



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

***FAMILIAS ENSAMBLADAS: a propósito de los
pronunciamientos del Tribunal Constitucional y su inaplicación
en nuestro ordenamiento jurídico peruano.***

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO**

AUTOR:

Vargas Neciosup, Luis Eduardo (ORCID: 0000-000155332078)

ASESORES:

Mg. Saavedra Silva, Luz Aurora (ORCID: 0000-0002-1137-5479)

Mg. Falen Guerrero, Patricia Haydee (ORCID: 0000 0002 1560 0311)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho de Familia

Chiclayo – Perú

2021

DEDICATORIA

Dedicado a la memoria de mi padre, que aun cuando físicamente ya no esté, sé lo feliz que se hubiera puesto con este pequeño logro.

A mi madre, que pudo superar muchas dificultades en su vida y hoy puede presenciar este resultado.

A cada una de mis hijas, por siempre alentarme a terminar lo que un día empecé, gracias por siempre apoyarme.

A Milagros mi compañera de vida, por ser el soporte emocional en estos tiempos de incertidumbre.

AGRADECIMIENTO

Gracias de corazón a cada una de las personas que apoyaron en la realización de este proyecto, gracias a Reynaldo Murguía por motivarme a iniciar este proyecto, por las conversaciones en torno a este tema, que ayudaron a enriquecerlo.

Gracias a mi familia ensamblada, por ser el motor e impulso de este trabajo, a Dianella tu hija, Karen mi hija y Sofía nuestra hija, pero sobre todo gracias a ti Milagros mi compañera de vida.

Gracias a nuestras asesoras por su dedicación y paciencia en esta ardua labor, Mag. Luz Aurora Saavedra Silva y Mag. Patricia Haydee Falen Guerrero, infinitas gracias.

Gracias a la Universidad Cesar Vallejo, por la oportunidad que nos da, de realizar este curso de titulación, curso que nos concede la gracia de lograr nuestro objetivo.

Índice de Contenidos

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de Contenido	iv
Resumen	v
Abstract	vi
I. INTRODUCCIÓN	1
II MARCO TEÓRICO	5
2.1 La Familia en el Perú	8
2.2 Nuevas estructuras familiares	10
2.3 Las familias ensambladas, su denominación y algunas definiciones.....	12
III METODOLOGÍA	15
3.1 Tipo y diseño de investigación	15
3.2 Categorías, Sub categorías y matriz de categorización.....	15
3.3 Escenario de estudio.....	16
3.4 Participantes	16
3.5 Muestreo.....	16
3.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	17
3.6.1. Técnica.....	17
3.6.2. Instrumento	17
3.7 Procedimientos	17
3.8 Rigor científico	18
3.8.1 Método de análisis de datos	18
3.9 Aspectos éticos.....	18
IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	19
V CONCLUSIONES	26
VI RECOMENDACIONES	28
REFERENCIA.....	29
ANEXOS.....	35

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo general exponer la evidente carencia de regulación de las familias ensambladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pese a que existan pronunciamientos y reconocimientos del Tribunal Constitucional, dicha situación no ha sido suficiente para otorgarle la protección que requiere este nuevo grupo familiar.

La presente investigación responde a un modelo básico, con enfoque cualitativo de diseño transversal no experimental, ya que lo que se hace es recolectar o recabar datos del corpus documentario en un determinado tiempo, para ello utilizamos como técnica el análisis de datos de dos distintas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional

El resultado obtenido, demuestra que las familias ensambladas son un tipo de familia constituida, cuya incidencia ha ido acrecentándose en el tiempo. Pese a ello, la regulación y – protección evidentemente- aún parece estar muy lejos de concretarse. Generando bastante desconcierto y lagunas ante una realidad cada vez más latente.

Ante esto considero necesaria, una urgente campaña a fin de lograr la ansiada regulación jurídica para las familias ensambladas, debido a los nuevos cambios en las realidades sociales, las mismas que traen nuevas exigencias, a fin de evitar que se vean vulnerados sus derechos reconocidos en la Constitución o desprotegidos ante situaciones que normalmente estarían debidamente cauteladas.

Palabras Clave: Familia ensamblada, viabilidad, ordenamiento jurídico.

Abstract

The general objective of this research is to expose the evident lack of regulation of assembled families within our legal system, despite the fact that there are pronouncements and recognitions of the Constitutional Court, said situation has not been sufficient to grant the protection that this new family group requires. .

The present investigation responds to a basic model, with a qualitative approach of non-experimental cross-sectional design, since what is done is to collect or collect data from the documentary corpus in a certain time, for this we use as a technique the analysis of data from two different resolutions. issued by the Constitutional Court

The result obtained shows that blended families are a type of constituted family, whose incidence has been increasing over time. Despite this, regulation and – evidently protection – still seems to be a long way from being finalized. Generating a lot of confusion and gaps in the face of an increasingly latent reality. Given this, I consider necessary an urgent campaign in order to achieve the long-awaited legal regulation for assembled families, due to the new changes in social realities, the same ones that bring new demands, in order to prevent their recognized rights from being violated in the Constitution or unprotected in situations that would normally be duly protected.

Keywords: Assembled family, viability, legal system.

I. INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial se observó una creciente ola de una nueva y “atípica” estructura familiar, el mismo que básicamente estaba conformado por los viudos y viudas que dejó dicho conflicto. Sin embargo, no fue hasta el año 1987, que se concretizó y dio nombre a este nuevo grupo familiar, naciendo así el término de FAMILIAS ENSAMBLADAS¹. Actualmente, somos testigos del crecimiento significativo de dicha figura, al punto que, en muchas legislaciones internacionales, se ha considerado necesaria su incorporación y tratamiento para darle mayor protección a esta nueva identidad familiar.

En el mundo occidental vemos que muchas de las familias ensambladas lo constituyen los divorciados/as y separados/as con hijos que deciden volver a darse una oportunidad en formar una familia. Ello supone la fusión de dos familias que se unen en matrimonio o unión de hecho y que dan como resultado esta nueva identidad familiar con características propias y que tienen una dinámica diferente respecto a la relación entre sus integrantes especialmente la de padres e hijos afines al momento de establecer normas de convivencia

Nuestra Constitución establece de manera general que “El Estado protege a la familia”, empero dicha premisa no es aplicable a la realidad ya que hasta la fecha se siguen ignorando los cambios respecto a la diversidad de grupos familiares. Pese a que las familias ensambladas resultan ahora más comunes de lo que creemos, no existen aún en nuestra legislación, en concreto el libro de familia del Código Civil, una referencia de ello. Eso no quiere decir, que no tengan existencia en nuestra sociedad ya que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido bastante claros en su posición respecto a ello. Bastaría con revisar las resoluciones de este órgano respecto a las demandas interpuestas en su ámbito de acción. En primer lugar, es importante señalar la STC Orrillo Oyarce - 06540-2006, en la que claramente se establece que la Constitución Política del Estado, no reconoce o no especifica un solo tipo de modelo familiar, en ese sentido la tutela constitucional deberá alcanzar a todo tipo de identidades familiares que se vayan construyendo con el paso del tiempo, y los cambios sociales.

¹ Término acuñado por la Lic. María Silvia Dameno, psicóloga argentina.

Otra sentencia que encontramos referida a nuestro tema de investigación es STC 09332-2006 – Sholls Perez, en este caso nuestro máximo órgano de control constitucional declaró fundada la demanda y le dio la razón al demandante don Reynaldo Sholls, la misma que según el Tribunal Constitucional existió un claro y evidente trato discriminatorio en relación a los hijos del demandante con su hijastra a la misma que se le negó la entrega del carne familiar y a cambio de ello se le otorgó un pase de invitada especial. Nuestro Tribunal Constitucional considero para este fallo que por encima de toda reglamentación interna esta lo señalado en nuestra Carta magna, la misma que señala como principio la protección del Estado a la familia.

Principio recogido además en tratados internacionales de derechos humanos de los cuales nuestro país forma parte y que como tal en concordancia con el artículo 55 de nuestra Constitución forman parte de nuestro derecho nacional interno.

Es importante agregar que, en la sentencia en mención, el Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar algunos presupuestos que deben existir para considerar a este nuevo grupo familiar como una familia ensamblada y ellos son: la existencia de una relación previa por parte de alguno o de ambos de los integrantes que forman este nuevo grupo familiar en cuyo caso además llegan con hijos. El estado de abandono, viudez o divorcio por parte de los integrantes de la nueva familia y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento.

No podemos dejar de mencionar la STC Nº 01204-2017 – Medina Menéndez, también se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el recurrente Manuel Adres Medina Menéndez en contra del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS) por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, a la protección de la familia, al debido proceso y a la igualdad ante la ley, al haber sido despedido entre otros hechos, por haber inscrito como beneficiaria de un seguro médico privado a su hijastra como hija propia.

Sin embargo, así como encontramos fallos que suman o contribuyen a la positivización de esta nueva agrupación familiar, también encontramos una sentencia, la misma que por razones de motivación por parte del magistrado fue

declarada fundada, STC N° 04493-2008 – Leny De la Cruz, en este caso la demandante en representación de su menor hija interpone demanda contra el fallo de segunda instancia en la región San Martín, por evidente vulneración del debido proceso, al no señalarse porque los hijos afines del demandado representan carga familiar. Al analizar la sentencia en mención más que ir en contra del nuevo grupo familias, llámese familias ensambladas, lo que se cuestionó es la falta de motivación por parte del Ad quo, en cuanto a definir tomando como referencia fallos anteriores del Tribunal Constitucional respecto a la existencia de las familias ensambladas y por qué a los hijos afines del demandado se les beneficio con ciertos derechos.

Como podemos advertir, si bien no existe como ya se ha mencionado líneas arriba una positivización, de nuestro tema, en el libro de derecho de familia de nuestro Código Civil, lo que si hay son fallos que de una u otra manera están germinando a que poco a poco esto se concrete y finalmente se haga realidad la regulación a nivel de nuestro ordenamiento jurídico por parte de los legisladores, para ello este trabajo de investigación quiere aportar con un granito de arena a través de una iniciativa legislativa que llegue a los órganos correspondientes a fin de hacer realidad nuestro deseo de ver plasmado en nuestra norma sustantiva el reconocimiento a las familias ensambladas, ya que como todos sabemos pertenecemos a un sistema germánico romano, en donde prima la ley escrita, y para que las conductas o las situaciones jurídicas sean reguladas deberán estas estar previamente señaladas por la ley, infiriéndose por ley a todo cuerpo normativo encargado de crear, regular, o modificar las situaciones o conductas de la vida social de las personas.

En ese orden de ideas esta investigación está dirigida a que se regule de manera clara cuales serían los derechos y obligaciones que tendrían dentro de una familia ensamblada tanto padres e hijos afines, con el objetivo que en un futuro cercano se puedan superar situaciones que lindan con la discriminación y sobre todo la vulneración de derechos fundamentales como la salud y educación de hijos afines menores de edad, que jamás pidieron estar en esta situación, y que por falta de regulación o que el derecho no marche al mismo ritmo de los cambios sociales se vean relegados y perjudicados por el propio Estado.

Para el desarrollo de la presente investigación nos hemos planteado el siguiente

problema ¿es necesario positivizar a las familias ensambladas dentro del marco jurídico a fin de que puedan contar con una apropiada protección jurídica? Como justificación para la presente investigación nos planteamos la siguiente pregunta porque debemos o consideramos necesario regular a las familias ensambladas a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, para que se deberían tomar en cuenta dichos pronunciamientos sobre esta nueva forma de agrupación familiar y por ultimo debemos tener claro que de ser posible que los pronunciamientos del máximo órgano de control de nuestra Constitución sean tomados en cuenta quienes son los principales beneficiados con estos fallos, quienes salen ganando al regularse en nuestro ordenamiento jurídico y considerarse en la norma sustantiva en el libro de familia, a las familias ensambladas como una nueva identidad familiar, con derechos y obligaciones entre sus integrantes, llámese padres e hijos afines los mismos que en el proceso de interacción pueden llegar a tener algunos inconvenientes como sucede en cualquier grupo familiar.

Así mismo se planteará como objetivo general: Determinar la falta de regulación de las familias ensambladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano; y como objetivos específicos: Evaluar las consecuencias jurídicas que genera la falta de regulación de las familias ensambladas y Comparar la situación jurídica de las familias ensambladas con la legislación extranjera.

Y de esa forma poder contribuir desde nuestro lugar como investigadores para que en un futuro cercano esta problemática que hoy tenemos sea finalmente regulada como debería ser por parte de nuestro Estado.

II MARCO TEÓRICO

Para desarrollar el marco teórico de nuestra investigación, hemos recurrido a trabajos previos realizados en instituciones educativas del extranjero, así como de nuestro país, revisando repositorios de diversas universidades nos hemos encontrado con tesis, artículos referidos a nuestro tema con perspectivas diferentes las mismas que hemos tomado como referencia para el desarrollo de esta investigación.

Así tenemos la tesis de (Carrillo Lerma C. , 2021) Como bien lo señala en sus conclusiones la familia es una institución totalmente compleja en cuanto a su constitución dinámica y lugar de origen. No es lo mismo una familia musulmana que una familia occidental y no es lo mismo en su dinámica, en el trato entre los miembros de esta institución, además que, si se hace un análisis de esta figura, las diferentes disciplinas entre ellas nuestra rama jurídica lo harán desde diversas aristas. En cuanto a lo segundo nos parece acertado por parte del legislador español a la hora de redactar su Constitución al dejar sin una definición que posteriormente se convierta en una barrera para poder aceptar los nuevos tipos de familia que nos presenta el devenir histórico.

En otra parte de sus conclusiones nos parece importante la configuración que hace la Constitución española sobre la familia y sienta esta institución sobre tres bases fundamentales como son: familia nuclear, familia plural y familia con exclusivo interés privado de sus miembros, también se menciona en sus conclusiones a la pluralidad de modelos familiares en la sociedad española actual, acorde a los cambios que nos presenta el mundo actual, no obstante la prevalencia que le da al matrimonio como fuente de la familia en resumen la Constitución española ampara a todo tipo de agrupación familiar pero no las equipara.

En tanto debemos mencionar la tesis de (Angel Bayona, 2018) Donde se señala de manera clara como objetivo general la necesidad de establecer los derechos, deberes y obligaciones entre los miembros de las familias ensambladas desde una perspectiva constitucional, punto que nos parece central si es que buscamos que no solo a nivel de nuestro país se les reconozca a través del derecho positivo a esta nueva agrupación familiar.

Además, es importante agregar lo mencionado en las conclusiones de este

trabajo de investigación, que si bien la Corte Constitucional, lo que vendría a ser en nuestro país el Tribunal Constitucional se ha referido directamente a los derechos de los hijos sin importar a qué tipo de familia estos pertenezcan, aun cuando no ha hecho un solo pronunciamiento en cuanto a las familias ensambladas como si lo ha señalado nuestro máximo órgano de control constitucional. Empero es importante señalar de esta tesis que recoge también en sus conclusiones que la actual Constitución colombiana no define a la familia en sentido estricto, sino que además de la forma convencional en que nace una familia a través del matrimonio, lo puede hacer, mediante los lazos de afecto y solidaridad que unen a diferentes individuos y que se reconocen como familia, de esta premisa podríamos inferir que se trate de una familia reconstruida o ensamblada.

También contamos con el trabajo de (Reynoso Arcos, 2019) nos llama la atención sobremanera esta investigación, pues, desde su introducción hace un recuento breve de los debates generados entre la sociedad civil y organismos religiosos, debido a las nuevas formas de agrupación familiar, especialmente las homosexuales, quienes reclaman también presencia en el marco jurídico nacional, por otra parte entre sus conclusiones menciona al divorcio como origen de esta nueva identidad familiar, ya que son estas personas los que en un futuro sienten la necesidad de volver a formar una nueva familia y lo hacen en muchos casos llevando hijos de la relación anterior también es importante lo que señala igual en sus conclusiones el respeto a la libre determinación o autonomía privada de formar el tipo de familia que uno quiera, claro está siempre respetando las normas de convivencia y para terminar con esta tesis muy necesario a mi criterio mencionar lo que el investigador acota que si bien la Constitución ampara a la familia se debería avanzar en cuanto a normativizar estas premisas.

(Paredes Maravi, 2019) similar impresión nos despierta este trabajo de investigación que desde la introducción menciona claramente la crisis evidente que atraviesa el modelo de familia convencional, y que ha dado lugar a la aparición de nuevas estructuras familiares como la que nos toca hoy investigar, además advierte el reconocimiento que le da la Constitución a la familia y al matrimonio como institutos naturales, esto es precedentes a la ley, que necesiten una protección por parte del Estado, eso es otro debate que se debe esclarecer para incluir a las nuevas formas de identidades familiares que actualmente

conocemos y no podemos darles la espalda.

En cuanto a sus conclusiones podemos resaltar aquellas en las que denota la dinámica y complejidad en las que se ha visto envuelta esta institución como es la familia, con cambios en cuanto a su origen, formas de regularse internamente y crecer a pesar de la falta de regulación por parte del Estado, así mismo en su conclusión final, con la cual coincidimos plenamente creemos que se hace necesaria una propuesta legislativa a fin de subsanar los vacíos que se están presentando en la actualidad respecto a este tipo de familia.

Además de las tesis revisadas y que sirvieron de apoyo para este trabajo de investigación que se tratan líneas arriba, también nos hemos apoyado en revistas de carácter jurídico, con artículos importantes sobre nuestro tema, como es familias ensambladas. (Puentes Gomez, 2014) Nos parece interesante el recorrido histórico que hace sobre la institución de la familia, y los cambios que se han ido generando a nivel de todo el mundo con datos y cifras. Además critica el hecho y con razón, que los cambios o regulaciones que se han dado en torno a la familia más han estado enfocados a la mujer, al menor que no están mal pero que en ese propósito se ha descuidado atender o legislar o regular a la familia como grupo, y sobre todo a las nuevas agrupaciones que se han ido formando con el devenir del tiempo, señala con acierto y basándose en datos estadísticos que más de la mitad de la población de los estados unidos pertenecen a una familia reconstruida o ensamblada, además que agrega que por lo general las familias ensambladas paternas son las de mayor predominio, esto es por la mayor probabilidad de los hombres en volverse a casar.

Así mismo en este artículo la autora toca temas puntuales como el matrimonio en una familia ensamblada, la obligación alimentaria, la guarda y el cuidado, figuras que en nuestro ordenamiento jurídico vendrían a ser la tenencia y el deber de cuidado por parte de los miembros de una familia reconstituida o ensamblada. Finalmente, en sus conclusiones señala los vacíos legales existentes en la región latinoamericana en cuanto a la regulación de las familias ensambladas, habría que tener en cuenta la fecha de publicación pues sabemos que posteriormente a esto, se han logrado avances si bien es cierto lentos pero significativos en algunos países como Ecuador, Colombia o Argentina.

Otra de las fuentes a las cuales se recurre para el desarrollo de este proyecto es

(Meza F., Nicolás D., Uchuypuma T. & López Aburto, 2019) en ella se señala claramente la aparición de nuevas tipologías de familias, distantes del modelo clásico de familia convencional, además se hace un recuento sobre los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Constitucional, como son los casos “Sholls Pérez” y “Medina Menéndez” sendos litigios que tuvieron que ser vistos por este órgano de control constitucional, debido a los vacíos existentes en nuestra norma sustantiva, pero que sin embargo como manda la misma ley los magistrados no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley en atención a un principio constitucional señalado en el artículo 139 inciso 8 de la actual Constitución Política del Estado.

Es importante advertir lo señalado en la publicación en mención en la parte relativa a los organismos internacionales y su mención o tratamiento hacia la familia, en ella se remarca por ejemplo lo establecido en la opinión consultiva OC-24/17 en cuanto a que en la mencionada “Convención Americana no se halla determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo en particular de la misma”.

Finalmente, en sus conclusiones se llega al mismo destino que las tesis previas en cuanto al hecho de resaltar el trabajo realizado por el Tribunal Constitucional, empero ello no es suficiente, para brindar la seguridad jurídica a estas nuevas formas de familia. En ese sentido y en el mismo orden de ideas debemos coincidir con el maestro Alex Placido, el mismo que señala que no se necesita llegar a una reforma constitucional ya que nuestro país cuenta con las bases constitucionales fundantes receptoras de la familia igualitaria, plural, democrática, reconstituida o como se le quiera llamar lo que si se necesita es un código civil que haga referencia a las familias, en plural y no como lo refiere en la actualidad.

2.1 La Familia en el Perú

Cuando hablamos de familia en nuestro país debemos tener claro cómo se ha ido regulando esta institución a través del tiempo sin necesidad de remontarnos a épocas pasadas, sino simplemente a inicios del siglo XX. Sabemos que

siempre se ha tenido una idea de familia patriarcal, en la que por sobre todo destacaba la figura del padre, siendo una especie de pater familias, del derecho romano, en la que la esposa o compañera o compañera estaba o se encontraba en un completo estado de dependencia frente al marido. Este tipo de familia era una familia de tipo vertical en el que el padre acumulaba todas las facultades o poderes totalmente regulados por la normatividad vigente, a saber primero el código de 1852 y posteriormente el código de 1936.

Cuando mencionamos las facultades o poderes del padre en la familia nos referimos a que este dirigía la economía de la casa, asumía la representación del hogar conyugal y además era considerado como administrador de los bienes de la sociedad conyugal, si bien es cierto la ley reconocía la patria potestad como una facultad de ambos padres, no menos cierto es que ante una diferencia entre estos la ley le daba la preferencia al padre, en asuntos de patria potestad. La mujer estaba sujeta incluso a llevar el apellido del marido al mismo que se le agregaba el conector “de” lo que hacía parecer como si fuera un estado de pertenencia, respecto al marido.

Estas atribuciones para nada representaban la equidad o la justicia frente a ambos conyugues, sino que estaban hechas por hombres para los hombres con el fin de ponderar la figura del padre. En cuanto a materia legislativa solo existía una única forma de familia y esta era la familia conyugal o la que nacía de un matrimonio, aun cuando existían uniones de hecho, estas no tenían ningún tipo de reconocimiento legal, y operaban en detrimento de los derechos de la mujer, especialmente los de carácter patrimonial, cuando por ejemplo un hombre decidía unilateralmente terminar con esa convivencia, los bienes que se habían conseguido durante tal unión, solo le pertenecían al esposo.

Se podría decir que la mujer pasaba de vivir en un estado de autoridad paterna hacia la autoridad marital, sin la presencia que hoy todos le reconocemos en la vida social, política y económica de nuestro país. Es con la Constitución de 1979, que se empiezan a limitar esos poderes o facultades absolutas del hombre frente a la mujer, al señalar nuestra carta magna claramente, la igualdad ante la ley y el reconocimiento de derechos por parte de la mujer, derechos no menores respecto al varón. En temas de familia esta Constitución, dedica un capítulo completo para su regulación, reconoce la unión de hecho y además señala claramente la igualdad ante la ley de los hijos sin el trato discriminatorio que se

les daba hasta ese momento, al llamarlos hijos legítimos e ilegítimos, los primeros nacidos dentro de patrimonio y los segundos fuera de esta unión conyugal.

Como podemos advertir es con la Constitución de 1979 que empiezan a cambiar las relaciones familiares y posteriormente con la promulgación del código civil de 1984 que deroga al de 1936, en el que se recogen todos los avances sobre la familia. Más adelante con la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1993, se modifica el trato de protección al matrimonio por el de promoción y se mantiene la protección a la familia sin mencionar la forma en cuanto a su constitución, además se reconoce también la unión de hecho tal como lo hacía la Constitución derogada de 1979.

En la actualidad se están discutiendo nuevos temas sobre la familia, avances de cómo podemos entender los nuevos tipos de familias que se presentan en la sociedad actual, y a las ya conocidas familias matrimoniales y extra matrimoniales debemos agregar a las mono parentales y familias reconstruidas o ensambladas, estas últimas reconocidas por el tribunal constitucional en sintonía con la Constitución vigente en cuanto al deber de protección a la familia por parte del Estado, protección que debe alcanzar a todos los tipos de familias, presentes en nuestra realidad.

2.2 Nuevas estructuras familiares

A decir de (Varsi Rospigliosi E. , 2011) “la estructura familiar también llamada comunidad familiar o entidad familiar, es aquella unión estable y ostensible de personas en las que se conjugan intereses afectivos y emotivos siendo su objetivo constituir una familia”. Estas estructuras familiares pueden originarse de las formas tradicionales llámese matrimonio o unión de hecho de una forma simple en la que resulta formada por padres e hijos y también de una forma compleja y en este caso estaremos frente a una situación de familia ensamblada. Como ya se ha mencionado las estructuras familiares o entidades familiares no nacen solo del matrimonio o convivencia de facto, sino que estas responden a diversas formas de agruparse de acuerdo a los intereses necesidades y ambiciones de sus integrantes, esta respuesta se sustenta en el principio de pluralismo de las formas de familias. El reconocimiento normativo que reciben

estas entidades, es incipiente aun en las diversas legislaciones comparadas, sin embargo cada día esas mismas brechas se van acortando, lo último es lo de Chile con el reconocimiento del matrimonio igualitario luego de años de lucha por parte de la comunidad LGTBIQ, justamente Chile que tuvo en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, repercusión de nivel mundial con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de condenar al Estado chileno, por actos discriminatorios en contra de la magistrada Karen Atala Riffo.

Estas estructuras familiares según (Varsi Rospigliosi E. , 2011) presentan marcadamente tres características que tienen que ver básicamente con su constitución y dinámica estas son: Afectividad, entendida como los lazos de cariño, comprensión y espiritualidad entre los miembros de esta agrupación, aquí quedan de lado los intereses patrimoniales para ponderar el deseo el afecto o el amor que se prodigan las personas al formar esta entidad familiar. Estabilidad, esta característica está relacionada con el tiempo, aquí quedan de lado las relaciones momentáneas o eventuales, si queremos formar una familia debemos estar dispuestos a un proyecto de vida prolongado, en el que no hay cabida para las experiencias pasajeras. Finalmente, como tercera característica encontramos a la Convivencia Pública y Ostensible, esta característica tiene que ver con la trascendencia de la relación de familia, del aspecto íntimo a lo social, a fin de lograr el reconocimiento y la legitimidad por parte de nuestro medio social como pareja y familia.

Las entidades familiares entendidas como tal podemos encontrarlas en nuestra realidad de dos formas

1_ Entidades familiares explícitas, o aquellas reconocidas por la ley en nuestro país tanto el código civil como nuestra constitución vigente, regulan a la familia matrimonial y extra matrimonial y señalan estas dos figuras como los medios por los cuales se puede formar una familia.

2_ Entidades familiares implícitas, son todos los tipos de familias que se constituyen aun cuando la ley no les reconoce como tal, sin embargo en atención de otros derechos como la dignidad o la igualdad el mismo Estado, no puede dejar de proteger.

2.3 Las familias ensambladas, su denominación y algunas definiciones.

La familia como tal siempre se ha considerado como célula principal de la sociedad, ella se convierte en nuestro primer espacio de aprendizaje, el lugar donde adquirimos los valores y principios que van a marcar nuestra personalidad a lo largo de nuestra vida, pero la familia también es nuestro refugio, nuestro apoyo y el lugar donde acudimos a recargarnos de energía, de fuerzas para continuar luchando por nuestras metas. La familia es un fenómeno dinámico, presenta cambios y en ese orden de ideas, encontramos que la familia tradicional ha cambiado, hoy no solo se encuentra un tipo único de modelo familiar, formado por padres e hijos, sino que como lo hemos mencionado líneas arriba las estructuras familiares se han diversificado en gran manera.

Nuestra Constitución recoge acertadamente un principio fundamental, que es el de protección a la familia, principio que debe ser entendido en forma amplia para asegurar el respeto y amparo no solo a la conocida familia nuclear, originada en el matrimonio o la unión de hecho, sino que este debe estar dirigido hacia otros tipos de entidades familiares, como las familias mono parentales o las familias reconstituidas, reconstruidas o ensambladas, esta última tipología presente en la sociedad mundial de la cual nuestro país no es ajeno y que ha venido a desplazar al modelo tradicional de familia muy arraigado en nuestra sociedad del siglo pasado, y que representa la esencia de nuestra tesis.

Cuando escuchamos el término familias ensambladas se nos viene a la mente procedimientos que tienen que ver con informática, reparación o montaje de algún aparato electrónico, y bueno como que no estamos muy lejos de la verdad porque en esta agrupación o entidad familiar se juntan partes que han resultado de la ruptura de otra estructura familiar. Las familias ensambladas o como se les quiera llamar, ya que a nivel doctrinario no existe consenso en cuanto a su nomen iuris, se les llama reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias tras, familias de segundas nupcias hasta familias re-casadas se les denomina, son aquellas familias en las que uno o los dos miembros de la pareja llegan a esta nueva unión con hijos de una relación previa, y tienen hijos en común los mismos que forman esta nueva tipología familiar.

Se resumen perfectamente en la frase los tuyos, los míos y los nuestros, en esta nueva identidad familiar surgen la figura del padrastro o madrastra según sea el

caso y es la pareja del conyugue o concubino que no es padre de los hijos, sin embargo debido al carácter peyorativo con el que suenan estos sustantivos algunas legislaciones han optado por llamarlos padres o madres afines así como hijos e hijas afines a los hijastros. Se calcula que más de la mitad de la población en los Estados Unidos de América, pertenecen o pertenecerán a este tipo de familia, lo mismo sucede en Francia, país donde uno de cada cuatro adolescentes viven en una familia ensamblada, la misma realidad podemos encontrar en Italia, España y demás países pertenecientes a la UE.

En Latinoamérica no es diferente la realidad de estas nuevas formas de familias, las mismas que nacen sobre la base de otra familia que se disolvió ya sea por viudez, divorcio o separación de hecho, la dinámica de estas familias es muy compleja ya que en ellas muchas veces se ocasionan conflictos sobre todo por los temas de disciplina y formación de hijos ajenos en proceso de formación. Existen familias ensambladas simples en las que solo uno de los conyugues o concubinos tuvo una relación previa y las familias ensambladas complejas en las que ambos tuvieron una relación anterior.

Si bien las familias ensambladas no cuentan con regulación normativa alguna en nuestro ordenamiento jurídico, existen jurisprudencias de nuestro Supremo Tribunal Constitucional en las que les da existencia legal por así decirlo, al señalar claramente en su resolución, que el Estado tiene el deber de proteger a los diferentes tipos de familias, reconociendo además de las familias ensambladas a las familias monoparentales, sin que ello sea impedimento para el reconocimiento de nuevas formas de familias. En el caso de las familias ensambladas el Tribunal Constitucional nos indica que para que sea definida como tal se deben cumplir con los siguientes presupuestos: habitar, compartir vida familiar con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento

El tema de la definición de la familia siempre ha sido un capítulo por demás complicado, debe ser por eso que en ningún texto normativo de nuestro derecho positivo encontramos una definición literal de esta institución, además que las diversas disciplinas que se encargan de su estudio tienen su propia manera de definirla, sin embargo algo en lo que todos coinciden es en cuanto a que es un grupo, el vínculo que une a los integrantes de este grupo y además que este grupo cuenta con una forma de organizarse. Para efectos de mero estudio vamos

a esbozar algunas de estas definiciones.

El diccionario de la lengua de la Real Academia Española la define como el grupo de personas emparentadas entre que sí que viven juntas. También lo hace como el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. O los hijos o descendencia. Y además como el conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común. En Biología familia es una unidad sistemática y una categoría taxonómica situada entre el orden y el género; o entre la superfamilia y la subfamilia si estuvieran descritas. La Sociología concibe a la familia como una estructura social.

Para Santo Tomas de Aquino, la familia era el núcleo primario y fundamental de la sociedad, además la definía como comunidad de vida y de amor. Rousseau sostuvo que la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge por motivos naturales aunque su continuidad se da por voluntad de sus miembros de seguir unidos. El papa francisco nos brinda una definición de familia en los siguientes términos “familia es un grupo de personas llenas de defectos que Dios reúne para que convivan con las diferencias, y desarrollen, la benevolencia, el perdón, la gratitud, la paciencia. Haciendo por el otro lo que le gustaría que hicieran por uno mismo” Para el maestro (Placido Vilcachagua, 2012) no posible dar una definición de familia ya que se trata de un término al cual se le pueden dar diversas significaciones, se puede definir a la familia en sentido amplio, restringido y aún más en un sentido intermedio.

III METODOLOGÍA

La presente investigación responde a un modelo básico con enfoque cualitativo, ya que lo que se ha pretendido es determinar los criterios del tribunal Constitucional a la hora de resolver los casos expuestos sobre familias ensambladas, así mismo se busca dar una solución a un problema que existe en la realidad y que por falta de regulación, se debe recurrir a instancias extraordinarias.

3.1 Tipo y diseño de investigación

Se resuelve trabajar con un diseño transversal no experimental ya que por nada se alterarán las variables, se presenta el problema tal como existe en la realidad a fin de poder llegar a un análisis de este. Además, se señala que el proyecto es transversal debido a la recolección de datos que se hace en un determinado tiempo.

3.2 Categorías, Sub categorías y matriz de categorización.

En cuanto a esta parte de la metodología tenemos como categoría principal a la familia ensamblada definida como “la estructura familiar organizada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja en la que uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un matrimonio o relación previa tal como lo define Cecilia Grosman, especialista en derecho de familia, por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Como Subcategorías tenemos al derecho a la identidad, definida por Delgado Menéndez, como aquella prueba que da significado a la existencia de toda persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo, que es lo que le caracteriza y diferencia de los demás

Del mismo modo, como Subcategoría se tiene a la Filiación, considerada como vínculo jurídico para ser reconocidos como titulares de derechos civiles, políticos y sociales. (UNICEF, 2013)

Por otro lado, como otra Categoría encontramos al Ordenamiento Jurídico Peruano, tomada como parámetros con arreglo a ley, en las cuales se establecen políticas y procesos en función a responsabilidades. (Garcia, 2012)

Dentro de esta categoría, tenemos como Sub categoría al Principio de Igualdad, afirma (Facio 2015) que es uno de los pilares de cualquier sistema legal que se quiera justo.

Asimismo, como otra subcategoría se considera al Principio de Protección, está determinado por la existencia de un vínculo familiar, a través del matrimonio, las normas sobre filiación, los derechos hereditarios e incluso la violencia intrafamiliar.

También, como otra subcategoría se señala al Principio de Reserva Legal, sostiene (Nogueira 2013) que, es aquel que establece los criterios de armonización de la potestad legislativa reglamentaria de ejecución de todo gobierno.

3.3 Escenario de estudio

La presente investigación está siendo desarrollada en el Distrito Judicial de Lambayeque, específicamente en los Juzgados de Familia ubicados en la avenida Luis Gonzales 960 Chiclayo.

3.4 Participantes

En cuanto a la participación o colaboración del material humano para la realización de este proyecto se contó con la colaboración de abogados especialistas en el área de Derecho de Familia del mismo Distrito Judicial de Lambayeque.

3.5 Muestreo

(Otzen Hernandez, 2013) Señalaron con acierto que la realidad problemática sería el muestreo para el tipo cualitativo, indicaron que el escenario viene hacer el muestreo para el tipo cualitativo, generándose de la extracción de eventos, situaciones, lugares y miembros de estos apartados. Agregan a su vez que el

muestreo no necesita formula alguna.

3.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.6.1. Técnica

Regularmente los investigadores de estudios cualitativos toman solo como método de recolección de datos a la entrevista sin tomar en cuenta que tal como lo advierte (Monje Alvarez C. , 2011) existen además de este método los grupos focales o focus group en el que un grupo de individuos guiados por un moderador se manifiestan libre y espontáneamente sobre un tema en concreto este método es igual de importante ya que nos permite obtener información de problemas sociales. Sin embargo, para el presente trabajo de investigación por ser un método que no va de acuerdo a la coyuntura actual, pandemia mundial por la Covid 19, debemos mantener ciertas normas de bioseguridad como el distanciamiento optaremos y además por ser meramente análisis de resoluciones de nuestro Supremo Tribunal Constitucional.

3.6.2. Instrumento

Tal como lo señala (Monje Alvarez C., 2011) el análisis de contenido es un método que busca descubrir la significación de un mensaje, concretamente se trata de un método que consiste en clasificar los diversos elementos de un mensaje en categorías con el fin de hacer aparecer de la mejor manera el sentido. El análisis de contenido se considera una técnica “indirecta” que consiste en el análisis de la realidad social a través de la observación y el análisis de documento que se crean en ella.

3.7 Procedimientos

Esta parte de la investigación consiste en concluir con el análisis de los documentos que se han utilizado para ello, me agencie de ambas resoluciones leyendo una y otra vez a fin de aprehender las ideas que surgieron de la decisión del tribunal, también me he valido de lecturas sobre algunos casos conexos sobre nuestro tema principal como por ejemplo las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos Duque vs Colombia y el ya mencionado Atala Riffus Y niñas vs Chile

3.8 Rigor científico

(Sandin Esteban, 2003) señala sobre este apartado que es importante en un enfoque cualitativo para cumplir con el rigor de la metodología, además agrega que algunos autores señalan ciertos presupuestos para determinar ciertos paralelos dirigidos a la confiabilidad y objetividad respecto de las investigaciones cuantitativas.

También debemos acotar que el criterio de confiabilidad nos permite garantizar y lo veras de la información obtenida en las entrevistas y el asentimiento de los participantes.

3.8.1 Método de análisis de datos

En esta parte de nuestra investigación debemos advertir que la investigación cualitativa se caracteriza por la imperiosa necesidad de analizar e interpretar no solo conceptos sino también resoluciones sobre determinados contextos con el objetivo de crear teorías y ensayarlas en la realidad. No obstante que en el enfoque cualitativo la recolección de datos no es uniforme ya que cada entrevistado o documento a analizar contiene una posición o historia diferente.

3.9 Aspectos éticos

Para la realización de este proyecto se actuo de manera veras y actuando de buena fe para lo cual se ha recurrido a investigaciones previas, articulos, libros de ciencias sociales como psicología, ya que doctrina juridica es muy poco lo que se ha escrito, sin embargo se ha elaborado un proyecto que respeta la etica y los regkamentos internos de la universidad establecidos por Sunedu, ademas de respetar el tema de las citas bibliograficas de acuerdo al formato APA.

IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Tal como se ha señalado en la introducción, el objetivo general de esta investigación es determinar la falta de regulación de las familias ensambladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano, para lo cual presentamos dos resoluciones del Tribunal Constitucional, en las que en ambas ha sido la participación de esta instancia extraordinaria la que ha tenido que llegar a dar respuesta a un problema que a pesar de tenerlo presente y que cada día crece de manera significativa en nuestra sociedad, aún no ha tenido respuesta alguna por las instituciones encargadas de hacer por ejemplo un conteo, no se les incluyo en el último censo a pesar de que este se llevó a cabo con fecha posterior a la emisión de ambas sentencias, Octubre 2017, ocasión que a mi parecer hubiese sido perfecta para darle a conocer al país al momento de dar los resultados, a cerca de esta nueva forma de identidad familiar.

Muchos de los empadronadores no sabían cómo reaccionar cuando se enfrentaban a situaciones de familias ensambladas, al momento de llevar a cabo su trabajo, creo que ese fue el momento en que decidí que si en algún momento hacia un trabajo de investigación, me iba a inclinar por hablar acerca de mi propia experiencia, sin contar la vez que no pude representar por falta de regulación a una de mis hijas por el hecho de no llevar mi apellido, este último episodio de mi vida la verdad que encaja plenamente en nuestro primer objetivo específico, el de las consecuencias jurídicas a las que nos vemos arrinconados por falta de regulación las familias que vivimos en esta condición

Considero que justamente es la falta de existencia en nuestro derecho positivo la que lleva a situaciones como estas. En ambas resoluciones del órgano de control constitucional se tiene en cuenta el trato que recibe la familia por parte de organismos internacionales los cuales a través de sendos documentos como La Declaración Universal de Los Derechos Humanos, El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos o La Convención Americana de Derechos Humanos, señalan claramente la característica de institución natural y fundamental de la sociedad y como tal merecedora de protección ante posibles atentados que lesionen su integridad por parte de terceros o del mismo Estado,

lo que nos hace albergar esperanzas para una pronta regulación en normas de carácter positivo.

Así mismo es importante señalar que si bien en la primera sentencia EXP 09332-2006 en la parte de los fundamentos literal 12 se señalan ciertas características como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento no es hasta la segunda resolución EXP 01204-2018 en la que se mencionan algunas consideraciones previas que caracterizan a una familia ensamblada señalando claramente que estos rasgos no implican para nada un *numerus clausus*, sino que básicamente cumplen funciones descriptivas y lo más resaltante es que mencionan la forma en cómo se origina, como se va dando la dinámica en este nuevo núcleo familiar.

Otro punto importante a destacar es en cuanto a estas resoluciones el carácter supletorio que se le atribuye a los padres afines, en tanto que son los padres biológicos los primeros llamados a cumplir con ciertas obligaciones de carácter pecuniario como los alimentos y las implicancias que ello conlleva, toda vez que los padres afines en muchos casos responden a estas necesidades movidos por razones que tienen que ver con la solidaridad o el afecto a la nueva pareja, en ese sentido y atendiendo nuestro objetivo general creo que al regular a las nuevas formas de familias, en especial a la de nuestro estudio, podría señalarse claramente hasta donde alcanzaría los derechos y deberes entre padres e hijos afines.

Lo que abonaría en un futuro a un mejor manejo por parte de juzgados ordinarios que muchas veces les cuesta recurrir a otras fuentes del derecho como la misma jurisprudencia o los principios generales del derecho. En el caso concreto de la sentencia del caso Sholls Perez, si bien el accionante no peticiona respecto a su derecho a fundar una familia y por tanto a su respectiva protección por parte del Estado, es el mismo órgano Constitucional en atención del artículo VIII del título preliminar del código procesal constitucional quienes se pronuncian respecto a este tema cambiando considerablemente el destino final de la controversia que a todas luces hubiera sido desfavorable a los intereses del demandante si solo

se hubieran ocupado del trato desigual invocado por el recurrente.

A todas luces este fallo, EXP 09332-2006, se convierte en un precedente muy importante que, si bien se ocupa de un caso concreto, sus efectos van más allá al sentar las bases de una futura reforma que busca atender un problema de la realidad, que en el mundo cuenta con regulación por parte de algunos países como Suiza, Italia o Francia; Colombia, Argentina o Uruguay para mencionar algunos países de nuestra región. Lamentablemente a nivel de reformas siempre en nuestro país, estas nunca van de la mano de la realidad, sino que siempre estamos uno o dos pasos detrás de ella ya sea por prejuicios o simplemente por pensamientos conservadores que no nos permiten avanzar como sociedad. Y no nos equivocamos cuando decimos que este fallo, es muy importante, ya que el segundo fallo EXP 01204-2018 justamente se apoya en el para encontrar justicia.

En el caso en concreto del segundo fallo, EXP 01204-2017 cuando el recurrente acciona vía Amparo contra el Proyecto especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias) lo que hace es invocar su derecho a formar una familia atendiendo el principio de autonomía de la libertad, demandando el trato diferenciado que le confiere la demandada al cuestionar el hecho de haber registrado como su dependiente a la hija biológica de su esposa y que en doctrina recibe el nombre de hija afín, hecho que por lo demás configura una contravención a lo señalado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada. En esta parte me parece interesante que aun cuando la sentencia primigenia no tiene el carácter de precedente vinculante haya servido de base para la resolución de este caso.

En cuanto a los trabajos recogidos en el marco teórico debemos señalar los puntos de encuentro con la tesis de Carrillo Lerma, la misma que refiere acertadamente en su primera conclusión lo difícil que resulta encasillar en una definición el termino familia, dada su naturaleza cambiante y además por la óptica en que es analizada por las diferentes ciencias sociales, pretender hacerlo es legislar de espaldas a la realidad, afortunadamente la Constitución española recoge esta iniciativa bastante común en muchas legislaciones que no hacen una definición exacta de la familia, igual que nuestro ordenamiento jurídico que por ningún lado define a la familia lo que nos parece acertado dada nuestra diversidad pluricultural en la que en muchos casos la gente suele admitir como

integrantes de la familia a personas con las que tienen algún tipo de relación. Además, debemos aclarar que la familia como tal es anterior al Estado y al propio derecho y como tal existe de hecho, es el derecho el que a través de diferentes normas busca darle protección, mas no señalar la forma en que esta institución de carácter natural deba constituirse. En ese sentido la premisa de estas legislaciones es proteger a todas las familias. Lo que no me parece acertado es la promoción de la que goza en muchas legislaciones como la española o la nuestra el matrimonio, sabemos que al promocionar algo le estamos brindando un trato diferenciado a determinado producto o marca, hablando en términos de marketing, y en este caso si se menciona al matrimonio o de la promoción del matrimonio como fuente de la familia considero que se está haciendo un trato discriminatorio ya que en muchas legislaciones incluida la nuestra no todas las personas con capacidad de hacerlo tienen derecho a casarse.

Un claro ejemplo de ello resultan los miembros de la comunidad LGTBIQ, quienes desde hace unos años luchan por estas demandas injustamente postergadas, aun cuando formamos parte de una comunidad jurídica internacional y hemos firmado tratados que son parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, tal como lo señala nuestra propia Constitución en su artículo 205, comunidad jurídica internacional que ha proscrito cualquier forma de trato discriminatorio en cuanto al reconocimiento de las diferentes formas de familias, al margen de cómo se hallan originado, en esta parte debemos hacer nuestro lo que señala de manera precisa el maestro Alex Placido Vilcachagua, al mencionar que como ya contamos con las bases normativas internacionales no necesitamos una reforma constitucional, sino más bien un nuevo libro de familias en nuestro vetusto código civil.

Por otra parte, en cuanto a nuestros objetivos específicos, los trabajos previos que hemos utilizado para nuestro marco teórico recogen claramente información de cómo se ha logrado regular en las legislaciones comparadas a las familias reconstituidas o ensambladas. Existen legislaciones que han optado por concederle al padre o madre a fin obligaciones propias que nacen del mismo hecho de la convivencia permanente con los hijos de la pareja, empero también están aquellas legislaciones que solo les dan la posibilidad de compartir

facultades propias de los conyugues o convivientes, como la asistencia, la colaboración en el cuidado y protección de los hijos. Si se trata de tomar partido acerca de una de estas opciones además esta decir que esta investigación opta por lo primero, la de brindar obligaciones propias a los padres afines, por ejemplo en la legislación colombiana se optó por imponer una obligación de carácter general, a todos los miembros del entorno familiar básicamente de protección y asistencia de los niños, para garantizar el desarrollo armónico e integral, sin importar a qué tipo de familia estos pertenezcan, esta obligación incluso alcanza a los padres afines o padrastros como peyorativamente se les conoce en muchos países de nuestra región. En la legislación suiza las obligaciones establecidas para el padre o madre afín están basadas en deberes de asistencia mutua entre los esposos, sin embargo, estas se extienden hasta los hijos del conyugue, obligación que consiste en un apoyo apropiado en cuanto a la autoridad frente a los hijos nacidos en otro matrimonio o unión de hecho.

Si bien esto último nos podría parecer que se da el presupuesto número uno, en el que se conceden obligaciones propias a los padres afines, ello no es tan cierto porque finalmente solo se trata de una asistencia consultiva en la que la decisión final corresponde al titular de la autoridad parental. Diferente es el tratamiento de la legislación francesa en la que por ejemplo en cuanto a los obligados a dar alimentos se incluye a los parientes afines, que por inclusión alcanza a los conyugues de las segundas nupcias, esto es padres o madres afines quienes a fin de garantizar el desarrollo integral deberán cumplir con esta obligación. Obligación que también la vamos a encontrar en la legislación italiana.

Como podemos advertir la normatividad en general, vale decir a nivel mundial no se ha mostrado firme ni segura al momento de reconocer a las familias ensambladas, debe ser porque aún cuesta romper con esquemas tradicionales que sobreviven en las diversas sociedades, si bien cada día esto se va mejorando lo ideal sería que se haga a través del derecho positivo en más legislaciones, de manera clara, y precisa en la que no tengamos que estar recurriendo a interpretaciones para lograr dar la protección que requiere esta agrupación familiar, que por lo demás continua creciendo de manera acelerada en el mundo entero, un tanto por la crisis en la que se halla el matrimonio en sí,

y otra porque el ser humano siempre sentirá la necesidad de vivir en familia.

Finalmente he dejado para esta parte de la discusión, uno de los aspectos que me parece, además de importante, novedoso, en cuanto el máximo intérprete de nuestra Constitución en el caso Medina Menéndez hace una extensión de los miembros de una familia ensamblada que incluye a parientes con lazos cercanos, que ante una situación de abandono u orfandad deciden hacerse cargo del hijo o hija menor, formando de esta manera un tipo de familia, que responde a la tipología de familia ensamblada. Como sabemos en nuestro país hemos vivido situaciones de mucha violencia, en años anteriores, hechos que ocasionaron en muchos casos, situaciones de orfandad, o abandono por los desplazamientos a los que se vieron obligados muchas personas.

Todo ello origina que se formaran tipos de familias en las que no existía un padre o madre, y en vez de ello aparecía la figura del tío, la tía o los abuelos, parientes que se hicieron cargo del desarrollo de los menores, pero que muchas veces se vieron limitados por temas de formalismos como no ostentar la patria potestad, o no tener la capacidad para representar a uno de los menores integrantes de ese núcleo familiar, en ese sentido nos parece acertado, aun cuando hemos superado afortunadamente los temas de violencia, ello no significa que estas mismas situaciones ahora se den por otras razones. Si hay algo que criticarle a esta misma sentencia es que si bien se hace una mención y extensión como ya se ha remarcado, lo criticable sería que era la oportunidad para delimitar las obligaciones, así como los derechos de los integrantes de esta agrupación familiar, obligaciones sobre alimentos, educación o salud, temas ligados directamente al desarrollo integral de los menores en atención al principio del Interés Superior del Niño.

Lo que solo se señala es una atención “mínima” por parte de los padres afines con carácter recíproco ello significa que los hijos afines quedan “obligados” con sus padres afines, en el momento en que ellos requieran asistencia. Las comillas en la palabra obligado, son nuestras en tanto que estas obligaciones más que de carácter legal responden a temas de solidaridad, temas morales y consideración hacia la nueva familia que se ha logrado formar, por eso

señalamos y remarcamos nuestra crítica en tanto nos parece que era la oportunidad, para establecer claramente los deberes y derechos entre los miembros de las familias ensambladas, más aún cuando ya se contaba con una primera sentencia que sentaba las bases para el reconocimiento y posterior delimitación de facultades o prerrogativas entre los miembros de esta identidad familiar.

Lo señalado en los párrafos anteriores responde claramente a uno de nuestros objetivos específicos en cuanto, a las consecuencias jurídicas de la falta de regulación de estas nuevas agrupaciones familiares, en tanto que no se logra atender el desarrollo integral de los menores, porque siempre se van a encontrar obstáculos derivados de figuras legales como la patria potestad, la representación y que yendo al terreno de lo real están ligados directamente con educación, salud y alimentación de los menores dentro de una familia ensamblada.

V CONCLUSIONES

La familia como institución natural, precede al Estado y la Ley, sin embargo, son estos últimos entes los encargados de protegerla a través de distintas normas. Ello implica que tal protección alcance a todas las formas de familias hoy existentes.

Si bien por muchos años el matrimonio fue el génesis de la familia, también es cierto que en la actualidad esta figura legal atraviesa una crisis considerable, ello conlleva a que muchas personas luego de un divorcio o separación intenten darse una segunda oportunidad y es en ese contexto que aparecen las nuevas tipologías familiares como las familias ensambladas, reconstruidas o reconstituidas.

1. Regular legalmente o reconocer en nuestro derecho positivo a las familias ensambladas es atender y entender la dinámica de esta institución que a través del tiempo ha presentado grandes cambios.

Nuestra Constitución, en sintonía con muchas legislaciones no recoge una definición de la familia ello permite entender que los nuevos núcleos familiares gozan del amparo constitucional de nuestra carta magna. En nuestro país como una sociedad pluricultural con costumbres que difieren mucho de una a otra, necesita leyes inclusivas que protejan o alcancen a todas las formas de familias presentes en la actualidad.

2. Consideramos que toda regulación que de acá en adelante se haga respecto a las familias ensambladas, deberá hacerse atendiendo básicamente el Interés Superior del Niño. Toda vez, que las familias ensambladas existen no de ahora, sino desde hace muchos años, sin embargo, es gracias a nuestro Tribunal Constitucional, que a través de una sentencia sobre el caso Sholls Pérez, las presenta en el escenario de nuestra realidad, para adjudicarles protección que deberá ser considerado por las instancias judiciales cuando el caso lo requiera.

3. Además de las familias ensambladas de padres o madres afines con hijos de su anterior relación, existen familias ensambladas en las que los familiares

como tíos o abuelos se hacen cargo de hijos menores. Por lo cual, es importante destacar que en muchos países estas formas de agrupación familiar cuentan con el reconocimiento legal, en los que se señala claramente los derechos y obligaciones entre padres e hijos afines.

4. Es necesario señalar que urge en nuestro país, una pronta regulación no solo de nuestro tema como es las familias ensambladas, sino de todas las nuevas formas de familias que hoy día conocemos y esto debe atenderse en base al principio Protector del Estado, que al mismo tiempo no debe implicar una intromisión por parte del mismo, en las relaciones familiares.

5. Si bien a lo largo de nuestra investigación hemos advertido que los derechos alimentarios de los hijos afines, se dan de forma subsidiaria y complementaria, considero que frente a casos especiales se debería regular la obligatoriedad para los padres afines en materia no solo alimentaria sino también en educación y salud.

6. Como conclusión final debo señalar que sin lugar a dudas las familias ensambladas, forman parte de nuestra realidad que no podemos dejar de soslayar. La actualidad nos demuestra que estas no han sido incluidas en censos, si bien cada una de las disciplinas como la sociología o la psicología cada vez hablan más de ellas, deberíamos hacer esfuerzos por lograr que no solo se hable sino que se les brinde el espacio que hoy ocupan en nuestras vidas

VI RECOMENDACIONES

Se recomienda a los legisladores encontrar a los mejores profesionales especialistas en el área para una futura modificación del libro de familia de nuestro código civil de 1984, a fin que se regule de una vez a las familias ensambladas en nuestro derecho positivo.

Así mismo considero importante que el Estado, trabaje en el fortalecimiento de las instituciones, a fin de apoyar la dinámica de las familias sin reconocimiento legal, se brinde el apoyo psicológico necesario para los integrantes de las nuevas entidades familiares frente a casos de discriminación.

Tanto escuelas como centros de salud, hospitales, clínicas privadas deberían recibir capacitación acerca del principio de Interés Superior del Niño, para ir derribando prejuicios frente a situaciones de padres afines que en situaciones de emergencia por temas de formalismos no pueden representar a sus hijos afines. Otra recomendación que me parece importante es para las personas que se hallan en una situación de esta naturaleza, jamás claudicar en la defensa de sus derechos. Ningún reglamento interno, ordenanza, o ley en inferior jerarquía que nuestra Constitución, puede vulnerar el derecho a la libertad de la que gozamos todos a formar el tipo de familia que nos parezca, ni realizar actos de intromisión en nuestra esfera privada, menos permitir conductas discriminatorias por el hecho de pertenecer a una nueva forma de familia.

REFERENCIAS

(s.f.).

- Alarcon Cabezas, H. J. (2017). *“El Rol del Juez de Investigación preparatoria en la fundamentación de la duración de la prisión preventiva para casos no complejos y su relación con el derecho al plazo razonable, motivación de las resoluciones judiciales y presunción de inocencia.* Lambayeque: Universidad Santo Toribio de Mogrovejo.
- Albarracín, E., & Cárdenas, M. (13 de abril de 2021). *PADRES SEPARADOS: CUANDO UNO OBSTACULIZA LA RELACIÓN DEL OTRO CON EL HIJO.* Obtenido de http://www.apadeshi.com/padres_separados.htm
- Amoretti, M., Espinoza, B., & Bazalar, M. (2020). *Prisión preventiva y detención domiciliaria.* Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- ANGEL BAYONA, J. M. (2018). *Repositorio Institucional UPB.* Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.1>
- Ángel Bayona, J. T. (2018). *Repositorio Digital UPB.* Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.1>
- Barahona Néjer, A., & Ordeñana Sierra, T. (2016). *El Derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional.* Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (21 de abril de 2021). Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>
- Bologna, E. (2019). *Métodos Estadísticos de la Investigación.* España: Editorial Brujas.
- Bonilla, K. (2018). *La presunción de inocencia en cuestión - Análisis del tratamiento informativo de la corrupción y los delitos sexuales en los periódicos colombianos El Tiempo y El Espectador. (Tesis de Máster oficial en Medios, Comunicación y Cultura), Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de Medios, Comunicación y Cultura, Barcelona.*
- Cabrera Rodríguez, A. (2020). *Fundamentos Jurídicos para adecuar el control de tipicidad en la audiencia de Prisión Preventiva en el Perú. (Maestría en Derecho Penal y Criminología), Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Escuela de Post Grado, Cajamarca.*
- Camarena, G., & Bueno, A. (2021). *La Constitucionalización de la Prisión Preventiva - Tribunales Constitucionales contra Tribunales Penales.* Lima: Ideas Solución Editorial.
- CARRILLO LERMA, C. (2020). *Digitum: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia.* Obtenido de <http://hdl.handle.net/10201/101464>
- CARRILLO LERMA, C. (14 de diciembre de 2020). *Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el conyugue y el hijo menor no común.* Obtenido de *Digitum: Repositorio institucional de la Universidad de Murcia:* <http://hdl.handle.net/10201/101464>
- Carrillo Lerma, C. (21 de 01 de 2021). *Digitum: Repositorio Institucional Universidad de Murcia.* Obtenido de <http://hdl.handle.net/10201/101464>
- Carrillo Lerma, C. (21 de enero de 2021). *DIGITUM: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia.* Obtenido de <http://hdl.handle.net/10201/101464>
- Carrillo, C. (2020). *Las familias reconstituidas. Dialnet, 03.*
- caso Leny de la Cruz, 04493-2008 (Tribunal Constitucional 30 de junio de 2010).
- caso MEDINA MENENDEZ, 01204-2017 (Tribunal Constitucional 01 de octubre de 2018).
- CASO MEDINA MENENDEZ, 01204-2017 (Tribunal Constitucional 01 de octubre de 2018).
- CASO MEDINA MENENDEZ, 01204-2017 (Tribunal Constitucional 01 de octubre de 2018).
- Caso MEDINA MENENDEZ, 01204-2017 (Tribunal Constitucional 01 de octubre de 2018).
- CASO SHOLLS PEREZ, 09332-2006 (Tribunal Constitucional 30 de noviembre de 2007).

- caso SHOLLS PEREZ, 09332-2006 (Tribunal Constitucional 30 de noviembre de 2007).
 Caso SHOLLS PEREZ, 09332-2006 (Tribunal Constitucional 30 de noviembre de 2007).
 CASO SHOLLS PEREZ, 09332-2006 (Tribunal Constitucional 30 de noviembre de 2007).
- Castillo, E., & Vásquez, M. (2019). *El rigor metodológico en la investigación cualitativa*. Colombia Médica, 04.
- Castillo, J. (2018). *La presunción de inocencia como regla de tratamiento*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Castillo, J. (2018). *La Presunción de Inocencia como Regla de Tratamiento*. Lima: Ius Pudiendi.
- Chinchay Santos, D. A. (2020). *Afectación del Principio de Presunción de Inocencia respecto del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar en el Perú*. Piura: Universidad Cesar Vallejo.
- CIDH. (2013). *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 03.
- Código Procesal Penal de Chile. (20 de abril de 2021). Obtenido de http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicici4_slv_codigo_procesal.pdf
- Código Procesal Penal de Paraguay. (20 de abril de 2021). Obtenido de http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicici4_ven_cod_org_proc_penal.pdf
- Concha Cerdeña, B., & Flores Saavedra, A. (2017). *Los Presupuestos de calificación y su influencia en La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Pimentel: Universidad Señor de Sipán.
- Cruz, F. (2018). *Las familias ensambladas y su reconocimiento científico en el Código Civil Peruano*. Facultad de Derecho. Trujillo: Universidad Cesar Vallejo.
- Carrillo Lerma, C. (21 de 01 de 2021). Digitum: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10201/101464>
- Cuellar, E. (2019). *Imposición de nombres a presuntas organizaciones criminales y afectación del principio de presunción de inocencia de los imputados*. Universidad Cesar Vallejo, Escuela Universitaria de Post Grado, Tarapoto.
- Curac, K., Lara, A. J., & Sánchez, I. (2019). *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Cusi, J. (2017). *Prisión preventiva ¿qué alego en la audiencia?* Lima: A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.
- De la Fuente, C. (13 de abril de 2021). Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Obtenido de *Familia Extensa*: <https://www.icbf.gov.co/familia-extensa>
- Delgado, M. (2016). *El derecho a la identidad: una visión dinámica*. 2016: Pontificia Católica del Perú.
- Durand Carrión, J. (2008). *El nuevo sistema de registro civil en el Perú*. Lima: Editorial Instituto Pacífico S.A.
- E, Espinar, I., Carrasco, M., Martínez, M., & García, M. (2014). *Familias reconstituidas: Un estudio sobre las nuevas estructuras familiares*. España: Clínica y Salud.
- EcuRed. (20 de marzo de 2021). *Familia Monoparental*. Obtenido de https://www.ecured.cu/Familia_Monoparental
- Espinoza, C. (05 de mayo de 2021). *Medida de Coerción Procesal*. Obtenido de (fiscal provincial Provisional Penal del Distrito Judicial de la Libertad): https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3752_medida_de_coercion_personal_prision_preventiva.pdf
- Estrada, M. (2019). *Compatibilidad entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia. Un enfoque constitucional y aplicativo del principio de proporcionalidad*. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Obtenido de <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/9026/DEDesarmc.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Fernández, S. (2016). *La regulación jurídica de la Familia ensamblada en el Perú y en*

- el Derecho Comparado. Facultad de Derecho. Arequipa: Universidad Católica Santa María.
- Gálvez Vásquez, E. C. (2020). *La desproporcionalidad del plazo de prisión preventiva en el delito de criminalidad organizada establecido en el Decreto Legislativo N° 1307 y la implementación de medidas alternativas igualmente efectivas.* (Título en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque.
- García, M. (2012). *Principios Generales y Principios Constitucionales.* Revista de Estudios Políticos, 03.
- Gavilano Vargas, D. Y. (2014). *Análisis Sistemático de la Prisión Preventiva.* Ica: Cobol S.R.L.
- Gibson, D. (2013). *Ambiguous Roles in Stepfamily: Using Maps of Narrative Practices to Develop a New Family Story with adolescents and parents.* Contemp Fam Ther, 793-805.
- Gonzales, G. (2015). *La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el Código Civil.* Facultad de Derecho. Pimentel: Universidad Señor de Sipan.
- González, F. (2017). *El entorno familiar de una madre soltera: un Relato de Vida.* Luz Repositorio Académico, 13-18.
- Gonzalo, L. (2016). *Prisión Preventiva y Medidas Preventivas.* Lima: Instituto Pacifico S.A.C.
- Guevara, I. (2020). *La prisión preventiva en el Sistema de Audiencias.* Lima: Gamarra Editores S.A.C.
- Hernández, R., & Mendoza, C. (2018). *Metodología de la Investigación.* (7ª edición. ed.). México. D. F.: Editorial Mc Graw Hill.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación.* México: Interamericana Editores S.A.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación.* México: McGRAW-HILL. Obtenido de <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación.* México: Interamericana Editores, S.A., de C.V. Obtenido de <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Hernández, S., & Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta.* Editorial Mc Graw Hill Education., 15.
- Herrera, M. (2013). *Sobre familias en plural. Reformar para transformar.* Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 03.
- Huisa, R. (2018). *Prisión Preventiva con el Nuevo Código Procesal Penal y hacinamiento en el Establecimiento Penitenciario Huancavelica, periodo 2015.* (Título en Doctor en Derecho y Ciencias Políticas), Universidad Nacional de Huancavelica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Huancavelica.
- HUMANIUM. (15 de marzo de 2018). *Pactos Internacionales.* Obtenido de [https://www.humanium.org/es/pacto-1966/#:~:text=El%2016%20de%20diciembre%20de,Sociales%20y%20Cultural es%20\(PIDESC\).](https://www.humanium.org/es/pacto-1966/#:~:text=El%2016%20de%20diciembre%20de,Sociales%20y%20Cultural es%20(PIDESC).)
- Infante, D. (2016). *La familia ensamblada y su protección constitucional como familia natural.* Facultad de Derecho. Piura: Universidad de Piura.
- Landa, C. (2014). *Los derechos fundamentales.* Lima: Colección lo esencial del Derecho 2.
- Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho. (2008). España: Navarra Ediciones.
- Llenen Mendoza, R. J. (2019). *El Plazo de la Prisión Preventiva.* (Título de Maestro en Derecho Penal), Universidad Nacional Federico Villareal, Escuela Universitaria de Post Grado, Lima.
- López, E. (2021). *La Prisión Preventiva en el Derecho Penal.* Lima: Iustitia.
- López, E. (2021). *La prisión preventiva en el proceso penal.* Lima: Iustitia S.A.C.
- Loza, C. (2017). *LA PRISIÓN PREVENTIVA FRENTE A LA PRESUNCIÓN DE*

- INOCENCIA EN EL NCPP. Estudio Loza Avalos, 3-8.
- Lpderecho. (25 de marzo de 2021). *Pasión por el derecho*. Obtenido de *Pasión por el derecho*: <https://lpderecho.pe/jurisprudencia-relevante-actualizada-prision-preventiva/>
- Machado, C. (2019). *Las antilogías de la Presunción de inocencia en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. (Tesis en Doctor en Derecho)*, Universidad Libre, Faculta de Derecho, Colombia.
- Martínez, C. E. (2019). *Prisión preventiva vs. presunción de inocencia*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris S.A.C.
- Medina, G. (2013). *The major reforms to Family Law in the 2012 Civil and Commercial Code Project*. *Family Institute Magazine*, 02-05.
- Mendoza, A. F. (08 de setiembre de 2020). *Cese de la prisión preventiva*. Obtenido de *La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia*: <https://laley.pe/art/10065/cese-de-la-prision-preventiva>
- Meza F., Nicolás D., Uchuypuma T. & López Aburto. (2019). *Las familias ensambladas y su tutela constitucional nuevas consideraciones a propósito del caso Medina Menéndez*. *Revista Persona y Familia de la Faculta de Derecho de la UNIFE*, 105-123.
- Meza Figueroa, M. M. (2019). *Las familias ensambladas y su tutela constitucional nuevas consideraciones a propósito del caso Medina Menéndez*. *Persona Y Familia*, 105-123.
- MINJUS. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- MINJUS. (18 de abril de 2021). *Nuevo Código Procesal Penal*. Obtenido de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf
- Miró, J., Villarroel, A., &. (29 de abril de 2019). *Prisión preventiva: el 39% de presos en el país no tiene condena*. *El Comercio*, págs. 02-06.
- Molina, M. (2014). *La Familia Ensamblada: Una nueva concepción familiar*. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata.*, 05.
- Monje Álvarez, C. (2011). *Guía Didáctica: metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa*. Neiva: Fondo Editorial, Universidad Sur Colombiana.
- Monje Álvarez, C. (2011). *Guía Didáctica: Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa*. Neiva: Fondo Editorial, Universidad Sur Colombiana.
- Monje Álvarez, C. (2011). *Guía Didáctica: Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa*. Neiva.
- MONJE ALVAREZ, C. A. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa*. Neiva- Colombia.
- Moreno, J. (2021). *La prolongación de prisión preventiva*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Navarrete, C. (2010). *La representación de la Familia Nuclear y la Familia*. Bogotá - Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Nogueira, H. (2013). *El Principio de Reserva Legal en la Doctrina emana del Tribunal Constitucional*. Scielo, 05.
- Nuevo Código Procesal Penal de Paraguay*. (18 de abril de 2021). Obtenido de https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Parag_intro_textfun_esp_6.pdf
- Obando, O. (2018). *Las tensiones entre la eficacia procesal y presunción de inocencia. (Título en Maestría en Derecho Procesal Penal)*, Universidad Andina Simón Bolívar, Área de Derecho, Quito.
- ONU. (15 de abril de 2021). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Oscrospoma, P. (2019). *Implicancias del Principio de Presunción de Inocencia en los casos de Prisión Preventiva*. Universidad Nacional Federico Villareal, Escuela Universitaria de Post Grado, Lima.
- Otaegui, V. (2018). *Vivencia del proceso de ensamblaje de hijos/hijastros adultos que*

- fueron miembros de familias ensambladas binucleares. Santiago de Chile: Instituto Chileno de Terapia Familiar.
- Otzen Hernández, T. &. (2013). *Porque investigar y como conducir una investigación*. Temuco: Noriega e Imusa.
- Otzen, T., & Manterola, C. (2017). *Técnicas de Muestreo sobre una Población a Estudio*. Scielo, 03-05.
- Pacheco, D. (17 de setiembre de 2019). *XI Pleno | Prisión preventiva: presupuesto y requisitos [Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116]*. Recuperado el 17 de mayo de 2021, de *Pasión por el Derecho*: <https://lpderecho.pe/atencion-publican-xi-acuerdo-plenario-sobre-prision-preventiva-otros/#:~:text=El%2017%20de%20setiembre%20se,Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Poder%20Judicial>.
- Pacherrez, B. (2019). *Reconocimiento de los Derechos Hereditarios a los hijos a fines que integran la familia ensamblada*. Facultad de Derecho. Piura: Universidad Cesar Vallejo.
- PAREDES MARAVI, M. (2019). *Repositorio digital de Universidad Privada Antenor Orrego*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.12759/4802>
- Paredes Maravi, M. (2019). *Repositorio Digital UPAO*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.12759/4802>
- Peña, A. (2020). *Las medidas de coerción y la prisión preventiva en el proceso penal*. Lima: Idemsa.
- Placido Vilcachagua, A. (2012). *Código Civil Comentado: Derecho de Familia*. (Vol. II). Lima: Gaceta jurídica.
- Placido, A. (2012). *Regulación Jurídica de la Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Programa, Mujer, Justicia y Género del Instituto Latinoamericano para la prevención del Delito. (2015). *ILANUD*, 03.
- Puentes Gómez, A. (2014). *Las Familias Ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia*. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 58-82.
- PUNTES GOMEZ, A. (2014). *Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia*. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 58-82.
- Reátegui, J. (2020). *Comentarios al Código Penal y Procesal Penal Peruano 2020*. Lima: Legales.
- Reynoso Arcos, N. (2019). *Repositorio Institucional de la Universidad San Martín de Porres*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.12727/7858>
- REYNOSO ARCOS, N. (2020). *Repositorio académico USMP*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.12727/7858>
- REYNOSO ARCOS, N. (2020). *Repositorio académico USMP*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.12727/7858>
- Reynoso, N. (2020). *Las Familias Ensambladas en el Perú: fundamentos para el reconocimiento de la figura del padre afín o legal*. Facultad de Derecho. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Salgado, A. (2017). *Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos*. Scielo, 13, 05.
- Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: Mc. Graw Hill 5 edición.
- Sandín Esteban, M. (2003). *La enseñanza de la investigación cualitativa*. *Revista de enseñanza universitaria*, 37-52.
- Sarmiento Zapata, P. M. (2014). *Psicoprofilaxis familiar*. Colombia: San Cristóbal.
- Silva, J. (2019). *La Prisión Preventiva y Su Relación Con El Derecho De Presunción De Inocencia, Distrito Judicial De Lima 2015-2016*. (Tesis de Maestría en Derecho Penal), Universidad Nacional Federico Villareal, Escuela Universitaria de Post Grado, Lima.
- Suriana Aparisi, J. C. (2010). *Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural*. *Veritas Revista de Filosofía y Tecnología*, 10-15.
- STC Orrillo Oyarce - 06540-2006, 06540-2006 (Tribunal Constitucional 06 de noviembre de 2007).

- Troncoso Pantoja, C. (2017). *Guía práctica para la recolección de datos cualitativos en investigación de salud*. *Revista de la Facultad de Medicina Universidad Nacional de Colombia*, 329-332.
- Troncoso, C., & Amaya, A. (2017). *Entrevista: guía práctica para la recolección de datos cualitativos en investigación de salud*. *Revista de la Facultad de Medicina-Universidad Nacional de Colombia*, 05.
- Troncoso, C., & Amaya, A. (2017). *Entrevista: guía práctica para la recolección de datos cualitativos en investigación de salud*. *Revista de la Facultad de Medicina-Universidad Nacional de Colombia*, 05.
- UNICEF. (2013). *A Passport to Protection: A Guide to Birth Registration Programming*. *United Nations Children's Fund*, 02.
- Valdivida, C. (2014). *Universidad de Deusto. España: Universidad de Desusteo*.
- Valero, V. (2020). *La Prisión Preventiva: medida cautelar de última ratio dentro del Proceso Penal Ecuatoriano. (Título de Magíster en Derecho mención Derecho Procesal)*, *Universidad Católica De Santiago De Guayaquil, Sistema De Posgrado*.
- Vargas, R. (2020). *El cese de la prisión preventiva análisis desde la doctrina y la jurisprudencia*. *Lima: A&C Ediciones Jurídicas S.A.C*.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: La Nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia. (Vol. I)*. *Lima: Gaceta Jurídica*.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: La Nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia. (Vol. I)*. *lima: Gaceta Jurídica*.
- Ventura, J., & Barboza, M. (2018). *Evidencias de validez e invarianza factorial de una Escala Breve de Celos en estudiantes universitarios peruanos*. *Universidad San Ignacio de Loyola*, 07.
- Viera, P. (2017). *Cartilla ética e investigación*. *Cali: Universidad Santiago de Cali*.
- Viera, P. A. (2017). *Cartilla ética e investigación*. *Cali: Universidad Santiago de Cali*.
- Villegas, E. (2016). *Límites a la detención y prisión preventiva*. *Lima: Gaceta Jurídica S.A*.
- Villegas, E. (2020). *Prisión preventiva fundamentos para el litigio en el sistema de audiencias*. *Lima: Gaceta Jurídica S.A*.
- Yaya, U. (2014). *Las Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Civil Peruano*. *Lima: Idemsa*.
- Zevillano Seminario, G. M. (2018). *La aplicación desproporcional de la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia en el Perú, 2017*. *Lima: Universidad Cesar Vallejo*.

ANEXOS

ANEXO 01: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES DE ESTUDIO	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIÓN	INDICADORES	ESCALA
Familias ensambladas	Familia ensamblada, es aquella formada por una pareja en la cual uno o ambos, llegan a esta unión con hijos de una relación previa (Damenó, 1987)	Esta variable será valorada a partir del análisis, de los casos resueltos por nuestro Tribunal Constitucional.	Familia	Derecho a la identidad	Escala Likert
				Filiación	
Ordenamiento jurídico peruano	Está integrado por las normas que emanan de los procedimientos de creación que el mismo impone y que son dictadas por los órganos o entes que tienen potestad normativa según sus pautas. (Rubio Correa, 2017)	Esta variable será valorada a partir de la aplicación del instrumento para lo cual que valgo del método de análisis de contenido, a fin de determinar el cumplimiento de principios como : igualdad, protección y de reserva legal	Principios rectores	Principio de Igualdad	Escala Likert
				Principio de Protección	
				Principio de Reserva Legal	

ANEXO 02: FICHAS DE REGISTRO

FICHA DE REGISTRO DE INFORMACION RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE	09332 – 2006 – PA/TC
FECHA	30/11/2007
ACCION	DEMANDA DE AMPARO
COMPETENCIA	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SUMARIO	EL ACCIONANTE INTERPONE DEMANDA DE AMPARO CONTRA EL CENTRO NAVAL DEL PERU, POR LA NEGATIVA DE ESTE ULTIMO DE OTORGARLE UN CARNET A SU HIJASTRA EN CALIDAD DE HIJA Y NO EL PASE DE INVITADA ESPECIAL TAL COMO LO HIZO LA DEMANDADA. AMPARO QUE FUE ESTIMADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EL MISMO QUE ORDENO ADEMAS A LA DEMANDADA A NO REALIZAR ACTOS DE DISTINCION ENTRE LOS HIJOS DEL DEMANDANTE Y SU HIJASTRA
OBSERVACIONES	ES IMPORTANTE SEÑALAR QUE A NIVEL SUPRANACIONAL TANTO LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SE HAN MANIFESTADO A FAVOR DE LAS NUEVAS FORMAS O LAS NUEVAS IDENTIDADES FAMILIARES.
RESOLUCION	EN LA PRESENTE DEMANDA EL

	<p>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESOLVIO DE FORMA CATEGORICA "DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA, DEBIENDO REPONERSE LAS COSAS AL ESTADO ANTERIOR A LA AFECTACION PRODUCIDA POR LA ASOCIACION". POR CONSIGUIENTE ORDENA A LA DEMANDADA QUE NO REALICE DISTINCION ALGUNA ENTRE EL TRATO QUE RECIBEN LOS HIJOS DEL DEMANDANTE Y SU HIJASTRA.</p>
--	--

FICHA DE REGISTRO DE INFORMACION
RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE	01204-2017-PA/TC
FECHA	01/10/2018
ACCION	DEMANDA DE AMPARO
COMPETENCIA	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SUMARIO	<p>EN LA PRESENTE RESOLUCIÓN EL DEMANDANTE ACCIONA CONTRA PROVIAS POR CONSIDERAR QUE LE FUERON VULNERADOS ENTRE OTROS DERECHOS EL DE LIBERTAD A FORMAR UNA FAMILIA, ASI MISMO EL DE PROTECCION DE ESTA FIGURA, SIENDO DESPEDIDO POR LA DEMANDADA POR HABER INSCRITO COMO SU HIJA BIOLÓGICA A SU HIJASTRA EN UN SEGURO PRIVADO DE SALUD, ANTE ESTO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FALLA DECLARANDO FUNDADA LA DEMANDA AL CONSIDERAR QUE</p>

	SE ACREDITÓ LA VULNERACION DE CIERTOS DERECHOS DEL DEMANDANTE ENTRE LOS CUALES ESTÁ LOS DE CONSTITUIR Y PROTEGER A LA FAMILIA.
OBSERVACIONES	COMO YA SE HA SEÑALADO EN LA RESOLUCIÓN ANTERIOR EXISTEN PRECEDENTES NACIONALES COMO INTERNACIONALES QUE PROTEGEN A LA FAMILIA EN SU SENTIDO AMPLIO Y PARA NADA RESTRINGEN EL CONCEPTO A LA IDEA ANTIGUA DE FAMILIA CONVENCIONAL.
RESOLUCION	EN ESTE CASO EL ORGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL FALLÓ <i>“DECLARANDO FUNDADA LA DEMANDA PORQUE SE ACREDITÓ LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS ALEGADOS”</i> .

ANEXO 03: RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

FUNDAMENTOS

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

§ Legitimidad del demandante

3. Antes de entrar a analizar tales temas, deben subsanarse los vicios procesales en los que ha incurrido el *ad quem* respecto de la legitimidad del demandante. Es claro que el recurrente, al ser socio titular de la Asociación, goza de ciertos derechos y obligaciones. Entre los derechos se encuentra el de solicitar carnés para su cónyuge e hijos. En tal sentido, comprende el actor que al denegársele el carné solicitado para su hijastra, cuando a otros socios sí se les ha hecho entrega de carné para sus hijastros, se materializa un trato diferenciado que no es sostenible bajo ningún criterio razonable. Es aquí donde claramente se aprecia el hecho generador de la supuesta lesión del actor, verificándose con ello la legitimidad para obrar del demandante.

§ Modelo constitucional de Familia

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nupcias o familias tras.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 reconocerlo traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.
12. Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.
13. Tomando en cuenta todo ello es de interés recordar lo expuesto en el tercer párrafo del artículo 6.º de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

14. Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

§ Análisis del caso en concreto

18. En los casos en donde se alega un trato desigual, este Tribunal ha establecido que es el demandante el encargado de acreditar tal desigualdad. El recurrente, sin embargo, no ha presentado medio probatorio por medio 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 (hijastras) de los socios que proceden de un nuevo compromiso" (fojas 191). Por su parte, el Estatuto del 2007 de la Asociación establece en su artículo 47 que los asociados podrán solicitar la expedición del Carné de Familiar de Asociado a favor de su "cónyuge, hijas e hijos solteros hasta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese

SS.

**LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (€)

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



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de octubre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del 27 de febrero de 2018. Asimismo se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Ledesma Narváez y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Andrés Medina Menéndez contra la resolución de fojas 786, de fecha 13 de octubre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de febrero de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional). Solicita que se deje sin efecto el despido fraudulento del que fue objeto y que, en consecuencia, se lo reponga en el cargo de jefe de Recursos Humanos. Refiere que brindó sus servicios para la demandada desde el 1 de marzo de 2003 hasta el 3 de marzo de 2010, y que se le despidió de forma fraudulenta, pues ninguno de los hechos que sustentan las faltas graves que se le imputan han sido cometidos por él. Alega la vulneración de su derecho al trabajo, a la familia y su protección (sic), al debido proceso, y a la igualdad ante la ley y no discriminación.

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

Mediante Resolución 22, de fecha 1 de agosto de 2013, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima dispuso la acumulación del Expediente 12680-2010-0-1801-JR-CI-03 al Expediente de autos 03985-2010-0-1801-JR-CI-03 (folio 451), por considerar que en ambos procesos las pretensiones planteadas eran conexas

El Tercer Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 5 de agosto de 2015, resuelve reconducir infundadas las demandas interpuestas por don Manuel Andrés



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

Medina Meléndez, toda vez que no se ha presentado medio probatorio alguno que demuestre la violación de los derechos alegados y que se ha respetado el debido procedimiento en sede administrativa.

A su turno, la Sala revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda. Afirma que existe una vía igualmente satisfactoria para hacer valer los derechos invocados, por lo que la demanda se encuentra incurso en la causal de improcedencia prevista en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Análisis de procedencia de la demanda

1. En el caso Elgo Ríos (Sentencia 02383-2013-PA), este Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, y desde una perspectiva objetiva, debe atenderse a la estructura del proceso, por lo que corresponde verificar si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), así como a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria. Por ende, debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).
2. Por otra parte, y desde una perspectiva subjetiva, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en grave riesgo el derecho vulnerado o amenazado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe evaluarse si es necesaria una tutela urgente, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).
3. De acuerdo con la consulta efectuada a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial:
(https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/as_mapa/>), a la fecha de la interposición de la demanda aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que, para el caso concreto, no se contaba en el referido distrito judicial con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

4. Además, y respecto a la necesidad de tutela urgente por la magnitud del bien involucrado o del daño, considero que en el presente caso debe tenerse presente que se trata de una situación vinculada con una alegada violación del derecho a la protección de la familia, la cual, según lo ya señalado por este Tribunal Constitucional, debe ser protegida de las injerencias lesivas de la sociedad y el Estado. En mérito de todo lo expuesto, no puede hablarse de que en este caso en particular existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo.

Análisis sobre el fondo de la presente controversia

5. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”; mientras que su 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
6. Conforme a la carta de despido 002-2010-MTC/20, del 3 de marzo de 2010 (folio 87), al demandante se le imputó haber permitido, en su condición de jefe de la Unidad de Recursos Humanos: a) el pago de primas de salud a la Empresa Prestadora de Salud Pacífico S. A. por personal sin vínculo laboral con Provías Nacional, desde el 2004, por \$ 23422.77 y S/ 4209.75, faltando a su deber de conducir y administrar adecuadamente los planes de salud del personal, conforme lo establece el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la entidad, sin perjuicio de que la responsable directa era la especialista de Bienestar de Personal y Capacitación; b) haber suscrito el formato en blanco de Provías Nacional al Programa de Salud Pacífico, en junio de 2009, atribuyéndose la calidad de representante legal de dicha entidad, calidad que no ostenta; y c) haber declarado y registrado como derechohabiente, en calidad de hija, a la señorita Lisal Tania Gutiérrez Narazas, desde el año 2004, quien no era legalmente su hija, generando a Provías Nacional un costo indebido de \$ 3240.85 y S/ 445.54.

Argumentos del demandante

7. El actor manifiesta que su despido resulta fraudulento, pues ninguno de los hechos que sustentan las faltas graves que se le imputan han sido cometidos por él. Sostiene que el supuesto pago de primas por personas sin vínculo laboral no era de su responsabilidad debido a la desagregación de funciones, y que dicha labor le correspondía a la especialista en Bienestar de Personal, de acuerdo con el MOF, por lo que, si se toma en cuenta que la responsable directa fue sancionada con el despido, se puede concluir que en su caso se ha aplicado la máxima sanción (el despido) de manera desproporcionada.



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

8. Afirma que es falso que se haya atribuido la calidad de representante legal de Provias Nacional, pues el documento lo firmó en blanco, estampando su sello, en el cual consta el cargo que ostenta. Alega que el acápite del formato no establece que únicamente deba firmar el representante legal, sino que hace referencia a “representante legal y/u otros”.
9. Respecto al caso de la declaración de Lisal Tania Gutiérrez Narazas como su dependiente para efectos de su afiliación a Pacífico EPS, aduce que se vulnera el principio de inmediatez, por cuanto dicho hecho fue de pleno conocimiento de su empleadora desde la fecha en que ingresó a laborar a la entidad emplazada, hace más de siete años. Por tanto, si en su oportunidad su empleador no adoptó medida alguna en su contra, no puede hacerlo ahora. Y es que ello, además de vulnerar su derecho constitucional a fundar una familia y a su protección, implica que su empleador no ha cuestionado que Gutiérrez Narazas no ostente la posesión constante de estado como su hija, sino simplemente el criterio formalista de que no es su hija biológica, estableciendo un tratamiento discriminatorio respecto a su hija y contraviniendo el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 09332-2006-PA/TC.

Argumentos de la parte demandada y el Tribunal del Servicio Civil

10. Por su parte, la entidad emplazada afirma que el recurrente fue despedido por haber incurrido en tres faltas graves y que, conforme a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, los casos derivados de la impugnación y calificación del despido fundado en causa justa vinculados a hechos controvertidos no pueden ser tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria.
11. Este Tribunal advierte que en autos obra la Resolución 020-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, de fecha 20 de abril de 2010 (folio 92), mediante la cual se declara infundado el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la carta de despido 002-2010-MTC/20, del 3 de marzo de 2010, emitida por el director ejecutivo de Provias Nacional, por considerar que el recurrente no logró desvirtuar los hechos que se le imputaron como falta grave y que sustentaron su despido.
12. En efecto, el Tribunal del Servicio Civil consideró que, de acuerdo con lo establecido en el Manual de Organización y Funciones de Provias Nacional, el demandante, como jefe de Recursos Humanos, que tenía bajo su cargo a la trabajadora encargada de manera directa de la administración de los planes de salud del personal, tenía como función específica conducir la gestión y administración de los planes de salud del personal y sus dependencias, más aún si la inobservancia y la falta de fiscalización a dicha trabajadora podían perjudicar económicamente a la entidad, como ha sucedido en el presente caso.



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL ANDRÉS MEDINA
MENÉNDEZ

13. Asimismo, el Tribunal del Servicio Civil estimó que, al haber suscrito el formato de afiliación en blanco de Provías Nacional al Programa de Salud de Pacífico EPS (hecho aceptado por el accionante), el referido funcionario demostró que actuó negligentemente, máxime si posteriormente ni siquiera revisó dicho documento antes de su remisión, incumpliendo la función de supervisión asignada a su cargo. Por último, con relación a la inscripción de la señorita Lisal Tania Gutiérrez Narazas como derechohabiente, determinó que, al momento de la inscripción, no era su hija legítima ni había un proceso de adopción en curso, por lo que brindó información falsa para obtener un beneficio personal, contraviniendo lo establecido en el artículo 3 de la Ley 26790 y el artículo 30 de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 009-97-SA, modificado por el Decreto Supremo 020-2006-TR.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

14. Este Tribunal Constitucional estima que, en el presente caso, son dos los hechos en los cuales buscan sustentarse las faltas graves que se le imputan al demandante. Por un lado, se alega que Medina Menéndez, como representante de la Jefatura de la Unidad de Recursos Humanos, permitió el pago de primas de salud a la Empresa Prestadora de Salud Pacífico por personal sin vínculo laboral con la demandada, incumpliendo así con sus deberes de supervisión, suscribiendo, a su vez, un formato de afiliación en blanco de la demandada al Programa de Salud Pacífico EPS, atribuyéndose la calidad de representante legal de la emplazada que no tiene. Y, por otro, se le cuestiona por haber registrado y declarado como derechohabiente, en calidad de hija, a la hija biológica de su esposa, sin mantener vínculo filial con ella.

15. Procederemos entonces a analizar las presuntas violaciones a derechos fundamentales alegadas por el actor a la luz de las imputaciones recientemente señaladas.

Sobre la proporcionalidad de la sanción administrativa impuesta

16. Al respecto, y como ya lo ha señalado en otras ocasiones, este Tribunal considera que el establecimiento de medidas sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión proporcional (cfr. Sentencia 00535-2009-PA/TC)

17. Asimismo, resulta necesario destacar la importancia que el Tribunal Constitucional ha otorgado a la motivación de las resoluciones administrativas. En reiterada jurisprudencia ha considerado que se trata de un derecho de especial relevancia, el cual consiste “en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL ANDRÉS MEDINA
MENÉNDEZ

razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican” (Sentencias 00091-2005-PA/TC, 294-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC, entre otras).

18. Además, ha señalado que “la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional” (Sentencias 04193-2011-PA/TC, 00016-2012-PA/TC, entre otras).
19. Ahora bien, y respecto al caso concreto, resulta pertinente empezar por indicar que se encuentra acreditado que la Unidad de Recursos Humanos generó pagos de primas de salud a la Empresa Prestadora de Salud Pacífico SA por tres ex trabajadores con la demandada, lo cual generó que se continúe facturando por dichas personas sin vínculo laboral, ocasionando gastos indebidos a la demandada.
20. Al respecto, si bien la emplazada reconoce que la responsable directa de los hechos fue la especialista de Bienestar de Personal y Capacitación al incumplir sus obligaciones, señala que el actor, en su condición de jefe de Personal, no ha cumplido a cabalidad con la obligación de conducir y administrar adecuadamente los planes de salud del personal, tal y como lo señala el Manual de Organización y Funciones (MOF).
21. Asimismo, el actor señala que firmó en blanco el formato de afiliación de la demandada al Programa de Salud Pacífico EPS en junio de 2009, y que, posteriormente, este fue llenado por la Especialista de Bienestar de Personal y Capacitación. A criterio de la demandada, este proceder refleja un acto negligente por parte del demandante, quien debió procurar los mayores controles posibles respecto del área que se encuentra a su cargo.
22. Sin embargo, no se observa del estudio de los actuados que se haya dado cuenta de las razones que generaron que al actor se le imponga una sanción igual de drástica que la asignada a la responsable directa de los hechos alegados. En efecto, conforme al Manual de Organización y Funciones (MOF) de la emplazada, aprobado mediante Resolución Directoral 1259-2009-MTC/20, de fecha 14 de octubre de 2009 (vigente a la fecha de los hechos denunciados), la administración de los planes de salud del personal y sus dependencias era función de la especialista de Bienestar de Personal y Capacitación, y al jefe de Recursos Humanos correspondía la función de conducir la gestión y administración de los planes de salud del personal y sus dependencias, así como la de dirigir y coordinar las acciones orientadas al diseño e implementación de registros que contengan información actualizada del personal.
23. Siendo así, no resulta proporcional sancionar al demandante que, ciertamente, tenía un deber de supervisión de sus dependientes de la misma manera que a la



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL ANDRÉS MEDINA
MENÉNDEZ

responsable inmediata de los hechos señalados. La demandada no ha justificado por qué una eventual falta de responsabilidad en la supervisión del actor genera la misma sanción que la que corresponde a la especialista de Bienestar de Personal y Capacitación bajo su supervisión, quien, por cierto, fue la persona que ejecutó directamente los hechos denunciados.

24. A mayor abundamiento, y en concordancia con lo recientemente señalado, se aprecia de la Resolución 020-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, de fecha 20 de abril de 2010 (fojas 91), que la propia Unidad de Asesoría Legal de Provías, en su Informe 00060-2009-MTC-20.3, donde se pronuncia sobre los criterios jurídicos a tenerse en cuenta para el despido del actor, indica expresamente que “los hechos descritos fueron responsabilidad de la señora Luz Vigil Arguedas, conforme ha sido reconocido expresamente por ella, porque estaba a cargo de dicha obligación en forma directa; en cambio, la responsabilidad del jefe de la Unidad de Recursos Humanos es la de verificar dichos actos. En ese sentido, el director ejecutivo, al momento de aplicar la sanción correspondiente, debe diferenciar la responsabilidad de quien cometió el acto de aquel que debió fiscalizar dichos hechos”.

25. En la misma línea, tampoco se da cuenta de las razones por las cuales se aplica la misma sanción por haber firmado un formato en blanco pese a que la especialista de Bienestar de Personal y Capacitación aceptó haber llenado dicho formato sin conocimiento del actor. De hecho, en la Resolución 020-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, de fecha 20 de abril de 2010, se reconoce, en el fundamento 43, que “el haber firmado en blanco [...] demuestra que el trabajador actuó negligentemente, máxime si posteriormente ni siquiera revisó antes de su remisión [...]”. A ello debe agregarse que el Informe 00060-2009-MTC-20.3, de la Unidad de Asesoría Legal de Provías, señala que dicho documento fue suscrito por el actor en su calidad de jefe de Recursos Humanos y que tenía carácter informativo.

Sobre el derecho a la protección de la familia y, especialmente, en el caso de las familias ensambladas

a) El derecho a la protección de la familia

26. 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 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”. Asimismo, 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”, por lo que debe ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad.



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

27. De otro lado, 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.
28. Asimismo, en el caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala” señaló que “(...)no existe una definición única de familia, así que, la misma no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales”
29. Es importante señalar que inicialmente la familia ha sido entendida como la formada por vínculos jurídicos familiares que encuentran su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Sin embargo, este Tribunal ha establecido que nuestra Constitución debe reconocer un concepto amplio de familia a la luz de los nuevos contextos sociales, por lo que debe otorgarse especial protección a las denominadas “familias ensambladas” (Sentencia 09332- 2006-PA/TC, fundamentos 7 y 8).
30. En esta misma línea de pensamiento, este Tribunal ha definido a las familias ensambladas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubiniaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”. De este modo, ha considerado que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, siempre que esta relación guarde ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento (Sentencia 09332- 2006-PA/TC, fundamento 12)
31. Por lo demás, esta posición es concordante con lo expresado en la Opinión Consultiva OC-21/14, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se ha sostenido que la expansión a otros parientes de ser titulares del derecho a la vida familiar depende “[...] siempre que tengan lazos cercanos personales. [...] [Pues] [...] en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son [por parte de] los padres biológicos.”
32. Es así, que con base en lo establecido por el artículo 6 de la Constitución, puede concluirse que, en contextos en donde el hijo o la hija afín se ha asimilado al nuevo núcleo familiar, cualquier diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia (Sentencia 09332- 2006-PA/TC, fundamentos 13 y 14). Ello ha sido



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

confirmado por la jurisprudencia de este Tribunal, específicamente en las sentencias recaídas en los Expedientes 02478-2008-PA/TC y 04493-2008-PA/TC.

b) Consideraciones en torno a la familia ensamblada

33. Más allá de lo hasta aquí señalado, y en función de ir clarificando el escenario que se presenta frente a las familias ensambladas, este Tribunal considera pertinente dejar sentada algunas consideraciones en torno a este tema y sus implicancias.

34. En primer lugar, este Tribunal estima pertinente señalar cuáles serían las principales características de una familia ensamblada. Estas características, que debe estar lejos de ser un *numerus clausus* y tiene una naturaleza esencialmente descriptiva, serían las siguientes:

- (i) Comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual.
- (ii) Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil (Cfr. STC 09708-2006-AA/TC).
- (iii) La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características puede consistir en “habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento” (STC 09332-2006-PA/TC).

35. Se debe entonces tomar en cuenta que la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que “(...) una familia ensamblada debe demostrar la existencia de sus lazos filiales, lo cual, si bien no puede convertirse en una carga desproporcionada que redunde en su discriminación, sí debe ser mínima. Por lo general, en las familias ensambladas se ha verificado, para proceder a su protección, la existencia de lazos de solidaridad, afecto y respeto, la convivencia conjunta de los miembros y la dependencia afectiva y económica de sus integrantes respecto al núcleo familiar.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292/16)

36. En segundo término, resulta pertinente señalar que existen obligaciones que tiene el padre o madre afín, derivadas del reconocimiento de una familia ensamblada, Y es que resulta claro que si se identifica la existencia de este tipo de familia, el padre o madre afín tiene el deber de brindar mínimamente una asistencia inmediata y, principalmente, dirigida a la sobrevivencia en condiciones dignas del menor, esto es, a la atención, cuidado y desarrollo del mismo. Esta situación conllevará, como



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

consecuencia lógica, a que dicha obligación se extienda también del hijo o hija hacia el padre o madre afín cuando estos últimos necesiten asistencia como, por ejemplo, cuando estos lleguen a la vejez o sufran una discapacidad permanente.

37. Además, este Tribunal considera importante dejar sentado que del hecho de que un padre o madre afín esté brindando la asistencia a la que se refiere el párrafo precedente, en mérito a la nueva unidad familiar, no puede colegirse, en sentido alguno, que se excluya el deber del padre o madre biológico de hacerse responsable de las obligaciones legales que le corresponde. Y es que el padre o madre afín, en estos supuestos, ha brindado su apoyo en función de razones vinculadas a la solidaridad, a la afectividad respecto a la nueva unidad familiar y a una posible situación de irreparabilidad en la que podría caer el menor si carece de la asistencia a la que el padre biológico está obligado pero que, muchas veces, incumple.

38. Al respecto, debe tenerse presente que en esta situación existe una concurrencia en la obligación de atención y cuidado de los menores entre los padres biológicos y afines, pero que ello no resulta extensible a las prestaciones económicas. En estos casos, y solo en una interpretación que tome en cuenta el derecho-principio de interés superior de los niños, se preferirá la prestación económica que beneficie más al menor, sin que ello implique, en cualquier caso, que el padre biológico se desentienda de sus obligaciones.

c) Análisis del caso concreto

39. Ahora bien, del estudio de los actuados del presente caso, se aprecia que el demandante acepta que incluyó como sus dependientes a su esposa Tania Lourdes Narazas Riega, a su hijo y a la hija biológica de su esposa, quienes forman parte de su estructura familiar desde que contrajera matrimonio en 1995. Siendo así, queda claro que estamos frente a una familia ensamblada originada en una unión matrimonial en donde uno de sus integrantes (en este caso, la esposa) tiene una hija proveniente de una relación previa, lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se denomina hija afín dentro del contexto de una familia ensamblada.

40. Además, resulta pertinente señalar que la demandada no ha cuestionado en algún momento que el actor comparta vida en familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento con las tres personas que incluyó como dependientes. Con ello se acoge aquí un concepto de familia ensamblada ya recogido por la jurisprudencia de este mismo Tribunal.

41. Entonces, en la línea de lo ya señalado por este Tribunal, y a la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia, la diferenciación de trato que realizó la demandada deviene en arbitraria. En tal sentido, si bien la demandada argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en lo establecido en el artículo 3 de la Ley 26790, Ley de la Modernización de la Seguridad Social en Salud, y en el artículo 30



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

de su Reglamento, queda claro que, en realidad, la interpretación que hizo de las reglas allí contenidas colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección.

42. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, este Tribunal considera oportuno dejar sentado que, en el presente caso, no se encuentra acreditado ni ha sido afirmado por la parte demandada que la hija biológica de Gutiérrez Narazas se encuentre recibiendo algún tipo de prestación económica por parte de su padre biológico, lo cual configuraría un supuesto de “doble protección” en los que resultaría aplicable el criterio señalada en el fundamento 38 *supra*.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del cual ha sido objeto el accionante.
2. **ORDENAR** al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional Provías Nacional que reponga a don Manuel Andrés Medina Menéndez como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01204-2017-PA/TC
LIMA
MANUEL ANDRÉS MEDINA
MENÉNDEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI POR CONSIDERAR QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA, TENIENDO EN CUENTA EL TIEMPO QUE VIENE LITIGANDO EL DEMANDANTE

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto de los fundamentos 1, 2 y 3 en los que, a los efectos de determinar si existe en el caso una vía igualmente satisfactoria, en aplicación de los criterios establecidos en el precedente contenido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, se señala expresamente lo siguiente:

"En el caso Elgo Ríos (Sentencia 02383-2013-PA), este Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, y desde una perspectiva objetiva, debe atenderse a la estructura del proceso, por lo que corresponde verificar si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea); así como a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria. Por ende, debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).

Por otra parte, y desde una perspectiva subjetiva, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en grave riesgo el derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe evaluarse si es necesaria una tutela urgente, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

De acuerdo con la consulta efectuada a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial: (<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETHINLPT/s_etii_nlpt/as_mapa/> a la fecha de la interposición de la demanda aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que, para el caso concreto, no se contaba en el referido distrito judicial con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC".

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tales fundamentos se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Lima; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que el accionante no contaba con una vía igualmente satisfactoria, siendo procedente el amparo. De lo contrario, esto es, de haber estado en rigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de la presentación de la demanda, se infiere que esta hubiera sido declarada



CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01204-2017-PA/TC
LIMA
MANUEL ANDRÉS MEDINA
MENÉNDEZ

improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria: la del proceso laboral abreviado.

A este respecto, discrepo rotundamente con que se haya efectuado el referido análisis previo. A mi juicio, carece de objeto que este se haya realizado por las consideraciones que detallo a continuación:

1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.
3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 05 de febrero de 2010. Esto es, hace más de 8 años y 11 meses, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 2017, por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Dada la importancia del conflicto subyacente en el presente caso, suscribo en su totalidad la sentencia; sin embargo, considero pertinente efectuar algunas precisiones en relación al mandato de reposición del demandante y la necesidad de optimizar la protección de la familia, más allá del régimen laboral que tuvo el actor.

1. El artículo 4 de la Constitución Política reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad, y obliga a la comunidad y al Estado a brindarle protección. Esta regulación local se encuentra en consonancia con lo previsto en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 23 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.
2. Si bien es cierto en nuestro país, tradicionalmente el vínculo jurídico de la familia se originaba en la matrimonio, la filiación y el parentesco, el Tribunal constitucional, en la sentencia emitida en el expediente N° 09332-2006-AA, analizó cómo es que los cambios sociales y jurídicos significaron “un cambio en la estructura de la familia tradicional [...] [generando] familias con estructura distinta [...], como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas”, y otorgó reconocimiento constitucional a cada una de ellas.
3. La doctrina, por su parte, ha señalado que la realidad social cambiante ha ido modificando la composición de la familia generando diferentes tipos. Así, diversos autores han señalado que “La caída de las nupcialidad y el ascenso de la tasa de divorcios ha causado una eclosión de nuevas formas de familia, tales como: familias unipersonales (de solteros, divorciados o viudos); monoparentales o matri-focales (madres sin pareja con hijos a su cargo, sean solteras o separadas); reconstituidas (parejas de segundas o ulteriores nupcias, a cargos de hijos procedentes de uniones anteriores); familias de cohabitantes, uniones informales de parejas sin legalizar, tengan o no hijos a su cargo, etc.”¹
4. Respecto a las familias reconstituidas, en la sentencia referida en el fundamento 2 *supra*, el Tribunal Constitucional las definió como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión concubinaría de una pareja en las cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (ff. jj.

¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Panorama general de la reforma del derecho de familia en el libro II del Código Civil de Cataluña”, en *La familia del siglo XXI: algunas Novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*; Barcelona, ed. Bosch, 2011, pag. 20.



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA /TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

8); y, respecto al vínculo que se genera entre los integrantes de esa nueva familia, señaló que entre los padrastros o madrastas y los hijastros/as “se genera un parentesco por afinidad” (ff. jj. 10), requiriéndose para ello que la relación entre los padres afines y el hijastro guarde 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 (ff. jj. 12).

5. Lo expuesto permite apreciar que las relaciones familiares se desarrollan en el ámbito de la afectividad, surgiendo así una relación entre personas que sin tener vínculo consanguíneo se portan como si ese vínculo realmente existiera, dando lugar a lo que diversa doctrina ha venido a llamar “parentesco social afectivo”. Si bien textualmente dicha expresión no ha sido recogida por nuestro ordenamiento jurídico, sí subyace en instituciones como la adopción, por ejemplo; por otro lado, la jurisprudencia también evidencia la existencia de ese vínculo al reconocer a la familia ensamblada como merecedora de tutela constitucional.

6. Así pues, en la familia reconstituida o ensamblada el hijastro forma parte de una nueva estructura familiar, con eventuales deberes y derechos especiales², los que, como correlato, generan determinadas obligaciones para los padres afines, tal el caso de la obligación alimentaria, esto en virtud de la solidaridad que debe existir entre los integrantes del grupo familiar y del mandato constitucional de protección a la familia. Dicho sea de paso, la solidaridad en la familia debe entenderse como la protección y cuidado directo que debe brindar, no sólo el padre afín al hijastro menor de edad, sino también este último hacia el padrastro en su vejez, por haberle prodigado los cuidados que cuando era niño requirió. No obstante, debe precisarse que la responsabilidad de los padres biológicos no puede ser puesta en un plano de igualdad con la responsabilidad de los padres afines, por lo que estos últimos deben ser considerados obligados a prestar los alimentos de modo supletorio o complementario a los primeros.

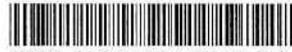
7. En relación al derecho alimentario, el Código de los Niños y Adolescentes considera como alimentos “[...] lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente [...]”³. Asimismo, respecto a los obligados a prestarlos, el artículo 93 del mismo código, ubica como responsables, en primer término, a los padres y, en defecto de estos, establece una prelación de otras

² Expediente 0933-2004-PA, fundamento jurídico 11

³ Artículo 92 del Código de los niños y Adolescentes



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

personas llamadas a brindarlos, ubicando en cuarto lugar, a “otros responsables del niño o del adolescente”

8. En el caso concreto de la salud, más específicamente del seguro de salud, la Ley 26790 – Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, señaló que “La Seguridad Social en Salud se fundamenta en los principios constitucionales que reconocen el derecho al bienestar y garantizan el libre acceso a prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas. Se desarrolla en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud”⁴. Dicha ley, en su artículo 3 dispone que “[s]on asegurados del Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud, los afiliados regulares o potestativos y sus derechohabientes”, comprendiendo en este último concepto al “cónyuge o el concubino a que se refiere el Art. 326o. del Código Civil, así como los hijos menores de edad o mayores • incapacitados en forma total y permanente para el trabajo, siempre que no sean afiliados obligatorios”⁵

9. Una lectura textual de la disposición citada en último término en el fundamento *supra*, podría llevar a considerar que los hijos afines no se encuentran comprendidos como derechohabientes dentro de la cobertura de salud que genera la afiliación al sistema del padre o madre afín; sin embargo, tal interpretación significaría que los hijos afines, al estar fuera de la cobertura del seguro de salud, queden en una evidente desprotección frente a contingencias médicas, lo que sin duda contraviene no solo los principios que rigen la Ley 26790, sino también y principalmente el mandato constitucional y convencional de dar protección a la familia en cualquiera de sus formas. Por, ello, a mi consideración, cuando el artículo 3 de la Ley 26790 señala que deben considerarse asegurados como derechohabientes a los hijos de los afiliados, debe entenderse que están comprendidos tanto los hijos biológicos como los hijos afines de los titulares, siempre y cuando la relación entre estos y los padres afines reúnan las características referidas en el fundamento 3 de este voto.

10. En el presente caso, de los documentos obrantes en autos se advierte que el demandante contrajo nupcias con Tania Lourdes Narazas Riega el año 1995 (f. 11), cuando la hija de ésta última, Lisal Tania Gutiérrez Narazas, contaba con apenas 7 años de edad (f. 8), constituyendo lo tres una nueva familia, que posteriormente creció con el nacimiento del menor hijo de ambos cónyuges.

⁴ Artículo 1 de la Ley 26790

⁵ Artículo 3 de la Ley 26790



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA /TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

Además, consta de autos que el año 2009 el demandante declaró a Lisal Tania Gutiérrez Narazas como su hija ante la Academia de la Magistratura, su entonces empleadora, tal como se ve de su ficha de datos personales (f. 328 del expediente acumulado) y de la relación de asegurados de esa dependencia en la aseguradora Pacífico, en la que el actor figura como titular y que tiene 3 derecho habientes (f. 329 del expediente acumulado). Más adelante, cuando ya el recurrente tenía vínculo laboral con la demandada Provias, en su legajo personal declaró a Lisal Tania como hija (fs. 357 vuelta y 358 del acumulado), además de haberla declarado dependiente en la actualización de datos ante dicha institución (f. 14 del principal y f. 359 del acumulado). Asimismo, según la información del portal web de la Universidad de Lima (f. 23), en la que Lisa Tania Gutiérrez Narazas cursaba estudios superiores, ella declaró como su domicilio la misma dirección que el recurrente consignó como su domicilio real en las demandas materia de autos. Todo ello evidencia que el demandante, su esposa, el hijo de ambos y la hija de la esposa, Lisa Tania Gutiérrez Narazas, constituyen una familia ensamblada que tiene una identidad autónoma, pues comparten una vida familiar con estabilidad, publicidad y reconocimiento, habiendo el actor asumido voluntariamente la responsabilidad, no solo de criar y cuidar a su hija afín, sino también de cubrir sus necesidades básicas cual un verdadero padre.

11. Siendo ello así, la conducta asumida por la demandada, no sólo al negar la cobertura de salud a una integrante de la familia del actor, su hija afín, sino también al sancionarlo con el despido por el hecho de haber brindado protección a todos los miembros de su familia a través de la cobertura de salud, se afectó gravemente la identidad de su núcleo familiar, contraviniendo la obligación constitucional de proteger a la familia, tornándose así arbitrario el despido del que fue objeto, por lo que debe darse amparo a la demanda

12. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe mencionar que de los argumentos expuestos precedentemente resulta claro que la controversia que subyace en la presente causa, no está relacionada únicamente con la protección del actor frente al despido arbitrario, sino, principalmente, con la protección de un bien jurídico que merece especial tutela constitucional, cual es la familia, que se vio afectada con el hecho de haber sido despedido por haber cumplido con su deber de proteger a los miembros de su familia a través de la cobertura de salud.

13. Por ello, si bien el demandante fue un servidor público y, por tanto, de acuerdo a las reglas establecidas con la calidad de precedente en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente 05057-2013-PA (Caso Huatuco Huatuco), para ordenar su reincorporación tendría que verificarse previamente si su ingreso a laborar fue por concurso público; sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto en los fundamentos que anteceden, en aras de cautelar de la manera más



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

optima posible el derecho a la familia, en este caso concreto y de manera excepcional, también considero que debe ordenarse la reposición el demandante, aun cuando la prueba actuada no resulta insuficiente para establecer si el ingresó por concurso público o no.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRES

MEDINA

MENENDEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.

mf



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRES

MEDINA

MENENDEZ

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].



CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRES

MEDINA

MENENDEZ

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRES

MEDINA

MENENDEZ

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

⁴ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.