga Méndez, Mg. Cesar A. Israel Ballena y Rafael Valentín Rueda Valdivia.

En relación con los resultados del objetivo general se tiene que:

Según Adrianzen, Calderón, Inga, Israel, Rueda (2017), manifiestan que no se reconoce explícitamente la patria potestad para las familias ensambladas, y ningún derecho ni deber está regulado, más bien este solo se da para los padres biológicos; por lo general tanto la doctrina como la legislación comparada conciben la patria potestad como la capacidad legal que asiste a ambos padres, pero no señala que esta sea aplicable a padres afines. Asimismo se considera que en casos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, esta patria potestad si podría ser ejercida por el padre afín; dado que en la familia ensamblada se establecen relaciones familiares entre los padres y los hijos muy similares a las relaciones paterno filiales y por tanto se debería considerar reconocer los derechos parentales en los padres afines, convirtiéndose en una especie de coadyuvante de su pareja en el ejercicio de la autoridad parental, sin que se desplace al padre biológico. Se

considera además como un aspecto positivo el reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, dado que por un lado la familia ensamblada adquiriría un funcionamiento análogo al de una familia nuclear, además el menor sería protegido toda vez que al tener ausencia paterna este sería remplazado por el padre afín, pero este debe ser constante.

Asimismo, Israel y Rueda; precisan que deben cumplirse ciertos presupuestos para que el padre afín pueda ejercer la patria potestad juntamente con el otro progenitor en los supuestos de abandono; por un lado, se considera que este reconocimiento debería darse después de quizás dos años de matrimonio, y por otro lado los jueces deberían analizar cada caso en específico, considerándose, además la opinión favorable de los equipos multidisciplinarios.

El Mg. Israel; considera que un aspecto negativo del reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores; sería el hecho que generaría más responsabilidades legales del padre afín, que podría devenir en la no responsabilidad o disminución de la misma por parte del padre biológico.

Ahora bien, con respecto al objetivo específico 1, se tiene que:

Adrianzen, Calderón, Israel y Rueda (2017), consideran que el Estado no protege a la familia ensamblada, es más no existe ninguna norma que de forma expresa reconozca este tipo de familias, ni mucho menos de los derechos y deberes entre sus miembros; si bien es cierto, a nivel del Tribunal Constitucional recurriendo a principios constitucionales como el de principio de protección a la familia, el derecho

a fundar la familia y a la vida familiar, ha reconocido la existencia de la familia ensamblada en algunas sentencias, sin embargo dichas sentencias no tienen el carácter de vinculantes. En ese sentido Rueda manifiesta que en la práctica el Estado ni siquiera se da abasto para proteger a la familia tradicional o la regulada por el código Civil en su el Artículo 233°, de la Regulación de la familia y; la Constitución en su Artículo 4°. Según lo manifestado por los entrevistados el Sistema Jurídico de nuestro país está enfocado en función a la familia tradicional, y no a la familia ensamblada; pero ello no debería ser impedimento para tomarla en cuenta. En la misma línea, se ve por conveniente que el Estado reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono por uno de sus progenitores, dado que a nivel constitucional el Estado tiene la obligación de proteger a la familia, y por jurisprudencia convencional emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y considerando además el principio rector del derecho a la familia, principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente; manifiestan que inclusive en otros países como es Argentina ya está regulado la patria potestad del padre afín. Sobre los mecanismos de protección que debe establecer el Estado ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, se considera por un lado que debe haber una norma específica que reconozca los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos afines, en concordancia con los derechos y deberes de los padres parentales consanguíneos, que como ya lo reconoció el Tribunal Constitucional no pueden ser desplazados; complementariamente de manera más individualizada en algunos casos, se podría imponer medidas de salvaguardia, en virtud al Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, como por ejemplo podría dictaminarse sentencias anticipadas y/o medidas cautelares; pero todas estas medidas deben ser considerando mecanismos de evaluación, seguimiento y prospección de los grupos familiares fundados en padres afines, pero evaluando cada caso es particular.

Por otro lado Mg. Inga (2017), considera que el Estado peruano, si brinda protección a las familias ensambladas, toda vez que el artículo 4° de la Constitución indica que el Estado protege a la familia, sin hacer ninguna distinción. Además, considera que si es necesario que el Estado reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono por uno de sus progenitores; dado a qué nivel constitucional el Estado tiene la obligación de proteger a la familia, y por jurisprudencia convencional emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se reconoce la protección del menor en cualquier estado bajo el Principio del Interés Superior del Niño. Sobre los mecanismos de protección que debe establecer el Estado ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, estima que se debería regular más específicamente a través de normativas en los supuestos como la Tenencia, Régimen de Visitas, y Derechos Sucesorios.

Sobre el objetivo específico 2; tenemos que:

Según Adrianzen, Calderón, Inga, Israel y Rueda (2017), la falta de regulación de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada, ya que las desprotege y el no reconocimiento de derechos y deberes hace más frágil a estos núcleos familiares, con mayores consecuencias negativas para los niños que deben ser protegidos por el Estado, es más se sugiere que se debería tener una legislación ad hoc ya que este tipo de familias tienen iguales derechos que las familias tradicionales. Además consideran que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín, si afecta el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, dado que al impedir que el padre afín pueda ejercer los mismos derechos y deberes del padre biológico que ha abandonado a su hijo, se está ocasionando que este menor continúe en una situación de desamparo siendo la obligación del Estado de procurar su bienestar; siendo necesaria la intervención de un equipo multidisciplinario en cada caso que, verifique con presencia de psicólogos,

asistentes sociales, Ministerio Público, medicina legal y jueces de familia, sumado a esto una normativa clara y sin vacíos en interés superior del niño se califique y apruebe, estructuradamente y dinámicamente, definitivamente la condición de padre afín para proteger al menor y así promover la unidad y función de la familia, según señala el Artículo 233 del Código Civil referido a la Regulación de la familia, donde La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. Finalmente, consideran que el hecho que no exista ninguna norma que reconozca a las familias ensambladas como tales no significa que los jueces deban obviar o dejar de pronunciarse sobre los aspectos referidos a las familias ensambladas, dado que es un principio jurisdiccional, esto sin desconocer que el tema de patria potestad debería ser trabajado por el Poder Legislativo a través de una Ley, que reconozca estos derechos y deberes; se hace referencia a la Sentencia en Casación del año 2001 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil- Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Supremas Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, señala que deben de constituir precedente judicial vinculante las siguientes reglas:” 1) En los procesos de familia , como en los de alimentos , divorcio, violencia familiar, los jueces tiene obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros , en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio ; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1,2, inciso 1,4, y 43 consagran, respectivamente: Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Que toda persona tiene derecho a la vida, a su

identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece. Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho “y, en aplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil los jueces deben flexibilizar las normas en beneficio de la familia, si deben y pueden hacerlo, aunque sería mejor para evitarlas apelaciones que exista una normativa definida y por el hecho de tener como espíritu de la norma la protección a la familia.

3.2. Descripción de resultados de la Técnica: Análisis Jurisprudencial

Ahora bien, resulta necesario desarrollar el análisis de fuente jurisprudencial que sustente el objetivo general, en ese sentido en la jurisprudencia internacional, la Sala Octava de la Corte Constitucional de Colombia falló en el Expediente T-70/15, fundamento 32, lo siguiente:

Esta Corte estima que es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta. (p.07)

En ese orden de ideas, la misma Sala Octava de la Corte Constitucional de Colombia manifiesta, fundamento 19, manifiesta que:

[...] Para la efectividad de los derechos constitucionales de los niños, los cuales tienen carácter prevalente, es necesaria la unidad de la familia, como presupuesto indispensable. (p.06)

Por otro lado, el mismo Tribunal Constitucional en su considerando 24, expresa que:

[...] enfatiza la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza– son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige. (p.06)

Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional en su considerando 09, expresa que:

[...] Igualmente, el artículo 42 Constitucional señala que “*los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*”, extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar. Dicha igualdad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado. (p.05)

De lo citado se observa, que la Corte Constitucional de Colombia ampara los derechos a la igualdad y a la protección integral a la familia; ello a partir de la igualdad de derechos que debe existir entre los hijos que componen el núcleo familia. Además, señala que este derecho a la igualdad alcanza a todos los hijos miembros de una familia, indistintamente de su naturaleza, como los que son provenientes sólo de uno de los miembros de la pareja (hijo afín) y los hijos comunes (hijos biológicos), que forman parte del núcleo familiar; considerando que todos ellos deben tener iguales derechos y deberes. Asimismo, esta corte resalta la importancia de la institución de la familia, en la medida que es fundamental para el desarrollo idóneo de los niños, así como para la concretización de sus derechos constitucionales (el cual goza de carácter preponderante) de tantos niños, miembros de familias ensambladas.

Por otro lado, en la jurisprudencia nacional, en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el EXP. N. ° 04493-2008- PA/TC, considerando 17, expresa que:

[...] para que se pueda hacer referencia a hijos afines o padres afines, debe de cumplirse con algunos supuestos de hecho como es el habitar y compartir vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma. 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 (p.07)

De acuerdo con lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional, reconoce ciertos supuesto o presupuesto que deben de cumplirse al momento de hablar de hijos y padres afines, tales como; que estos se encuentren habitando bajo un mismo techo, es decir que lleven una vida de familia, así como que la convivencia de los integrantes de la familia ensamblada sea necesariamente una convivencia estable, pública y reconocida ante la sociedad, en otras palabras debe haberse forjado un núcleo familiar con identidad y autonomía, más aun si estos hijos afines menores dependen económicamente del padre afín.

En ese contexto, resulta necesario desarrollar el análisis de fuente jurisprudencial que sustente el objetivo específico 1, así, en la jurisprudencia nacional, la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, considerando 4, manifiesta que:

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. (p.02)

Así también, el mismo Tribunal Constitucional EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, considerando 14, establece que:

Este Tribunal estima que en contextos donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. (p.05)

De lo citado se desprende que es obligación del Estado y de la comunidad proteger a la familia en virtud de lo consagrado por nuestra constitución; por lo tanto, el Estado no debe hacer diferenciaciones entre hijo afín e hijo biológico, miembros de una familia ensamblada, al omitir sobre los derechos y deberes que le corresponderían a

los hijos afines sobre sus padres afines y viceversa, claro está dicha potestades serian reconocidas siempre y cuando el hijo afín se haya asimilado de forma adecuada al nuevo núcleo familiar.

Por otro lado, en la jurisprudencia internacional, la Sala Octava de la Corte Constitucional de Colombia falló en el Expediente T-70/15, fundamento 21, lo siguiente:

La Constitución ofrece la garantía de seguridad a todos los tipos de familia, sin discriminación alguna, y que merece todos los esfuerzos del Estado para garantizar su integral y efectiva protección, como unidad fundamental de la sociedad. (p.06)

De lo mencionado, se desprende que el Estado colombiano, en virtud de lo consagrado por la constitución que los rige, en lo referente a la seguridad familiar, debe hacer el mayor sacrificio en aras a asegurar la protección de todos los modelos familiares que habitan en su territorio, indistintamente de su origen, por cuanto esta es la célula esencial de la sociedad.

Del mismo modo, resulta necesario el análisis de fuente jurisprudencial que sustente el objetivo específico 2, así la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional EXP. N. ° 09332-2006-PA/TC, considerando 14 se desprende que:

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 afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia. (p.05)

Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional en su EXP. N. ° 09332-2006- PA/TC, considerando 11, expresa que:

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 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. (p.04)

De lo mencionado en el considerando 14, se desprende que la familia ensamblada por sus características propias es más frágil, a comparación que la familia nuclear-tradicional, y ello se ve maximizado si los menores, integrantes de esta nueva estructura familiar, reciben un trato diferenciado, afectado ello a la consolidación e integración de esta institución familiar. En este orden de ideas según lo manifestado en el considerando 11, podemos señalar que el no reconocimiento de los derechos y deberes del hijo afín, miembro de una familia ensamblada, genera un daño desmesurado a la identidad familiar de esta nueva estructura familiar, resultando ello opuesto a los postulados proclamados por nuestra constitución.

En ese sentido, en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el EXP. N. ° 04493-2008- PA/TC, considerando 19, expresa que:

En virtud de ellos el Tribunal Constitucional determinó que la diferenciación realizada por un club privado entre la hija biológica y la hija afín del demandante (quien era socio del club) no era razonable, configurándose un acto arbitrario que lesionaba el derecho de los padres a fundar una familia. (p.07)

De lo citado, se desprende que los tratos diferenciados que reciben hijos biológicos e hijos afines en nuestra sociedad, en distintos aspectos como el referido caso de la denegación del carné familiar en calidad de hija que hace un club privado a un padre afín, resulta irracional y lesivo al derecho de aquellos padres (biológico y afín) de fundar una familia, como personas que les atañe, según lo consagrado en nuestra carta magna.

Respecto a la jurisprudencia internacional, la Sala Octava de la Corte Constitucional de Colombia fallo en el Expediente T-70/15, fundamento 29, señala lo siguiente:

[...] concluyendo que se vulneraba la unidad familiar y el desarrollo integral y armónico de los menores de edad, al desconocer las relaciones que surgen entre padres e hijos de crianza, en razón del vínculo de afecto, respecto, solidaridad y protección. (p.07)

Bajo la misma línea, la misma Sala Octava de la Corte Constitucional de Colombia expresa, fundamento 34, que:

[...] En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-403 de 2011, estimó que se vulneraba el derecho a la igualdad de las hijas de la pareja de un miembro de la Fuerza Pública, a quienes se le negaban prerrogativas de acceso a la educación, por carecer de filiación con el compañero de su progenitora, señalando que la familia se protege, y que todos los miembros de las distintas formas de constituir familia son iguales ante el ordenamiento jurídico. (p.08)

De lo expuesto, podemos colegir que el vacío legal en lo concerniente a los derechos y deberes que les asiste a hijos y padres afines trae como consecuencia la vulneración de derechos como: a la unidad familiar, el desarrollo integral y armónico de los menores de edad, dado que los padres afines ignoran cuales son las atribuciones que les corresponden en la crianza en mérito al vínculo afectivo que los une. En este sentido, la corte también expresa que se transgrede el derecho a la igualdad que les asiste a los hijos, miembros de una familia, lo cual no debe ser así puesto que todos los miembros de los diversos tipos de familia deben gozar de un trato igualitario frente al sistema jurídico.

IV. DISCUSIÓN

4.1 Aproximación al Objeto de Estudio:

En esta etapa del estudio de investigación por un lado se va analizar y contrastar con trabajos previos de otros investigadores con respecto a la problemática que se plantearon, también se desarrollará un análisis de las opiniones que vertieron nuestros entrevistados, así como los criterios, con relación a la familia ensamblada, que tuvieron los magistrados los cuales se encuentran plasmados en sus sentencias y finalmente desarrollaremos nuestra posición personal acerca del objetivo y como lo concebimos, conjuntamente con los problemas planteados.

Respecto al objetivo general planteado para determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú, se obtiene que:

Discusión de los antecedentes:

Calderón (2016) Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo – Perú. En su tesis: *“El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas”*.

La repercusión del reconocimiento legal del ejercicio de la patria potestad del padre o madre afín en la familia ensamblada es positiva, porque permite a los padres afines efectivizar y tomar decisiones convenientes a favor de sus hijos afines, les proporciona facultades sobre la persona y bienes de estos [...] lo cual garantiza el interés superior del niño y fortalece las familias ensambladas. (p. 177)

Gaitan. (2012). Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina. En su tesis: *“Familias Ensambladas”*.

Antes se consideraba que la formación de un nuevo núcleo familiar tenía efectos negativos para el niño, hoy se abre paso a la idea de que esta ampliación familiar lo beneficia ya que puede brindarle mayor seguridad y favorece el interés superior del niño. (p. 65)

De lo manifestado por los investigadores, se infiere que el reconocerle jurídicamente derechos y deberes al padre afín resultaría positivo para los menores que forman parte de una familia ensamblada ya que, permitiría a los padres afines actuar en el cuidado y protección tanto en la persona como en los bienes de su hijo afín, garantizando de esta forma el interés superior del niño, niña y/o adolescente, y además está más decir que dicho reconocimiento fortalecería los hogares de tantas familias ensambladas, contribuyendo de esta forma a mejorar la calidad de vida de los integrantes de este nuevo modelo familiar, modelo familiar que se ven con más frecuencia en nuestro país y en el mundo.

Discusión interna:

Para Calderón (2017), al interior de una familia ensamblada consolidada, se producen relaciones o vínculos familiares entre los padres y los hijos afines bastante similares a las relaciones paterno-filiales entre padres e hijos biológicos; por tanto, el derecho resultaría mezquino si elude todo tipo de mención a la autoridad parental que eventualmente podría ejercer un padre social o afín sobre su hijo afín, en ese sentido considera que el permitirle al padre afín el ejercicio de la patria potestad conjuntamente con su pareja matrimonial o convivencial, en determinadas y especiales circunstancias, como es el caso planteado en la que el padre biológico no ejerza la patria potestad por abandono, y en una familia ensamblada en donde comprobadamente exista afecto, así como una convivencia pública y estable entre los afines, en donde los hijos afines sean tratados por el padre afín como sus hijos propios en los aspectos afectivos, morales y económicos, en este caso descrito, señala el autor, el reconocerle el ejercicio de la patria potestad al padre afín sería enormemente positivo para dicha familia ensamblada, dado que se estaría garantizando el interés superior del niño, además este nuevo modelo familiar adquiriría un funcionamiento análogo al de una familia nuclear, se le estaría dando entonces funcionalidad a la familia ensamblada.

Para Israel (2017), considera positivo el reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, dado que el menor no vería perjudicado sus relaciones paterno-filiales, y más bien se generarían nuevos vínculos afectivos con el padre afín.

Asimismo, la sentencia expedida por la Sala Octava de la Corte Constitucional de Colombia en el Expediente T-70/15, fundamento 19 y 32, se resalta la importancia de la institución de la familia y de la unión familiar, al señalar que los niños que lo integran pueden tener acceso al amor, al cuidado, la educación, así como las mínimas condiciones materiales para que pueda gozar de un desarrollo óptimo. En ese sentido, manifiesta que la unión familiar es un presupuesto esencial para que se efectivicen los derechos constitucionales de los niños, los cuales gozan de carácter prevalente. En este orden de ideas se puede colegir que el reconocerle derechos y deberes de patria potestad al padre afín para con su hijo afín, resultaría beneficioso ya que esto afianzaría los lazos de los miembros de este núcleo familiar permitiéndole al menor desarrollarse al interior de un seno familia similar a una familia tradicional unida por vínculos consanguíneos, más allá del tipo de familia que sea parte. Para que se de dicho reconocimiento sería indispensable que se cumplan ciertos supuesto, en ese sentido el Tribunal Constitucional en el EXP. N. ° 04493-2008- PA/TC, considerando 17, expresa que para hacer mención a hijos afines o padres afines, debe de cumplirse supuestos de hecho como: habitar y compartir una vida familiar con estabilidad, publicidad y reconocimiento, lo cual significa que debe haberse forjado un núcleo familiar con identidad y autonomía

Discusión personal:

De lo manifestado por Calderón e Israel (2017), considero acertado que el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, va incidir positivamente para todos los integrantes de la familia

ensamblada; en el hijo afín, toda vez que se podría suplir el vacío afectivo, moral y quizás económico del menor que se encuentra en situación de abandono por uno de sus progenitores, garantizándose así el interés superior del niño y/o adolescente, que se encuentra recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño y que ha sido ratificado por el Perú, en la medida que se estaría asegurando el crecimiento del menor bajo la responsabilidad y protección tanto de la madre biológica como del padre afín, claro está, siempre y cuando sus miembros lleven una convivencia con estabilidad, publicidad y reconocimiento, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el EXP. N. ° 04493-2008- PA/TC, en un ambiente familiar que beneficie su desarrollo en el aspecto moral, social, psicológico y físico del menor; asegurando su desarrollo integral que coadyuven a la vida digna y armoniosa del de este, en donde el menor pueda vivir de forma plena indistintamente de la estructura familiar de la que conforma.

Siguiendo las consideraciones precedentes, al reconocerle el ejercicio de la patria potestad del padre afín también incidiría de forma positiva en la estabilidad y funcionalidad de la familia ensamblada ya que como bien señaló Calderón esta nueva estructura familiar adquiriría una funcionalidad análoga a la de una familia nuclear, modelo familiar que más tutela ha alcanzado en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual es discordante con la realidad de nuestra sociedad, en la cual cada vez más se va acentuando otros modelos familiares, dentro de ellos la familia ensamblada, dejando de lado el protagonismo que tenía la familia nuclear-tradicional años anteriores; siguiendo este orden de ideas, los derechos y deberes de la familia ensamblada no debe ser omitida por nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en presente ,además, que este modelo familiar no es opuesto al instituto de familia reconocido en nuestra constitución, y según lo consagrado por nuestra carta magna en lo referente a que el principio constitucional de protección a la familia alcanza a todas las formas de organización familiar en congruencia con el principio de la no discriminación y el derecho a la diversidad. Por tanto, hacer un trato

diferenciado a los miembros de una familia ensamblada resultaría arbitraria y totalmente contradictorio con los postulados consagrados en nuestra constitución.

Con respecto al objetivo específico 1 que busca establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas, tenemos que:

Discusión de los antecedentes:

González (2015). Universidad Señor de Sipán, Chiclayo – Perú. En su tesis: *“La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el Código Civil”*.

Los integrantes de la familia ensamblada en el Perú, ven afectados sus derechos debido a los Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas en el Libro de Familia del Código Civil de 1984, porque los Responsables y Comunidad Jurídica desconocen o no aplican los Planteamientos Teóricos, especialmente los conceptos básicos, o por no cumplirse algunas Normas de nuestro Ordenamiento Jurídico o por no haber invocado las Legislaciones Extranjeras especialmente las de Latinoamérica que están más relacionadas con nuestra realidad. (p. 258)

El autor de la tesis citada hace énfasis en que el Estado peruano deba cubrir los empirismos normativos y las discrepancias teóricas que se suscitan en la realidad respecto a los derechos las familias ensambladas, modelo familiar que en la actualidad es más numerosa y que por tanto necesita la protección legal respectiva, pues se tratan de derechos fundamentales que se encuentran regulados en la Constitución Política del Estado Peruano.

Esquibel (2017). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo – Perú. En su tesis: *“La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú”*.

Mediante la revisión de diferentes legislaciones y así mismo doctrina de autores permite observar que actualmente se presenta una mayor atención a la obligación alimentaria de los padres afines, esencialmente durante el matrimonio. Esta postura tiene sus orígenes en los siguientes hechos; el niño de padres divorciados no tiene un adecuado sustento, muchos de ellos viven con sus madres o padres afines y, por último, existe la preocupación de los Estados para contener el rápido crecimiento de los costos sociales de bienestar. (p. 95)

El autor concluye que se ha determinado mediante un análisis exhaustivo tanto en el campo doctrinal como en la legislación comparada que la obligación alimentaria es primordial dentro del matrimonio de una familia ensamblada, es por ello los Estados, ante esta necesidad, buscan incrementar los costos sociales.

Discusión interna:

El magistrado Adrianzen (2017), en torno al objetivo específico 1, considera que el Estado no brinda protección a las familias ensambladas ya que señala que el Sistema Jurídico de nuestro país está enfocado en función a la familia tradicional, es decir padre e hijo biológico y por tanto la regulación en nuestro Código Civil está regido este modelo de familias y no a la familia ensamblada, pese a la proliferación de este modelo familiar en nuestro país, agrega que ante dicho vacío legal el Estado debería recurrirse a la legislación comparada como por ejemplo la argentina, que ya regula la patria potestad del padre afín, y además manifiesta que debe ampararse en la Constitución Política del Perú, en la cual se reconoce los derechos de igualdad y la no discriminación, por tanto, estima que la familia ensamblada debería tener la misma protección que una familia nuclear tradicional. Además manifiesta que el

hecho que no exista ninguna norma que reconozca a las familias ensambladas como tales, no significa que los jueces deban obviar o dejar de pronunciarse sobre los aspectos referidos a dichas familias que se pongan en su conocimiento, dado que es un principio de la función jurisdiccional, el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; esto sin desconocer que el tema de patria potestad principalmente debería trabajarse a instancias del Poder Legislativo, a través de una ley clara, que establezca sin lugar a dudas en qué casos un padre afín podría acceder a dicho ejercicio sobre sus hijos afines, esto a efecto de no presentarse interpretaciones confusas y contradictorias a instancias de la judicatura.

Por otro lado, Calderón (2017) considera oportuno, a efectos de fortalecer la familia ensamblada, que no se debe esperar que tantos casos concretos lleguen a la judicatura del Tribunal Constitucional, considera que la ambigüedad legal contribuye a la desprotección del núcleo familiar ensamblado, que ya de por sí es más susceptible que otros modelos familiares, por sus características propias. Así considera necesaria la dación de una ley que reconozca los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos afines, en concordancia con los deberes y derechos parentales consanguíneos, recurriendo a principios constitucionales como el principio de protección a la familia, el derecho a fundar una familia y a la vida familiar.

El Mg. Israel (2017), considera que en la actualidad lamentablemente las familias ensambladas están omitidas en la legislación, refiere que un mecanismo que el Estado podría adoptar mediante sus órganos jurisdiccionales sería la imposición de medidas de salvaguardia, es decir por Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente se podría dictaminar sentencias anticipadas y/o medidas cautelares. El Estado podría determinar una regulación extensiva de la tenencia del menor.

Rueda (2017), considera necesario que en el supuesto de que el padre o madre afín estén investidos o premunidos, empoderados en la misma calidad de los padres o madres biológicos y adoptivos, el Estado debe establecerse mecanismos de evaluación, seguimiento y prospección de los grupos familiares fundados en padres afines, pero específicamente y no con vacíos ya que pudieran malinterpretarse algunos conceptos por aquellos que no son abogados cómo los que sucede con la Unión de Hecho y el matrimonio, porque hay quienes equivocadamente pretenden que son equiparables pero no es así.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en su fallo en el EXP. N.º 09332-2006- PA/TC, considerando 4 y 14, en relación al objetivo 1, reconoce la existencia de un vacío legal respecto de las familias ensambladas, en lo referente a los derechos y deberes entre hijos afines y padres afines. Así también el Tribunal reconoce la existencia de un trato desigual por parte de la legislación a los hijos afines en comparación de los hijos biológicos, manifestando que dicha diferenciación deviene en arbitraria y contradictoria a los postulados constitucionales que exigen al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. De ello se colige que el Estado y la comunidad tienen el deber de proteger a la familia por cuanto nuestra constitución así lo dispone en su artículo 4º, al reconocer a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad; sin embargo, dicha protección, por parte del Estado, no se ve reflejada en la realidad, por cuanto muchos modelos familiares que cohabitan en nuestra sociedad, dentro de los cuales encontramos a la familia ensamblada, aún no cuentan con un reconocimiento expreso en nuestra normatividad, respecto de los derechos especiales y deberes específicos que les corresponde tal como lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia en mención.

Discusión personal:

En concordancia con lo manifestado por Adrianzen, Calderón e Israel, considero que el Estado peruano no garantiza la protección de tantas familias ensambladas que habitan en nuestra sociedad, ya que no establece mecanismos de protección ante la ausencia de normas que regulen los deberes y derechos que conforman la patria potestad que es necesario que ejerza el padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, resultando dicha omisión o vacío legal contradictorio con el deber constitucional del Estado de proteger a la familia, precepto consagrado en el artículo 4° de nuestra carta magna que expresamente reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad, así también el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos plasma que tanto hombre como mujeres a partir de la edad pubescente tienen derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, lo cual es natural y fundamental de la sociedad, por lo tanto tiene derecho al amparo y protección tanto de la sociedad como del Estado.

Siguiendo las consideraciones precedentes, considero que la protección del Estado se debería manifestar ya sea mediante su función legislativa, a través de la dación de leyes que las amparen y fortalezcan, otorgándoles identidad y perceptibilidad dentro de la sociedad, como bien lo señaló el magistrado Calderón quien manifestó que el Poder Legislativo, a través de una ley clara, debería establecer sin lugar a dudas en qué casos un padre afín podría acceder a dicho ejercicio sobre sus hijos afines, esto a efecto de no presentarse interpretaciones confusas y contradictorias a instancias de la judicatura, dicha dación debería darse recurriendo a principios constitucionales como el principio de protección a la familia, el derecho a fundar una familia y a la vida familiar, en este sentido el Estado peruano debería estar al nivel de las legislaciones de otros países cuyas leyes van de la mano con su realidad social como es el caso de la legislación de Argentina, Inglaterra, Alemania, Suiza, Francia, Suecia, entre

otras legislaciones que ante el quebrantamiento de los lazos maritales y la necesaria preservación de las generaciones futuras han visto necesario el fortalecimiento de la coparentalidad, es decir la responsabilidad parental compartida del padre biológico con el padre afín, en cuanto a la cuidado y educación de los menores, ya sea en forma total o parcial, de este modo el padre afín estaría más comprometido en el cuidado de sus hijos afines .

Así también el Estado podría brindar protección a este nuevo modelo familiar adoptando determinadas medidas en su misión de satisfacer las necesidades públicas, pero también esa obligación alcanza a los órganos jurisdiccionales, en su calidad de órganos del Estado, así según lo manifestado por Calderón cuando refiere que el hecho que no exista ninguna norma que reconozca a las familias ensambladas como tales, no significa que los jueces deban obviar o dejar de pronunciarse sobre los aspectos referidos a dichas familias que se pongan en su conocimiento, dado que es un principio de la función jurisdiccional, el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en este orden de ideas, considero relevante también lo señalado por el magistrado Inga quien refiere que los Jueces de Familia, en aplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil deben flexibilizar las normas en beneficio de la familia, y además deber seguir el criterio adoptado por nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección del menor en aplicación del Principio del Interés Superior del Niño.

Adicionalmente, considero que si bien el Estado como tal en virtud a su deber constitucional de proteger a la familia, y garantizando el Interés Superior del Niño y Adolescente que se encuentra recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño y que ha sido ratificado por el Perú, tendría que garantizar dicha protección al menor, por tanto, en concordancia por lo referido por Calderón considero que resulta sumamente importante que este reconocimiento de la patria potestad al padre afín deba cumplir exhaustivamente ciertos requisitos o presupuestos como el que la

familia ensamblada este estrictamente consolidada, es decir, una familia en donde comprobadamente exista afecto, así como una convivencia con estabilidad, publicidad y reconocimiento y además, claro eta, una convivencia en donde los hijos afines sean tratados por el padre afín como si fueran sus hijos biológicos.

Con respecto al objetivo específico 2 que busca analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada, tenemos que:

Discusión de los antecedentes:

Gaitan. (2012). Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina. En su tesis: *“Familias Ensambladas”*.

El derecho debe cooperar para el mejor funcionamiento de estas familias, la falta de normas claras que regulen los roles incide seriamente en la solidez de los nuevos hogares. No es tanto la complejidad de estas familias lo que provoca su inestabilidad, sino precisamente la ausencia de un estatuto legal que defina los lazos y roles. (p. 64)

Mango. (2016). Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Puno - Perú. En su tesis: *“Problemática y realidad jurídica de los hijos que conforman familias ensambladas en la ciudad de Puno, 2015”*.

El problema central de estas familias es la ambigüedad en los roles, particularmente en la relación de un cónyuge o conviviente con los hijos del otro. Si los roles de los padres biológicos son claros, en cambio, no hay lineamientos institucionales que legitimen. (p.103)

De lo referido por los investigadores se deduce que el vacío legal respecto a los derechos y deberes que debe tener el padre afín frente al hijo afín conlleva a que estos no tengan un horizonte claro en cuanto a su actuación dentro de la familia ensamblada, esta omisión de roles claros establecidos en un ordenamiento jurídico, traen como consecuencia repercusiones desfavorables en la solidez de este nuevo modelo familiar.

Ponce. (2004). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima - Perú. En su tesis: *“Los efectos del abandono paterno”*.

Este fenómeno [el abandono masculino de las responsabilidades familiares] está lejos de ser escaso y más bien suele estimarse como alto. Baste recordar que se estima que 210 mil niños cada año en el país, no están reconocidos por el padre. Los autores revisados indican que la dificultad que han tenido los hombres en asumir las cargas emocionales y económicas de la paternidad y de los vínculos de pareja, se vincula con la construcción histórica y cultural de la masculinidad y con una legislación y un sistema jurídico que reproducen las nociones tradicionales de masculinidad y femineidad, afianzando los prejuicios que facilitan que los hombres se evadan de las responsabilidades familiares, aun cuando transgredan la ley. (Sara Lafosse, Kaztman, Fuller, etcétera). (p. 146)

De lo referido por el investigador, en nuestro país cada vez más se acentúa el índice de niños en estado de abandono por sus padres biológicos (masculinos), este fenómeno principalmente responde, señala el autor, a motivos emocionales y económicos que surgen de la paternidad.

Discusión interna:

Rueda (2017), considera que efectivamente el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta a la consolidación de la familia ensamblada, porque al no existir una normativa sustantiva y/o procesal definida, cabe la posibilidad que se produzcan actos en contra del interés del niño y de la unidad familiar, dentro de la familia ensamblada, tal y como se puede ver en la actualidad.

Calderón (2017), señala que este vacío legal afecta más específicamente al niño y al adolescente llamados hijos afines; y el Estado debe considerar el principio rector del mismo y debe buscar el desarrollo integral del niño, su vida plena y bienestar, así como garantizar el respeto y ejercicio pleno de sus derechos como auténticos sujetos de derechos; más concretamente considera que este vacío legal podría no permitirles consolidar su vida familiar.

Por otro lado, Inga (2017) manifiesta que los Jueces de Familia deberían conceder al padre afín el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, en aplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil, y se deberían flexibilizar las normas en beneficio de la familia según el criterio adoptado por nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección del menor en aplicación del Principio del Interés Superior del Niño.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, considerando 11 y 14, resalta que la familia ensamblada por sus características propias es más frágil, a comparación que la familia nuclear-tradicional, y ello se ve maximizado si los menores, integrantes de esta nueva estructura familiar, reciben un trato diferenciado, afectado ello a la consolidación e integración de esta institución

familiar. Así también, según lo manifestado en el considerando 11, podemos señalar que el no reconocimiento de los derechos y deberes del hijo y padre afín, miembros de una familia ensamblada, traería aparejada una afectación a la identidad de esta nueva estructura familiar, resultando ello opuesto a los postulados proclamados por nuestra constitución. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 04493-2008- PA/TC, considerando 19, manifiesta que el trato diferenciado que se les da a los hijos afines y biológicos, miembros de una familia ensamblada, afecta el derecho de aquellos padres (biológico y afín) de fundar una familia, como personas que les atañe, según lo consagrado en nuestra constitución. Corresponde también señalar lo resuelto por la Sala Octava de la Corte Constitucional de Colombia en el Expediente T-70/15, fundamento 29, en el cual manifiesta que el vacío legal en lo concerniente a los derechos y deberes que les asiste a hijos y padres afines causa una afectación a la unidad familiar, el desarrollo integral y armónico de los menores de edad, al desconocer las relaciones que surgen entre padres e hijos de crianza, en razón del vínculo de afecto, respeto, solidaridad y protección.

Discusión personal:

Considero que la falta de un reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente a su hijo afín, en los casos de abandono por uno de sus progenitores, afecta de forma significativa a la familia ensamblada puesto que impide que estos actúen ampliamente en el cuidado y protección de su hijo o hijos afines, como por ejemplo el verse impedido de firmar una libreta escolar, viajar al extranjero, dar autorización a que se lleve a cabo una operación de suma urgencia, entre otros impedimentos; impedimentos que solo crean situaciones de incertidumbre y sufrimiento para los integrantes de esta nueva estructura familiar, obstaculizando así la integración y consolidación de la familia, resultando contradictorio con lo establecido en el artículo 233º del Código Civil, en el cual contempla que la

regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú, y el artículo 418° de nuestro derecho sustantivo que prescribe que por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, que es literalmente el concepto que se da también en doctrina y consecuentemente, quedan excluidos del ámbito de la patria potestad los hijos que han adquirido su mayoría de edad.

La pregunta es ¿Si los roles de los padres biológicos son claros, porque no existir lineamientos institucionales para los padres afines?, teniendo presente además, que padre no es aquel que engendra sino muchas veces el que cría, como sucede con muchas familias en nuestra realidad social y actual, en donde el padre si bien es cierto no es el biológico, pero es quien lleva al colegio al menor, quien paga las cuotas de la escuela, quien paga los alimentos, quien lo educa, quien le enseña los valores de la vida, ese es muchas veces el padre afín, es decir el esposo o conviviente de la mamá, y que al no estar regulados sus derechos y deberes, impide que este pueda ejercer el rol de padre del hijo afín en toda su magnitud.

Claro está, el ejercicio de la patria potestad del padre afín debe reconocerse analizando cada caso en particular, en los cuales se cumplan ciertos requisitos, señalados líneas precedentes, como el de que la familia ensamblada este estrictamente consolidada, donde comprobadamente exista afecto, así como una convivencia con estabilidad, publicidad y reconocimiento entre el padre social y sus hijos afines; concordante con lo manifestado por Rueda cuando refiere que la posible dación de una ley sustantiva y adjetiva del ejercicio de la patria potestad del padre afín debería ser aplicada individualmente para cada caso, en razón a que no puede aplicarse por analogía, en atención al Artículo 4°, de la Constitución Política del Perú de la Protección a la familia y la Promoción del matrimonio que son políticas del

Estado y junto con la comunidad protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

En este orden de ideas, resulta importante señalar que para que se dé el reconocimiento del ejercicio de la patria potestad al padre aún se deba necesariamente contar con la aprobación del Consejo de Familia, en este sentido estamos de acuerdo con Rueda al señalar que es necesaria la intervención de un equipo multidisciplinario en cada caso, que se verifique con presencia de psicólogos, asistentes sociales, Ministerio Público, medicina legal y jueces de familia, sumado a esto una normativa clara y sin vacíos en interés superior del niño se califique y apruebe, estructuradamente y dinámicamente, definitivamente la condición de padre aún para proteger al menor y así promover la unidad y función de la familia, según señala el artículo 233° del Código Civil referido a la Regulación de la familia, donde La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Por regla general, y considerando lo regulado por nuestra legislación nacional, el ejercicio de la patria potestad únicamente puede ser ejercida por los padres biológicos, es decir su carácter es personalísimo; sin embargo, en la legislación brasileña se viene adoptando el principio jurídico de filiación socioafectiva, principio que alude a que lo que garantiza el cumplimiento de las funciones parentales no es la relación genética o derivación sanguínea, sino el cuidado y el desvelo dedicados a los hijos, ya que no siempre los padres biológicos van a asumir su rol de padres y madres que les corresponde como tal, sino que muchas veces, quien desempeña las funciones paternas es un padre o madre no biológica, surgiendo de este modo la figura del padre afectivo distinto al padre progenitor o biológico. El autor Da Cunha Pereira, estima de gran importancia que se interprete mediante el principio de la afectividad, teniendo en cuenta que este constituye un mecanismo propulsor para

que se reconozca jurídicamente a las nuevas relaciones parentales, como es el caso de las familias ensambladas, resultando ser de justicia que los hijos afines, especialmente aquellos que se convierten en hijos socioafectivos, tengan el privilegio de sentir que ellos pertenecen a un nuevo patrón familiar. En ese sentido Da Cunha incita a todos los países occidentales, fundamentalmente los pertenecientes a Latinoamérica, a regular y aplicar el principio de afectividad y así ser este principio el guiador del Derecho de Familia contemporánea.

En cuanto a lo manifestado por Calderón, quien señala que este vacío legal o falta de regulación afecta más al niño y adolescente, creemos que dado que se trata de una población vulnerable, resulta más que necesario que el Estado pueda y deba garantizar los plenos de derechos de los niños y adolescentes, sobre todo si estos se encuentran en situación de abandono por uno de sus progenitores, y si se tienen la voluntad de los padres afines a ejercer la patria potestad; esta se les debería conceder, indispensablemente, al cumplirse ciertos requisitos o presupuestos, y previa aprobación del Consejo de Familia.

Finalmente, considero que es necesario remarcar que la institución de la Patria Potestad quizás resulte siendo la más importante dentro de todas las instituciones que se ubican en el Derecho de Familia; deber-derecho de los padres, de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, tal como lo consigna la Constitución Peruana de 1993 en su artículo 6°, o el deber derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo refrenda el artículo 418° del Código Civil.

En este orden de ideas, resulta importante el reconocimiento de la patria potestad del padre afín sobre el hijo afín, cuando este se encuentre en situación de abandono por parte de su padre biológico; ya que esto evitara este menor se encuentre en una situación de abandono y desprotección, las obligaciones paterno-filiales no se verían

perjudicadas, ya que se generaría vínculos afectivos nuevos con el padre afín. Nos interesa en especial la patria potestad porque esta como tal encierra una serie de atributos muy bien definidos por el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes que ha venido a modificar la norma contenida en el artículo 423° del Código Civil. Atributos como, velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente y cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente, representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y de responsabilidad civil, administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, a todos estos atributos se debe adicionar la tenencia.

En el caso particular de las familias ensambladas, en la mayoría de caso se presenta situación de abandono por parte de uno de los padres biológicos, principalmente el padre, sobre los hijos biológicos, tal como concluye Ponce en su tesis citada líneas arriba (discusiones de antecedentes); por tanto, entendiéndose que son los menores quienes en última instancia quedan desprotegidos, sobre todo en el caso de niños y adolescentes; por tanto es necesario que luego de cumplir con ciertos requisitos como el que sus miembros habiten y lleven una convivencia con estabilidad, publicidad y reconocimiento, y donde los hijos afines sean tratados por sus padres afines como sus hijos propios, en los aspectos afectivos, morales, y quizás económicos, se le pueda permitir, por qué no, al padre afín poder ejercer la patria potestad del hijo afín, sin que ello suponga que legalmente las responsabilidades de padre biológico desaparezcan.

V. CONCLUSIONES

Primero.

Se concluye que se ha determinado que el reconocimiento legal de deberes y derechos de patria potestad al padre afín en los casos en los que el padre biológico no ejerce la patria potestad, como sucede en los casos de abandono, y necesariamente siempre que se cumplan ciertas circunstancias especiales y previo pronunciamiento favorablemente de los equipos multidisciplinarios en protección al menor; aquel reconocimiento legal va incidir positivamente en el desarrollo integral, la vida plena y bienestar de tantos niños y adolescentes integrantes de familias ensambladas en el Perú, ya que se les estaría dando estabilidad jurídica a estas nuevas estructuras familiares, y de esta forma adquirirían un funcionamiento análogo al de una familia nuclear.

Segundo.

Se ha establecido que inclusive el Estado tener el deber constitucional de proteger a la familia y garantizar el interés superior del niño, niña y/o adolescente recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño que ha sido ratificado por el Perú, el Estado peruano no garantiza la protección respecto de los deberes y derechos de patria potestad del padre afín, como si lo vienen haciendo diversos países en el mundo, ello se debe principalmente a que el Sistema Jurídico de nuestro país se encuentra enfocado en función a la familia nuclear-tradicional, pese a la proliferación de familias ensambladas que existen en nuestro país en la actualidad.

Tercero.

Se ha analizado que el vacío legal respecto del deber-derecho de patria potestad del padre afín, afecta gravemente a las familias ensambladas y las desprotege; ello porque, el hecho que padres e hijos afines desconozcan sus deberes y derechos recíprocos sólo hace más frágiles a estos nuevos núcleos familiares, por cuanto aun existiendo relaciones de afecto paternas entre ellos, legalmente se ven imposibilitados de desarrollarse bajo las reglas de la sociedad, no pudiendo ejercer libremente deberes y derechos, tal cual lo ejerce una familia nuclear-tradicional.

VI. RECOMENDACIONES

Primero.

Resulta necesario la dación de una ley que regule el deber- derecho de patria potestad del padre afín en los casos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores, y los presupuestos que deben cumplirse para tal ejercicio, tales como una convivencia con estabilidad, publicidad y reconocimiento, en donde los hijos afines sean tratados por el padre afín como sus hijos propios en los aspectos afectivos, morales y económicos; garantizando de esta forma el interés superior del niño, niña y/o adolescente y en atención al principio constitucional de protección a la familia.

Segundo.

Urge que el Estado tome cartas en el asunto ante este vacío legal y la realidad existente en nuestra sociedad actual, en la que cada vez se ve más acentuando estos nuevos modelos familiares; ello sería estableciendo mecanismos de protección para sus miembros, como por ejemplo el recurrirse a la legislación comparada, que ya regula estos derechos y deberes, amparándose en nuestra constitución que consagra los derechos a la igualdad y a la no discriminación, así como realizar mecanismos de evaluación, seguimiento y prospección de los grupos familiares fundados en padres afines, pero específicamente y no con vacíos ya que pudieran malinterpretarse; de esta forma se evitaría la desintegración de estas familias ensambladas así como que el menor continúe en una situación de desamparo.

Tercero.

Suplir los vacíos legales en torno a los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos afines, a efectos que el vínculo que se genera entre estos se fortalezca ante una expresa regulación de sus deberes y derechos, asegurando el crecimiento del menor bajo la responsabilidad y protección tanto de la madre biológica como del padre afín, en un ambiente familiar que beneficie su desarrollo integral y fortaleciendo la identidad familiar de este nuevo núcleo familiar.

VII. REFERENCIAS

Referencias bibliográficas:

Chacón, J. (2012). *Técnicas de Investigación Jurídica*. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Chihuahua. México.

Cheesman de Rueda, S. (2014). *Conceptos Básicos en Investigación*. Investigar1's Blog. Recuperado de investigar1.files.wordpress.com/2010/05/conceptos.pdf.

Grinnell, W. & Unrau (2009). *Técnicas e instrumentos de recolección de datos*. Venezuela: Universidad de Yacambú.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill Interamericana Editores S.A.

Jiménez, G. (2014). *Metodología de la investigación*. Revista cubana de salud pública, 36(1), 9-18.

Otiniano, N., & Benites, S. (2014). *Instrucciones para la elaboración de Proyectos e Informes de Tesis*. Dirección de Investigación de la Universidad César Vallejo Lima. Perú

Sánchez, H., & Reyes, C. (2010). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Editorial Universitaria.

Valderrama, S. (2015). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica*. Lima: San Marcos.

Referencias temáticas:

Aguilar, Ll. (2011). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: San Marcos.

- Belluscio, A. (2015). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo 2. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Bercovitz, R. (2013). *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Chunga, F. (1995). *Derecho de Menores*. Editora Jurídica Grijley. Perú
- Cornejo, C. (2015). *Derecho Familiar Peruano*. Tomos II. Lima: Studium Ediciones, Lima.
- Da Cunha, R. (2008). *Familias ensambladas y Parentalidad Socioafectiva*. Dialogo en la Jurisprudencia – Especial Familias Ensambladas.
- Fanzolato, E. I. (2007). *Derecho de familia: La familia y sus nuevos modelos, derecho de familia, parte general, parentesco, alimentos*: Advocatus.
- Fernández, M. (2013). *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. México: Editorial Hispano-América.
- Fernández, M. (2013). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: PUCP
- Gaitán, J. (2012). *Familias Ensambladas*. (Tesis de pregrado). Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina.
- González (2015). *La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el Código Civil*. (Tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán, Trujillo, Perú.
- Grosman, C., & Martinez, A., (2014). *La familia ensamblada: el vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro*. Argentina: Dialnet.
- Hinostroza, A., (2014). *Derecho de la Familia*. Lima: Fecat.

Meza, E. J., (2015). *Constitución política del Perú y la prestación de alimentos en las familias ensambladas*. (Tesis de pregrado), Universidad Nacional de Huancavelica, Perú.

Naymark, S. & Cañadas, A. (2014). *Diccionario jurídico Forum*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Jurídica Argentina.

Plácido, A. (2012). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.

Salmón, E. (2010). *Los Derechos de los Niños y las Niñas en la Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ.

Valdivia, C. (2010). *La familia: conceptos, cambios y nuevo modelo*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Zavaleta, W. (2011). *Código civil*. Tomo I. Lima: Rhodas.

Referencias normativas:

Código Civil (1984). Decreto Legislativo N° 295. Promulgado el, 24.

Código de los Niños y Adolescentes. Ley N. ° 27337.

Constitución política de Perú. (1993)

Direcciones electrónicas:

Briozzo, M. S. (2016). La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: superó la falta de lineamientos institucionales que determinan sus acciones. Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales AL Gioja, (12), 26-46. Obtenido: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/75/56>

Cillero, M. (1998). Convención por los derechos de los niños reconoce el interés superior del niño en la satisfacción y disfrute de sus derechos-Entrevista. recuperado de: [http://www.unicef.org/peru/sapnich/entrevista Miguel Cillero.pdf](http://www.unicef.org/peru/sapnich/entrevista_Miguel_Cillero.pdf)

De Trazegnies, F., Rodriguez, R., Cardenas, C., & Garilbaldi, J. A. (2010). La Familia en el Derecho Peruano. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial 1990. Recuperado de: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/71/familia_de_recho.pdf

Días, M. B. (2015). Filiación socioafectiva: Nuevo paradigma de los vínculos parentales. Revista jurídica. Recuperado en: http://dspace.uces.edu.ar8180/xmlui/bistream/handle/123456789/711/Filiaci%C3%B3n_socioafectiva.pdf?sequence=1

Pozo, A. (2004). Teorías e instituciones contemporáneas de educación, Madrid. Biblioteca Nueva. Obtenido: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=5583>

ANEXOS

Anexo 1. Matriz de Consistencia

MATRIZ DE CONSISTENCIA PARA ELABORACIÓN DE INFORME DE TESIS

NOMBRE DEL ESTUDIANTE: Inchicaqui Solís, Fiorella Nattaly Kiss.

FACULTAD/ESCUELA: Derecho.

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	Reconocimiento Jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú.
PROBLEMA GENERAL	¿En qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado incide sobre la familia ensamblada en el Perú?
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿De qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas? 2. ¿En qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada?
SUPUESTO GENERAL	El reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado incide positivamente sobre la familia ensamblada ya que, al reconocerle al padre afín derechos y deberes para con su hijo afín se garantizaría el interés superior del niño y/o adolescente, y además se daría estabilidad y funcionalidad a la familia ensamblada, garantizándose el principio constitucional de protección de la familia.
SUPUESTO ESPECÍFICOS	<ol style="list-style-type: none"> 1. El Estado no garantiza la protección de la patria potestad del padre afín, ya que no establece mecanismos de protección ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores resultando, ello, contradictorio con el deber constitucional del Estado de proteger a la familia. 2. La falta de un reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta significativamente a la familia ensamblada puesto que estos no

	<p>pueden actuar ampliamente en el cuidado y protección del hijo afín, creando situaciones de incertidumbre y sufrimiento para sus integrantes obstaculizando la integración y la consolidación de la familia.</p>
OBJETIVO GENERAL	<p>Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.</p>
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<ol style="list-style-type: none"> 1. Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas. 2. Analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.
CATEGORÍAS	<ul style="list-style-type: none"> - La patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado. - La familia ensamblada.

Anexo 2. Instrumentos

GUÍA DE ENTREVISTA
Dirigido a los operadores de justicia

TÍTULO:

**“RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE AFÍN
FRENTE AL HIJO AFÍN ABANDONADO DENTRO DE LA FAMILIA ENSAMBLADA
EN EL PERÚ”**

Entrevistado:

Cargo:

Institución:

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Preguntas:

1. ¿Actualmente, nuestro Ordenamiento Jurídico regula el ejercicio de la patria potestad del padre afín?

2. ¿Considera Ud. que el padre afín debería ejercer la patria potestad juntamente con el padre biológico en los supuestos de abandono del hijo afín por el otro progenitor?
¿Por qué?

3. ¿A su juicio cuál considera Ud. que sería el aspecto positivo o negativo del reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias

Preguntas:

4. ¿Considera Ud. que el Estado peruano brinda protección a las familias ensambladas? ¿Por qué?

5. ¿Considera Ud. que es necesario que el Estado reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

6. ¿Qué mecanismos de protección debe establecer el Estado ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Preguntas:

7. ¿A su juicio considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta a la consolidación de la familia ensamblada? ¿Por qué?

8. ¿Considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente? ¿Por qué?

9. ¿Considera Ud. que los Jueces de Familia deban conceder al padre afín el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

FIRMA Y SELLO

GUÍA DE ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Esquema de análisis de fuentes documentales: Análisis Jurisprudencial

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Número de Expediente:

Materia:

Demandante:

Demandado:

I. FUNDAMENTOS:

II. ANALISIS :

GUÍA DE ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Esquema de análisis de fuentes documentales: Análisis Jurisprudencial

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas.

Número de Expediente:

Materia:

Demandante:

Demandado:

I. FUNDAMENTOS:

II. ANALISIS :

GUÍA DE ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Esquema de análisis de fuentes documentales: Análisis Jurisprudencial

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Número de Expediente:

Materia:

Demandante:

Demandado:

I. FUNDAMENTOS:

II. ANALISIS :

Anexo 3. Validación de Instrumentos
Anexo 3 – A. Validación de Guía de Entrevista

SOLICITO:

Validación de instrumento de recojo de información.

Sr.: Vargas Huamán, Esaú

Yo Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis, identificado con DNI N°47386520 alumnos(a) de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:


Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Reconocimiento Jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú.", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 12 de setiembre de 2017


.....
Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: VARGAS HUAMAN, ESAÚ
 1.2. Cargo e institución donde labora: ASESOR DE TESIS - UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: GUIA DE ENTREVISTA
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Inchicagu SOLIS, Fiorella NATALY KISS

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												✓	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												✓	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables del supuesto.												✓	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												✓	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, supuestos, variables e indicadores.												✓	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.												✓	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si
No

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

93 %

Lima, 12 de SEPTIEMBRE de 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 31042328 Telf. 969415453

SOLICITO:
Validación de instrumento de
recojo de información.

Sr.: Israel Ballena, César

Yo Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis, identificado con DNI N°47386520 alumnos(a) de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:


Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Reconocimiento Jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú.", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 17 de noviembre de 2017


.....
Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Israel B Goy
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de entrevista
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Inchicáqui 3013, Fiorella Nataly Kiss

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.											X		
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.											X		
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación											X		
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.											X		
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											X		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables del supuesto.											X		
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.											X		
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, supuestos, variables e indicadores.											X		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.											X		
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.											X		

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si
No

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

90 %

 Lima, 17 de Noviembre de 2017


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

 DNI No. 20756211 / Telf:



SOLICITO:

Validación de instrumento de recojo de información.

Sr.: Salinas Ruiz, Henry

Yo Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis, identificado con DNI N°47386520 alumnos(a) de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:

Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Reconocimiento Jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú.", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 13 de Septiembre de 2017

.....
Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Salinas Ruiz Henry Eduardo
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente a Tiempo Completo
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de entrevista
 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													X
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													X
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.													X
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.													X
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													X
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables del supuesto.													X
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.													X
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, supuestos, variables e indicadores.													X
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.													X
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.													X

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

S

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

75 %

Lima, 13 de setiembre de 2017


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 5171827 Telf. 961982202

Anexo 3 – B. Validación de Guía de Análisis Jurisprudencial

SOLICITO:

Validación de instrumento de recojo de información.

Sr.: Vargas Huamán, Esau

Yo Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis, identificado con DNI N°47386520 alumnos(a) de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:

Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Reconocimiento Jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú.", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 14 de septiembre de 2017

.....
Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: VARGAS HUAMAN, ESAU
 1.2. Cargo e institución donde labora: ASESOR DE TESIS - UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
 1.4. Autor(A) de Instrumento: INCHICQUI SOLIS, Fiorella NATALY KISS

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													✓
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación													✓
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.													✓
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													✓
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables del supuesto.													✓
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.													✓
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, supuestos, variables e indicadores.													✓
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.													✓
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.													✓

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

SI

93%

Lima, 14 de Setiembre de 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 31042328 Telf. 969415453

SOLICITO:

Validación de instrumento de recojo de información.

Sr.: Israel Ballena, César

Yo Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis, identificado con DNI N°47386520 alumnos(a) de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:

Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Reconocimiento Jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú.", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 17 de noviembre de 2017



.....
Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO
I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Israel B. Cortés
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de análisis Jurisprudencial
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Inocencio Solís, Fiorella Nataly Kiss

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables del supuesto.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, supuestos, variables e indicadores.												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

 Lima, 17 de Noviembre de 2017



FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

 DNI No. 2079624 (relf: _____)

SOLICITO:

Validación de instrumento de
recojo de información.

Sr.: Salinas Ruiz, Henry

Yo Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis, identificado con DNI N°47386520 alumnos(a) de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:

Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Reconocimiento Jurídico de la patria potestad del padre afin frente al hijo afin abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú.", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 16 de Setiembre de 2017


.....
Fiorella Nattaly Kiss Inchicaqui Solis

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Salinas Ruiz Henry Eduardo
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente a Tiempo Completo
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Análisis Jurisprudencial
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Inchicagu, SOIS, Fiorella NOTTALY KISS

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables del supuesto.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, supuestos, variables e indicadores.												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

S:

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

75 %

Lima, 16 de Septiembre de 2017

[Firma]
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 41487078 Telf: 05108222

Anexo 4. Entrevista de Especialistas

GUÍA DE ENTREVISTA

Dirigido a los operadores de justicia

TÍTULO:

“RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE AFÍN FRENTE AL HIJO AFÍN ABANDONADO DENTRO DE LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL PERÚ”

Entrevistado: Rafael Valentín Rueda Valdivia.

Cargo: Especialista en derecho de familia/ Catedrático Universitario

Institución: UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Preguntas:

1. ¿Actualmente, nuestro Ordenamiento Jurídico regula el ejercicio de la patria potestad del padre afín?

No, porque en general, tanto en la doctrina, como en la legislación comparada, la patria potestad se concibe como la capacidad legal que asiste a ambos padres (no dice padres afines) para velar por la salud, educación, bienestar, moral, residencia, mantenimiento y respeto de los hijos o la tutela que corresponde a los progenitores respecto de sus hijos, función tuitiva que se despliega en el ámbito personal y patrimonial. Y en el Código Civil tanto el padre y la madre, son así señalados sin la especificidad de indicar que sean afines o no. El Art. 418 de nuestro derecho sustantivo prescribe por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores; que es literalmente el concepto que se da también en doctrina. Consecuentemente, quedan excluidos del ámbito de la patria potestad los hijos que han adquirido su mayoría de edad.

2. ¿Considera Ud. que el padre afín debería ejercer la patria potestad juntamente con el padre biológico en los supuestos de abandono del hijo afín por el otro progenitor? ¿Por qué?

De ser necesario y en interés superior del niño, pero aplicando la Ley Sustantiva y adjetiva para cada caso individualmente aplicada, en razón a que no puede aplicarse por analogía, en atención al Artículo 4, de la Constitución Política del Perú de la Protección a la familia y la Promoción del matrimonio que son políticas del Estado y junto con la comunidad protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, así como la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley y sumado a esto el Artículo 233 del Código Civil, de la Regulación de la familia, en el que se indica que, la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú, y en el artículo 418 de nuestro derecho sustantivo se prescribe por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, que es literalmente e concepto que se da también en doctrina y Consecuentemente, quedan excluidos del ámbito de la patria potestad los hijos que han adquirido su mayoría de edad, entonces pudiera darse esa posibilidad pero luego de lo que favorablemente indiquen los equipos multidisciplinarios en protección al menor y miembro del grupo familiar que posiblemente esté en riesgo.

3. ¿A su juicio cuál considera Ud. que sería el aspecto positivo o negativo del reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

Sería positivo, pero aplicando la norma específica que aún no se ha ordenado y, con opinión favorables de los equipos multidisciplinarios, si reflexionamos que, según el derecho comparado, en Argentina se estableció un sistema de responsabilidad parental al entrar en vigor en 2015 el Código Civil y Comercial, dejando sin efecto el viejo sistema de patria potestad, que había estado vigente desde tiempos coloniales. Es así como, en Argentina, el sistema de responsabilidad parental está regulado en el Título VII (Responsabilidad parental) del Libro Segundo (Relaciones de familia), desde el artículo 638 al artículo 704. El título se organiza a su vez en varios capítulos: 1) Principios generales; 2) Titularidad y ejercicio; 3) Deberes y derechos de los progenitores; 4) Cuidado de los hijos; 5) Obligación de alimentos; 6) Deberes de los hijos; 7) Progenitores e hijos afines; 8) Representación y administración de los bienes del hijo menor de edad; 9) Extinción y suspensión de la responsabilidad parental. Los principios generales que rigen la responsabilidad parental son tres: El interés superior del niño; La autonomía progresiva del hijo; el

derecho del niño a ser oído y, el Código establece la corresponsabilidad parental entre el padre y la madre, en igualdad de condiciones, admitiendo la posibilidad de que también sea ejercida por dos hombres o dos mujeres. En nuestro país verificamos la ley N. ° 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; se dan disposiciones sustantivas para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar teniendo como principios: de igualdad y no discriminación, interés superior del niño, debida diligencia, intervención inmediata y oportuna

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas.

Preguntas:

4. ¿Considera Ud. que el Estado peruano brinda protección a las familias ensambladas? ¿Por qué?

En puridad ni siquiera se da abasto para proteger a la familia tradicional o la regulada por el código Civil en su el Artículo 233, de la Regulación de la familia y; la Constitución en su Artículo 4. En ese correlato primero, aunque sea intentar, en serio y de manera efectiva el proteger a la familia tal como existe y conjuntamente de estar regulado entonces, debe protegerse también, a la familia ensamblada, pero como esta en los planes para el desarrollo humano y las políticas de Estado.

5. ¿Considera Ud. que es necesario que el Estado reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

Es necesario regular y proteger todo lo relacionado con el núcleo familiar, porque la familia es la base de la sociedad.

6. ¿Qué mecanismos de protección debe establecer el Estado ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

En el supuesto de que el padre o madre afín estén investidos o premunidos, empoderados en la misma calidad de los padres o madres biológicos y adoptivos, deben establecerse mecanismos de evaluación, seguimiento y prospección de los grupos familiares fundados en padres afines, pero específicamente y no con vacíos ya que pudieran malinterpretarse algunos conceptos por aquellos que no son abogados cómo los que sucede con la Unión de Hecho y el matrimonio, porque hay quienes equivocadamente pretenden que son equiparables pero no es así.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Preguntas:

7. ¿A su juicio considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta a la consolidación de la familia ensamblada? ¿Por qué?

Sí, porque al no existir una normativa sustantiva y/o procesal definida, existe el peligro de que se produzcan actos en contra del interés del niño y de la unidad familiar, ya que se ven muchísimos más casos de familia ensamblada en nuestra sociedad.

8. ¿Considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente? ¿Por qué?

Si consideramos que el Principio del Interés Superior del Niño que dice que: "La consagración del reconocimiento del niño y el adolescente como sujetos de derechos logro su momento cumbre con la aprobación de la convención internacional de los derechos del niño de 1989 (en adelante: la convención) luego de un largo proceso de transformación social y de reivindicaciones de los derechos de las minorías, donde la preocupación por la infancia también estuvo presente. Este instrumento jurídico internacional dio lugar a lo que en América Latina Emilio García Méndez (1994) denomina -doctrina de la protección Integral- ... esta doctrina alude a la protección integral, pues pretende quebrar el antiguo paradigma de que la mirada de las leyes de manera que conjugaban la protección y control únicamente hacia un sector de la infancia identificado por sus carencias y necesidades. La nueva visión postula una protección de la niñez y adolescencia como una tarea permanente, constante, compleja y generalizada, para otorgar todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes sin distinción alguna, sea cual fuere su

situación familiar, social o económica” ¹; Concluimos que sí, y que es necesaria la intervención de un equipo multidisciplinario en cada caso que, verifique con presencia de psicólogos, asistentes sociales, Ministerio Público, medicina legal y jueces de familia, sumado a esto una normativa clara y sin vacíos en interés superior del niño se califique y apruebe, estructuradamente y dinámicamente, definitivamente la condición de padre afín para proteger al menor y así promover la unidad y función de la familia, según señala el Artículo 233 del Código Civil referido a la Regulación de la familia, donde La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

9. ¿Considera Ud. que los Jueces de Familia deban conceder al padre afín el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

Si consideramos en atención a la “Sentencia en Casación de fecha trece de mayo del año 2001 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil- Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Supremas Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, señala que deben de constituir precedente judicial vinculante las siguientes de reglas:” 1) *En los procesos de familia , como en los de alimentos , divorcio, violencia familiar, los jueces tiene obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros , en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio ; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1,2, inciso 1,4, y 43 consagran, respectivamente: Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece. Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho “y, en aplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil los jueces deben flexibilizar las normas en beneficio de la familia, si deben y pueden hacerlo, aunque sería mejor para evitarlas apelaciones que exista una normativa definida y por el hecho de tener como espíritu de la norma la protección a la familia.*

FIRMA Y SELLO



¹ EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LA LEGISLACION COMPARADA POR DAVID ENCINAS ZEVALLOS en Revista de Doctrina Jurídica del Suplemento de Análisis Legal jurídica del martes 19 de julio del 2011 aparecido en el Diario Oficial el Peruano.

GUÍA DE ENTREVISTA

Dirigido a los operadores de justicia

TÍTULO:

“RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE AFÍN FRENTE AL HIJO AFÍN ABANDONADO DENTRO DE LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL PERÚ”

Entrevistado: Mg. Cesar A. Israel Ballena

Cargo: Especialista en derecho de familia/ Catedrático Universitario

Institución: UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Preguntas:

1. ¿Actualmente, nuestro Ordenamiento Jurídico regula el ejercicio de la patria potestad del padre afín?

No, tengo entendido que en Colombia y en otros países sí. Aquí se ha tratado el tema a nivel jurisprudencial STC 9332 - 2006 – PA/TC.

2. ¿Considera Ud. que el padre afín debería ejercer la patria potestad juntamente con el padre biológico en los supuestos de abandono del hijo afín por el otro progenitor? ¿Por qué?

Sí, después de un tiempo, quizás unos dos años de matrimonio con el padre afín. Sin embargo, somos una sociedad machista, en la cual los entenados solo tienen derechos y deberes con sus padres biológicos.

3. ¿A su juicio cuál considera Ud. que sería el aspecto positivo o negativo del reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

El aspecto positivo, las obligaciones paterno-filiales no se verían perjudicadas, generaría vínculos afectivos nuevos con el padre afín.

El aspecto negativo, generaría más responsabilidad legal en el padre afín, lo cual de alguna manera podría llevar como consecuencia la no responsabilidad o disminución de responsabilidad del padre biológico.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas.

Preguntas:

4. ¿Considera Ud. que el Estado peruano brinda protección a las familias ensambladas?
¿Por qué?

No legalmente, las familias ensambladas lamentablemente están omitidas en la legislación. Sin embargo, el derecho no puede dejar de legislar o regular vacíos legales. Respecto a la jurisprudencia que el Perú si la familia ensamblada está regulada, pero de manera dispar no uniforme. Lo ideal sería que esté regulada en una norma.

5. ¿Considera Ud. que es necesario que el Estado reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono por uno de sus progenitores?
¿Por qué?

Sí, considerando el principio rector del derecho de familia, Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente. Las familias ensambladas son cada vez más numerosas, el derecho no puede estar ausente en este tema.
Más que patria potestad el padre afín podría tener una responsabilidad que podría devenir por el transcurso del tiempo.

6. ¿Qué mecanismos de protección debe establecer el Estado ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

Podría ser imponer medidas de salvaguardia, es decir por Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente se podría dictaminar sentencias anticipadas y/o medidas cautelares. El Estado podría determinar una regulación extensiva de la tenencia del menor.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Preguntas:

7. ¿A su juicio considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta a la consolidación de la familia ensamblada? ¿Por qué?

La familia ensamblada debería tener una legislación ad hoc (especifica). La omisión que tiene el ordenamiento genera consecuencias negativas y omisiones en detrimento de los niños, quienes son protegidos por el Estado.

8. ¿Considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente? ¿Por qué?

Si, afecta el Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, ya que corresponde al Estado peruano hacer todas las medidas necesarias para y en beneficio de los niños. Si es necesario una legislación sobre este tema debe darse.

9. ¿Considera Ud. que los Jueces de Familia deban conceder al padre afín el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores? ¿Por qué?



Considero que la tenencia debería ser considerada por los jueces. Asimismo, los jueces tienen el principio *lura novit curia*, el cual se encuentra consagrado en el Título Preliminar; es decir el juez conoce el derecho, sin embargo, la fuente de derecho por excelencia es la ley. Por tanto, para el ejercicio de este derecho y su tutela por parte de los jueces sería necesario una legislación ad hoc.

FIRMA Y SELLO

César Augusto Israel Balleira
Docente UCV

GUÍA DE ENTREVISTA **Dirigido a los operadores de justicia**

TÍTULO:

“RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE AFÍN FRENTE AL HIJO AFÍN ABANDONADO DENTRO DE LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL PERÚ”

Entrevistado: Mg. Javier Edmundo Calderón Beltrán

Cargo: Juez Titular del Juzgado de Familia del M.B.J. de Paucarpata-Arequipa.

Institución: PODER JUDICIAL

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Preguntas:

1. ¿Actualmente, nuestro Ordenamiento Jurídico regula el ejercicio de la patria potestad del padre afín?

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico no reconoce de forma explícita ningún aspecto referido a familias ensambladas, no está regulado ningún derecho ni deber entre padres e hijos afines; la patria potestad sólo está prevista a favor de los padres biológicos de un niño o adolescente.

2. ¿Considera Ud. que el padre afín debería ejercer la patria potestad juntamente con el padre biológico en los supuestos de abandono del hijo afín por el otro progenitor?
¿Por qué?

Considero que, al interior de una familia ensamblada consolidada, se producen relaciones o vínculos familiares entre los padres y los hijos afines, bastante similares a las relaciones paterno-filiales, por lo que el derecho sería mezquino si obviaría todo tipo de mención a la autoridad parental que eventualmente podría ejercer un padre social o afín sobre su hijo o hijos afines, es importante por lo tanto, que el derecho reconozca roles parentales en los padres afines, convirtiéndose en una especie de coadyuvante de su pareja en el ejercicio de esta

autoridad parental, teniendo esta ayuda su origen en deberes maritales como la asistencia recíproca que se deben los cónyuges, sin que esta asistencia signifique desplazar los derechos y deberes surgidos en los padres biológicos. Ahora no debería descartarse que, en determinadas y especiales circunstancias, el padre afín deje de ser coadyuvante para convertirse en titular del ejercicio de patria potestad sobre sus hijos afines conjuntamente con su pareja matrimonial o convivencial, esto estaría dado en los casos en los que el padre biológico que no ejerce la patria potestad fallezca, se declare su ausencia, o simplemente se aparte de la vida del niño o adolescente por ejemplo abandonándolo.

3. ¿A su juicio cuál considera Ud. que sería el aspecto positivo o negativo del reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

Si hablamos de una familia ensamblada consolidada, es decir, donde comprobadamente exista afecto, así como una convivencia pública y estable entre el padre social y sus hijos afines, en donde los hijos afines sean tratados por el padre afín como si fueran sus hijos biológicos en los aspectos afectivos, morales y económicos y donde en la vida del niño o adolescente esté ausente el padre biológico por las circunstancias especiales que antes hemos descrito, en ese caso descrito, el permitirle al padre afín el ejercicio de la patria potestad, sería hartamente positivo para dicha familia ensamblada, dado que adquiriría un funcionamiento análogo al de una familia nuclear, que como sabemos es el tipo de familia que más tutela ha alcanzado en nuestro ordenamiento jurídico.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas.

Preguntas:

4. ¿Considera Ud. que el Estado peruano brinda protección a las familias ensambladas?
¿Por qué?

El Estado no ha brindado protección adecuada a las familias ensambladas, no existe ninguna norma que de forma explícita reconozca a estas familias, las defina o que establezca derechos y deberes entre sus miembros, el silencio legislativo no fortalece sino más bien desprotege a este tipo de familias, únicamente se han encontrado algunas respuestas, por cierto insuficientes para hablar de protección integral, a nivel del Tribunal Constitucional, quién recurriendo a principios constitucionales como el principio de protección a la familia, el derecho a fundar una familia y a la vida familiar, brindó protección a familias ensambladas en casos concretos, como cuando un club privado negó el carnet de asociada a una hija afín discriminándola con relación a las hijas biológicas de los asociados; el fortalecimiento de estas familias tendrá lugar cuando el vacío legal sea superado, como ya viene sucediendo en otras latitudes como la argentina.

5. ¿Considera Ud. que es necesario que el Estado reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

Sería importante hacerlo, siempre y cuando que estén presentes las circunstancias especiales antes descritas, es decir, que el padre biológico esté ausente de la vida del niño o del adolescente, por haberlo abandonado, por ausencia comprobada, muerte presunta o efectivo fallecimiento, permitiendo en dichas circunstancias el ejercicio pleno al padre afín; en caso contrario, la patria potestad debería seguir bajo la autoridad y supervisión de los padres biológicos, siendo el padre afín solamente un coadyuvante en su ejercicio, coadyuvante de su pareja marital o convivencial, pues una familia ensamblada tampoco se establece para desplazar, ni anular a los derechos y deberes parentales que previamente surgieron de la consanguinidad.

6. ¿Qué mecanismos de protección debe establecer el Estado ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

A efectos de fortalecer a la familia ensamblada, no debemos esperar que casos concretos lleguen a la judicatura o al Tribunal Constitucional, la ambigüedad legal contribuye a la desprotección de un núcleo familiar, el ensamblado, que de por sí es más frágil que otros moldes familiares, debido a que se conforma por una pareja que tiene hijos propios y que empiezan a convivir trayendo de por medio una historia previa, teniendo esta nueva convivencia como fin el reconstruir su vida familiar, es necesario por lo tanto, la dación de una ley que reconozca los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos afines, en concordancia con los deberes y derechos parentales consanguíneos, que como antes hemos señalado y como también lo manifestado el Tribunal Constitucional, tampoco pueden verse desplazados por las familias ensambladas.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Preguntas:

7. ¿A su juicio considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta a la consolidación de la familia ensamblada? ¿Por qué?

El vacío legal afecta gravemente a las familias ensambladas y las desprotege, el hecho que padres e hijos afines desconozcan sus deberes y derechos recíprocos, sólo hacen más frágil a estos núcleos familiares.

8. ¿Considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente? ¿Por qué?

Si entendemos al interés superior del niño como un derecho y como un principio rector, que busca el desarrollo integral del niño, su vida plena y su bienestar, así como garantizar el respeto y ejercicio pleno de sus derechos como auténticos sujetos de derechos, es que el vacío legal que afecta a las familias ensambladas conformadas por niños y adolescentes llamados hijos afines, en cierto modo vendría a afectar dicho principio, al no permitirséles consolidar su vida familiar con las personas con las que convive.

9. ¿Considera Ud. que los Jueces de Familia deban conceder al padre afín el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

El hecho que no exista ninguna norma que reconozca a las familias ensambladas como tales, no significa que los jueces deban obviar o dejar de pronunciarse sobre los aspectos referidos a dichas familias que se pongan en su conocimiento, dado que es un principio de la función jurisdiccional, el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; esto sin desconocer que el tema de patria potestad principalmente debería trabajarse a instancias del Poder Legislativo, a través de una ley clara, que establezca sin lugar a dudas en que casos un padre afín podría acceder a dicho ejercicio sobre sus hijos afines, esto a efecto de no presentarse interpretaciones confusas y contradictorias a instancias de la judicatura.

GUÍA DE ENTREVISTA **Dirigido a los operadores de justicia**

TÍTULO:

“RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE AFÍN FRENTE AL HIJO AFÍN ABANDONADO DENTRO DE LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL PERÚ”

Entrevistado: Mg. Rafael Mateo Inga Méndez

Cargo: Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado (Civil – Familia) del Callao

Institución: PODER JUDICIAL

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Preguntas:

1. ¿Actualmente, nuestro Ordenamiento Jurídico regula el ejercicio de la patria potestad del padre afín?

Nuestro ordenamiento Jurídico no regula expresamente la figura de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín.

2. ¿Considera Ud. que el padre afín debería ejercer la patria potestad juntamente con el padre biológico en los supuestos de abandono del hijo afín por el otro progenitor?
¿Por qué?

Considero que en virtud del Principio del Interés Superior del Niño el Padre afín ejerza la patria potestad del hijo a fin siempre y cuando el Padre Biológico no cuente con capacidad idónea, o en su casa haya hecho abandono injustificado.

3. ¿A su juicio cuál considera Ud. que sería el aspecto positivo o negativo del reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

Con respecto al aspecto positivo, considero que beneficiaría al menor, toda vez, que al tener ausencia paternal el mismo sería reemplazado por el Padre Afín, claro siempre y cuando haya tenido un estado constante y a la vez sea bien recibido por el menor.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas.

Preguntas:

4. ¿Considera Ud. que el Estado peruano brinda protección a las familias ensambladas?
¿Por qué?

Considero que sí, toda vez, que el artículo 04 de la Constitución indica que el Estado protege a la Familia, sin hacer ningún tipo de distinciones.

5. ¿Considera Ud. que es necesario que el Estado reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono por uno de sus progenitores?
¿Por qué?

Tal como indique, claro que si, en razón de que a nivel constitucional el Estado tiene la obligación de proteger a la familia, y además por jurisprudencia convencional emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se reconoce la protección del menor en cualquier estado bajo el Principio del Interés Superior del Niño.

6. ¿Qué mecanismos de protección debe establecer el Estado ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

Debería de regular a través de normativas, supuestos como la tenencia, régimen de visitas, alimentos, y derechos sucesorios.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Preguntas:

7. ¿A su juicio considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta a la consolidación de la familia ensamblada? ¿Por qué?

Así, toda vez, que la familia ensamblada viene incrementándose en nuestra sociedad.

8. ¿Considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente? ¿Por qué?

Claro que si, en razón de que afecta el desarrollo y protección del menor en caso de abandono.

9. ¿Considera Ud. que los Jueces de Familia deban conceder al padre afín el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

Considero que sí, ya que los Jueces de Familia, en aplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil deben flexibilizar las normas en beneficio de la familia, y además deber seguir el criterio adoptado por nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección del menor en aplicación del Principio del Interés Superior del Niño.

FIRMA Y SELLO

GUÍA DE ENTREVISTA

Dirigido a los operadores de justicia

TÍTULO:

“RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE AFÍN FRENTE AL HIJO AFÍN ABANDONADO DENTRO DE LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL PERÚ”

Entrevistado: Mg. Gastón Alejandro Adrianzen García.

Cargo: Juez Titular del 20° Juzgado Especializado de Familia de Lima.

Institución: PODER JUDICIAL

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Preguntas:

1. ¿Actualmente, nuestro Ordenamiento Jurídico regula el ejercicio de la patria potestad del padre afín?

No, solamente está regulado el deber-derecho de patria potestad para los padres biológicos.

2. ¿Considera Ud. que el padre afín debería ejercer la patria potestad juntamente con el padre biológico en los supuestos de abandono del hijo afín por el otro progenitor? ¿Por qué?

Sí, porque en una familia ensamblada surge un vínculo de afecto entre padre e hijo afín y esto genera una relación parecida a la del padre e hijo biológico, por lo que debe extenderse los mismos derechos y deberes como el ejercicio de la patria potestad y así poder coadyuvar a la crianza del menor conjuntamente con su madre biológica.

3. ¿A su juicio cuál considera Ud. que sería el aspecto positivo o negativo del reconocimiento jurídico del ejercicio de la patria potestad del padre afín, en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

El aspecto positivo sería que permite coadyuvar a la crianza del menor conjuntamente con la madre biológica.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas.

Preguntas:

4. ¿Considera Ud. que el Estado peruano brinda protección a las familias ensambladas? ¿Por qué?

El Estado no brinda protección porque el Sistema Jurídico de nuestro país está enfocado en función a la familia tradicional, es decir padre e hijo biológico y la regulación en nuestro Código Civil está regido a este modelo de familias y no a la familia ensamblada, pese a la proliferación de este tipo de familias en nuestro país.

5. ¿Considera Ud. que es necesario que el Estado reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

Sí, es necesario porque existe un vacío en la norma y es una realidad en nuestra sociedad la existencia de la familia ensamblada es más en otros países como es Argentina ya está regulado la patria potestad del padre afín.

6. ¿Qué mecanismos de protección debe establecer el Estado ante la ausencia de normas que regulen el ejercicio de la patria potestad del padre afín en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores?

Debe recurrirse a la legislación comparada, como la legislación argentina, que ya regula este tema; así como ampararse en la constitución de nuestro país que reconoce los derechos a la igualdad y a la no discriminación, en tal virtud, la familia ensamblada merece la misma protección que la familia tradicional.

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación jurídica de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Preguntas:

7. ¿A su juicio considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta a la consolidación de la familia ensamblada? ¿Por qué?

Sí, porque en las familias ensambladas la interrelación de los miembros que se generan es similar a los de la familia tradicional, por lo tanto, debe darse tratamiento similar.

8. ¿Considera Ud. que el vacío legal referente al ejercicio de la patria potestad del padre afín afecta el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente? ¿Por qué?

Sí, porque el impedir que el padre afín pueda ejercer los mismos derechos y deberes del padre biológico que ha abandonado a su hijo, se está ocasionando que este menor continúe en una situación de desamparo siendo la obligación del Estado de procurar su bienestar con carácter autoritario.

9. ¿Considera Ud. que los Jueces de Familia deban conceder al padre afín el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de abandono del hijo afín por uno de sus progenitores? ¿Por qué?

Si bien es cierto no está legislado este tema; sin embargo, en la aplicación del control difuso podría concederse este derecho al padre afín.

FIRMA Y SELLO

Anexo 5. Análisis Jurisprudencial

GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Esquema de análisis de fuentes documentales: Análisis Jurisprudencial

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Número de Expediente N. °: T-70/15 – Colombia.

Proceso: Proceso de revisión

Demandante: Carlos Arturo Cabra Salinas y Nohemí Carlina Martínez Suárez

Demandado: Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá-ESP

I. FUNDAMENTOS:

Fundamento 09: [...] Igualmente, el artículo 42 Constitucional señala que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar. Dicha igualdad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado. (p.05)

II. ANÁLISIS:

De lo citado se observa, que la Corte Constitucional de Colombia ampara los derechos a la igualdad y a la protección integral a la familia; ello a partir de la igualdad de derechos que debe existir entre los hijos que componen el núcleo familia. Además, señala que este derecho a la igualdad alcanza a todos los hijos miembros de una familia, indistintamente de su naturaleza, como los que son provenientes sólo de uno de los miembros de la pareja (hijo afín) y los hijos comunes (hijos biológicos), que forman parte del núcleo familiar; considerando que todos ellos deben tener iguales derechos y deberes. Asimismo, esta corte resalta la importancia de la institución de la familia, en la medida que es fundamental para el desarrollo idóneo de los niños, así como para la concretización de sus derechos constitucionales (el cual goza de carácter preponderante) de tantos niños, miembros de familias ensambladas.

GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Esquema de análisis de fuentes documentales: Análisis Jurisprudencial

OBJETIVO JURÍDICO GENERAL

Determinar en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado, incide sobre la familia ensamblada en el Perú.

Número de Expediente N.º: 04493-2008- PA/TC

Proceso: Recurso de agravio constitucional

Demandante: Leny de la Cruz Flores

Demandado: Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial y otros.

I. FUNDAMENTOS:

Considerando 17: [...] para que se pueda hacer referencia a hijos afines o padres afines, debe de cumplirse con algunos supuestos de hecho como es el habitar y compartir vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma. 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 (p.07)

II. ANÁLISIS:

De acuerdo con lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional, reconoce ciertos supuestos o presupuestos que deben de cumplirse al momento de hablar de hijos y padres afines, tales como; que estos se encuentren habitando bajo un mismo techo, es decir que lleven una vida de familia, así como que la convivencia de los integrantes de la familia ensamblada sea necesariamente una convivencia estable, pública y reconocida ante la sociedad, en otras palabras debe haberse forjado un núcleo familiar con identidad y autonomía, más aun si estos hijos afines menores dependen económicamente del padre afín.

GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Esquema de análisis de fuentes documentales: Análisis Jurisprudencial

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Establecer de qué manera el Estado peruano garantiza la protección respecto de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de las familias ensambladas.

Número de Expediente N.º: 09332-2006-PA/TC

Proceso: Recurso de agravio constitucional

Demandante: Reynaldo Armando Shols Pérez

Demandado: Centro Naval del Perú

I. FUNDAMENTOS:

Considerando 14: Este Tribunal estima que en contextos donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. (p.05)

II. ANÁLISIS:

De lo citado se desprende que es obligación del Estado y de la comunidad proteger a la familia en virtud de lo consagrado por nuestra constitución; por lo tanto, el Estado no debe hacer diferenciaciones entre hijo afín e hijo biológico, miembros de una familia ensamblada, al omitir sobre los derechos y deberes que le corresponderían a los hijos afines sobre sus padres afines y viceversa, claro está dicha potestades serian reconocidas siempre y cuando el hijo afín se haya asimilado de forma adecuada al nuevo núcleo familiar.

GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Esquema de análisis de fuentes documentales: Análisis Jurisprudencial

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Número de Expediente N.º: 09332-2006-PA/TC

Proceso: Recurso de agravio constitucional

Demandante: Reynaldo Armando Shols Pérez

Demandado: Centro Naval del Perú

I. FUNDAMENTOS:

Considerando 14: 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 afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia. (p.05)

Considerando 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 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. (p.04)

II. ANÁLISIS:

De lo mencionado en el considerando 14, se desprende que la familia ensamblada por sus características propias es más frágil, a comparación que la familia nuclear-tradicional, y ello se ve maximizado si los menores, integrantes de esta nueva estructura familiar, reciben un trato diferenciado, afectado ello a la consolidación e integración de esta institución familiar. En este orden de ideas según lo manifestado en el considerando 11, podemos señalar que el no reconocimiento de los derechos y deberes del hijo afín, miembro de una familia ensamblada, genera un daño desmesurado a la identidad familiar de esta nueva estructura familiar, resultando ello opuesto a los postulados proclamados por nuestra constitución.

GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Esquema de análisis de fuentes documentales: Análisis Jurisprudencial

OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Analizar en qué medida la falta de una regulación de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado afecta a la familia ensamblada.

Número de Expediente: T-70/15

Materia: Civil - Familia

Demandante: Carlos Arturo Cabra Salinas y Nohemí Carlina Martínez Suárez

Demandado: Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá-ESP

I. FUNDAMENTOS:

Fundamento 29: [...] En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-403 de 2011, estimó que se vulneraba el derecho a la igualdad de las hijas de la pareja de un miembro de la Fuerza Pública, a quienes se le negaban prerrogativas de acceso a la educación, por carecer de filiación con el compañero de su progenitora, señalando que la familia se protege, y que todos los miembros de las distintas formas de constituir familia son iguales ante el ordenamiento jurídico. (p.08)

II. ANÁLISIS:

De lo expuesto, podemos colegir que el vacío legal en lo concerniente a los derechos y deberes que les asiste a hijos y padres afines trae como consecuencia la vulneración de derechos como: a la unidad familiar, el desarrollo integral y armónico de los menores de edad, dado que los padres afines ignoran cuales son las atribuciones que les corresponden en la crianza en mérito al vínculo afectivo que los une. En este sentido, la corte también expresa que se transgrede el derecho a la igualdad que les asiste a los hijos, miembros de una familia, lo cual no debe ser así puesto que todos los miembros de los diversos tipos de familia deben gozar de un trato igualitario frente al sistema jurídico.

Anexo 6. Resoluciones

Expediente T-70/15

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido en segunda instancia por el juzgado treinta y tres (33) Civil del Circuito de Bogotá, el primero (1º) de agosto de dos mil catorce (2014), que revocó la decisión tomada por el Juzgado trece (13) Civil Municipal de la misma ciudad, el dieciséis (16) de junio de dos mil catorce (2014), en el curso de la acción de tutela instaurada por Carlos Arturo Cabra Salinas y Nohemí Carlina Martínez Suárez, a nombre propio y en representación de su menor hijo, contra la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá-ESP.

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Carlos Arturo Cabra Salinas y Nohemí Carlina Martínez Suárez interpusieron acción de tutela actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo, Santiago Andrés Gamboa Martínez, en contra de la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá-ESP, para que le fueran reconocidos sus derechos a la igualdad, educación y demás que resulten vulnerados, con fundamento en los siguientes

1. Hechos

1.1. Manifiesta el accionante Carlos Arturo Cabra Salinas que labora desde hace aproximadamente veinte (20) años para la entidad accionada, lo que lo hace acreedor de todos los derechos contemplados por las Convenciones Colectivas de Trabajo.

1.2. Aduce el ciudadano Carlos Cabra que dentro de los derechos que se encuentran a su favor, está el contemplado en el artículo 130 de la Convención Colectiva 2008-2011 y en el artículo 148 de la Convención Colectiva 2012-2014, artículos que contemplan un auxilio de guardería y primaria a favor de los hijos biológicos, adoptados y/o en custodia.

1.3. Adicionalmente, indica que convive en unión libre con la señora Nohemí Carlina Martínez Suárez desde hace más de cinco (5) años, dentro de la cual no han procreado hijos, pero siempre ha tenido a su cuidado al menor Santiago Andrés Gambia Martínez, hijo biológico de la señora Nohemí Martínez, quien tiene seis (6) años de edad y sobre el cual ejerce actos de protección y cuidado, conformando de esta manera, entre los tres una familia.

1.4. Prueba de lo anterior, es que desde el nueve (9) de septiembre de dos mil diez (2010), el ciudadano Carlos Cabra afilió al menor Santiago Gamboa, como beneficiario suyo, en el régimen de salud.

1.5. Teniendo en cuenta lo anterior, el dos (2) de abril de dos mil catorce (2014), el accionante Carlos Cabra elevó ante su empleador, la empresa accionada, una petición en la cual solicitaba que se le informara si el menor Santiago Andrés Gamboa Martínez tenía o no derecho al auxilio, a lo cual, la empresa respondió mediante memorando interno No. 1421001-2014-1334 del siete (7) de abril, en el cual le fue comunicado que tanto la Resolución 351 del treinta (30) de abril de dos mil diez (2010) como el artículo 148 de la Convención Colectiva de Trabajadores 2012-2014, establecen que el auxilio se pagará únicamente a los trabajadores con hijos biológicos, adoptados y/o en custodia. Sin embargo, se le recomendó allegar la documentación requerida, en los términos señalados por la convocatoria, con el fin de que el Subcomité de Educación de la Empresa aprobara o desaprobara el auxilio.

1.6. Atendiendo a la recomendación, el accionante procedió a radicar la correspondiente documentación mediante formulario No. 0444, solicitando al Subcomité de Educación de la Empresa accionada, que en concordancia con las Sentencias T-403 de 2011 y T-606 de 2013, aprobara e incluyera a los hijos aportados de los trabajadores de la empresa, en la Resolución 351 de 2010, favoreciendo así el derecho de igualdad entre los hijos biológicos, adoptados y aportados.

1.7. Finalmente, indicó que el veinte (20) de mayo de dos mil catorce (2014) mediante memorial interno No. 1421001-2014-1736, la empresa accionada le negó el auxilio, bajo el argumento de que los hijos aportados no estaban incluidos como beneficiarios del auxilio educativo.

2. Respuesta de la entidad accionada

La Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, se pronunció respecto de la acción de tutela en los siguientes términos:

1. No existe vulneración alguna de los derechos del señor Carlos Cabra como de la Señora Nohemí Martínez y su hijo, el menor Santiago Andrés Gamboa Martínez, toda vez que el auxilio económico referido en la Convención Colectiva 2012-2014, no es un derecho que se haya causado en cabeza de los accionantes, toda vez el señor Carlos Cabra no tiene hijos biológicos, adoptados y/o en custodia, tal y como lo exige lo pactado en la Convención Colectiva.

2. Adicionalmente, arguye la entidad accionada que *la Convención Colectiva de trabajo de la EAB-ESP 2012-2014, no incluyó a los hijos aportados, para el reconocimiento de este beneficio ECONÓMICO y que no le corresponde ni al Subcomité de Educación, ni a ninguna otra instancia ampliar el mismo a situaciones no consideradas por las partes, pues se constituiría en un pago ilegal con recursos públicos.*

3. Finalmente, señala la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá que la acción de tutela debe declararse improcedente toda vez que no es el medio idóneo para resolver peticiones de contenido económico, como lo es la petición del accionante con respecto al auxilio educativo.

3. Pruebas allegadas al expediente

3.1. Por parte del accionante

- Copia de la solicitud de auxilio educativo, por parte del accionante a la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá. –Folio 6.
- Copia del Memorando interno No. 1421001-2014-1334 del 7 de abril de 2014. – Folios 7 y 8.
- Copia de la solicitud de autorización del auxilio educativo, interpuesta ante el Comité de Educación de la empresa accionada. –Folio
- Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez. –Folio 11.
- Certificado de estudios del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez. –Folio 12.
- Copia del formulario de solicitud de auxilio de guardería, primaria y educación especial. –Folio 13.
- Copia de la declaración juramentada número 2102, ante notario 61 del círculo de Bogotá, mediante la cual los accionantes declararon que viven en unión libre. –Folio 14.
- Copia del memorando interno No. 1421001-2014-1736 del 20 de mayo de 2014.
- Escrito de apelación de la Resolución GNR 033017 del 11 de marzo de 2013. –Folio 41 y ss.

3.2. Por parte de la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá

- Copia de la respuesta de la Dirección de Mejoramiento de Calidad de Vida de la E.A.B.-ESP y sus anexos. –Folios 32 y ss.
- Copia de la Convención Colectiva 2012-2014. –Folios 45 y 46.

4. Actuaciones procesales

Decisión de primera instancia

Por medio de sentencia de dieciséis (16) de junio de dos mil catorce (20149, el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Bogotá, D.C., tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y a la educación, del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez, al considerar que la decisión de negar el auxilio de educación por parte de la entidad accionada, resulta contraria a la Constitución Política y al precedente jurisprudencial existente, respecto de la igualdad de los hijos aportados a una unión marital de hecho, respecto de aquellos hijos que surgen mediante lazos biológicos o de vínculos jurídicos.

Por lo anterior, el Juez determinó que el menor Santiago Andrés Gamboa Martínez, hace parte del núcleo familiar conformado por su madre biológica, la señora Nohemí Carlina

Martínez Suárez y el Señor Carlos Arturo Cabra Salinas, con lo cual, goza de los mismo derechos de los hijos biológicos, adoptados y/o en custodia.

Finalmente, con respecto a la pretensión mediante la cual los accionantes solicitan que les sea pagado el auxilio educativo de manera retroactiva, el Juez consideró que al ser esta una controversia de carácter económico, se escapa a la órbita del Juez constitucional, por lo que declaró la improcedencia de dicha pretensión.

Concretamente, las órdenes impartidas por el Juez de primera instancia fueron la siguiente:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad y a la educación del menor SANTIAGO ANDRÉS GAMBOA MARTÍNEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDA: ORDENAR a EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ que a través de la entidad con quien tenga contrato vigente que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de ésta providencia y si aún no lo hubiere hecho, haga extensivos todos y cada uno de los beneficios a lo que tiene lugar el menor SANTIAGO ANDRÉS GAMBOA MARTÍNEZ en su condición de hijo de crianza del trabajador de la EAAB-ESP el señor CARLOS ARTURO CABRA SALINAS, sea o no con ocasión de convenciones colectivas de trabajo, por consiguiente se le deberá otorgar el auxilio de guardería y primaria contenido en la convención colectiva de trabajo No. 2012-2014 de la EAAB-ESP.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela respecto la retroactividad del auxilio educativo.”

Impugnación

De conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, a través de su representante legal de carácter judicial, el abogado Carlos Guillermo Ordoñez Garrido, impugnó la decisión adoptada por el *a quo* mediante escrito del veinticuatro (24) de junio de dos mil catorce (2014), en el cual reiteró los argumentos presentados en el escrito de respuesta de la acción de tutela, haciendo especial consideración en que no le corresponde al Subcomité de Educación, ni a ninguna otra instancia ampliar los beneficios consagrados en la Convención Colectiva 2012-2014, puesto que estos beneficios fueron pactados por las partes, y ampliarlos, constituiría un pago ilegal con recursos públicos.

Adicionalmente, señaló la entidad accionada que el Juez de tutela no tiene la facultad para ampliar los Acuerdos Convencionales que se realicen entre las empresas y los sindicatos, por lo que no le era dado al Juez interpretar el artículo 148 de la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014.

Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del primero (1º) de agosto de dos mil catorce (2014), el Juzgado treinta y tres (33) Civil del Circuito, revocó el fallo proferido por el *a quo*, el cual había tutelado los derechos fundamentales a la igualdad y la educación, del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez

Estima el Juez que la acción de tutela es un mecanismo mediante el cual se procura la salvaguarda de los derechos fundamentales, por lo cual no procede para reconocer prestaciones económicas, como pretenden los accionantes.

Finalmente, considera que la entidad accionada no está vulnerando el derecho a la educación del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez, toda vez que no fueron aportadas al expediente las Convenciones Colectivas que soportan la pretensión de los accionantes, por lo que no es viable determinar las condiciones del reconocimiento del auxilio educativo.

La Sala de Selección Número Diez, mediante providencia del veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014), en desarrollo de la facultad que le confieren los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, escogió para revisión el anterior fallo de tutela, repartido a esta Sala de Revisión.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Problemas jurídicos

De acuerdo con los hechos expuestos en el acápite anterior, corresponde a esta Sala resolver dos problemas jurídicos, a saber: en primer lugar, si la acción de tutela es procedente para reclamar prestaciones económicas, tales como auxilios educativos. En segundo lugar, de encontrarse que la presente acción es procedente, la Corte deberá determinar si se desconoce la protección constitucional a la familia, los derechos a la igualdad y educación del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez, con la decisión de la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá-ESP, de negar el auxilio educativo consagrado en la Convención Colectiva 2012-2014, estipulado para los hijos biológicos, adoptados y/o en custodia, de los trabajadores.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta Sala se pronunciará sobre (i) la procedibilidad de la acción de tutela para reclamar prestaciones económicas; (ii) marco constitucional y desarrollo jurisprudencial sobre protección de los diferentes tipos de familias; (iii) la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco; (iv) derecho a la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar; (v) Protección constitucional del derecho a la educación de los menores; y (vi) finalmente se desarrollará el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela para reclamar prestaciones económicas

La Corte Constitucional, de manera reiterada ha sostenido que la acción de tutela resulta en principio improcedente para hacer efectivas obligaciones dinerarias. En este sentido, el

Tribunal Constitucional, en sentencia T-410 de 1998 precisó que las controversias que versan sobre elementos puramente económicos, exceden el campo de la acción de tutela, en razón a que el único propósito de este amparo, es la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos constitucionales fundamentales, tal como lo consagra el artículo 86 de la Constitución Política, y el Decreto 2591 de 1991.

Sin embargo, una excepción a dicha regla se presenta cuando nos encontramos a un perjuicio irremediable, por lo cual, aun cuando existen acciones ordinarias para reclamar la protección de los derechos, es necesaria la intervención del juez de tutela. Al respecto, la Corte ha contemplado que ese perjuicio debe ser (i) inminente, (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado, (iii) debe tratarse de un perjuicio grave, y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de medidas impostergables.^[1]

Adicionalmente, la Corte ha establecido que la acción de tutela procede para hacer efectivas prestaciones económicas cuando *de la solución de estas dependa el restablecimiento de derechos de mayor jerarquía constitucional.*^[2]

En igual sentido, la sentencia T-046 de 1992, expresó que en ocasiones es necesario hacer una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos, sociales o culturales, con el fin de poder sustentar razonablemente una decisión judicial. Así, la Corte ha señalado, con respecto a la relación entre derechos prestacionales y derechos fundamentales que, *“eliminar el carácter de fundamental a un derecho a partir de su cualidad de prestacional es un error de categoría, puesto que esta característica se predica de algunas de sus facetas y no del derecho considerado como un todo”*^[3]. Por lo anterior, se afirma que el concepto de derecho fundamental cuenta con múltiples dimensiones, las cuales no restan el carácter de fundamental del mismo. De esta forma, ha precisado el Tribunal Constitucional que *“el carácter de fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente”*^[4]

Adicionalmente, la Corte ha señalado que la acción de tutela es procedente cuando se interpone en favor de los menores de edad, teniendo en cuenta que según el artículo 42, numeral 9 del Decreto 2591 de 1991, se presume la indefensión de los niños.^[5]

Finalmente, este Tribunal Constitucional, también ha reconocido, que la acción de tutela es procedente, de manera excepcional frente a solicitudes que versen sobre prestaciones económicas, *cuando no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste carece de la aptitud suficiente para salvaguardar los derechos amenazados o quebrantados (...)*^[6].

Es así como, es claro para la Sala de Revisión, que la acción de tutela ha sido consagrada constitucionalmente como un mecanismo cuyo fin es la protección de derechos fundamentales que han sido vulnerados, o amenazados, y no para dar solución a aspectos económicos, excepto, cuando de dicha solución dependa la salvaguarda directa de derechos de mayor raigambre constitucional, o cuando estemos frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En adición, la acción de tutela procede cuando se interpone en favor de un menor de edad, sin necesidad de que la relación causal entre la vulneración del derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental quede demostrada.

4. Marco constitucional y desarrollo jurisprudencial sobre los diferentes tipos de familia. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política de Colombia, establece en su artículo 42, que la familia puede constituirse por medio de vínculos naturales o jurídicos, mediante la determinación de dos personas de contraer matrimonio o por la voluntad libre y responsable de conformarla. Así mismo, la Carta Política señala que dicha institución, es el núcleo básico de la sociedad, por lo que el Estado y la Sociedad, deben garantizar su protección integral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º Superior[7]. Igualmente, el artículo 42 Constitucional señala que *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*[8], extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar.[9] Dicha igualdad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta el proceso de constante evolución del concepto de familia, la Corte ha dicho que se entiende por familia, *“aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”*[10]

Es así como, en virtud del principio de igualdad y con el fin de proteger de igual manera a las familias conformadas por un vínculo matrimonial, como a las constituidas por la voluntad de las personas que han acordado unir sus vidas mediante vínculos naturales, la Carta Política de 1991, eliminó las distinciones existentes entre el matrimonio y la unión libre, como formas de conformar una familia.[11]

Lo anterior, con fundamento en el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente, donde el punto de partida para consagrar una expresa y particular protección constitucional a la familia nació como consecuencia de la revisión de instrumentos de derecho internacional como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos[12], cuyo artículo 16 consagra el derecho que tienen todos los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, señalando que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*[13]

De esta manera, en el proceso de construcción de la Constitución actual se indicó que:

“[T]al protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia (...)”[14].

Adicionalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos[15], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[16] reconocen que la familia *“es el elemento natural y fundamental de la sociedad”*[17], por lo que es obligación de los Estados parte dichos tratados conceder la más amplia protección y asistencia posible, así como tomar las medidas que aseguren la igualdad y la protección de los hijos.

De la interpretación de los artículos constitucionales, y los instrumentos internacionales, referentes a la familia, la Corte Constitucional en la sentencia T-523 de 1992, en una de las primeras aproximaciones al tema, elevó a principio constitucional la unidad de la familia,

señalando que el Estado, tal como lo ordena la Constitución, tiene el deber de asistir y proteger a los niños, de manera tal, que se garantice su desarrollo armónico integral, y el ejercicio de sus derechos fundamentales, los cuales son prevalentes.[18] De la misma forma, concluyó que del texto del artículo 42 constitucional se derivan las siguientes características:

- (i) No existe un único tipo de familia, sino que en concordancia con el artículo 7 superior, nos encontramos frente a un pluralismo, el cual permite la existencia de diversos tipos de familias.
- (ii) El constituyente consagró *un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.*
- (iii) Es deber de Estado y de la sociedad garantizar protección integral a la familia.
- (iv) Uno de los fundamentos esenciales de las relaciones familiares es la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto entre sus integrantes.
- (v) La armonía y unidad de la familia es destruida cuando se presenta cualquier forma de violencia.
- (vi) *Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.*
- (vii) La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, tiene el deber de asistir y proteger a los niños.
- (viii) Es función de la familia preparar a las nuevas generaciones así como la formación de la personalidad de los menores.
- (ix) La familia es el ámbito natural dentro del cual debe cuidarse y prepararse la infancia.
- (x) Para la efectividad de los derechos constitucionales de los niños, los cuales tienen carácter prevalente, es necesaria la unidad de la familia, como presupuesto indispensable.
- (xi) *Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental.*

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en proteger la unidad e integridad de la familia, como aquella “(...) *primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social*”[19], sin importar los vínculos mediante los cuales surge.

Posteriormente, el Tribunal constitucional, en sentencia T-199 de 1996, revisó una acción de tutela interpuesta por una ciudadana contra su compañero permanente, expresando que la Constitución ofrece la garantía de seguridad a todos los tipos de familia, sin discriminación alguna, y que merece todos los esfuerzos del Estado para garantizar su integral y efectiva protección, como unidad fundamental de la sociedad.

Conforme a lo expuesto, es importante resaltar la Sentencia C-577 de 2011, en la cual, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de los artículos 113 del Código Civil, 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, declarando la exequibilidad de la expresión “*un hombre y una mujer*”, contenida en el artículo 113 del Código Civil.

En la mencionada providencia, el Tribunal Constitucional precisó que la unión libre o unión marital de hecho y el matrimonio no son instituciones jurídicas de las cuales se predique una igualdad absoluta, toda vez que en virtud de la autodeterminación, las personas que deciden

convivir en unión libre, prefieren no celebrar el matrimonio, *“luego la relación entre compañeros permanentes no es idéntica a la que une a los esposos, ni cabe pretender que así sea”*^[20].

No obstante, lo anterior no quiere decir que la familia que surge de la unión marital de hecho, no sea merecedora de protección constitucional, puesto que la misma Constitución *“la pone en un plano de igualdad con la que tiene su origen en el matrimonio”*^[21]. Esto, toda vez que *“el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”*^[22], sin distinción alguna.

En materia de protección a los hijos, en particular de los hijastros como integrantes del núcleo familiar, la Corte en la sentencia T-586 de 1999, estudió un caso en el cual la Caja de Compensación de Fenalco del Tolima “Comfenalco” se negó a reconocer el pago del subsidio familia a Malka, menor de edad, quien era hija biológica del actor, el cual vivía en unión libre con su compañera permanente, y conformaban entre los tres una familia. En esa oportunidad se concedió la protección constitucional y se ordenó a la Caja de Compensación de Fenalco del Tolima “Comfenalco”, reconocer y pagar el subsidio familiar en dinero, al determinar el Tribunal que fue voluntad del constituyente equiparar a la familia que procede del matrimonio, con la familia que procede de la unión libre, con lo cual, se torna discriminatorio *“establecer que son “hijastros” los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporta el compañero a una unión de hecho”*, situación que el ordenamiento jurídico no puede tolerar.

En sentencia C-1033 de 2002, la Corte estudió la constitucionalidad del texto del artículo 411 del Código Civil, y en sus consideraciones reiteró que *“la constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos”*.

Más adelante, el Tribunal Constitucional nuevamente expresó que *“la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales.”*^[23]

En el mismo año, la Corte recordó en sentencia T-887 que:

“La jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez.” Y recordó que *“enfatisa la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza– son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige.”*

Así mismo, en Sentencia C-577 de 2011, este Tribunal reiteró que *“en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad”*. Finalmente, la Corte Constitucional ha afirmado que la protección a los diferentes tipos de familia debe ser entendida en concordancia con el principio del pluralismo, por lo que no es plausible identificar a la familia únicamente como aquella institución surgida del vínculo matrimonial.^[24]

De lo anterior, es claro para esta Sala de Revisión que la protección constitucional a la familia se extiende tanto a las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad, como a aquellas que surgen de facto, “*atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia*”^[25] donde conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y respeto consolidan el núcleo familiar, por lo que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de tales familias.

5. La crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco. Reiteración de jurisprudencia

Las familias conformadas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias.^[26]

En este sentido, la jurisprudencia Constitucional ha sido amplia en reconocer dicha protección. Por ejemplo, en la sentencia T-495 de 1997, la Corte reconoció el derecho al pago de la indemnización de un soldado fallecido, a sus padres de crianza, teniendo como fundamento la relación familiar que existía. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional reconoció que el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaba dentro del núcleo familiar el cual se integraba por sus padres de crianza y el soldado fallecido, eran completamente análogas a las predicadas de cualquier tipo de familia formalmente constituida, por lo que se debían generar las mismas consecuencias jurídicas para sus padres, lo anterior, en concordancia con el artículo 228 de la Constitución Política que establece que el derecho sustantivo prevalece sobre las formalidades.^[27]

En igual sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que la intervención del Estado en las relaciones que se presentan dentro de las familias conformadas por padres e hijos de crianza, solo está justificada en los casos en los que está de por medio la permanencia de los menores de edad en el seno de una familia, y cuando existen razones poderosas que justifiquen dicha intervención, reconociendo que “*la familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política. Sin embargo, lo anterior no implica que la familia que se constituye al margen de los vínculos biológicos no sea también objeto de protección constitucional.*”^[28]

Posteriormente, la Corte debió analizar dos casos en los cuales examinó la permanencia de unos menores de edad en hogares sustitutos, concluyendo que se vulneraba la unidad familiar y el desarrollo integral y armónico de los menores de edad, al desconocer las relaciones que surgen entre padres e hijos de crianza, en razón del vínculo de afecto, respeto, solidaridad y protección.^[29] Adicionalmente, la Corte señaló que en aquellos casos en los que se han consolidado lazos de apego entre un niño y su familia de hecho, se considera que para todos los efectos legales, la familia de crianza del menor se constituye en el grupo familiar digno de protección constitucional^[30].

Así mismo, la Corte en 2004, señaló que en aquellas situaciones donde se deba determinar cuál es la opción más favorable para un menor, es necesario tener en cuenta los derechos e intereses de las personas que se encuentran vinculadas con el menor, prestando especial atención a los padres, bien sean estos, biológicos o de crianza[31]. Adicionalmente, concluyó que:

“El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta.... Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica.”[32]

En conclusión, es claro para esta Sala de Revisión, que el pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia, tiene como consecuencia la formación de distintos tipos de familias, diferentes a aquellas que se consideraban tradicionales, como lo era la familia biológica. Por lo que es necesario que el derecho se ajuste a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia.

6. Derecho a la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar

El artículo 44 de la Constitución Política determina que los menores de edad gozan de todos los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados ratificados por Colombia. Por esto, es correcto concluir que tienen, entre otros derechos, derecho a la igualdad, el cual está consagrado en el artículo 13 de la Carta, señalando que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”*.

Lo anterior, en concordancia con el artículo 42 de la Constitución, permite afirmar que se ha hecho un reconocimiento de la igualdad de derechos, y el deber que tiene el Estado de proteger a los menores, en su vínculo primario, la familia. Por lo que el ordenamiento superior se ocupa de garantizar la igualdad entre los tipos de familia, así como la igualdad entre los integrantes de un mismo núcleo familiar.[33]

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-403 de 2011, estimó que se vulneraba el derecho a la igualdad de las hijas de la pareja de un miembro de la Fuerza Pública, a quienes se le negaban prerrogativas de acceso a la educación, por carecer de filiación con el compañero de su progenitora, señalando que la familia se protege, y que todos los miembros de las distintas formas de constituir familia son iguales ante el ordenamiento jurídico.

Igualmente, la corte en la sentencia C-577 de 2011, sostuvo que *“tratándose de los hijos, no procede aplicar el mismo régimen al que están sometidas las relaciones de pareja, ya que en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos,*

‘no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial’.

Finalmente, esta protección al derecho a la igualdad entre integrantes del núcleo familiar, ha sido desarrollada por el legislador, de manera tal que en efectos de subsidio familiar, los hijos y los hijastros, son considerados personas a cargo, y dan lugar al pago del subsidio, cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, hasta los 18 años, y cuando siendo mayores, se encuentren realizando estudios postsecundarios, intermedios o técnicos.^[34]

7. Protección constitucional al derecho de educación

El carácter fundamental del derecho a la educación es un desarrollo de preceptos constitucionales, como lo son los artículos 67 y 68 de la Carta Política, los cuales definen la educación como un servicio público con una función social. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional, ha reconocido que dicho derecho, tiene carácter de fundamental en dos eventos: (i) cuando se amenace otro derecho fundamental, y cuando el titular del derecho es un sujeto de especial protección, como es el caso de los menores de edad, tal y como lo establece el artículo 44 Superior.

La jurisprudencia Constitucional ha señalado que la educación permite el desarrollo de las capacidades no solo intelectuales, sino culturales y formativas del ser humano, porque es de esta manera que logra mejores alternativas de vida, teniendo el Estado la obligación de propender por su protección.^[35]

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención de los Derechos del Niño, consagran el derecho a la educación. Especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño^[36], reconoce en su artículo 28, el derecho del niño a la educación, señalando que tiene un carácter progresivo y que debe generarse en igualdad de condiciones.^[37]

De lo anterior, se concluye que la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, reconocen el carácter de derecho fundamental que comporta la educación de los menores de edad. Así mismo, señalan que es un servicio público, por lo que el Estado tiene la obligación de fijar las condiciones para hacer efectivo ese derecho y ampliar progresivamente su cobertura. Esto, dado que es la herramienta que permite que el Estado materialice fines importantes en un Estado Social de Derecho, como lo son, la eliminación del analfabetismo, el fomento y el acceso a la cultura, el conocimiento, la ciencia y la tecnología.^[38]

8. Análisis del caso concreto

En el presente caso, el señor Carlos Arturo Cabra Salinas sostiene que la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, desconoce la protección a la familia, el derecho a la igualdad y educación de los menores, al no otorgarle el auxilio de educación estipulado en la Convención Colectiva 2012-2014, al aducir que su hijo Santiago Andrés Gamboa Martínez, no es beneficiario del mismo, al no ser hijo biológico, ni adoptivo.

Por su parte, el apoderado de la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo, argumenta que el niño Santiago Andrés Gamboa Martínez no es hijo del accionante, por lo que no procede darle el auxilio educativo consagrado en la Convención Colectiva 2012-2014. Igualmente, aduce que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para el reconocimiento de prestaciones económicas, como lo es el auxilio educativo en mención.

Así las cosas, la Sala de Revisión encuentra que no es pertinente pronunciarse dentro de la presente acción sobre dos hechos, el primero, si el señor Carlos Arturo Cabra Salinas es beneficiario o no de la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014. El segundo, si la unión marital de hecho entre los accionantes existe o no. Lo anterior, teniendo en cuenta que los mismos no fueron objeto de controversia por parte de la entidad accionada.

8.1. Procedibilidad de la presente acción de tutela

Como se mencionó en el acápite 3 de la parte motiva de esta providencia, la Corte ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es improcedente cuando se pretenden hacer efectivas obligaciones dinerarias. Sin embargo, dicha regla tiene las siguientes excepciones: (i) cuando estamos frente a un perjuicio irremediable, y (ii) cuando de la solución de estas dependa el restablecimiento de derechos de mayor raigambre constitucional.

En el presente caso, nos encontramos frente a dos pretensiones del actor, la primera, que le sea reconocido el auxilio de educación consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014, la segunda, que se le pague el retroactivo del auxilio de educación pretendido.

Con respecto a la primera pretensión encuentra la Sala de Revisión que es procedente, toda vez que no solo se pretende la prestación económica, en este caso, el auxilio de educación, sino que detrás de la negativa de dicha prestación, se encuentra una presunta vulneración de los derechos de igualdad, integridad familiar y educación del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez.

Es por lo anterior, que el amparo, respecto del reconocimiento del auxilio de educación procede, toda vez que de la solución de esta depende el restablecimiento de derechos de mayor raigambre constitucional.

Ahora bien, con respecto a la segunda pretensión del accionante, esto es, que le sea pagado el retroactivo del auxilio de educación pretendido, advierte la Sala que la acción de tutela no es el medio idóneo para dicho reconocimiento y pago. Por lo que en este sentido, la pretensión no es procedente.

8.2. Vulneración de los derechos fundamentales invocados

De acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, es claro que a partir de la igualdad de derechos que debe existir entre los hijos que componen el núcleo familiar, lo cual tiene como fundamento los artículos 13,42 y 44 de la Carta política, en el concepto de hijos deben ser incorporados aquellos habidos en el matrimonio o unión marital de hecho, como aquellos descendientes sólo de uno de los integrantes de la pareja y los hijos de crianza, que de manera permanente hacen parte del núcleo familiar, por lo que son sujetos de los mismo derechos y deberes de los demás hijos.

En este sentido, a juicio de la Sala de Revisión, es claro que la interpretación esbozada por la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, del artículo 148 de la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014, que señala que *“se pagará a todos los trabajadores (as) que tengan hijos (as) biológicos, adoptados y/o en custodia, entre 4 meses y 11 años cumplidos un auxilio mensual de guardería y primaria, por un solo hijo, equivalente al cuarenta por ciento (40%) de un salario mínimo mensual legal vigente”*, es contraria a los derechos a la igualdad del menor de edad Santiago Andrés Gamboa Martínez, y desconoce la protección integral a la familia, puesto que como se expuso en la parte motiva de esta providencia, los hijos de crianza y los hijos aportados, se encuentran en igualdad de condiciones, con respecto a los hijos biológicos y adoptivos. En este sentido, otorgar el auxilio educativo a los padres que tienen hijos biológicos y adoptivos, y no hacerlo a aquellos padres, que como es el caso, tienen a su cuidado, hijos que han sido aportados al núcleo familiar, constituye una actuación contraria a preceptos constitucionales.

Es claro para esta Sala de Revisión que existe una relación familiar entre el señor Carlos Arturo Cabra Salinas y el menor Santiago Andrés Gamboa Martínez, pues del escrito de tutela y de las pruebas allegadas al expediente se evidencia que el menor de edad ha convivido desde hace más de cinco (5) años con su madre biológica y el accionante, compañero permanente de ella, el cual ha asumido el rol de padre, afiliándolo como beneficiario en el Sistema de Seguridad Social en Salud, e inscribiéndolo al colegio.^[39]

Por lo anterior, la Sala de Revisión encuentra que la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, está incurriendo en un trato discriminatorio hacia el hijo de la señora Nohemí Carlina Martínez Suárez y el señor Carlos Arturo Cabra Salinas, al señalar que al carecer de filiación con este último, el menor no hace parte de su núcleo familiar, ignorando que el niño convive desde hace más de cinco (5) años en el núcleo familiar, convirtiendo al actor en su padre de crianza.

En este orden de ideas, resulta claro para la Sala de Revisión, que la interpretación que hace la Empresa de Acueducto, Agua, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, genera discriminación y condiciones de desigualdad entre los miembros del núcleo familiar, y entre los hijos biológicos, adoptados y de crianza, desconociendo de esta manera, sus derechos fundamentales, dado que el menor Santiago Andrés Gamboa Martínez es un miembro de la familia, no reconocida por la empresa accionada, lo cual es constitucionalmente inaceptable.

Adicionalmente, en relación con el derecho a la educación que alega el accionante, se ha vulnerado, encuentra la Sala que es pertinente tener en cuenta que este derecho, como fundamental, también debe ser amparado en sede de revisión de tutela, toda vez que la igualdad que se predica entre los hijos de crianza y los hijos biológicos y adoptivos, se hace extensiva a todos los aspectos de la vida de los menores, entre ellos, la educación, puesto que como se mencionó en acápites anteriores, la correcta protección y promoción de este derecho, garantiza un adecuado nivel de vida.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, **REVOCAR** el fallo proferido el primero (1º) de agosto de dos mil catorce (2014) por el Juzgado treinta y tres (33) Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar, **CONFIRMAR** el fallo dictado el dieciséis (16) de junio de dos mil catorce (2014), por el Juzgado trece (13) Civil Municipal de Bogotá, que amparó los derechos a la igualdad, a la protección integral a la familia y a la educación del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez, por los motivos expuestos en esta providencia.

-

Como resultado de lo anteriormente expuesto, concluye la Sala de Revisión que la empresa accionada tiene la obligación de otorgar el auxilio de educación al padre del menor Santiago Andrés Gamboa Martínez.

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.

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. ° 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. ° De la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho – sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión– a casarse y a fundar una familia, 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. ° 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. ° 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 hecho [2], 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 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 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 afín, 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 afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

§ 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 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 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

EXP. N.º 04493-2008-PA/TC

LIMA

LENY DE LA CRUZ FLORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de junio de 2010, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Leny de la Cruz Flores contra la sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de folios 40 del segundo cuadernillo, su fecha 26 de junio de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de mayo de 2007 la demandante interpone demanda de amparo contra el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de San Martín y el Juez Provisional del Juzgado Especializado en Familia de Tarapoto-San Martín, que emitió la sentencia de fecha 2 de abril de 2007. Mediante esta sentencia se determinó fijar una pensión de alimentos en favor de la menor hija de Jaime Walter Alvarado Ramírez y la demandante, ascendente al 20 por ciento de la remuneración de éste.

Alega la demandante que tal sentencia vulnera sus derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso. Así, expresa que el juez asumió que Jaime Walter Alvarado Ramírez, padre de la menor beneficiada con la pensión de alimentos, contaba con deberes familiares que atender como su conviviente y los 3 menores hijos de ésta, los que tiene a su cargo y protección. Sin embargo, 194 aduce que esté no presentó declaración judicial que acreditara la convivencia y que los hijos de su supuesta conviviente vienen percibiendo una pensión por orfandad y la conviviente percibe una remuneración mensual.

Jaime Walter Alvarado Ramírez contesta la demanda alegando que el Juez del Juzgado de Familia valoró debidamente los medios probatorios consistentes en la declaración jurada de convivencia y de los deberes familiares que su actual situación le irroga. En tal sentido, alega que no es apropiado distinguirse entre hijos legítimos y entenados (sic).

La Segunda Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 25 de enero de 2008 declaró improcedente la demanda de amparo considerando que de conformidad con el artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones pueden ser los procesos de reducción, aumento o exoneración de alimentos y de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y no el proceso de amparo, que vería desnaturalizado su carácter de urgencia, extraordinario, residual y sumario.

La Sala revisora confirma la apelada estimando que la pensión se redujo en virtud de la carga familiar que asume, esto es, su conviviente y los hijos de ésta, por lo que se trata de una reducción prudencial fijada dentro del marco de la equidad establecido en el artículo 481 del Código Civil. Adicionalmente expresa que la demandante tiene expedito su derecho para recurrir a la vía ordinaria igualmente satisfactoria para la protección de sus intereses y solo después de agotada podrá interponer una demanda de amparo.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La sentencia de primer grado del proceso de alimentos, de fecha 26 de diciembre de 2006, emitida por el Primer Juzgado de Paz Letrado-Tarapoto, declaró fundada en parte, la demanda de alimentos. En ella se ordena que el demandado en el proceso civil, Jaime Walter Alvarado Ramírez, acuda a favor de su menor hija con una pensión alimenticia del 30 por ciento del haber mensual que percibe. En tal sentencia se consideró que el demandado no tenía otro deber familiar adicional más que los personales y que si bien contaba con un hogar constituido con Luz Mariana López Rodríguez, “la convivencia no tiene carácter de carga familiar, ya que los hijos se encuentran en primer orden de prioridades.” Por su parte, la sentencia de fecha 2 de abril de 2007, que resolvió las apelaciones interpuestas por las partes, revocó el extremo que fija el porcentaje de la pensión de la menor y la fijó en 20 por ciento de la remuneración del demandado. El razonamiento central por el que varió dicho porcentaje se sustentó en que se había verificado que el demandado tenía otros deberes familiares, que serían su conviviente y los 3 hijos de ésta, los que estarían bajo su cargo y protección.

2. El objeto de la presente demanda de amparo es que se deje sin efecto la sentencia emitida por el Juzgado de Familia de San Martín-Tarapoto, de fecha 2 de abril de 2007 en virtud de haberse vulnerado su derecho fundamental a la tutela procesal efectiva y al debido proceso. La demandante arguye esencialmente lo siguiente: i) que el medio probatorio por el que se acreditaría la convivencia de Jaime Walter Alvarado Ramírez con Luz Marina López Rodríguez no es idóneo, puesto que para acreditar ésta es necesario la existencia de una declaración judicial; ii) que el juez ordinario no valoró que Jaime Walter Alvarado Ramírez presentó medios probatorios, que fueron determinantes para la decisión cuestionada, recién en segunda instancia. Argumenta que éste alegó deberes alimentarios para con los menores hijos de su conviviente recién en la apelación, contraviniendo lo estipulado en el artículo 559 del Código Procesal Civil que establece que en el proceso sumarísimo de alimentos no procede el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; iii) y por último, alega que la conviviente de Jaime Walter Alvarado Ramírez percibe una remuneración mensual y que sus menores hijos perciben una pensión de orfandad.

Vía igualmente satisfactoria y amparo contra resoluciones judiciales

3. Las sentencias precedentes han coincidido en que la demanda de amparo es improcedente debido a que existe una vía ordinaria como la nulidad de cosa fraudulenta. Sin embargo, es de precisarse que se alega la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, y no que el proceso ha sido seguido con fraude o colusión. De igual forma es de explicitarse que el procedimiento establecido en el artículo

482 del Código Civil tampoco resultaría ser la vía igualmente satisfactoria. Dicha disposición podrá ser adecuada cuando se pretenda la reducción o el aumento de la pensión de alimentos determinada al interior de un proceso regular y no cuando, como en el presente caso, se alegue la irregularidad del proceso en virtud de una vulneración al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Por consiguiente, procede dar trámite a la presente demanda de amparo.

Derecho a la debida motivación y derecho a la defensa

4. Si bien la demandante alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, se debe precisar que de acuerdo a lo argumentado en la demanda de amparo se estaría acusando específicamente una ausencia de motivación de la sentencia y una afectación al principio de contradicción.

5. Debe recordarse, como tantas veces ha afirmado el Tribunal Constitucional, que el control que se ejerce en esta sede no pasa por determinar el derecho material (ordinario) discutido en el caso, sino tan sólo si el órgano de la jurisdicción ordinaria ha cumplido su deber de respetar y garantizar los derechos fundamentales en el seno del proceso judicial en el cual se ha hecho 196 ejercicio de su competencia. Entre otros muchos supuestos, el Tribunal Constitucional ha entendido que tiene competencia *ratione materiae* para verificar si un órgano judicial, en el ejercicio de sus competencias, ha incumplido el deber de motivación o si su decisión es posible de reputarse como una simple vía de hecho, por no tener amparo en una norma jurídica permisiva [STC 03151-2006-PA, Fund. 4].

6. De otro lado, “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, **sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos**” (STC N.º 01480-2006-PA/TC, Fund. 2, énfasis agregado).

El modelo constitucional de la familia en la Constitución de 1993

7. El constitucionalismo de inicios del siglo XX otorgó por primera vez a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Sin embargo, es de precisar que en los inicios del referido siglo se identificaba al matrimonio como único elemento creador de la familia. Se

trataba de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” y se desarrollaba en la esfera pública y profesional, dedicado a cubrir los gastos familiares, mientras que el rol de la mujer se constreñía a la esfera privada del cuidado del hogar y los hijos. 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” [BOSSERT, Gustavo A. y ZANONNI, Eduardo A. Manual de derecho de familia. 4ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.]. No obstante ello, en las últimas décadas del siglo XX, la legislación y jurisprudencia comparada se esmeraron en distinguir los conceptos de familia y matrimonio, estableciendo que el matrimonio no era la 197 única manera de generar familia. Por ejemplo, en las constituciones de 1979 y 1993 se recoge como conceptos distintos la familia y el matrimonio.

8. En lo que respecta a la familia, siendo un instituto constitucional, ésta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de todo ello es que se hayan generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las familias de hecho, las monopaternales o las reconstituidas. Al respecto, debe preciarse que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentre en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población.

9. No obstante, debe tomarse en cuenta que los acelerados cambios sociales pueden generar una brecha entre la realidad y la legislación, provocando vacíos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, frente a conflictos intersubjetivos que versen sobre las nuevas estructuras familiares, los jueces tendrán que aplicar los principios constitucionales a fin de resolverlos, interpretando la legislación también en función de la realidad, y por consiguiente brindando la paz social que es tarea prevalente del derecho.

Acreditación de la unión de hecho y posterior matrimonio de Walter Alvarado Ramírez

10. De conformidad con las disposiciones del Código Civil el surgimiento de la unión de hecho se da “siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos” (artículo 326º, primer párrafo, in fine). Precisa el citado dispositivo: “La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita”. Por consiguiente, de los dispositivos citados se concluye que la existencia de una unión de hecho sujeta al régimen de sociedad de gananciales, se halla supeditada, primero, a un requisito de temporalidad mínima de permanencia de la unión (dos años) y, segundo, que ese estado (posesión constante de estado) requiere ser acreditado “con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita”.

11. Si bien diversas sentencias del Poder Judicial han establecido que se requiere de una sentencia judicial para acreditar la convivencia [Casación 312- 94-Callao, del 1 de julio de 1996, Casación 1824-96-Huaura, del 4 de junio de 1998], es de recordarse que este Tribunal Constitucional estableció que, por ejemplo, una partida de matrimonio religioso también podía constituir prueba suficiente para acreditar una situación de convivencia [STC 0498-1999-AA/TC, 198 fundamento 5]. De ahí que deba inferirse que es factible recurrir a otros

medios probatorios para acreditar la convivencia. Así, cualquier documento o testimonio por el que se acredite o pueda inferirse claramente el acuerdo de voluntades sobre la convivencia podrá ser utilizado y validado, siempre que cause convicción al juez.

12. Mediante resolución del 13 de octubre de 2009, este Tribunal en virtud de la facultad establecida en el artículo 119 del Código Procesal Constitucional solicitó a Jaime Walter Alvarado Ramírez, que remita a este Colegiado la sentencia en virtud de la cual se reconoce judicialmente la unión de hecho o relación convivencial afirmada con Luz Marina López Rodríguez. Con fecha 10 de mayo de 2010 contestando tal requerimiento Jaime Walter Alvarado Ramírez alega que no han tramitado judicialmente su unión de hecho. No obstante alega que han contraído matrimonio civil con fecha 07 de mayo de 2010 ante la Municipalidad de Shanao, Provincia de Lamas, departamento de San Martín. En efecto, obra en autos del cuadernillo del Tribunal Constitucional copia simple del acta de matrimonio (folios 18) celebrado entre Jaime Walter Alvarado Ramírez y Luz Marina López Rodríguez celebrado el 7 de mayo de 2010.

13. Si bien este hecho implica la acreditación de la existencia de deberes alimentarios para con su actual cónyuge, ello no obsta a que se deba analizar las resoluciones judiciales y que se analice en virtud a la situación en que se encontraba Jaime Walter Alvarado Ramírez.

Unión de hecho y deber familiar

14. Uno de los fundamentos sobre los que descansa la sentencia cuestionada es que la convivencia en una unión de hecho implica una “carga familiar”. Si bien es un aspecto colateral de la controversia constitucional, interesa resaltar previamente que la denominación “carga familiar” utilizada en la sentencia impugnada, resulta ser cuestionable, por cuanto implica una objetivización de los individuos a los cuales se destina el contenido de la obligación alimentaria. Las personas beneficiadas con dicha tutela y alimentos no son, ni pueden ser consideradas “cargas”. Es por ello que una denominación acorde con la Constitución de dicha institución es el “deber familiar”, el mismo que guarda y concibe una dimensión ética y jurídica.

15. En la sentencia cuestionada se estima, sin mayor argumentación, que entre los convivientes existe un deber familiar. Al respecto, resulta pertinente preguntarse si es que efectivamente existe tal deber entre los convivientes. Del artículo 326 del Código Civil, que regula la figura de la convivencia, no se desprende ello, al menos no expresamente. Sin embargo, este Tribunal Constitucional ha establecido que la unión de hecho es una comunidad que persigue “fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un “aparente 199 matrimonio.” De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman [...] [STC 06572-2006-PA, fundamento 21 y 23]. En suma, debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se origina la interdependencia entre los convivientes.

16. En todo caso, sea la decisión por la que opten los jueces, estos tienen la obligación de desarrollar claramente los fundamentos que la sustenten. Es decir, deben motivar de forma tal que los litigantes puedan observar la línea argumentativa utilizada. No es constitucionalmente legítimo que los jueces tomen decisiones -de las que se desprendan

consecuencias jurídicas de relevancia- sin que se demuestren las razones fácticas y jurídicas que sustenten las premisas sobre las que se ha basado el fallo.

Familias reconstituidas, obligaciones alimentarias e hijos afines

17. En la STC 09332-2006-PA/TC, este Tribunal Constitucional desarrolló aspectos relativos a la familia reconstituida, describiéndola como la estructura familiar originada en la unión matrimonial o la unión concubinaria en donde uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa [fund. 8]. De igual forma destacó que para que se pueda hacer referencia a hijos afines o padres afines, debe de cumplirse con algunos supuestos de hecho como es el habitar y compartir vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma [fund. 12].

18. No obstante, en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructura familiar. Así, por ejemplo, no se ha determinado si deben existir o no obligaciones y derechos entre los padres afines (progenitores sociales, padres no biológicos) y los hijos afines. Es por ello que el caso referido supra, fue resuelto sobre la base de la interpretación de principios constitucionales. Y es que a falta de reglas expresas, a partir de los principios constitucionales pueden inferirse reglas a fin de dilucidar el conflicto intersubjetivo de relevancia jurídico-constitucional.

19. En virtud de ellos el Tribunal Constitucional determinó que la diferenciación realizada por un club privado entre la hija biológica y la hija afín del demandante (quien era socio del club) no era razonable, configurándose un acto arbitrario que lesionaba el derecho de los padres a fundar una familia. Es de precisar que el Tribunal no expresó en ninguna parte de tal sentencia que los hijos afines y biológicos gozaban de los mismos derechos y obligaciones, tan solo se resolvió que la diferenciación no resultaba constitucionalmente aceptable, dada la finalidad que el club tenía, en tanto que afectaba la identidad familiar del demandante.

20. Como ya se anotó existe un vacío legal que aun no ha sido llenado por la legislación, recayendo dicha responsabilidad sobre la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también, la ordinaria especializada en materia de familia. Y es que, tal como lo explicita el artículo 139, numeral 8 de la Constitución, el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tales casos, el juez debe recurrir a los principios constitucionales a fin de elaborar una posición jurisprudencial que cumpla con resolver el conflicto intersubjetivo de manera justa y atendiendo a la realidad social. Así, queda por determinarse si es que los alimentos de los hijos afines pueden serle exigibles a los padres sociales. O dicho de otra manera ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?.

21. Puesto que en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas, es factible recurrir a la doctrina o al derecho comparado a fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional. Así, puede tenerse por ejemplo lo expuesto por cierta doctrina comparada, en cuanto indica que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior [FERRANDO, Gilda. "Familias recompuestas y padres nuevos", en: Revista Derecho y Sociedad. N.º 28, Lima, 2007, Año XVIII, p. 318]. Asimismo, a manera de ejemplo, puede apreciarse lo establecido en el artículo 278, numeral 2), del Código Civil suizo, que indica que cada cónyuge debe cumplir recíprocamente con el deber alimentario del niño nacido

antes del matrimonio, de manera razonable. Si bien en este ejemplo se circunscribe la figura al cónyuge y no al conviviente, es de recordarse que estas referencias son orientaciones a partir de las cuales el juez puede, en concordancia con los principios constitucionales nacionales, definir algún tipo de regla.

22. En todo caso, debe quedar enfáticamente establecido que, sea la opción por la cual se incline la relación afín o social no implica de modo alguno que los padres biológicos puedan dejar de cumplir con sus deberes alimentación o signifique la pérdida de la patria potestad de estos [STC 09332-2006-PA/TC, fund. 12].

Análisis del caso en concreto

23. La sentencia cuestionada fundamenta la reducción de la pensión alimentaria respecto la sentencia de primer grado en virtud del deber familiar que estaría asumiendo Jaime Walter Alvarado Ramírez por mantener una relación de convivencia. Pero, para dar por acreditada la unión de hecho le ha bastado al juez del Juzgado de Familia de Tarapoto apreciar una declaración jurada de Jaime Walter Alvarado Ramírez y un certificado de supervivencia de Luz Marina López Rodríguez emitido por la Policía Nacional del Perú. Como ya se expresó en el fundamento 11, supra, si bien es factible ofrecer otros medios probatorios además de la declaración judicial de convivencia a fin de acreditar tal estado (como por ejemplo, testimonios de vecinos, partida de matrimonio 201 religioso, entre otros), ello no implica que con tan solo una declaración notarial suscrita por uno de los supuestos convivientes y un certificado de supervivencia de Luz Marina López Rodríguez, que por su propia naturaleza, no menciona el tiempo que viene domiciliando en determinado lugar, se acredite suficientemente la convivencia alegada por Jaime Walter Alvarado Ramírez.

24. De lo expuesto, se aprecia que no resulta clara la forma en que el Juzgado de Familia arribó a la determinación de que bastaba con la documentación referida supra, para que quede acreditada la unión de hecho durante más de 2 años. Es decir, la premisa fáctica sobre la cual el juez elabora su argumentación no está debidamente motivada. En tal sentido, la ausencia de una explicación coherente que muestre el proceso deductivo del juez es, en primer lugar, suficiente para determinar que la sentencia no es constitucionalmente legítima.

25. El otro aspecto cuestionado es el supuesto deber familiar que ésta unión de hecho podría generar. Y es que ¿genera la convivencia en una unión de hecho un deber familiar? Para la sentencia emitida por el Juez de Paz Letrado, la unión de hecho no la genera, en cambio, la sentencia de segundo grado cuestionada en el presente amparo considera lo contrario. Sin embargo, no se explicita cual es el sustento fáctico y normativo en la que descansa tal decisión.

26. Como se aprecia de la sentencia cuestionada, no se sustenta en fundamento alguno por qué es que la unión de hecho implica un deber familiar. Da por entendido que ello es así, y en consecuencia reduce el monto que por alimentos recibirá la hija biológica de Jaime Walter Alvarado Ramírez. Si bien la interrogante planteada no tiene una respuesta sencilla, es evidente que la opción, sea esta en un sentido negativo o afirmativo tendrá que ser suficientemente argumentada, más aun cuando la legislación no establece regulación expresa sobre la materia, lo que obliga al juez a motivar de manera más prolija y cuidadosa su decisión. Por el contrario, la magra argumentación desarrollada, haciendo parecer lo no argumentado como algo evidente, termina por vulnerar el derecho fundamental a la debida motivación [art. 139, numeral 5]. 27. Es turno de analizar ahora el aspecto referido a

supuesta obligación del padre no biológico en favor de los hijos afines. Es decir, se debe analizar ahora si es que en la sentencia cuestionada se motivó adecuadamente que los hijos de la conviviente de Jaime Walter Alvarado Ramírez le generaban a éste una obligación de carácter familiar. Recuérdese que ello fue uno de los argumentos por los cuales se redujo el monto destinado a la hija biológica de Jaime Walter Alvarado Ramírez.

28. Para motivar adecuadamente la sentencia, el juez tenía que haberse preguntado primeramente ¿tienen los integrantes de la unión de hecho 202 obligaciones alimentarias para con los hijos afines. Ello es esencial para la dilucidación del caso, ya que si se determina que existe tal obligación, el demandado en el proceso de alimentos tendría el deber de mantener no solo al hijo biológico sino también a los hijos de su conviviente, es decir, sus hijos sociales o afines. Con lo que tendría que repartir la remuneración que percibe. Por el contrario, si se argumenta y considera que no existe mandato legal y por consiguiente, la obligación de alimentos es aplicable solo a favor de los hijos biológicos, el razonamiento del fallo tendría que haber sido diferente. En efecto si no existe tal obligación no existe deber familiar, estando Jaime Walter Alvarado Ramírez únicamente vinculado a cumplir con la alimentación de su hijo biológico. Así, desde esta perspectiva, nada impide que Jaime Walter Alvarado Ramírez pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines, pero estas serían manifestaciones de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho.

29. El juez optó por considerar que los supuestos hijos afines de Jaime Walter Alvarado Ramírez generaban una obligación familiar, pero sin siquiera esbozar cuales eran los fundamentos que sustentaban esa argumentación. Arribó a una conclusión sin exponer adecuadamente los postulados fácticos ni normativos o el desarrollo lógico de su juicio. Se ha pasado a afirmar sin mayor argumentación o sustentos probatorios que los hijos afines constituyen un deber familiar, lo que determina una falta de motivación de su decisión, afectándose en consecuencia el derecho a la debida motivación de las resoluciones.

30. Finalmente, se aprecia también que se incumplió con el artículo 559 del Código Procesal Civil, que establece que en el proceso sumarísimo de alimentos no será procedente el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia. Precisamente sobre la base de medios probatorios presentados en segunda instancia es que el juez reduce el porcentaje de la pensión de alimentos de la hija biológica de Jaime Walter Alvarado Ramírez. En efecto, en el considerando tercero de la sentencia cuestionada se aprecia que el juez toma en cuenta la documentación obrante en folios 109 a 111 del expediente de alimentos, esto es, los certificados de supervivencia de la conviviente y sus hijos, los mismos que fueron presentados por Jaime Walter Alvarado Ramírez recién ante el Juzgado de Familia, es decir, ante la segunda instancia [ver folios 109-119 de la copia del expediente de alimentos que se adjunta en el presente proceso].

31. Con esto no debe entenderse que el juez no pueda acceder a los medios probatorios que estime pertinentes a fin de alcanzar la certidumbre que genere a su vez el juicio resolutorio de la litis. Siendo que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica, y que el Juez puede adecuar las formalidades del proceso a favor de los fines del proceso (artículo III y X del Título preliminar del Código Procesal Civil), es claro que está facultado para realizar los actos procesales que estime necesarios a fin de alcanzar una resolución ajustada a la realidad y a los principios constitucionales de justicia, respetando el derecho a la defensa y al contradictorio. Eso sí, tendrá que exponer las razones que lo inclinan a desarrollar ello ponderando los bienes constitucionales que se encuentran en juego.

32. En conclusión, se observa que el Juzgado de Familia de San Martín Tarapoto, no cumplió con motivar adecuadamente la sentencia de fecha 2 de abril de 2007. Específicamente se aprecia la falta de motivación al considerar sin mayor argumentación o estudio de los medios probatorios, que la conviviente y los hijos de ésta constituyen un deber familiar para Jaime Walter Alvarado Ramírez.

33. Es de subrayarse que sin bien desde el 07 de mayo de 2010 Jaime Walter Alvarado Ramírez ha contraído matrimonio con Luz Marina López Rodríguez, al momento de expedirse la sentencia cuestionada ello no era así, por lo que la actual situación civil de Jaime Walter Alvarado Ramírez no implica una subsanación de la falta de motivación de tal sentencia. Y si bien al momento de expedir una nueva resolución sí tendrá que tomar en cuenta la actual situación, así como el hecho que al momento de la emisión de la resolución materia del presente proceso de amparo, Jaime Walter Alvarado Ramírez no estaba casado y tampoco ha podido acreditar una situación de unión de hecho.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, y por consiguiente:
2. Declara **NULA** la Resolución N.º 12, de fecha 2 de abril de 2007, emitida por el Juzgado de Familia de San Martín-Tarapoto, en el Expediente 2007- 2010 y nulos los actos realizados con posterioridad emanados o conexos a la resolución que se invalida, debiendo emitirse nueva decisión conforme a las consideraciones precedentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO CALLE
HAYEN ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
