



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

“LA GUARDA DEL MENOR EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS”

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

PEREZ CORONEL, LUZ MIRIAM

ASESOR:

MG. GARCÍA ARRIBASPLATA, JAKELINE YANET (CÓDIGO ORCID).

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Constitucional - Familiar

Pimentel, Perú, 2021

DEDICATORIA

Mi presente tesis, dedico a mi madre, ya que gracias a ella he logrado poder
cumplir una etapa más en mi vida.

Con su sabiduría a lo largo de mi vida, me ha dirigido por el camino del bien. Te
doy mi trabajo en ofrenda por tu paciencia y amor incondicional madre mía, te
amo.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, agradezco a la Universidad UDCH por haberme dado la oportunidad de ser parte de ella y abrir sus puertas del seno científico para poder estudiar mi carrera, como también a los diferentes docentes que derramaron su conocimiento de apoyo para seguir adelante día a día.

Agradezco también a Dios por permitirme tener buenas experiencias de mi aprendizaje y convertirme en un ser profesional.

Y para finalizar también agradezco a todos mis compañeros de clase durante todos los niveles de la carrera, ya que gracias al compañerismo, amistad y apoyo moral han aportado en un alto porcentaje de mis ganas de seguir adelante en mi carrera profesional.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS	iv
ÍNDICE DE GRÁFICOS Y FIGURAS	v
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. DESARROLLO	7
3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	49
3.2. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN APRIO RÍSTICA.	49
3.3. ESCENARIO DE ESTUDIO	51
3.4. PARTICIPANTES	51
3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	51
3.6. PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INFORMACIONES	51
3.7. MÉTODO DE ANÁLISIS DE DATOS	52
3.8. RIGOR CIENTÍFICO	52
3.9. ASPECTOS ÉTICOS	52
IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	53
CONCLUSIONES	58
RECOMENDACIONES	59
REFERENCIAS	91
ANEXOS	96

ÍNDICE DE GRÁFICOS Y FIGURAS

Gráfico 01: ¿Conoce usted la naturaleza jurídica de la familia?.....	54
Gráfico 02: ¿Conoce usted la naturaleza de las familias ensambladas?.....	55
Gráfico 03: ¿Conoce usted el tratamiento normativo de las familias ensambladas en el Perú?.....	56
Gráfico 04: ¿Conoce usted los fundamentos jurídicos de la guarda del menor?.....	57
Gráfico 04: Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto de ley la regulación de las familias ensambladas como institución en el Perú?.....	58

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

C° : CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ

CC : CÓDIGO CIVIL

CPC : CÓDIGO PROCESAL CIVIL

ART. : ARTÍCULO

S/F : SIN FECHA

P. : PÁGINA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo desarrollar la determinación de las familias ensambladas como institución a efectos de la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas, siendo que el tema principal de nuestra investigación versa en que, nuestro ordenamiento jurídico no prevé como institución reconocida y debidamente protegida a la familia ensamblada y a los beneficios que surjan de la misma. Este objetivo se llevará a cabo mediante el análisis de la naturaleza de las familias ensambladas, así como su tratamiento normativo en el derecho comparado y en el nacional, también se analizarán a las familias ensambladas como institución y su dinámica social. El trabajo pretende evidenciar las nuevas manifestaciones de la institución familiar en el Perú, con el fin de ampliar su espectro mediante la regulación y reconocimiento de la familia ensamblada en nuestra legislación para la necesaria guarda del menor.

Palabras claves: Familia, institución jurídica, familias ensambladas, guarda del menor, interés superior del niño.

ABSTRACT

The present research work aims to develop the determination of the families assembled as an institution for the purposes of the necessary custody of the minor in the assembled families, being that the main topic of our research is that our legal system does not foresee as a recognized institution and duly protected the assembled family and the benefits arising from it. This objective will be carried out through the analysis of the nature of the assembled families, as well as their normative treatment in comparative and national law, the assembled families as an institution and their social dynamics will also be analyzed. The work aims to show the new manifestations of the family institution in Peru, in order to broaden its spectrum through the regulation and recognition of the family assembled in our legislation for the necessary custody of the minor.

Keywords: Family, legal institution, joined families, guardianship of the minor, best interests of the child.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de nuevas figuras o de un cambio institucional producto de la acción humana en conjunto, de nuevas manifestaciones sociales normativas, las instituciones incluyen todo tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción de los mismos, como es de mención por Douglass C. North:

Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico (2006, p. 13).

La familia siempre ha sido concebida como una institución fundamental de la sociedad, debido a que desempeña múltiples papeles de primordial importancia, tanto con relación a sus miembros, como a la sociedad en su conjunto. Y ello se debe a que, como han señalado Kaztman y Filgueria (citado en Ramos, 2006) la familia cumple un papel múltiple en la socialización de las nuevas generaciones, al proteger y apoyar a los individuos cuando aún carecen de instrumentos y recursos (materiales e inmateriales) para desenvolverse en el mundo. De estudios realizados en las últimas décadas surge que se han producido cambios en los patrones de constitución, disolución y reconstitución familiar (p. 193).

La familia como instituto natural, se encuentra sujeto a cambios referidos a los contextos sociales actuales y dinámicos, que tienen implicancias jurídicas en el derecho referente a la familia y sus alcances; tal como lo son las familias ensambladas que, si bien tienen reconocimiento y protección constitucional en el Perú, aún persiste la exigencia de determinar la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nuestra realidad jurídica y la gran mayoría de la sociedad peruana conserva la idea del modelo de la tradicional familia nuclear, esto es, la conformada por padre, madre e hijos, dejando fuera otras manifestaciones de estructuras familiares como la familia ensamblada o reconstituidas, concebida como:

(...) aquella que tienen su origen en el matrimonio o la unión de hecho, y están integrada por la pareja y los hijos (as) de uno o ambos cónyuges o en su caso convivientes producto de un matrimonio o convivencia anterior, pudiendo tener un hijo(a) o más en común (Castro, 2010, pp. 65-66).

Usualmente, se ha venido regulando a la institución de la familia tomando en cuenta su modelo tradicional, encontrando en esta situación una problemática, tal como refieren Lamas y Ramírez (2018)

Tradicionalmente, los ordenamientos jurídicos se han centrado en consagrar y regular legalmente la clásica familia nuclear (mamá, papá e hijos), precisamente por tratarse del modelo familiar tradicional, aceptado moral y religiosamente, y que durante años parecía imperar en la realidad social. Sin embargo, lo cierto es que como mismo evoluciona el hombre y la sociedad, cada una de las instituciones, en un primer plano sociales, pero devengadas en instituciones jurídicas, también se transforman, mutan y diversifican, dependiendo de procesos y fenómenos tan inevitables como la llamada globalización o mundialización (p. 231).

Lamas y Ramírez (2018) añaden que:

Recibiendo una poderosa influencia de situaciones que en la actualidad tienden a reiterarse y que para el caso de la familia como eslabón fundamental de la sociedad e institución jurídica lo constituyen: el aumento de los divorcios y rupturas matrimoniales, la disminución de las formalizaciones matrimoniales, el aumento de la maternidad precoz y las uniones consensuales; por solo nombrar algunas de las situaciones más frecuentes en el siglo XXI (p. 231).

Tal como señala Infante (2016) el instituto de la familia exige “un reconocimiento esencial como institución básica, primaria, anterior al Estado y al ordenamiento jurídico formal, porque es la familia y los sucesos históricos, sociales, económicos y culturales que la determinan antes que el orden jurídico que la intenta reglamentar” (p. 17).

Asimismo, agrega:

Entre la interrelación del derecho y la familia se origina una nueva necesidad de definir, analizar y estudiar la familia no como el resultado de un acto formal (el matrimonio), sino saliendo de él; partiendo del cumplimiento de unas funciones de protección, solidaridad, socialización, transmisión de valores, educación, crianza de hijos e hijas, centrarlo en el término básico de las relaciones, porque lo que nos convierte en familia son nuestros vínculos ya sea natural o por afinidad y no las disposiciones jurídicas pertinentes, porque otra vez mas ésta se escapa de ella (p. 17).

Respecto de las familias ensambladas, Grosman y Martínez (2000) señalan:

Se trata de una estructura compleja, con nuevos lazos que se agregan y convivencia de hermanos de distinta sangre que no dejan de ser fraternos. El problema central de estas familias es la ambigüedad en los roles, particularmente en la relación de un cónyuge o conviviente con los hijos del otro. (...) Frente a estas incertidumbres se opta por acudir a estrategias extremas del “todo o nada”, ambas peligrosas y fuente de conflictos. O no se les asigna ningún lugar, es decir, se desdeña su papel, o se los asimila lisa y llanamente al padre o la madre (p. 18).

La familia ensamblada o reconstituida no resulta ser una manifestación reciente de estructura familiar en nuestra sociedad, pues en realidad siempre ha coexistido con la forma tradicional generada del matrimonio, aunque es menester señalar que en los últimos tiempos –producto de una crisis de la familia matrimonial- ha adquirido una mayor incidencia.

No obstante ser una realidad incuestionable la presencia cada vez mayor de familias ensambladas, el legislador nacional –a diferencia de la judicatura-, no ha ofrecido una regulación normativa de aquel fenómeno, ya sea en el Código Civil de 1984 o en el Código del Niño y del Adolescente, pese a resultar imperioso cubrir los vacíos legales que se generan en aquella esfera debido a la existencia de múltiples relaciones entre sus integrantes, principalmente respecto de los hijos.

Es precisamente respecto de los hijos integrantes de familias ensambladas que se generan una serie de interrogantes, siendo una de aquellas cuestiones –y que identificamos como problema- la no regulación de una “*guarda de hecho*” del padre o madre respecto de los hijos ajenos, es decir, si el padre o la madre asumen la obligación de crianza, educación, salud, entre otros deberes, respecto del hijo de su pareja.

El problema materia de investigación resulta así configurado por la ausencia de una regulación de la proyección de la “*guarda de hecho*” del padre o madre de una familia ensamblada respecto del hijo ajeno integrante de aquella, el hijo de su pareja, lo que en extremo alguno significa el planteamiento de forma indirecta de la eliminación de los derechos y deberes que le asiste a los padres biológicos, sino la proyección de aquella debido precisamente a que en un plano fáctico aquel padre o madre desempeña las funciones del titular de aquel derecho o deber (el padre o madre biológica que no disfruta de la tenencia del menor), lo cual resulta necesario a efectos de garantizar un normal desarrollo del niño o adolescentes.

El objeto de la investigación es el de efectuar un estudio descriptivo de las familias ensambladas a efectos de identificar los factores que intervienen en su formación y las diferentes relaciones que origina, a efectos de evidenciar la necesidad de una regulación de la *guarda de hecho* del padre o de la madre respecto del hijo ajeno -el hijo de su pareja-.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Para determinar si existe una posible solución a la problemática planteada, se ha creído conveniente plantear la siguiente interrogante:

¿Cómo se determinaría la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas?

HIPÓTESIS

Si, se determina la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas, se debería reconocer esta figura como institución en la legislación nacional.

OBJETIVOS

- **Objetivo General**

Determinar las familias ensambladas como institución a efectos de la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas.

- **Objetivos Específicos**

- Analizar la naturaleza de las familias ensambladas.
- Analizar en tratamiento de las familias ensambladas en el derecho comparado
- Analizar las familias ensambladas como institución a efectos de la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas la regulación de la eutanasia o muerte asistida en el Perú.
- Proponer una ley que regule las familias ensambladas como institución en el Perú.

JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación resulta necesaria a efectos de evidenciar las nuevas manifestaciones de la institución familiar en el Perú, tradicionalmente encuadrada en aquella de origen matrimonial, pero que a la luz de nuevas manifestaciones debe ampliar su espectro. En este sentido, la investigación

evidencia su carácter descriptivo, pues al margen de profundizar en los orígenes de aquellas manifestaciones, no tan actuales, pretende describir sus rasgos característicos, lo que resulta fundamental para delimitar precisamente el objeto de investigación.

Tras la identificación y subsecuente reconocimiento de la presencia de las familias ensambladas en nuestra realidad, resulta necesario analizar de manera profunda las diferentes situaciones y relaciones jurídicas que se presentan en su seno, en particular en relación a los hijos ajenos y ello precisamente por cuanto existe un problema de asignación de autoridad parental en el ámbito de las familias ensambladas pues debido a una laguna normativa, el padre/madre no tiene injerencia alguna respecto del hijo afín.

La investigación se encuentra justificada por cuanto representa un intento de ofrecer una solución precisamente a la laguna normativa advertida, de manera tal que, ya sea porque se logre positivizar la solución o sea implementada a nivel jurisprudencial, como en el caso del fallo del Tribunal Constitucional, se cuente con una herramienta que posibilite solucionar casos prácticos generados precisamente por la ausencia de una proyección de la autoridad parental a favor del padre/madre respecto del hijo afín.

II. DESARROLLO

MARCO TEÓRICO

La presente investigación tiene antecedentes a nivel internacional, nacional y local, mismos que consisten en noticias, artículos de revista, proyectos de investigación y tesis; con el fin de poder dar una visión previa del trabajo de investigación que estamos realizando.

A nivel internacional, podemos mencionar los siguientes trabajos de investigación ligados al tema en desarrollo:

Lamas y Ramírez (2018) señalan sobre la familia ensamblada:

No podemos olvidar que las familias ensambladas, reconstituidas, reconstruidas, mezcladas, afines, mixtas, amalgamadas o familiastras, poseen una estructura y dinámica diferente de la familia tradicional; sin embargo, cuando sus modelos de funcionamiento son adecuados a su estructura particular, “son perfectamente factibles para el crecimiento y desarrollo de todos sus miembros, incluidos los niños que las integran. En otras palabras, son familias con un modo de funcionamiento e identidad propia” (p. 233).

Este trabajo de investigación aportará conocimientos y conceptos sobre las figuras jurídicas asociadas a nuestro tema de investigación, en especial, de las familias ensambladas y su estructura, dinámica y regulación.

Gaitán (2012) explica el origen de estas familias ensambladas y sus implicancias jurídicas en el país argentino:

Se originan en las nuevas uniones tras una separación, divorcio o viudez cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de un lazo anterior. (...) en la actualidad, la mayoría son constituidas por divorciados/as con hijos, que vuelven a formar pareja, posiblemente unos de los motivos sea la sanción de la Ley 23.515 la cual a través del divorcio vincular devolvió la aptitud nupcial a las parejas divorciadas, otorgando validez a las posteriores uniones

matrimoniales, aunque muchas veces las parejas opten por una unión de hecho en lugar de volver a constituir matrimonio (p. 7).

Ese trabajo de investigación versa sobre el contexto histórico en que se desarrolló la figura de la familia ensamblada en el país argentino, y la regulación que faculta a las parejas divorciadas a poder unirse más adelante con nuevas nupcias si así lo desean, conformando estas personas familias ensambladas cuando hay hijos de por medio.

Puentes (2014), por su parte, determina que su investigación:

Aborda dentro de su contenido a las familias ensambladas y pretende demostrar la importancia de su reconocimiento y protección en los ordenamientos familiares latinoamericanos. (...) Esta tipología familiar se analiza desde puntos de vista jurídicos-doctrinales, filosóficos, psicológicos y sociológicos. También se significa la recepción de las familias reconstituidas por determinadas instituciones familiares, señalándose en cada caso las consideraciones doctrinales para su posible protección legal (s/p).

Este trabajo aporta a la investigación el contenido y alcance de las familias ensambladas, detrás de su reconocimiento por las normas de los países de Latinoamérica, para poder discutir, con base en los enfoques doctrinales y jurídicos, esta nueva forma de constitución de la institución jurídica de la familia.

Asimismo, a nivel nacional se tienen las siguientes investigaciones ligadas al tema en desarrollo:

Infante (2016) refiere sobre la protección constitucional de la familia ensamblada:

A decir del TC “Por su propia configuración de las “familias ensambladas” 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”⁵⁹. De ello se podría advertir que las “familias ensambladas” se caracterizan en que: a) tienen una dinámica diferente, b) tienen problemas en los vínculos, deberes y derechos entre sus integrantes (p. 45).

Este trabajo de investigación refiere los distintos enfoques que tiene la figura de la familia ensamblada, así como la jurisprudencia relevante que hay sobre el tema en estudio y su protección que se encuentra en la Constitución.

Israel (2017) sostiene, sobre el rol del Estado frente a las familias ensambladas, que:

Los Estados tienen el deber de proteger a la familia en su estructura como tal, y velar por la formación de todo aquello que lo conforma en especial de los niños con la finalidad de formarlos y educarlos por tanto necesitan de la ayuda de los padres para su desarrollo a plenitud ya sean padres biológicos o afines es por ello que se considera que para el Estado la familia es de interés superior (p. 7).

Teniendo en consideración el papel que cumple el Gobierno frente a la protección y reconocimiento de las diversas formas de familia, actualmente, esta debe cuidar primordialmente la guarda del menor y el principio del interés superior del niño.

Ormeño (2018) hace un análisis sobre la regulación de la familia ensamblada en la legislación peruana, afirmando:

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

normativa y no puede ser dejado de lado bajo ninguna circunstancia por los Órganos Judiciales (pp. 63-64).

De lo expuesto por el autor, el principio de interés superior del niño y la guarda del menos deben ser considerados derechos primordiales y primarios frente a situaciones donde los mismos se encuentran comprometidos.

A nivel local, tenemos los siguientes trabajos de investigación que identifican la problemática:

Santisteban (2020) explica la actual situación de las familias peruanas en la legislación nacional, puntualizando lo siguiente:

En el Perú las consideraciones que se tiene respecto de las familias ensambladas por parte del Tribunal Constitucional, hacen referencia que, realmente si existe una protección constitucional para la familia establecida en la Constitución por tanto subjetivamente se llega a extender a las nuevas estructuras familiares, sin embargo, en el contexto social en el que nos encontramos el trato que se tiene para este nuevo núcleo familiar es totalmente diferenciado (pp. 15-16).

El autor aporta una consideración sobre la protección y el reconocimiento que existe en la Constitución Política referente a la institución jurídica de la familia, donde se propone extender las nuevas formas familiares que se van constituyendo en la actualidad.

Pacherres (2019) refiere sobre las familias ensambladas:

No existe un paradigma de familia, sino una serie de posibilidades que los individuos seleccionan en función de las circunstancias y de sus intereses, para la más adecuada satisfacción de sus derechos fundamentales. Sus elementos esenciales están determinados por la convivencia y la afectividad. Por este principio se establece que existen diversos tipos de familia, pero que sin importar como se hayan constituido estos deben gozar de tutela por parte de nuestro ente regulador (p. 21).

Esta investigación aporta los elementos principales para que sin importar la forma de constitución, los tipos de familia sean reconocidos por nuestra legislación para poder establecer su protección constitucional.

Fernández y Rojas (2012) sostiene, sobre la incorporación de la familia ensamblada en nuestro Código Civil, que:

Hoy en día existen diversos modelos familiares que distan mucho del modelo tradicional de familia nuclear que todos conocemos (conformada por el padre, la madre y los hijos). Así, encontramos a las denominadas familias monoparentales (conformada por un solo progenitor y sus hijos), las ensambladas (conformada por una pareja y sus hijos fruto de uniones anteriores) (...) La falta de regulación por parte de nuestro Derecho positivo no constituye, sin embargo, un impedimento para que los jueces al momento de resolver una causa relacionada con este modelo familiar (p. 3).

Esta investigación señala los diferentes tipos de familia acorde a su constitución, con el fin de llenar los vacíos normativos existentes en nuestra regulación, a efectos de resolver litigios donde los derechos e intereses de los menores sean resguardados.

Desarrollaremos los siguientes conceptos a continuación teniendo en cuenta los objetivos planteados y la hipótesis, en ese sentido, tenemos que:

LA FAMILIA

La familia es ante todo una institución social, en su concepción moderna, y desde un punto de vista sociológico, la familia puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determinan mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco.

Desde el punto de vista psicológico, la correlación entre dos hechos biológicos, a saber la unión intersexual y la procreación de los hijos, originan relaciones que vinculan a los miembros de la familia y que nos permiten

describir la organización dinámica de este grupo. Así, es trascendental la pareja conyugal para el intercambio en exclusividad de la vida sexual. Más tarde esta pareja conyugal se va a presentar como una pareja parental, cuando nacen los hijos, y sus miembros van a desarrollar roles paternos y maternos. Estas relaciones las presiden los ideales que se proyectan desde los modelos y estilos de crianza de los miembros de la familia, estos se transmiten de padres a hijos y da coerción al grupo familiar ampliamente considerado, comprensivo también de los ascendientes, hermanos, etc.

Desde el punto de vista antropológico y sociológico la familia abarca los sistemas del matrimonio y del parentesco, estos sistemas determinan la estructura social, pero no son estáticos, son dinámicos puesto que están en constante evolución. Las relaciones familiares se determinan por la necesidad de socialización de los miembros del grupo, de suerte que hoy en día se considera que la familia nuclear, constituida por marido y mujer, los hijos que conviven con ellos o se encuentran bajo su patria potestad, es sobre la cual se efectúa la socialización primaria del hombre.

Desde el punto de vista jurídico, Zannoni define la familia como:

(...) el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco. Allí donde no exista vínculo jurídico no existirá tampoco relación jurídica familiar, aunque ello implique una discordancia con el vínculo biológico (1989, p. 18).

Sobre el concepto de familia, Infante (2016) señala:

El concepto de familia es sin duda de carácter sociológico antes que jurídico, pues la familia es anterior al mismo Estado, existiendo antes que éste, por lo tanto el orden jurídico la contemplará atendiendo a sus fines. La familia ha contado a lo largo de la historia con tres finalidades; una natural (unión de hombre y mujer, procreación y conservación de la especie), otra moral espiritual (lazos de afecto,

solidaridad, cuidado y educación de la prole) y una tercera de carácter económico (alimento y techo) (p. 15).

Corral, conceptualiza a la familia del siguiente modo:

Aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos por lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente (citado en Infante, 2016, p. 16).

Según Valencia, la familia:

Resulta ser el pilar de los valores sociales, culturales y religiosos; si bien es cierto, anteriormente solo se tenía como estereotipo a la familia nuclear o tradicional, el pasar de los años han sido claves para el surgimiento de diversas estructuras familiares, las mismas que es competencia del Estado regularlas para garantizar su protección en su máxima expresión (citado en Santisteban, 2020, p. 14).

La familia desde una perspectiva jurídica presenta un concepto amplio y un sentido restringido.

La familia desde una perspectiva amplia, comprende el conjunto de personas que se encuentran relacionados por el vínculo del matrimonio, del parentesco y la adopción. Así desde este punto de vista, la familia estaría integrada por los cónyuges, por sus hijos y descendientes, por los ascendientes y también por los parientes en la línea colateral.

La familia desde una perspectiva restringida, comprende al marido y mujer, a los hijos que conviven con ellos y aquellos que se encuentran bajo su patria potestad.

La familia, si bien tiene como principal fuente el matrimonio, los cambios sociales, culturales, económicos, entre otros, han generado nuevos escenarios dentro de los cuales surgen modernas manifestaciones de organizaciones familiares, como las familias monoparentales, familias ensambladas, entre otras.

Asimismo, Santisteban (2020) puntualiza lo siguiente:

La familia es el pilar esencial en la sociedad y es el Estado quien se encarga de brindarle protección siguiendo con los lineamientos establecidos en el ordenamiento jurídico peruano. Actualmente, debido a los nuevos contextos sociales, han surgido diversas estructuras familiares, que han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional; sin embargo, las mismas no acceden al mismo tratamiento normativo que el de la familia tradicional. Esto quiere decir que, la protección que el Estado garantiza constitucionalmente, deberá también extenderse a las familias constituidas (p. 1).

La familia en el derecho internacional

La familia encuentra protección y reconocimiento, en la Declaración Universal de Derechos Humanos:

En el artículo 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) se reconoce a la familia como: “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, señalando asimismo que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia (Infante, 2016, p. 16).

Agrega Infante (2016):

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) señala en su artículo 6 que: “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir

protección para ella". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), considera en el artículo 10 a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad", a la cual debe concederse "la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo" (p. 16).

Tenemos pues, que El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 menciona que: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad". Por lo que, tiene que ser salvaguardada tanto por el estado peruano como organismos internacionales.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos menciona 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 (Tribunal Constitucional, Exp. 09332-2006).

Por lo que, cualquier unión familiar que surja en la sociedad y que no tenga como inicio el matrimonio, debe ser protegido por la sociedad, el estado y organismos internacionales.

La familia en la legislación nacional

La Constitución Política de 1993 reconoció a la familia el carácter de cedula fundamental de la sociedad, de lo cual se desprende el papel esencial que juega en la estructura social, pues dentro de ella se germinan los ciudadanos del presente y del futuro, debiendo de dotarla de una particular protección y tutela.

El derecho de familia se encuentra regulado en el libro tercero del Código Civil Peruano de 1984, desde el artículo 233° al 659° y nos habla de materias

como el matrimonio, la sociedad conyugal, régimen patrimonial, divorcio, sociedad paterno-filial, adopción, filiación extramatrimonial, hijos alimentistas, patria potestad, alimentos, patrimonio familiar, tutela, apoyos y salvaguardias, consejo de familia; nosotros trataremos únicamente aquellos artículos que se encuentren relacionados a nuestro tema de estudio, esto es el nacimiento de la familia, la separación, los hijos alimentistas y el rol de las nuevas familias.

De esa manera pues, se tiene que el artículo 233° del Código Civil (1984) menciona: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. Por ser la familia el núcleo de la sociedad y es ahí donde nacen y se desarrollan los valores y principios de cada ser humano.

Esta institución nace a raíz del matrimonio, que, de acuerdo a nuestra normativa civil “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (Código Civil, 1984). Pues, son únicamente la unión de hombre y mujer los que pueden procrear y ese precisamente es uno de los fines del matrimonio, y su rol de cada uno de ellos dentro de la convivencia es en igualdad de condiciones, pues ambos cónyuges tienen la misma autoridad, derechos, deberes y responsabilidades dentro de un hogar.

Por ello es que se ha establecido que “los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos” (Código Civil, 1984). Porque, los alimentistas no se encuentran en condiciones de ver, cuidarse o alimentarse por sí mismos, los padres son los obligados a brindarles todos los cuidados necesarios hasta que cumplan la mayoría de edad o hasta los 28 años de acuerdo a la situación particular de cada ser humano.

Sobre el parentesco, nuestro Código Civil ha regulado dos formas, tenemos al parentesco consanguíneo y al parentesco por afinidad, donde el primero es “El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones” (Código Civil, 1984). Esto es, el parentesco que existe entre padres e hijos o entre hermanos; asimismo, en ese mismo artículo también se menciona que: “En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro.

Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado” (Código Civil, 1984). Posterior al cuarto grado de consanguineidad, si son parientes en línea recta, pero no tendrían los mismos efectos legales requeridos por la norma.

Sobre el segundo punto mencionado en líneas precedentes, correspondiente al parentesco por afinidad, se tiene que “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad” (Código Civil, 1984).

Pues, el matrimonio lo que hace es unificar simbólicamente a las personas, por lo que los cónyuges ocuparían el lugar de su esposo/a dentro del árbol genealógico; en el caso de divorcio, el parentesco subsiste, tal como se encuentra establecido en el segundo párrafo del artículo 237°, mismo que menciona: “La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge”. Pues, se encuentra prohibido el matrimonio por ejemplo el viudo con la/el hermana/o del cónyuge.

Consideramos pertinente también hablar respecto del régimen patrimonial a la que se acogen los cónyuges antes de casarse y cuáles son los efectos que se tiene con el divorcio, es así que, en el artículo 295° del Código Civil se menciona que: “Antes de la celebración del matrimonio, los futuros

cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento”. El régimen patrimonial que los cónyuges elijan puede ser sustituido en cualquier momento y las veces que ellos lo requieran, con la salvedad que en cada ocasión se tiene que inscribir en la Sunarp y liquidar.

El artículo anteriormente citado, se completa de la siguiente manera: “Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad”. Esto se tiene que hacer con anterioridad a la celebración del matrimonio, pues, de lo contrario se entenderá que se han acogido al de sociedad de gananciales.

De acuerdo con el Código Civil (1984) la unión de hecho también constituiría un régimen patrimonial, se encuentra regulado en el artículo 326°, encontrándose redactado de la siguiente manera:

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (Código Civil, 1984).

Es muy recurrente que en nuestra sociedad se tienda a evitar el matrimonio y por ello las personas en su mayoría sólo buscan convivir antes de comprometerse o casarse; lo que con anterioridad quedaba desprotegido pues el matrimonio de la persona es lo que unifica los bienes y si no se casaban, los bienes eran sólo de aquella persona a la que estaba a su nombre, el conviviente se quedaba sin nada si ellos terminaban su relación o en el futuro ellos se llegaban a separar, estando desprotegido ante la sociedad. Pero no es que toda relación convivencial genere un régimen matrimonial, sólo será aquellos que superen los dos años de unión de hecho y que hagan una vida convivencial ante la sociedad.

El artículo 326° se complementa de la siguiente manera: “la posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita” (Código Civil, 1984). Por ello es que, la unión de hecho tiene que ser reconocida notarialmente o por un juez de paz, dependiendo de donde se encuentren las personas, caso contrario no tendrá validez.

Asimismo, el artículo antes mencionado, nos menciona que:

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral; en este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales (Código Civil, 1984).

Las mismas formas de terminar un matrimonio son aquellas con las que se termina una unión de hecho, y patrimonialmente tiene los mismos efectos en el régimen patrimonial, por ello es importante que la unión de hecho sea reconocida, para que cuando se disuelva pueda hacerse la división de los bienes en formas iguales y el afectado por la separación puede ser indemnizado, si así lo quisiera.

Finalmente, si los convivientes que no cumplan con los requisitos de unión de hecho pueden ejercer “la acción de enriquecimiento indebido, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio” (Código Civil, 1984). Los efectos de la unión de hecho son los mismos que la del matrimonio por lo que no hay necesidad que posterior a ese reconocimiento se tengan que casar.

Continuando con el desarrollo del tema, tenemos lo relacionado con los efectos de la separación de cuerpos que se encuentra regulado en el artículo 332° del Código Civil (1984), mismo que menciona: “La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al

régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial”. Pues, aunque legalmente las personas no se divorcien, basta con que ya no hagan vida en común para que el régimen patrimonial deje de tener efectos, con posterioridad a la separación de cuerpos.

Lo que normalmente ocurre en nuestra sociedad, es que, después que una pareja se separa he inicia otra relación se crean nuevas formas de familias, pero que los derechos sociales de los nuevos integrantes no son respetados o ejercidos de mejor manera.

Sobre la patria potestad a través la cual uno de los progenitores tiene el derecho de representación tenemos que, esta se encuentra regulada en el título III del derecho de familia del Código Civil y nos menciona: “Artículo 418º.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (Código Civil, 1984). Siendo los primeros obligados a responder por los hijos, los padres biológicos, los padres afines podrían colaborar con ello, pero sin desatender sus obligaciones con sus hijos biológicos.

Sobre los deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad, nuestro ordenamiento jurídico ha regulado en el código civil en el Artículo 423º que:

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos. 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores 4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación. 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario (Código Civil, 1984).

Asimismo, agrega: “6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil. 7.- Administrar los bienes de sus hijos. 8.- Usufructuar los bienes de sus

hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el Artículo 1004º” (Código Civil, 1984).

Esos derechos y deberes no sólo los tienen los padres biológicos, también lo pueden ejercer a los padres afines; aunque los padres no son los únicos que tienen obligaciones y deberes, también lo tienen los hijos afines. Nuestro ordenamiento civil, en el artículo 424 de la norma antes citada, que menciona:

También se contempla lo siguiente:

“Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas” (Código Civil, 1984).

Si son los padres biológicos los obligados a cumplir con los alimentos de los menores de edad, esa obligación se mantiene hasta los 28 años o hasta que culmine exitosamente sus estudios.

De aquellos hijos con padres separados, ambos pueden ejercer la patria potestad o de manera unilateral, como ellos lo crean conveniente o de acuerdo a como lo establezca el juez de familia; pues si los hijos nacen dentro de una familia constituida lo ejercen ambos padres de la misma manera y conjunta, pero si se han separado o han nacido hijos fuera del matrimonio, estos se rigen por lo establecido por el juez de turno.

En ese orden, ya sabemos que, en la sociedad existen diferentes personas y que ellos forman parte de un núcleo familiar o de dos, cuando una familia se separa y tienen hijos menores de edad, es a ellos que les respalda el Código Civil, por parte de los padres biológicos lo que se va a dar es que el juez va a otorgar los alimentos al menor, es así que, el artículo 472º menciona: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el

sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia” (Código Civil, 1984). Entonces, todas las obligaciones legales que se tiene con los menores de edad son responsabilidad de los padres biológicos, pero los derechos sociales que cada uno tiene son difíciles que le sean otorgados.

Los alimentos de los menores de edad tiene que ser cubiertos por los padres biológicos, el artículo 473° nos menciona que:

El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir. No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar alimentos (Código Civil, 1984).

De esa manera, los alimentos de los menores de edad son por el interés superior del niño o adolescente y en pro de su futuro, porque si una persona cumple la mayoría de edad pero sigue estudiando, este tendrá que seguir recibiendo lo correspondiente para los alimentos.

Los derechos para el alimentista inician desde el vientre de la madre hasta la mayoría de edad, siempre y cuando sigan estudios profesionales exitosos, y pueden ser exigidos no sólo a los padres, puede ser a cualquier cónyuge, ascendiente o descendiente, pero también los hermanos.

Tengamos en cuenta que, el Código Civil no es la única norma peruana que protege a la familia, existe un cuerpo normativo con mayor rango que se encarga de cuidarla y protegerla.

Es así que, la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 4 regula lo relacionado a la Protección a la familia y Promoción del matrimonio, mencionando:

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

Como observamos, el legislador nos habla de la familia que tiene nacimiento en el matrimonio, refiriéndose así a una familia nuclear, compuesta por padre, madre e hijos.

Asimismo, menciona que la familia es una institución que se encuentra protegida por la legislación en general. Pero, en su artículo 5 nos habla sobre el concubinato, y lo hace de la siguiente manera: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (Constitución Política del Perú, 1993). De esta cita podemos deducir que, de la unión concubinal también va a surgir la familia nuclear, pues se encontrarán mamá, papá e hijos, sólo que, su vínculo no nace del matrimonio, sino, de la convivencia.

Entonces, al menos a nivel constitucional vemos que la familia de manera explícita nace del matrimonio, pero que no es la única manera o forma de surgimiento, tenemos que, con el pasar del tiempo el concepto de familia ha ido evolucionando y adecuándose a la realidad nacional, esto es, se han creado nuevos conceptos de familia de acuerdo con la forma de unión de las mismas.

Nuestra norma máxima en el artículo 2 inciso 13 menciona que “toda persona tiene derecho 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 disueltas por resolución administrativa” (Constitución Política del Perú, 1993). Esto es, si dos personas deciden vivir juntas y con ello no tienen ningún fin de lucro, esta asociación debe ser respetada y

protegida por el estado, por lo que, si de ello surge una nueva forma de vida no habría problema alguno.

De acuerdo con Infante (2016): “el derecho de asociación garantiza que a ninguna persona se le impida o prohíba asociarse, mientras sea para fines lícitos, asimismo no puede ser forzada u obligada a asociarse” por lo que, las personas pueden decidir si se agrupan o no.

Por lo que, por la autonomía de la voluntad, es la persona quien decide si por esta libertad que tiene se asocia para hacer una vida en común con una persona o no, y cuáles serán las reglas de convivencia que surjan de la tal asociación y que tipo de familia formarían.

Respecto al término familia y a su jurisprudencia relevante, este ha tenido ha tenido diversas concepciones con el pasar del tiempo, por ello es que el Tribunal Constitucional menciona que:

La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo, tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos; así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco (Bossert y Eduardo 1998).

Por lo que, el matrimonio es sólo una legalidad con la que las personas cumplen antes de la formación de la familia y no es la única manera de formar una familia, esta institución se forma de diversas maneras, tal es así que tenemos muchas clasificaciones, tales como familia nuclear, monoparental, ensambladas.

Asimismo, el tribunal ha mencionado que “desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los números contextos sociales”

(Tribunal Constitucional, Exp. 09332-2006). Porque la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y precisamente por eso necesita protección de todas las aristas de la sociedad.

En ese orden, tenemos que en el mismo expediente el Tribunal menciona que con el pasar del tiempo los: “cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear”. Por ello es que, la forma de conformación de la familia ha ido evolucionando con el pasar del tiempo y debe ser aceptada y reconocida por la sociedad.

Consecuencia de la evolución de la sociedad y un cambio en los hábitos del hombre es que se ha formado nuevas maneras de constituir una familia y la manera en cómo es esta tratada en el plano social y jurídico. Por ello, el Tribunal Constitucional en el Exp. 1993-2006 menciona que “se han generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (Tribunal Constitucional, Exp. 09332-2006). Por ser un fenómeno social actual y que no hay normas vigentes en ese sentido es que merece protección, lo que en parte se ha visto cubierto por las sentencias vinculantes emitidas por el Tribunal.

Asimismo, el máximo intérprete de la constitución menciona que “pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente” (Expediente N. 03605-2005-AA/TC). Incluso, en algunas situaciones las personas que contraían matrimonio religioso (independientemente de la religión que profesen) pensaban que era suficiente y no tenían necesidad de regularizar el tema, una falacia legal que daba paso al surgimiento a una forma de familia.

FAMILIA ENSAMBLADA

La familia es una institución fundamental en la estructura social, pero a su vez es una institución cambiante según los nuevos contextos que se presentan dentro de su esfera, lo cual generó nuevas formas de organización familiar, como en el caso concreto, las denominadas familias ensambladas o reconstituidas.

Las familias ensambladas han experimentado una gran expansión en cuanto la legislación referida al divorcio ha permitido la ruptura matrimonial legal, ampliando la posibilidad de segundas uniones. Estas nuevas familias se definen por formarse a partir de al menos un núcleo familiar anterior, no proviniendo de dos estados civiles solteros como en las familias tradicionales. En los casos en los que únicamente existe un núcleo anterior se denominan compuestas simples y en las que existe la unión de dos núcleos compuestas dobles.

Reyna (2013) al respecto señala que actualmente:

La cada vez mas creciente desintegración del modelo familiar nuclear, y el incremento de una nueva organización familiar, aquella formada por la unión de padres y madres solteros, separados, divorciados o viudos, y sus respectivos hijos, quienes por matrimonio o convivencia, pasaran a conformar una “familia ensamblada”, donde de manera simultánea, poseerán el rol de padres respecto de sus hijos comunes, y también el rol de padrastros y madrastras (...); adquiriendo los menores que conviven con ellos no solo la calidad de hijos, sino también la de hijastros (s/p).

La génesis de estas familias proviene de una amplia diversidad. Existe un abierto espectro de combinaciones compuestas a partir de personas solteras con divorciadas y/o viudas, o entre divorciadas, o entre viudas, o viudas con divorciadas. Estos serían los tipos básicos según el estado civil, si bien la combinación más usual es la de un divorciado con una persona soltera o divorciada.

Así, la familia ensamblada puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa" (Ramos, 2006). Circunstancias que en la actualidad se vienen observando de forma más frecuente que con anterioridad y que es aceptada ya por la sociedad, razón por la que merece protección, independientemente de cómo surge la familia sigue siendo el núcleo fundamental de la sociedad, y por ello necesita protección.

En ese sentido, se tiene que las familias ensambladas "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" (Domínguez, 2006). A su vez, estas familias ensambladas pueden ser a consecuencia de la viudez o el divorcio.

Lorena (2006) puntualiza:

La idea de familias ensambladas es construida para designar familias que se conforman sobre la base de pérdidas y cambios tales como la viudez, la separación o el divorcio, que parten de un segundo matrimonio y van adquiriendo por lo tanto, una dinámica diferente. Uno o ambos miembros de la pareja poseen hijos de una relación anterior: aparecen hijos que anteceden a la relación de pareja, hay un progenitor en otra casa o en la memoria y niños que se trasladan entre dos hogares, ya que hay más de dos adultos en rol parental; sus miembros comparten hábitos, costumbres y tradiciones aprendidos en otro hogar (p. 142).

La familia ensamblada o reconstituida, según Castro (2010), es:

(...) aquella que tiene su origen en el matrimonio o la unión de hecho, y está integrada por la pareja y los hijos (as) de uno o ambos cónyuges o en su caso convivientes producto de un matrimonio o convivencia anterior, pudiendo tener un hijo(a) o más en común (pp. 65-66).

Reyna, por su parte, sostiene que la familia ensamblada es:

Aquella originada en la nueva unión familiar realizada por viudos, divorciados, madres o padres solteros; quienes van a conformar una nueva pareja conyugal o convivencial, asumiendo roles simultáneos de padres respecto de sus hijos, y de padrastros y madrastras respecto de los hijos propios de su pareja (2013, s/p).

Grosman y Martínez (2000) al respecto señalan:

Se trata de una estructura compleja, con nuevos lazos que se agregan y convivencia de hermanos de distinta sangre que no dejan de ser fraternos. El problema central de estas familias es la ambigüedad en los roles, particularmente en la relación de un cónyuge o conviviente con los hijos del otro. Si los roles de los padres biológicos son claros, en cambio, no hay lineamientos institucionales que legitimen las acciones del padre o madre afín, quienes, a menudo, no saben cómo actuar (p. 18).

Asimismo, se agrega:

Frente a estas incertidumbres se opta por acudir a estrategias extremas del “todo o nada”, ambas peligrosas y fuente de conflictos. O no se les asigna ningún lugar, es decir, se desdeña su papel, o se los asimila lisa y llanamente al padre o la madre (Grosman y Martínez, 2000, p. 18).

Las familias ensambladas presentan los siguientes rasgos: En primer lugar, son familias donde quien aporta un historial familiar previo es, con mayor frecuencia el varón, si bien en la mayoría de los casos no compone una nueva familia con los hijos de la anterior. Esta característica está relacionada con la mayor probabilidad de los varones de constituir nuevas nupcias.

De acuerdo con Vazquez (2015): “Existen tres dimensiones para identificar la nueva situación de las familias”. Mismas que tienen que ver con las

relaciones intrafamiliares, interfamiliares y extrafamiliares, conceptos que desarrollaremos a continuación:

- Respecto de la primera característica, el autor antes citado menciona que “los cambios en las relaciones intrafamiliares, derivados de la profunda transformación de los roles clásicos” (Vazquez, 2015). Esto es, porque el ser humano con el tiempo ha cambiado y la forma en como se ha relacionado con su propia familia también ha variado, esto es, la manera en cómo se relaciona los propios miembros de la familia.
- Asimismo, con relación a “las relaciones interfamiliares, donde se producen innovaciones en modelos familiares que divergen. Estos cambios se dirigen hacia una modificación de las relaciones, antes monopolizadas por la familia amplia y en la actualidad centrada en relaciones entre grupos de iguales” (Vazquez, 2015). Esto es, cuando una familia nuclear por el abandono de uno de los cónyuges se convierte en una familia monoparental y por la nueva composición o ensamblamiento de la familia y la manera en cómo se relacionan los nuevos miembros de ella.
- Sobre el tercer punto o característica de la nueva familia el autor citado en líneas precedentes menciona que: “las relaciones extrafamiliares, en particular entre las familias y las instituciones públicas, donde se hace necesario un cambio en las políticas familiares y en las ayudas a las familias, desde la comprensión de los cambios que se están realizando” (Vazquez, 2015). Esto es, la manera en cómo es que se relacionan las nuevas familias con las instituciones públicas como por ejemplo el poder judicial, las municipalidades o cualquier otra entidad tanto pública o privada.

Asimismo, “la familia puede tomar muchas formas y estar constituida de varias maneras, no hay modelo ni tipo único de familia; la estructura familiar está a merced de cambios sociales, políticos y económicos que influyen en el núcleo de nuestra sociedad” (Gobierno Regional Del Callao, 2015). Por

eso, se debe ir también adecuando nuestras normas a la evolución del tiempo, para que de esa manera no se desproteja aspectos importantes de la familia.

El Tribunal Constitucional peruano define las familias ensambladas como aquellas “(...) que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso” (STC. EXP. N° 09332-2006-PA/CT).

El Tribunal Constitucional ha reconocido las familias ensambladas, tal como lo señala Santisteban:

Éstas se caracterizan por el lazo de afinidad que une a sus miembros. Este tipo de familias reconstituidas resultan ser muy comunes en la sociedad peruana; el origen de éstas surge por divorcios, separaciones o viudez; tal es el caso de un trabajador que contrajo nupcias e incluyó en el plan de seguro a su hijastra, motivo por el cual lo despidieron; ante ello el Tribunal Constitucional se pronunció, declarando infundado dicho despido. Con ello se demuestra que, bajo el principio de razonabilidad, los magistrados han ido reconociendo derechos que en su momento se les era imposible reconocer a las familias ensambladas (p. 1).

La realidad nacional no pone en entredicho la plena vigencia de las familias ensambladas, sobre todo en un escenario jurídico de relajación de las causales para poner término a la relación matrimonial.

Sin embargo, y pese a ser una realidad incuestionable, no existe en la legislación peruana una regulación positiva de aquella nueva forma familiar, lo que resulta reprochable ante la necesidad de regular las diferentes consecuencias jurídicas generadas entre sus miembros.

En el derecho comparado, encontramos que la legislación española sufrió en el año 2005 una modificatoria a efectos de regular algunos efectos de la vigencia de las familias ensambladas. Cuba, por su parte, ofrece una

regulación legal que reconoce a los integrantes de aquella, imponiendo la obligación de los padres de velar por su cuidado.

Derechos subjetivos de las familias ensambladas

Los beneficios sociales vienen a ser todos aquellos derechos a los que acceden las nuevas familias ensambladas. Por ello es que, tanto los padres afines como los hijos afines tienen derechos adquiridos por la conformación de la nueva familia.

Desde nuestro punto de vista, los derechos a los que accede una persona son aquellos de libre disposición, tales como por ejemplo los de apoyo mutuo, la protección, de libre disposición, los que no colisionen con derechos de otros, derechos personales o los que surjan de la relación con entidades públicas o privadas.

Por ejemplo, los padres afines tendrán deberes como el de apoyo y salvaguarda con los hijos afines de su nueva conviviente, protección, cuidado y educación; que no vaya en contra de los derechos de sus hijos biológicos, sólo podrá disponer de aquella parte que no se encuentre afectada por la pensión de alimentos, por ejemplo si un hombre o mujer tiene 2 hijos biológicos con su primer compromiso, tiene la obligación de pasarle hasta el 60% de su remuneración, por lo que, podrá disponer para su familia ensamblada con el 40% de su remuneración o dentro de los términos que establezca el juez.

Sobre los derechos de los hijos afines que tienen es recibir proporcionalmente el apoyo de sus padres afines, y de acceder a los mismos beneficios que sus hijos reciben por las instituciones que con él tienen relación. Por ejemplo, recreación, educación, atención médica u cualquier otra, pero proporcionalmente, pues recordemos que un hijo aún tiene sus propios padres biológicos y son ellos los que inicialmente tienen que cumplir con esta obligación.

Recordemos que las primeras obligaciones que tiene una persona siempre serán con sus propios hijos, y una vez cumplido con ello puede ir y apoyar en lo que se necesite a los hijos de su conviviente, pero esto no implicará nunca que se tenga que disminuir los derechos de sus hijos.

Es cierto que tanto los hijos biológicos como afines tienen derecho de ser tratados de la misma manera, sin hacer diferenciación de trato y respetando la constitución familiar originaria y la ensamblada; sólo sobre aquellos derechos de libre disposición y los que no contravengan con las normas.

Los derechos sociales o beneficios sociales que se le reconocen a los hijos y padres afines son los establecidos en la norma, los derechos que creemos se les debe reconocer, de acuerdo con Vildoso (2016) son: “protección al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, a igualdad de deberes y derechos entre todos los hijos, la protección de la salud, del medio familiar y de la comunidad, alimentos, cuidado”. Todos esos derechos y más, sólo que sean en beneficios y cuidado de los menores por el interés superior del niño.

En ese sentido, Puentes (2014) manifiesta que: “el matrimonio tiene como resultado un conjunto de efectos personales o consecuencias jurídicas extrapatrimoniales, por lo que en virtud de la relación jurídica matrimonial los esposos van a asumir un conjunto de derechos y deberes”. Que serán los mismos que se reflejen en las familias nucleares o en las familias ensambladas.

Asimismo, Mesa (2002) señala que: “el matrimonio va a rebasar el acto jurídico, el *vinculum iuris*, para conformar una situación nueva de la que surgen relaciones que entrelazan a los cónyuges entre sí y con terceros”. Porque es ante la sociedad que ellos son reconocidos y por lo que somos los miembros de la sociedad los que vamos a respetar y cuidar a la familia, independientemente de la forma en cómo se configure.

En ese orden, se tiene que “la coparentalidad es un derecho común a todos los niños/as, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén

divorciados” (Puentes, 2014). Por ello es que, los primeros llamados a cumplir con los hijos van a ser los padres biológicos y en su lugar y sólo de manera voluntaria por el padre o la madre afín.

Continuando con la idea antes mencionada el autor Puentes (2014) menciona que: “este concepto involucra que el padre y la madre son igualmente responsables, por lo que cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta”. Pero que se reflejarán con los hijos y padres afines de las nuevas familias ensambladas.

Sobre los derechos y deberes que tienen los padres afines, van a ser los mismos que tengan los padres biológicos en la medida de su disponibilidad y razonablemente; es así que el artículo 423 del Código Civil señala que:

Sobre los deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad, nuestro ordenamiento jurídico ha regulado en el código civil en el Artículo 423º que: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos. 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores (Código Civil, 1984).

Además se enumeran los siguientes:

4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación. 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario. 6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil. 7.- Administrar los bienes de sus hijos. 8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el Artículo 1004º (Código Civil, 1984).

Por ello, los derechos de libre disposición siempre van a obrar a favor de los padres e hijos afines, y van a ser proporcionalmente a sus deberes paternos del padre o madre biológica, por ello es que se debería de crear una ley que regule esta materia.

Tribunal Constitucional menciona que “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” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Pues, las familias reconstituidas son aquellas que son el resultado de la unión de dos familias monoparentales.

Asimismo, se tiene que “las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone, se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Las relaciones que surgen de la formación en las nuevas familias, son vínculos importantes dentro de la sociedad, pues con el pasar del tiempo los vínculos interpersonales se van fortaleciendo más y entre ellos surgen deberes producto de la afinidad.

El Tribunal también menciona que “el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante, la patria potestad es de los padres biológicos, no reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Por ello, es importante recordar que los derechos y deberes que tiene los nuevos padres son únicamente los sociales o de protección para con los hijos afines y que ello no va a generar mayores obligaciones que tienen los padres biológicos.

Los deberes y derechos antes mencionados tienen que ver con la importancia que tiene la familia dentro de nuestra sociedad, y que desde siempre ha merecido protección, misma que lo ha tenido desde la norma máxima y de todas las que se encuentran por debajo de la constitución. Lo

que se ha pretendido proteger con las normas establecidas han sido a la familia nuclear producto del matrimonio, pero con el pasar del tiempo esto tiene que variar y ver que en nuestra actualidad existen más formas de recomposición familiar, que también merece protección.

Continuando con la idea, “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, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Estas características se tienen que observar de manera más afianzada en aquellas familias donde el responsable del hogar es un padre o madre a fin, hecho no varía cuando el responsable tiene sus propios hijos y tiene obligaciones para con ellos, nunca se da prioridad a los hijos afines por las obligaciones paternofiliales.

Los miembros del Tribunal, afirman también, que “si el padre o madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes, inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Porque el que existan padres o madres afines no cambia la relación u obligaciones que tienen los padres biológicos, al ser ellos las llamadas a cumplir con todas las necesidades de los hijos, los padres afines pueden hacerlo, pero si ello no implica el descuidar sus obligaciones paternas con sus propios hijos biológicos.

Nuestra norma máxima en el artículo 6, establece:

La igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres e hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Esta afirmación tiene que ver con la filiación de los hijos y el hecho de no hacer diferenciación en sus derechos por que el menos haya nacido o no dentro del matrimonio.

Asimismo, se tiene que “tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad, los integrantes de este nuevo núcleo familiar resultan ser más frágil y difícil de materializar” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Y por ser precisamente más débiles ante la sociedad que requieren mayor protección de los juristas, porque han sido el resultado de un divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores, por lo que ya han sufrido lo suficiente como para ser expuestos innecesariamente.

Por último, la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. 9332-2006, nos menciona que:

En las últimas décadas del siglo XX, la legislación y jurisprudencia comparada se esmeraron en distinguir los conceptos de familia y matrimonio, estableciendo que el matrimonio no era la única manera de generar familia. Por ejemplo, en las constituciones de 1979 y 1993 se recoge como conceptos distintos la familia y el matrimonio”

Pues, el matrimonio es una forma de crear la familia, pero no la única, la convivencia o las uniones de hecho traen otras maneras de formar familia, que ha evolucionado con el tiempo y que merece igual protección.

La sentencia anteriormente descrita no es la única que nos deja conceptos importantes respecto de las familias monoparentales o ensambladas, es así que, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 04493-2008-PA/TC nos afirman que:

En lo que respecta a la familia, siendo un instituto constitucional, ésta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado

de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias.

Porque todo en nuestra sociedad evoluciona, y eso mismo ocurre con la familia, que con el paso del tiempo ha ido mutando el concepto, y actualmente se entiende por el hecho de la unión voluntaria y con estructura por parte de dos personas que ya tienen sus propios hijos y que forman una familia distinta con ellos.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. 04493-2008-PA/TC nos mencionan que:

Se han generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las familias de hecho, las monopaternales o las reconstituidas; la familia se encuentra en una etapa de descomposición y crisis de transformación; se trata de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población (Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. 04493-2008-PA/TC)

Tenemos pues, diferentes formas de constitución de la familia, esto es, de acuerdo a la manera en cómo se vuelven a ensamblar las familias, esto es si los que tienen hijos o no, o si los nuevos padres no tienen más responsabilidades que sólo la nueva familia afín.

En ese sentido, el Tribunal también menciona que “las características deben estar lejos de ser un *numerus clausus* y tiene una naturaleza esencialmente descriptiva” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01204-2017). Ello, porque la forma de constitución de las familias va a ir cambiando conforme pasa el tiempo y establecer clausas únicas para su denominación sería delimitar su posterior incorporación de otras familias. Es así que las características serían las siguientes:

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 (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01204-2017).

Esto es, una de las características de las nuevas familias es que uno o dos de los cónyuges tengan sus propios hijos ya, antes de la convivencia, aunque no necesariamente son sólo los hijos, también puede ser algún otro familiar cercano y que sean los padres quienes se hagan responsables de ellos.

La segunda característica que menciona el Tribunal Constitucional en el Exp. 01204-2017 menciona que: “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”. Esto es, cuando antes de formar una familia nueva, ellos ya habían constituido con anterioridad una familia y tenían sus propios hijos con otra pareja.

Finalmente, la tercera característica que menciona el Tribunal es que “la nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características pueden consistir en habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento”. En resumen, es la forma en como la sociedad acepta esta nueva familia.

En ese orden, se tiene 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 (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01204-2017).

Este hecho no implica de ninguna manera que se desproteja a sus hijos biológicos o que se te tenga que reducir sus beneficios porque los hijos afines lo necesitan, recordemos pues, que para la existencia de un niño/a se necesita tener dos padres biológicos, que son los obligados principales de cubrir las necesidades del alimentista.

Las obligaciones sociales que se deben entre los integrantes de la familia afín, son hechos recíprocos, el Tribunal Constitucional afirma que: “como 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” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01204-2017).

Pues, si los deberes sociales fueron asumidos por el padre o madre afín en la niñez y juventud del hijo afín, ellos, por obligación moral tienen que cuidar y proteger a los padres afines cuando se encuentren en edad avanzada.

Con relación a los hijos biológicos del primer compromiso de un padre afín, las obligaciones que tiene con estos se mantienen, tal como lo ha establecido el TC, cuando menciona 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 (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01204-2017).

Pues, la existencia de un padre afín no extingue las obligaciones económicas, morales y sociales del padre biológico con su hijo, por el contrario, estas se mantienen y se exigen.

El incumplimiento de las obligaciones por los padres biológicos no implica que el padre afín se encuentre obligado a sustituir, él puede apoyar sí, pero

en medida de sus posibilidades y de aquella proporción libre, infecta, sin causar perjuicio a sus propios hijos biológicos.

El incumplimiento del padre obligado lo que genera es un proceso judicial para el otorgamiento de alimentos, pero nunca que el padre afín sea obligado a cumplir con alimentos para sus hijos afines, él sólo tiene obligaciones civiles para con ellos.

El interés superior puede variar lo anteriormente afirmado, al respecto el Tribunal Constitucional afirma que:

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.

Quedando claro pues, que los deberes económicos tienen que ser asumidos por los padres biológicos, mientras que los padres afines lo que tienen son obligaciones morales, civiles, sociales y de protección; lo que a larga data creará reciprocidad de quien los recibe.

LA GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho, según Pérez:

Es aquella institución del derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor (1998, p. 61).

Cafferata (1988) señala: “La guarda de hecho se da cuando una persona, sin atribución de la ley o delegación del juez, por propia decisión, toma un menor a su cargo” (p. 35).

Esta guarda fáctica es una guarda que aparece desmembrada de la patria potestad, pero no es delegada legítimamente, se constituye sin intervención de autoridad alguna, ya sea administrativa o judicial y por lo tanto no existe evaluación alguna de la idoneidad del guardador ni del interés del menor (Wagmaister, 2000, p. 249).

Sin embargo, quien ejerce la guarda de hecho asume una de las formas protectoras de la minoridad y, si bien se desarrolla en un marco de precariedad, no puede negarse la producción de consecuencias jurídicas ni la existencia de deberes y derechos inherentes a la tarea que se lleva a cabo (D’Antonio, s/f, p. 416).

Dinámica social de las familias ensambladas

Como hemos mencionado con anterioridad, las familias ensambladas con el resultado de la unión de dos familias monoparentales, donde la familia se ha quedado con un solo integrante de los padres.

En ese sentido, de acuerdo con Grosman & Martínez (2000) nos manifiesta que:

(...) la familia opera como un sistema mediante pautas transaccionales que determinan los modos en que se relacionan los integrantes entre sí y el medio social. El núcleo se transforma de acuerdo con las diferentes etapas del ciclo vital y provee a sus integrantes, en cada uno de los estadios, la protección psicosocial necesaria mediante un doble proceso, por una parte, ofrece continuidad y sentido de pertenencia a sus componentes; por la otra, posibilita su crecimiento a través de la expresión de la singularidad e identidad de cada uno de ellos (Grosman & Martínez, 2000)

Porque todo en nuestra sociedad es interrelación, lo que ocurra dentro del vínculo familiar será producto de la comunicación y actitudes de cada miembro.

Asimismo, Calderón (2016) también señala que: “al constituirse la familia monoparental, en principio, estas interactuarán y diseñarán sus propias normas, pero esto no basta, sino que además sus miembros deberán sentirse parte de la familia y considerar al otro como integrante de la misma”. Por eso es que, con la creación de una familia ensamblada o monoparental se busque la protección y el desarrollo de todos sus integrantes sin que ninguno se sienta menos o disconforme con lo ocurrido.

Tenemos pues, que los roles o las situaciones normales en una familia suelen cambiar con los nuevos integrantes, por ello es que se debe cuidar siempre que eso no afecte a la nueva familia y que, por el contrario, se supere.

Por ejemplo, se tendría que respetar si un miembro de la familia no quiere acercarse o formar parte de la familia ensamblada, y darle la oportunidad que con el tiempo vea las situaciones de manera distinta. Pero de ninguna manera obligarle a que comparta con personas que no quiere.

En este tipo de organizaciones familiares se configuran una serie de variaciones (Velarde citado por Gutiérrez y Ricalde, 2008) nos explica que:

- a). Hogares compuestos por el padre que ejerce la tenencia de sus hijos que viven con el nuevo cónyuge o compañero sin hijos de una anterior relación y sin hijos comunes, b). Hogares compuestos por el padre que ejerce la tenencia de sus hijos que viven con el nuevo cónyuge o compañero sin hijos, pero con hijos comunes, c). Hogares compuestos por una pareja de dos padres que ejercen la tenencia de los hijos concebidos de uniones anteriores, sin hijos comunes; y, d). Hogares compuestos por una pareja de dos padres que ejercen la tenencia de los hijos concebidos de uniones anteriores y con hijos comunes (Velarde citado por Gutiérrez y Ricalde, 2008).

El plus de las familias ensambladas es que siempre existirá la presencia de los hijos de cualquiera de los cónyuges o de ambos.

LA GUARDA DEL MENOR

Gonzáles (2015) señala que, según las estadísticas:

(...) más de la mitad de las parejas que se han casado en la década de los noventa verán fracasar sus matrimonios y deberán sufrir la separación. Si es verdad, como parece, que el número de divorcios aumenta, es evidente que también se ven involucrados en ellos un mayor número de niños Y esa suele ser la primera preocupación para la pareja que decide romper su unión: ¿qué pasa con los hijos? (p. 185).

La guarda y custodia, “es un concepto que define con quién va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación” (Gonzáles, 2015, p. 187).

El autor establece:

La guarda y custodio de los hijos menores de edad o con alguna incapacidad que no les deje valerse por sí mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre. En caso de haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quién se queda con los niños, nadie más cuestiona tal decisión. El juez sólo aprueba o ratifica lo que han acordado ambos cónyuges, salvo que considere que puede haber un resgo claro para los menores (Gonzáles, 2015, p. 187).

Asimismo, se tiene que:

Los mayores problemas de la separación vienen cuando no existe un acuerdo previo, y es el juez el que debe decidir. En este supuesto se tienen en cuenta varios factores: no separa a los hermanos, las necesidades afectivas y emocionales de los mismos, la cercanía de

otros miembros de la familia como los abuelos, la disponibilidad de los padres para poder atenderlos mejor o peor, o si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada (Gonzáles, 2015, p. 187).

Gonzáles (2015) refiere:

Otro de los criterios que tiene en cuenta el juez, y que a menudo resulta el más determinante, es la dedicación que hasta tenido cada progenitor hacia el hijo, antes de producirse la separación. Por este motivo es por el que, a pesar de haber una igualdad jurídica en razón de sexo a la hora de considerar con quién han de quedarse los hijos, en el 94% de los casos se adjudica a las mujeres (p. 187).

PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En palabras de Aguilar (2008), este principio es:

(...) no de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante la CDN), niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad (p. 226).

Respecto a los rangos de edad diferenciados que existen dentro del término “niño”, explica Aguilar (2008):

Evidentemente, se pueden apreciar ciertas diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 ó 15 años, tal como lo hace Saramago en su autobiografía de la infancia, razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado. Con todo, en ambos casos, uno de los principios rectores en materia de derechos del niño –niños y adolescentes– es el principio del interés superior del niño (p. 226).

También es preciso señalar que el principio del interés superior del niño “goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general” (Aguilar, 2008, p. 226). Asimismo:

En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l'intérêt supérieur de l'enfant” (Aguilar, 2008, p. 226).

No obstante, es importante resaltar que “en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un principio general de derecho” (Aguilar, 2008, p. 226).

Este principio, encuentra su reconocimiento en el artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, que dicta entre “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Aguilar, 2008, p. 227).

Dentro del contexto internacional de los Derechos Humanos, señala Aguilar (2008):

(...) la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General (en adelante la AG) de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño (p. 227).

Asimismo, en el año 1959:

(...) ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990 (p. 227).

Sobre la CDN, se tiene que:

Es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención (p. 227).

Lo mencionado anteriormente, configura un claro indicio del “carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños contenidos en la CDN” (Aguilar, 2008, p. 227). Tal como menciona el autor:

En efecto, este hecho no hace más que confirmar la característica de derecho consuetudinario de sus normas. Una de las mejores maneras de explicar el hecho de que casi todos los países del mundo han ratificado la CDN es debido a que aun antes de la fecha de adopción de dicha Convención, la comunidad internacional –individuos, grupos y pueblos– reconocían sus principios y normas fundamentales (Aguilar, 2008, p. 228).

Asimismo, esta Convención “establece diversas normas de resguardo de los derechos humanos del niño” (Aguilar, 2008, p. 228). Tal como señala el autor:

Así, por ejemplo, *inter alia*, en el artículo 3 inciso 1° se establece el principio del interés superior del niño, en el artículo 5, el llamado principio de la autonomía progresiva del niño, en el artículo 12, el derecho de participación de los niños, en el artículo 14 de la CDN, el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, en el artículo 17 se consagra el derecho de acceso a la información, mientras que en el artículo 24 se establece el derecho a la salud de los niños y en el artículo 28 el derecho a la educación (Aguilar, 2008, p. 228).

Siendo el niño el sujeto de la CDN, lo que busca la misma es:

Reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el artículo 1° de la CDN establece que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Aguilar, 2008, p. 228).

Según Aguilar (2008):

El principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además al de la prohibición de la discriminación, al señalar que [l]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados (p. 228).

Por lo tanto, la CDN “como instrumento internacional de carácter vinculante, establece un antes y un después en la protección de los derechos de los niños y en su definitivo establecimiento como sujetos plenos de derechos” (Aguilar, 2008, pp. 228-229).

Zermatten (s/f) sostiene que el principio del interés superior del niño:

(...) es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia (s/p).

Gatica y Chaimovic señalan que:

(...) el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña (2002, s/p).

Grosman señala que el interés superior del niño es:

(...) un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituyéndose un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso (1993, p. 17).

III. METODOLOGÍA

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación se está realizando en base a una investigación cualitativa, que se refiere al método de investigación usado principalmente en las ciencias sociales, como el Derecho, con la que se busca identificar la naturaleza profunda de las realidades o del problema a tratar; asimismo explicar las razones de los diferentes aspectos de tal comportamiento e investigar el por qué y el cómo se tomó una decisión sobre un punto específico.

La investigación que realizaremos será de naturaleza descriptiva - explicativa puesto que Lo que se pretende con esta investigación es explicar minuciosamente cada punto controvertido, realizando una búsqueda bibliográfica de todas las características esenciales del tema y establecer relaciones teórico-doctrinarias con el propósito de explorar las relaciones sociales y describir la realidad materia de la investigación. A su vez, realizaremos un profundo análisis y entendimiento del comportamiento humano y su evolución en el plano social, más aún si se trata de un tema innovador en el campo del derecho, como el que estamos presentando, en donde es necesario conocer las razones que lo gobiernan, por lo que es básico llegar a dilucidar la pregunta planteada al principio de la investigación integrando en el proceso de desarrollo todos los recursos necesarios.

Deduciendo con esto la contrastación de las hipótesis posteriormente formuladas con los resultados de la investigación teórica - empírica es la evidencia y prueba de que esta investigación transvasa los parámetros de una investigación descriptiva para ubicarse dentro de las investigaciones causales-explicativas.

3.2. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN APRIORÍSTICA.

OBJETIVOS	CATEGORÍA	SUBCATEGORÍA	PREGUNTA ORIENTADORA	FUENTES	TÉCNICAS
Objetivo General: Determinar las familias ensambladas como institución a efectos de la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas. Objetivos Específicos: - Analizar la naturaleza de las familias ensambladas. - Analizar en tratamiento de las familias ensambladas en el derecho comparado. - Analizar las familias ensambladas como institución a efectos de la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas la regulación de la eutanasia o muerte asistida en el Perú.	La familia ensamblada	- Concepto - Naturaleza jurídica - Tratamiento normativo	¿Cómo se determinaría la necesaria guarda del menor en las familias ensambladas ?	- Jueces	- Encuestas
	La guarda del menor	- Concepto - Características - Fundamento jurídico - Tratamiento normativo - Principio de interés superior del niño		- Fiscales	- Encuestas
	La guarda del menor en familias ensambladas	- Posturas jurídicas - Regulación nacional - Regulación internacional		- Abogados	- Encuestas

- Proponer una ley que regule las familias ensambladas como institución en el Perú.					
---	--	--	--	--	--

3.3. ESCENARIO DE ESTUDIO

El presente trabajo de estudio está en relación a la guarda del menor en las familias ensambladas en el Perú, de tal forma que el investigador tiene que tener determinado el espacio geográfico, lugar a llevarse a cabo la investigación, siendo este espacio es el territorio peruano.

3.4. PARTICIPANTES

La participación de los especialistas consta de 20 entrevistados, siendo todos abogados especialistas en la materia, 8 de ellos Jueces, 4 fiscales y 8 abogados litigantes con un promedio de 10 años de experiencia.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de doctrina y casuística nacional como comparada.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

3.6. PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INFORMACIONES

El procedimiento de dicho trabajo de investigación se llevó a cabo en tres etapas, respecto a la primera vemos a la planificación y estructuración del planteamiento del problema, así como la redacción del marco teórico; en cuanto a la segunda etapa, se desarrolló el marco metodológico, así como se procedió a seleccionar los instrumentos de recolección de datos y su aplicación en el campo.

Los procedimientos de recolección de información predominante estarán basados principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de la doctrina contemporánea latente nacional como también extranjera en cuanto a la guarda del menor en las familias ensambladas en el Perú.

3.7. MÉTODO DE ANÁLISIS DE DATOS

Los procedimientos de recolección de información predominante estarán basados principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de la doctrina contemporánea latente nacional como también extranjera en cuanto a la guarda del menor en las familias ensambladas en el Perú.

3.8. RIGOR CIENTÍFICO

Éste se refiere a aquellos procedimientos y técnicas que se han de desarrollar a lo largo de toda la investigación con el fin de cumplir y respetar las exigencias propias del proceso investigativo. Por ende, se requiere del proceso de recolección de la información, las mismas deben ser reales y no pueden ser modificadas a fin de lograr la validez de la información.

3.9. ASPECTOS ÉTICOS

El trabajo de estudio se planteó bajo las normas éticas y de orden público, así como se elaboró respetando el Derecho de Autor, estipulado en el Decreto Legislativo N° 822, así también el en Código de Ética Profesional. Asimismo, se ha optado por aplicar el formato APA a fin de poder reconocer las ideas e investigaciones desarrolladas por otros autores, sin incentivar el plagio.

IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

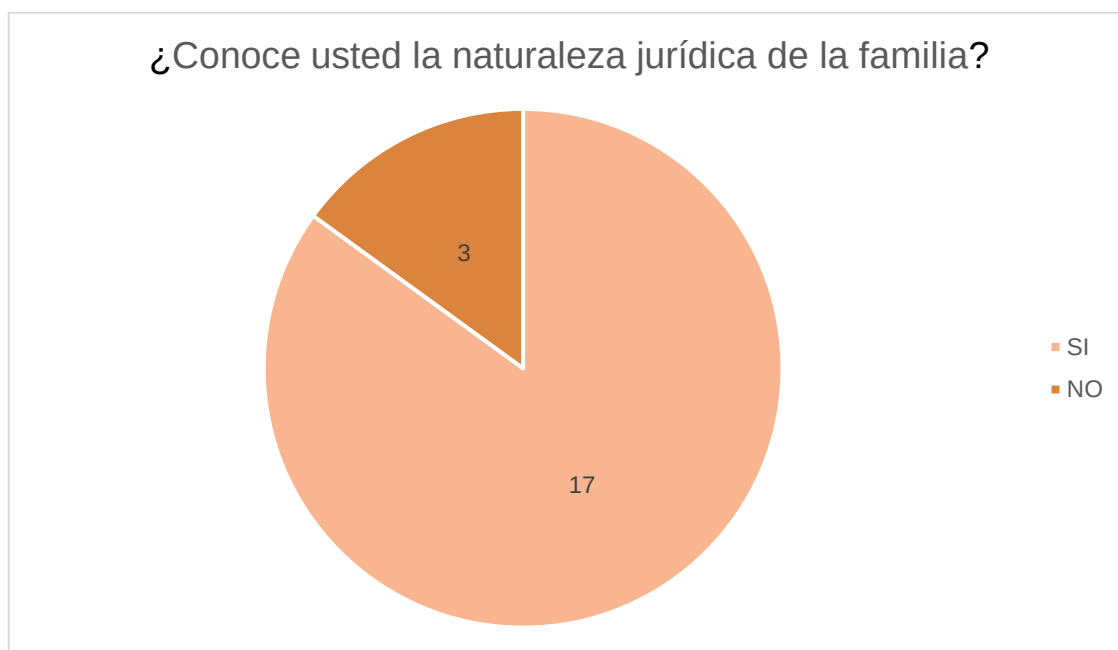
Los procedimientos de recolección de información predominante estarán basados principalmente en el enfoque cualitativo - cuantitativo de análisis de contenido de la doctrina contemporánea latente nacional como también extranjera en cuanto a la guarda del menor en las familias ensambladas.

Para poder mostrar lo afirmado en el desarrollo del tema hemos recurrido a realizar encuestas a través de las cuales se pueda ver qué es lo que piensan los operadores del derecho sobre el particular, es así que hemos planteado 20 encuestas sobre la base de las siguientes preguntas:

1. ¿Conoce usted la naturaleza jurídica de la familia?
2. ¿Conoce usted la naturaleza de las familias ensambladas?
3. ¿Conoce usted el tratamiento normativo de las familias ensambladas en el Perú?
4. ¿Conoce usted los fundamentos jurídicos de la guarda del menor?
5. Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto de ley la regulación de las familias ensambladas como institución en el Perú?

Y los resultados obtenidos para estas interrogantes han sido las siguientes, que mostraremos a través de gráficos:

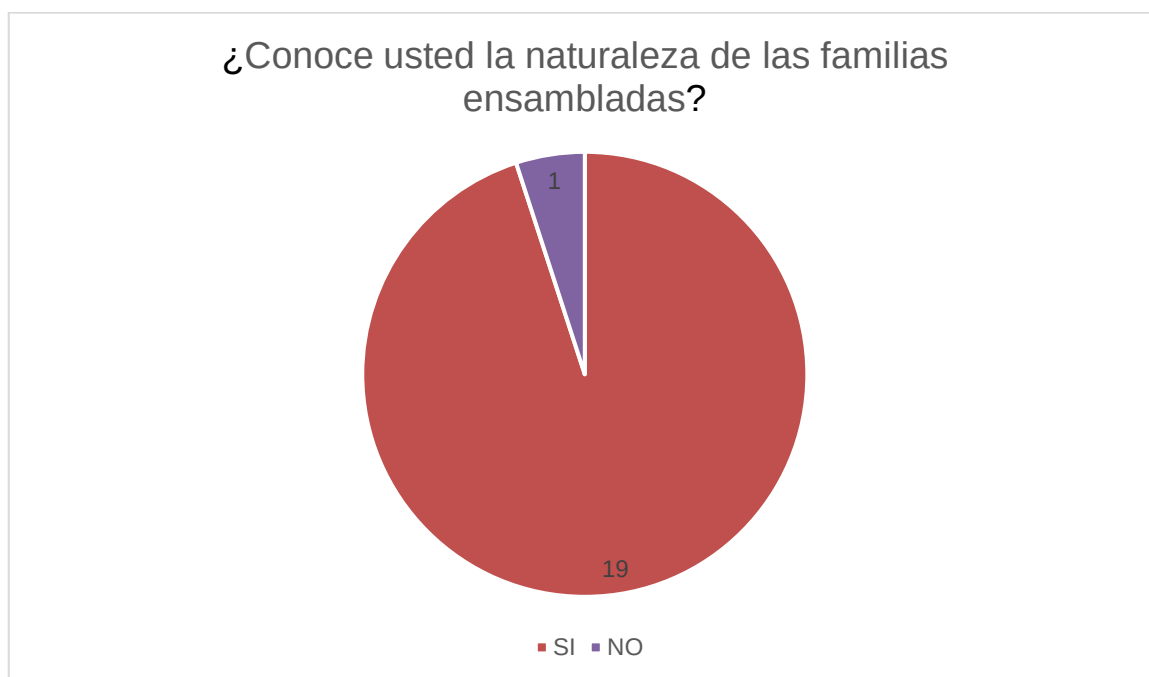
GRÁFICO 01



En ese sentido, podemos observar que, de 20 personas que son encuestadas 17 de ellas conocen la naturaleza jurídica de la familia.

Tres personas de las encuestadas refieren, por el contrario que, no conocen la dicha naturaleza jurídica de la familia, y asumiendo el cargo que ejercen los encuestados, si resulta preocupante tal apreciación.

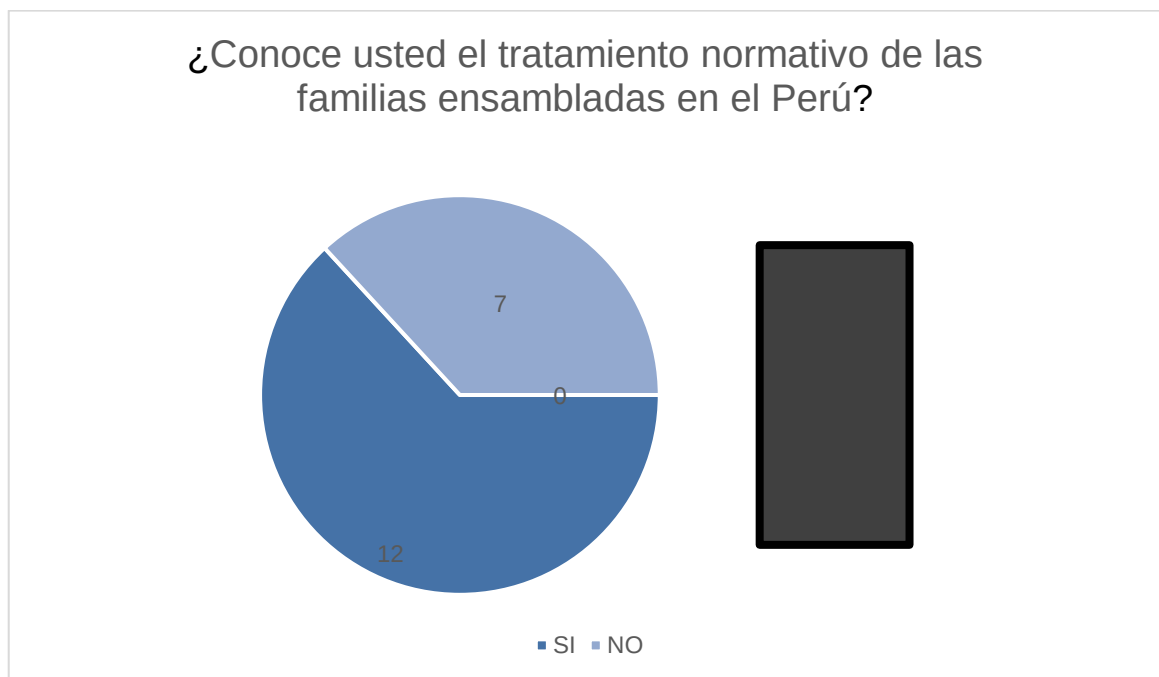
GRÁFICO 02



Podemos observar que 19 de las 20 personas encuestadas manifiestan que sí conocen la naturaleza de las familias ensambladas.

Al ser una mayoría casi absoluta los que refieren conocer la naturaleza de esta figura, se debe tomar en cuenta que el ejercicio de la profesión en temas civiles familiares y los cargos que han desempeñado están sujetos a conocer del tema.

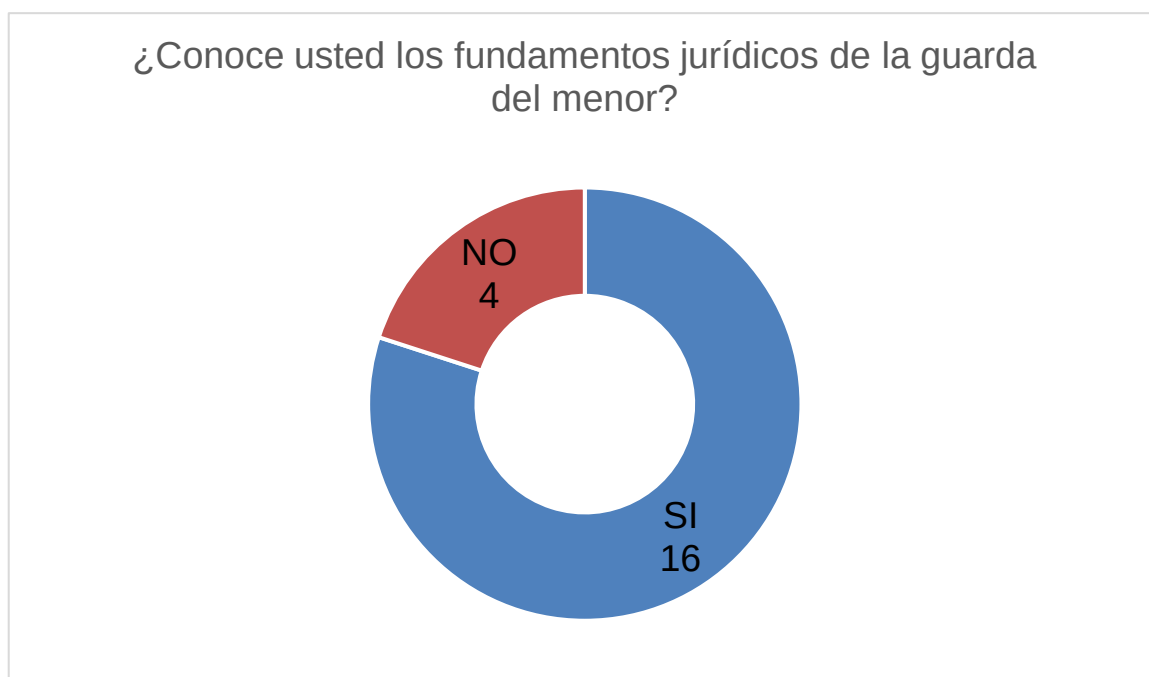
GRÁFICO 03



En este caso, podemos observar, que a la interrogante planteada, 12 de los encuestados afirman que sí conocen el tratamiento normativo de las familias ensambladas en el Perú.

Los 8 entrevistados restantes manifiestan que desconocen dicho tratamiento en la regulación nacional, lo cual puede volver mucho menos eficiente el trabajo de analizar y decidir respecto a las cuestiones más relevantes del problema planteado.

GRÁFICO 04

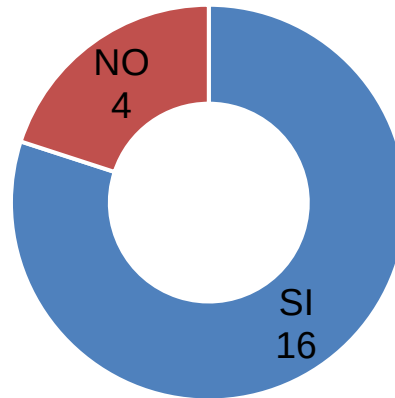


De los entrevistados, 16 encuestados refieren conocer los fundamentos jurídicos de la guarda del menor.

Por el contrario, 4 de los entrevistados desconocen los fundamentos jurídicos referidos a la guarda del menor, lo cual supone un problema frente a la resolución de litigios donde el interés superior del niño se encuentra comprometido.

GRÁFICO 05

Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto de ley la regulación de las familias ensambladas como institución en el Perú?



De los entrevistados, 16 encuestados concuerdan que es necesario proponer una regulación específica sobre las familias ensambladas como institución en el Perú.

Por su parte, 4 de los entrevistados no encuentran necesaria la propuesta de regular a la figura de la familia ensamblada como una institución familiar reconocida por nuestra legislación.

Por ello, buscamos que se regule esta figura y se le reconozcan los beneficios que deriven de esta, mediante un proyecto de ley que persiga esta finalidad.

CONCLUSIONES.

En el presente trabajo de investigación hemos fundamentado la importancia de la implementación y ejecución del voto electrónico no presencial o remoto y hemos concluido en lo siguiente:

Primero, las familias ensambladas han tenido una gran expansión en cuanto la legislación referida al divorcio ha permitido la ruptura matrimonial legal, ampliando la posibilidad de segundas uniones. Estas nuevas familias se definen por formarse a partir de al menos un núcleo familiar anterior, no proviniendo de dos estados civiles solteros como en las familias tradicionales. En los casos en los que únicamente existe un núcleo anterior se denominan compuestas simples y en las que existe la unión de dos núcleos compuestas dobles.

Segundo, esta institución encuentra su tratamiento internacional en el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos estableciendo que la familia es aquel elemento natural y fundamental para la sociedad, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableciendo que esta deberá ser protegida por la sociedad y el Estado.

Tercero, las familias ensambladas reconocidas y reguladas como institución, protegen los derechos e intereses del menor, y determinar la guarda del menor en estos casos en específico, es una herramienta que puede llegar a posibilitar la solución de casos prácticos generados por la ausencia de una proyección de la autoridad parental en cuanto al hijo afín.

Por último, en vista que nuestro ordenamiento jurídico no contamos con esta determinación que resulta necesaria para la guarda del menor, es necesario ofrecer una solución para la laguna normativo existente respecto a las familias ensambladas, resulta necesario proponer una ley que regula las familias ensambladas como institución en el Perú.

RECOMENDACIONES

De acuerdo a todo lo expresado, tanto en el desarrollo de la presente investigación como en el marco teórico, podemos decir que, recomendamos la regulación de las familias ensambladas en nuestra legislación, mediante un proyecto de ley, el mismo que tendrá como finalidad reconocer a la familia ensamblada institución en la legislación peruana.

PROYECTO LEY

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE RECONOCE A LA FAMILIA ENSAMBLADA COMO INSTITUCIÓN EN EL PERÚ.

Artículo 1. Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene como objetivo determinar a la familia ensamblada como institución dentro del ordenamiento jurídico peruano, así como reconocer legalmente los beneficios que de esta deriven, a efectos de proteger el interés superior del niño y la guarda del menor.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente propuesta tiene como finalidad, regular a la familia ensamblada como una institución en el Perú, a efectos de reconocerle los beneficios que de la misma derive; asimismo, proteger la guarda del menor en función del principio de interés superior del niño.

El presente proyecto de Ley, no generará ni demandará gasto alguno al Estado peruano, por el contrario, beneficiará a los cónyuges, fortaleciendo el acceso a la justicia y a los mecanismos que contribuyen proteger los derechos conyugales; teniendo como resultado hacer justicia para las personas que actualmente no la tienen y que por ello ya no creen más en la protección que el Estado les brinda.

I. SOBRE LA FAMILIA

La familia es ante todo una institución social, en su concepción moderna, y desde un punto de vista sociológico, la familia puede ser considerada un régimen de

relaciones sociales que se determinan mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco.

Desde el punto de vista jurídico, Zannoni define la familia como:

(...) el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco. Allí donde no exista vínculo jurídico no existirá tampoco relación jurídica familiar, aunque ello implique una discordancia con el vínculo biológico (1989, p. 18).

Sobre el concepto de familia, Infante (2016) señala:

El concepto de familia es sin duda de carácter sociológico antes que jurídico, pues la familia es anterior al mismo Estado, existiendo antes que éste, por lo tanto, el orden jurídico la contemplará atendiendo a sus fines. La familia ha contado a lo largo de la historia con tres finalidades; una natural (unión de hombre y mujer, procreación y conservación de la especie), otra moral espiritual (lazos de afecto, solidaridad, cuidado y educación de la prole) y una tercera de carácter económico (alimento y techo) (p. 15).

Corral, conceptualiza a la familia del siguiente modo:

Aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos por lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente (citado en Infante, 2016, p. 16).

Según Valencia, la familia:

Resulta ser el pilar de los valores sociales, culturales y religiosos; si bien es cierto, anteriormente solo se tenía como estereotipo a la familia nuclear o tradicional, el pasar de los años han sido claves para el surgimiento de diversas estructuras familiares, las mismas que es competencia del Estado regularlas para garantizar su protección en su máxima expresión (citado en Santisteban, 2020, p. 14).

La familia desde una perspectiva jurídica presenta un concepto amplio y un sentido restringido.

La familia desde una perspectiva amplia, comprende el conjunto de personas que se encuentran relacionados por el vínculo del matrimonio, del parentesco y la adopción. Así desde este punto de vista, la familia estaría integrada por los cónyuges, por sus hijos y descendientes, por los ascendientes y también por los parientes en la línea colateral.

La familia desde una perspectiva restringida, comprende al marido y mujer, a los hijos que conviven con ellos y aquellos que se encuentran bajo su patria potestad.

La familia, si bien tiene como principal fuente el matrimonio, los cambios sociales, culturales, económicos, entre otros, han generado nuevos escenarios dentro de los cuales surgen modernas manifestaciones de organizaciones familiares, como las familias monoparentales, familias ensambladas, entre otras.

Asimismo, Santisteban (2020) puntualiza lo siguiente:

La familia es el pilar esencial en la sociedad y es el Estado quien se encarga de brindarle protección siguiendo con los lineamientos establecidos en el ordenamiento jurídico peruano. Actualmente, debido a los nuevos contextos sociales, han surgido diversas estructuras familiares, que han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional; sin embargo, las mismas no acceden al mismo tratamiento normativo que el de la familia tradicional. Esto quiere decir que, la protección que el

Estado garantiza constitucionalmente, deberá también extenderse a las familias constituidas (p. 1).

La familia encuentra protección y reconocimiento, en la Declaración Universal de Derechos Humanos:

En el artículo 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)* se reconoce a la familia como: “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, señalando asimismo que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia (Infante, 2016, p. 16).

Tenemos pues, que El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 menciona que: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad". Por lo que, tiene que ser salvaguardada tanto por el estado peruano como organismos internacionales.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos menciona 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 (Tribunal Constitucional, Exp. 09332-2006).

Por lo que, cualquier unión familiar que surja en la sociedad y que no tenga como inicio el matrimonio, debe ser protegido por la sociedad, el estado y organismos internacionales.

La Constitución Política de 1993 reconoció a la familia el carácter de cedula fundamental de la sociedad, de lo cual se desprende el papel esencial que juega en la estructura social, pues dentro de ella se germinan los ciudadanos del presente y del futuro, debiendo de dotarla de una particular protección y tutela.

El derecho de familia se encuentra regulado en el libro tercero del Código Civil Peruano de 1984, desde el artículo 233° al 659° y nos habla de materias como el matrimonio, la sociedad conyugal, régimen patrimonial, divorcio, sociedad paterno-filial, adopción, filiación extramatrimonial, hijos alimentistas, patria potestad, alimentos, patrimonio familiar, tutela, apoyos y salvaguardias, consejo de familia; nosotros trataremos únicamente aquellos artículos que se encuentren relacionados a nuestro tema de estudio, esto es el nacimiento de la familia, la separación, los hijos alimentistas y el rol de la nuevas familias.

De esa manera pues, se tiene que el artículo 233° del Código Civil (1984) menciona: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. Por ser la familia el núcleo de la sociedad y es ahí donde nacen y se desarrollan los valores y principios de cada ser humano.

Esta institución nace a raíz del matrimonio, que, de acuerdo a nuestra normativa civil “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (Código Civil, 1984). Pues, son únicamente la unión de hombre y mujer los que pueden procrear y ese precisamente es uno de los fines del matrimonio, y su fin de cada uno de ellos dentro de la convivencia es en igualdad de condiciones, pues ambos cónyuges tienen la misma autoridad, derechos, deberes y responsabilidades dentro de un hogar.

Por ello es que se ha establecido que “los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos” (Código Civil, 1984). Porque, los alimentistas no se encuentran en condiciones de ver, cuidarse o alimentarse por sí mismos, los padres son los obligados a brindarles todos los cuidados necesarios hasta que cumplan la mayoría de edad o hasta los 28 años de acuerdo a la situación particular de cada ser humano.

Sobre el parentesco, nuestro Código Civil ha regulado dos formas, tenemos al parentesco consanguíneo y al parentesco por afinidad, donde el primero es “El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones” (Código Civil, 1984). Esto es, el parentesco que existe entre padres e hijos o entre hermanos; asimismo, en ese mismo artículo también se menciona que: “En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro.

Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado” (Código Civil, 1984). Posterior al cuarto grado de consanguineidad, si son parientes en línea recta, pero no tendrían los mismos efectos legales requeridos por la norma.

Sobre el segundo punto mencionado en líneas precedentes, correspondiente al parentesco por afinidad, se tiene que “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad” (Código Civil, 1984).

Pues, el matrimonio lo que hace es unificar simbólicamente a las personas, por lo que los cónyuges ocuparían el lugar de su esposo/a dentro del árbol genealógico; en el caso de divorcio, el parentesco subsiste, tal como se encuentra establecido en el segundo párrafo del artículo 237°, mismo que menciona: “La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge”. Pues, se encuentra prohibido el matrimonio por ejemplo el viudo con la/el hermana/o del cónyuge.

Sobre la patria potestad a través la cual uno de los progenitores tiene el derecho de representación tenemos que, esta se encuentra regulada en el título III del derecho de familia del Código Civil y nos menciona: “Artículo 418°.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (Código Civil, 1984). Siendo los primeros obligados a

responder por los hijos, los padres biológicos, los padres afines podrían colaborar con ello, pero sin desatender sus obligaciones con sus hijos biológicos.

Sobre los deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad, nuestro ordenamiento jurídico ha regulado en el código civil en el Artículo 423º que:

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos. 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores 4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación. 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario (Código Civil, 1984).

Asimismo, agrega: “6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil. 7.- Administrar los bienes de sus hijos. 8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el Artículo 1004º” (Código Civil, 1984).

Esos derechos y deberes no sólo los tienen los padres biológicos, también lo pueden ejercer a los padres afines; aunque los padres no son los únicos que tienen obligaciones y deberes, también lo tienen los hijos afines. Nuestro ordenamiento civil, en el artículo 424 de la norma antes citada, que menciona:

También se contempla lo siguiente:

Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas (Código Civil, 1984).

Si son los padres biológicos los obligados a cumplir con los alimentos de los menores de edad, esa obligación se mantiene hasta los 28 años o hasta que culmine exitosamente sus estudios.

De aquellos hijos con padres separados, ambos pueden ejercer la patria potestad o de manera unilateral, como ellos lo crean conveniente o de acuerdo a como lo establezca el juez de familia; pues si los hijos nacen dentro de una familia constituida lo ejercen ambos padres de la misma manera y conjunta, pero si se han separado o han nacido hijos fuera del matrimonio, estos se rigen por lo establecido por el juez de turno.

En ese orden, ya sabemos que, en la sociedad existen diferentes personas y que ellos forman parte de un núcleo familiar o de dos, cuando una familia se separa y tienen hijos menores de edad, es a ellos que les respalda el Código Civil, por parte de los padres biológicos lo que se va a dar es que el juez va a otorgar los alimentos al menor, es así que, el artículo 472° menciona: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia” (Código Civil, 1984). Entonces, todas las obligaciones legales que se tiene con los menores de edad son responsabilidad de los padres biológicos, pero los derechos sociales que cada uno tiene son difíciles que le sean otorgados.

Los alimentos de los menores de edad tienen que ser cubiertos por los padres biológicos, el artículo 473° nos menciona que:

El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir. No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar alimentos (Código Civil, 1984).

De esa manera, los alimentos de los menores de edad son por el interés superior del niño o adolescente y en pro de su futuro, porque si una persona cumple la mayoría de edad pero sigue estudiando, este tendrá que seguir recibiendo lo correspondiente para los alimentos.

Los derechos para el alimentista inician desde el vientre de la madre hasta la mayoría de edad, siempre y cuando sigan estudios profesionales exitosos, y pueden ser exigidos no sólo a los padres, puede ser a cualquier cónyuge, ascendiente o descendiente, pero también los hermanos.

Tengamos en cuenta que, el Código Civil no es la única norma peruana que protege a la familia, existe un cuerpo normativo con mayor rango que se encarga de cuidarla y protegerla.

Es así que, la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 4 regula lo relacionado a la Protección a la familia y Promoción del matrimonio, mencionando:

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

Como observamos, el legislador nos habla de la familia que tiene nacimiento en el matrimonio, refiriéndose así a una familia nuclear, compuesta por padre, madre e hijos.

Asimismo, menciona que la familia es una institución que se encuentra protegida por la legislación en general. Pero, en su artículo 5 nos habla sobre el concubinato, y lo hace de la siguiente manera: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (Constitución Política del Perú, 1993). De

esta cita podemos deducir que, de la unión concubinal también va a surgir la familia nuclear, pues se encontrarán mamá, papá e hijos, sólo que, su vínculo no nace del matrimonio, sino, de la convivencia.

Entonces, al menos a nivel constitucional vemos que la familia de manera explícita nace del matrimonio, pero que no es la única manera o forma de surgimiento, tenemos que, con el pasar del tiempo el concepto de familia ha ido evolucionando y adecuándose a la realidad nacional, esto es, se han creado nuevos conceptos de familia de acuerdo con la forma de unión de las mismas.

Nuestra norma máxima en el artículo 2 inciso 13 menciona que “toda persona tiene derecho 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 disueltas por resolución administrativa” (Constitución Política del Perú, 1993). Esto es, si dos personas deciden vivir juntas y con ello no tienen ningún fin de lucro, esta asociación debe ser respetada y protegida por el estado, por lo que, si de ello surge una nueva forma de vida no habría problema alguno.

De acuerdo con Infante (2016): “el derecho de asociación garantiza que a ninguna persona se le impida o prohíba asociarse, mientras sea para fines lícitos, asimismo no puede ser forzada u obligada a asociarse” por lo que, las personas pueden decidir si se agrupan o no.

Por lo que, por la autonomía de la voluntad, es la persona quien decide si por esta libertad que tiene se asocia para hacer una vida en común con una persona o no, y cuáles serán las reglas de convivencia que surjan de la tal asociación y que tipo de familia formarían.

Respecto al término familia y a su jurisprudencia relevante, este ha tenido ha tenido diversas concepciones con el pasar del tiempo, por ello es que el Tribunal Constitucional menciona que:

La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo, tradicionalmente, con ello se pretendía

englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos; así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco (Bossert y Eduardo 1998).

Por lo que, el matrimonio es sólo una legalidad con la que las personas cumplen antes de la formación de la familia y no es la única manera de formar una familia, esta institución se forma de diversas maneras, tal es así que tenemos muchas clasificaciones, tales como familia nuclear, monoparental, ensambladas.

Asimismo, el tribunal ha mencionado que “desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los números contextos sociales” (Tribunal Constitucional, Exp. 09332-2006). Porque la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y precisamente por eso necesita protección de todas las aristas de la sociedad.

Consecuencia de la evolución de la sociedad y un cambio en los hábitos del hombre es que se ha formado nuevas maneras de constituir una familia y la manera en cómo es esta tratada en el plano social y jurídico. Por ello, el Tribunal Constitucional en el Exp. 1993-2006 menciona que “se han generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (Tribunal Constitucional, Exp. 09332-2006). Por ser un fenómeno social actual y que no hay normas vigentes en ese sentido es que merece protección, lo que en parte se ha visto cubierto por las sentencias vinculantes emitidas por el Tribunal.

Asimismo, el máximo intérprete de la constitución menciona que “pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente” (Expediente N. 03605-2005-AA/TC). Incluso, en algunas situaciones las personas que contraían matrimonio religioso (independientemente de la religión que profesen) pensaban

que era suficiente y no tenían necesidad de regularizar el tema, una falacia legal que daba paso al surgimiento a una forma de familia.

II. SOBRE LA FAMILIA ENSAMBLADA

La familia es una institución fundamental en la estructura social, pero a su vez es una institución cambiante según los nuevos contextos que se presentan dentro de su esfera, lo cual generó nuevas formas de organización familiar, como en el caso concreto, las denominadas familias ensambladas o reconstituidas.

Las familias ensambladas han experimentado una gran expansión en cuanto la legislación referida al divorcio ha permitido la ruptura matrimonial legal, ampliando la posibilidad de segundas uniones. Estas nuevas familias se definen por formarse a partir de al menos un núcleo familiar anterior, no proviniendo de dos estados civiles solteros como en las familias tradicionales. En los casos en los que únicamente existe un núcleo anterior se denominan compuestas simples y en las que existe la unión de dos núcleos compuestas dobles.

Reyna (2013) al respecto señala que actualmente:

La cada vez mas creciente desintegración del modelo familiar nuclear, y el incremento de una nueva organización familiar, aquella formada por la unión de padres y madres solteros, separados, divorciados o viudos, y sus respectivos hijos, quienes por matrimonio o convivencia, pasaran a conformar una “familia ensamblada”, donde de manera simultánea, poseerán el rol de padres respecto de sus hijos comunes, y también el rol de padrastros y madrastras (...); adquiriendo los menores que conviven con ellos no solo la calidad de hijos, sino también la de hijastros (s/p).

La génesis de estas familias proviene de una amplia diversidad. Existe un abierto espectro de combinaciones compuestas a partir de personas solteras con divorciadas y/o viudas, o entre divorciadas, o entre viudas, o viudas con divorciadas. Estos serían los tipos básicos según el estado civil, si bien la

combinación más usual es la de un divorciado con una persona soltera o divorciada.

Así, la familia ensamblada puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa" (Ramos, 2006). Circunstancias que en la actualidad se vienen observando de forma más frecuente que con anterioridad y que es aceptada ya por la sociedad, razón por la que merece protección, independientemente de cómo surge la familia sigue siendo el núcleo fundamental de la sociedad, y por ello necesita protección.

En ese sentido, se tiene que las familias ensambladas "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" (Domínguez, 2006). A su vez, estas familias ensambladas pueden ser a consecuencia de la viudez o el divorcio.

Lorena (2006) puntualiza:

La idea de familias ensambladas es construida para designar familias que se conforman sobre la base de pérdidas y cambios tales como la viudez, la separación o el divorcio, que parten de un segundo matrimonio y van adquiriendo por lo tanto, una dinámica diferente. Uno o ambos miembros de la pareja poseen hijos de una relación anterior: aparecen hijos que anteceden a la relación de pareja, hay un progenitor en otra casa o en la memoria y niños que se trasladan entre dos hogares, ya que hay más de dos adultos en rol parental; sus miembros comparten hábitos, costumbres y tradiciones aprendidos en otro hogar (p. 142).

La familia ensamblada o reconstituida, según Castro (2010), es:

(...) aquella que tiene su origen en el matrimonio o la unión de hecho, y está integrada por la pareja y los hijos (as) de uno o ambos cónyuges o en su caso convivientes producto de un matrimonio o convivencia anterior, pudiendo tener un hijo(a) o más en común (pp. 65-66).

Reyna, por su parte, sostiene que la familia ensamblada es:

Aquella originada en la nueva unión familiar realizada por viudos, divorciados, madres o padres solteros; quienes van a conformar una nueva pareja conyugal o convivencial, asumiendo roles simultáneos de padres respecto de sus hijos, y de padrastros y madrastras respecto de los hijos propios de su pareja (2013, s/p).

Grosman y Martínez (2000) al respecto señalan:

Se trata de una estructura compleja, con nuevos lazos que se agregan y convivencia de hermanos de distinta sangre que no dejan de ser fraternos. El problema central de estas familias es la ambigüedad en los roles, particularmente en la relación de un cónyuge o conviviente con los hijos del otro. Si los roles de los padres biológicos son claros, en cambio, no hay lineamientos institucionales que legitimen las acciones del padre o madre afín, quienes, a menudo, no saben cómo actuar (p. 18).

Asimismo, se agrega:

Frente a estas incertidumbres se opta por acudir a estrategias extremas del “todo o nada”, ambas peligrosas y fuente de conflictos. O no se les asigna ningún lugar, es decir, se desdeña su papel, o se los asimila lisa y llanamente al padre o la madre (Grosman y Martínez, 2000, p. 18).

Las familias ensambladas presentan los siguientes rasgos: En primer lugar, son familias donde quien aporta un historial familiar previo es, con mayor frecuencia el varón, si bien en la mayoría de los casos no compone una nueva familia con los hijos de la anterior. Esta característica está relacionada con la mayor probabilidad de los varones de constituir nuevas nupcias.

Asimismo, “la familia puede tomar muchas formas y estar constituida de varias maneras, no hay modelo ni tipo único de familia; la estructura familiar está a merced de cambios sociales, políticos y económicos que influyen en el núcleo de nuestra sociedad” (Gobierno Regional Del Callao, 2015). Por eso, se debe ir

también adecuando nuestras normas a la evolución del tiempo, para que de esa manera no se desproteja aspectos importantes de la familia.

El Tribunal Constitucional peruano define las familias ensambladas como aquellas “(...) que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso” (STC. EXP. N° 09332-2006-PA/CT).

El Tribunal Constitucional ha reconocido las familias ensambladas, tal como lo señala Santisteban:

Éstas se caracterizan por el lazo de afinidad que une a sus miembros. Este tipo de familias reconstituidas resultan ser muy comunes en la sociedad peruana; el origen de éstas surge por divorcios, separaciones o viudez; tal es el caso de un trabajador que contrajo nupcias e incluyó en el plan de seguro a su hijastra, motivo por el cual lo despidieron; ante ello el Tribunal Constitucional se pronunció, declarando infundado dicho despido. Con ello se demuestra que, bajo el principio de razonabilidad, los magistrados han ido reconociendo derechos que en su momento se les era imposible reconocer a las familias ensambladas (p. 1).

La realidad nacional no pone en entredicho la plena vigencia de las familias ensambladas, sobre todo en un escenario jurídico de relajación de las causales para poner término a la relación matrimonial.

Sin embargo, y pese a ser una realidad incuestionable, no existe en la legislación peruana una regulación positiva de aquella nueva forma familiar, lo que resulta reprochable ante la necesidad de regular las diferentes consecuencias jurídicas generadas entre sus miembros.

En el derecho comparado, encontramos que la legislación española sufrió en el año 2005 una modificatoria a efectos de regular algunos efectos de la vigencia de las familias ensambladas. Cuba, por su parte, ofrece una regulación legal que reconoce a los integrantes de aquella, imponiendo la obligación de los padres de velar por su cuidado.

Los beneficios sociales vienen a ser todos aquellos derechos a los que acceden las nuevas familias ensambladas. Por ello es que, tanto los padres afines como los hijos afines tienen derechos adquiridos por la conformación de la nueva familia.

Desde nuestro punto de vista, los derechos a los que accede una persona son aquellos de libre disposición, tales como por ejemplo los de apoyo mutuo, la protección, de libre disposición, los que no colisionen con derechos de otros, derechos personales o los que surjan de la relación con entidades públicas o privadas.

Por ejemplo, los padres afines tendrán deberes como el de apoyo y salvaguarda con los hijos afines de su nueva conviviente, protección, cuidado y educación; que no vaya en contra de los derechos de sus hijos biológicos, sólo podrá disponer de aquella parte que no se encuentre afectada por la pensión de alimentos, por ejemplo si un hombre o mujer tiene 2 hijos biológicos con su primer compromiso, tiene la obligación de pasarle hasta el 60% de su remuneración, por lo que, podrá disponer para su familia ensamblada con el 40% de su remuneración o dentro de los términos que establezca el juez.

Sobre los derechos de los hijos afines que tienen es recibir proporcionalmente el apoyo de sus padres afines, y de acceder a los mismos beneficios que sus hijos reciben por las instituciones que con él tienen relación. Por ejemplo, recreación, educación, atención médica u cualquier otra, pero proporcionalmente, pues recordemos que un hijo aún tiene sus propios padres biológicos y son ellos los que inicialmente tienen que cumplir con esta obligación.

Recordemos que las primeras obligaciones que tiene una persona siempre serán con sus propios hijos, y una vez cumplido con ello puede ir y apoyar en lo que se necesite a los hijos de su conviviente, pero esto no implicará nunca que se tenga que disminuir los derechos de sus hijos.

Es cierto que tanto los hijos biológicos como afines tienen derecho de ser tratados de la misma manera, sin hacer diferenciación de trato y respetando la

constitución familiar originaria y la ensamblada; sólo sobre aquellos derechos de libre disposición y los que no contravengan con las normas.

Los derechos sociales o beneficios sociales que se le reconocen a los hijos y padres afines son los establecidos en la norma, los derechos que creemos se les debe reconocer, de acuerdo con Vildoso (2016) son: “protección al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, a igualdad de deberes y derechos entre todos los hijos, la protección de la salud, del medio familiar y de la comunidad, alimentos, cuidado”. Todos esos derechos y más, sólo que sean en beneficios y cuidado de los menores por el interés superior del niño.

En ese sentido, Puentes (2014) manifiesta que: “el matrimonio tiene como resultado un conjunto de efectos personales o consecuencias jurídicas extrapatrimoniales, por lo que en virtud de la relación jurídica matrimonial los esposos van a asumir un conjunto de derechos y deberes”. Que serán los mismos que se reflejen en las familias nucleares o en las familias ensambladas.

Asimismo, Mesa (2002) señala que: “el matrimonio va a rebasar el acto jurídico, el *vinculum iuris*, para conformar una situación nueva de la que surgen relaciones que entrelazan a los cónyuges entre sí y con terceros”. Porque es ante la sociedad que ellos son reconocidos y por lo que somos los miembros de la sociedad los que vamos a respetar y cuidar a la familia, independientemente de la forma en cómo se configure.

En ese orden, se tiene que “la coparentalidad es un derecho común a todos los niños/as, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados” (Puentes, 2014). Por ello es que, los primeros llamados a cumplir con los hijos van a ser los padres biológicos y en su lugar y sólo de manera voluntaria por el padre o la madre afín.

Continuando con la idea antes mencionada el autor Puentes (2014) menciona que: “este concepto involucra que el padre y la madre son igualmente responsables, por lo que cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta”. Pero

que se reflejarán con los hijos y padres afines de las nuevas familias ensambladas.

Sobre los derechos y deberes que tienen los padres afines, van a ser los mismos que tengan los padres biológicos en la medida de su disponibilidad y razonablemente; es así que el artículo 423 del Código Civil señala que:

Sobre los deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad, nuestro ordenamiento jurídico ha regulado en el código civil en el Artículo 423º que: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos. 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores (Código Civil, 1984).

Además se enumeran los siguientes:

4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación. 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario. 6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil. 7.- Administrar los bienes de sus hijos. 8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el Artículo 1004º (Código Civil, 1984).

Por ello, los derechos de libre disposición siempre van a obrar a favor de los padres e hijos afines, y van a ser proporcionalmente a sus deberes paternos del padre o madre biológica, por ello es que se debería de crear una ley que regule esta materia.

Tribunal Constitucional menciona que “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” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-

2006). Pues, las familias reconstituidas son aquellas que son el resultado de la unión de dos familias monoparentales.

Asimismo, se tiene que “las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone, se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Las relaciones que surgen de la formación en las nuevas familias, son vínculos importantes dentro de la sociedad, pues con el pasar del tiempo los vínculos interpersonales se van fortaleciendo más y entre ellos surgen deberes producto de la afinidad.

El Tribunal también menciona que “el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante, la patria potestad es de los padres biológicos, no reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Por ello, es importante recordar que los derechos y deberes que tiene los nuevos padres son únicamente los sociales o de protección para con los hijos afines y que ello no va a generar mayores obligaciones que tienen los padres biológicos.

Los deberes y derechos antes mencionados tienen que ver con la importancia que tiene la familia dentro de nuestra sociedad, y que desde siempre ha merecido protección, misma que lo ha tenido desde la norma máxima y de todas las que se encuentran por debajo de la constitución. Lo que se ha pretendido proteger con las normas establecidas han sido a la familia nuclear producto del matrimonio, pero con el pasar del tiempo esto tiene que variar y ver que en nuestra actualidad existen más formas de recomposición familiar, que también merece protección.

Continuando con la idea, “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, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp.

9332-2006). Estas características se tienen que observar de manera más afianzada en aquellas familias donde el responsable del hogar es un padre o madre a fin, hecho no varía cuando el responsable tiene sus propios hijos y tiene obligaciones para con ellos, nunca se da prioridad a los hijos afines por las obligaciones paternofiliales.

Los miembros del Tribunal, afirman también, que “si el padre o madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes, inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Porque el que existan padres o madres afines no cambia la relación u obligaciones que tienen los padres biológicos, al ser ellos las llamadas a cumplir con todas las necesidades de los hijos, los padres afines pueden hacerlo, pero si ello no implica el descuidar sus obligaciones paternas con sus propios hijos biológicos.

Nuestra norma máxima en el artículo 6, establece:

La igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres e hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Esta afirmación tiene que ver con la filiación de los hijos y el hecho de no hacer diferenciación en sus derechos por que el menos haya nacido o no dentro del matrimonio.

Asimismo, se tiene que “tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad, los integrantes de este nuevo núcleo familiar resultan ser más frágil y difícil de materializar” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Y por ser precisamente más débiles ante la sociedad que requieren mayor protección de los juristas, porque han sido el resultado de un divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores, por lo que ya han sufrido lo suficiente como para ser expuestos innecesariamente.

Tenemos pues, diferentes formas de constitución de la familia, esto es, de acuerdo a la manera en cómo se vuelven a ensamblar las familias, esto es si los que tienen hijos o no, o si los nuevos padres no tienen más responsabilidades que sólo la nueva familia afín.

En ese sentido, el Tribunal también menciona que “las características deben estar lejos de ser un *numerus clausus* y tiene una naturaleza esencialmente descriptiva” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01204-2017). Ello, porque la forma de constitución de las familias va a ir cambiando conforme pasa el tiempo y establecer cláusulas únicas para su denominación sería delimitar su posterior incorporación de otras familias.

Las obligaciones sociales que se deben entre los integrantes de la familia afín, son hechos recíprocos, el Tribunal Constitucional afirma que: “como 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” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01204-2017).

Pues, si los deberes sociales fueron asumidos por el padre o madre afín en la niñez y juventud del hijo afín, ellos, por obligación moral tienen que cuidar y proteger a los padres afines cuando se encuentren en edad avanzada.

El incumplimiento de las obligaciones por los padres biológicos no implica que el padre afín se encuentre obligado a sustituir, él puede apoyar sí, pero en medida de sus posibilidades y de aquella proporción libre, infecta, sin causar perjuicio a sus propios hijos biológicos.

El incumplimiento del padre obligado lo que genera es un proceso judicial para el otorgamiento de alimentos, pero nunca que el padre afín sea obligado a cumplir con alimentos para sus hijos afines, él sólo tiene obligaciones civiles para con ellos.

El interés superior puede variar lo anteriormente afirmado, al respecto el Tribunal Constitucional afirma que:

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.

Quedando claro pues, que los deberes económicos tienen que ser asumidos por los padres biológicos, mientras que los padres afines lo que tienen son obligaciones morales, civiles, sociales y de protección; lo que a larga data creará reciprocidad de quien los recibe.

III. SOBRE LA GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho, según Pérez:

Es aquella institución del derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor (1998, p. 61).

Cafferata (1988) señala: “La guarda de hecho se da cuando una persona, sin atribución de la ley o delegación del juez, por propia decisión, toma un menor a su cargo” (p. 35).

Esta guarda fáctica es una guarda que aparece desmembrada de la patria potestad, pero no es delegada legítimamente, se constituye sin intervención de autoridad alguna, ya sea administrativa o judicial y por lo tanto no existe evaluación alguna de la idoneidad del guardador ni del interés del menor (Wagmaister, 2000, p. 249).

Sin embargo, quien ejerce la guarda de hecho asume una de las formas protectoras de la minoridad y, si bien se desarrolla en un marco de precariedad,

no puede negarse la producción de consecuencias jurídicas ni la existencia de deberes y derechos inherentes a la tarea que se lleva a cabo (D'Antonio, s/f, p. 416).

Como hemos mencionado con anterioridad, las familias ensambladas con el resultado de la unión de dos familias monoparentales, donde la familia se ha quedado con un solo integrante de los padres.

En ese sentido, de acuerdo con Grosman & Martínez (2000) nos manifiesta que:

(...) la familia opera como un sistema mediante pautas transaccionales que determinan los modos en que se relacionan los integrantes entre sí y el medio social. El núcleo se transforma de acuerdo con las diferentes etapas del ciclo vital y provee a sus integrantes, en cada uno de los estadios, la protección psicosocial necesaria mediante un doble proceso, por una parte, ofrece continuidad y sentido de pertenencia a sus componentes; por la otra, posibilita su crecimiento a través de la expresión de la singularidad e identidad de cada uno de ellos (Grosman y Martínez, 2000)

Porque todo en nuestra sociedad es interrelación, lo que ocurra dentro del vínculo familiar será producto de la comunicación y actitudes de cada miembro.

Asimismo, Calderón (2016) también señala que: “al constituirse la familia monoparental, en principio, estas interactuarán y diseñarán sus propias normas, pero esto no basta, sino que además sus miembros deberán sentirse parte de la familia y considerar al otro como integrante de la misma”. Por eso es que, con la creación de una familia ensamblada o monoparental se busque la protección y el desarrollo de todos sus integrantes sin que ninguno se sienta menos o disconforme con lo ocurrido.

Tenemos pues, que los roles o las situaciones normales en una familia suelen cambiar con los nuevos integrantes, por ello es que se debe cuidar siempre que eso no afecte a la nueva familia y que, por el contrario, se supere.

Por ejemplo, se tendría que respetar si un miembro de la familia no quiere acercarse o formar parte de la familia ensamblada, y darle la oportunidad que con el tiempo vea las situaciones de manera distinta. Pero de ninguna manera obligarle a que comparta con personas que no quiere.

En este tipo de organizaciones familiares se configuran una serie de variaciones (Velarde citado por Gutiérrez y Ricalde, 2008) nos explica que:

a). Hogares compuestos por el padre que ejerce la tenencia de sus hijos que viven con el nuevo cónyuge o compañero sin hijos de una anterior relación y sin hijos comunes, b). Hogares compuestos por el padre que ejerce la tenencia de sus hijos que viven con el nuevo cónyuge o compañero sin hijos, pero con hijos comunes, c). Hogares compuestos por una pareja de dos padres que ejercen la tenencia de los hijos concebidos de uniones anteriores, sin hijos comunes; y, d). Hogares compuestos por una pareja de dos padres que ejercen la tenencia de los hijos concebidos de uniones anteriores y con hijos comunes (Velarde citado por Gutiérrez y Ricalde, 2008).

El plus de las familias ensambladas es que siempre existirá la presencia de los hijos de cualquiera de los cónyuges o de ambos.

IV. SOBRE LA GUARDA DEL MENOR

Gonzáles (2015) señala que, según las estadísticas:

(...) más de la mitad de las parejas que se han casado en la década de los noventa verán fracasar sus matrimonios y deberán sufrir la separación. Si es verdad, como parece, que el número de divorcios aumenta, es evidente que también se ven involucrados en ellos un mayor número de niños Y esa suele ser la primera preocupación para la pareja que decide romper su unión: ¿qué pasa con los hijos? (p. 185).

La guarda y custodia, “es un concepto que define con quién va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación” (Gonzáles, 2015, p. 187).

El autor establece:

La guarda y custodia de los hijos menores de edad o con alguna incapacidad que no les deje valerse por sí mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre. En caso de haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quién se queda con los niños, nadie más cuestiona tal decisión. El juez sólo aprueba o ratifica lo que han acordado ambos cónyuges, salvo que considere que puede haber un resgo claro para los menores (Gonzáles, 2015, p. 187).

Asimismo, se tiene que:

Los mayores problemas de la separación vienen cuando no existe un acuerdo previo, y es el juez el que debe decidir. En este supuesto se tienen en cuenta varios factores: no separa a los hermanos, las necesidades afectivas y emocionales de los mismos, la cercanía de otros miembros de la familia como los abuelos, la disponibilidad de los padres para poder atenderlos mejor o peor, o si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada (Gonzáles, 2015, p. 187).

Gonzáles (2015) refiere:

Otro de los criterios que tiene en cuenta el juez, y que a menudo resulta el más determinante, es la dedicación que hasta tenido cada progenitor hacia el hijo, antes de producirse la separación. Por este motivo es por el que, a pesar de haber una igualdad jurídica en razón de sexo a la hora de considerar con quién han de quedarse los hijos, en el 94% de los casos se adjudica a las mujeres (p. 187).

V. SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En palabras de Aguilar (2008), este principio es:

(...) no de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a

como lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante la CDN), niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad (p. 226).

Respecto a los rangos de edad diferenciados que existen dentro del término “niño”, explica Aguilar (2008):

Evidentemente, se pueden apreciar ciertas diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 ó 15 años, tal como lo hace Saramago en su autobiografía de la infancia, razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado. Con todo, en ambos casos, uno de los principios rectores en materia de derechos del niño –niños y adolescentes– es el principio del interés superior del niño (p. 226).

También es preciso señalar que el principio del interés superior del niño “goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general” (Aguilar, 2008, p. 226). Asimismo:

En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l'intérêt supérieur de l'enfant” (Aguilar, 2008, p. 226).

No obstante, es importante resaltar que “en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un principio general de derecho” (Aguilar, 2008, p. 226).

Este principio, encuentra su reconocimiento en el artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, que dicta entre “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de

bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Aguilar, 2008, p. 227).

Dentro del contexto internacional de los Derechos Humanos, señala Aguilar (2008):

(...) la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General (en adelante la AG) de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño (p. 227).

Asimismo, en el año 1959:

(...) ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990 (p. 227).

Sobre la CDN, se tiene que:

Es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de

la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención (p. 227).

Lo mencionado anteriormente, configura un claro indicio del “carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños contenidos en la CDN” (Aguilar, 2008, p. 227). Tal como menciona el autor:

En efecto, este hecho no hace más que confirmar la característica de derecho consuetudinario de sus normas. Una de las mejores maneras de explicar el hecho de que casi todos los países del mundo han ratificado la CDN es debido a que aun antes de la fecha de adopción de dicha Convención, la comunidad internacional –individuos, grupos y pueblos– reconocían sus principios y normas fundamentales (Aguilar, 2008, p. 228).

Asimismo, esta Convención “establece diversas normas de resguardo de los derechos humanos del niño” (Aguilar, 2008, p. 228). Tal como señala el autor:

Así, por ejemplo, *inter alia*, en el artículo 3 inciso 1º se establece el principio del interés superior del niño, en el artículo 5, el llamado principio de la autonomía progresiva del niño, en el artículo 12, el derecho de participación de los niños, en el artículo 14 de la CDN, el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, en el artículo 17 se consagra el derecho de acceso a la información, mientras que en el artículo 24 se establece el derecho a la salud de los niños y en el artículo 28 el derecho a la educación (Aguilar, 2008, p. 228).

Siendo el niño el sujeto de la CDN, lo que busca la misma es:

Reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el artículo 1º de la CDN establece que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo

que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Aguilar, 2008, p. 228).

Según Aguilar (2008):

El principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además al de la prohibición de la discriminación, al señalar que [l]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernen a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados (p. 228).

Por lo tanto, la CDN “como instrumento internacional de carácter vinculante, establece un antes y un después en la protección de los derechos de los niños y en su definitivo establecimiento como sujetos plenos de derechos” (Aguilar, 2008, pp. 228-229).

Zermatten (s/f) sostiene que el principio del interés superior del niño:

(...) es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia (s/p).

Gatica y Chaimovic señalan que:

(...) el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos

fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña (2002, s/p).

Grosman señala que el interés superior del niño es:

(...) un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituyéndose un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso (1993, p. 17).

VI. SOBRE LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

De acuerdo con Castro (2008) “una forma de fortalecer este tipo de estructuras familiares es asignándoles un nombre, contemplándolas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, reconociendo y otorgándoles un respaldo jurídico” (p. 35). Pues, la forma en como surjan no es tanto lo importante, acá lo trascendental es que existen y que requieren ser protegidas. Asimismo, el autor antes citado menciona que:

(...) el reconocimiento jurídico es de suma trascendencia porque les otorga identidad y visibilidad en la sociedad lo cual permite abordar sus problemas específicos. Los terceros deben reconocer en esta unidad familiar una identidad autónoma donde el padre o la madre biológica puedan mantener sus derechos inherentes a la patria potestad y donde el padre o madre aún deberían también tener sus derechos y obligaciones debidamente especificadas (Castro, 2008, p. 36).

Pues, cuando un hecho social tiene la protección de las normas, las personas tienden a respetarlo y evitar ir en su contra, por ejemplo, por interés superior del niño no importa que el padre obligado no tenga trabajo, igual se le impondrá una pensión para cumpla con el menor y se le recomienda conseguir un trabajo.

Calderón (2016) también menciona que:

(...) al igual que la familia tradicional la importancia de fortalecer este tipo de estructuras familiares beneficiará a los niños, niñas y adolescentes en su desarrollo integral posibilitando la plena maduración de sus capacidades físicas, psicológicas, intelectuales y morales, promoviendo la mutua protección de sus integrantes (p. 67).

El interés superior del niño no tiene que ver sólo en relación con los alimentos, también en la forma de educación y crianza que tenga el niño y el ambiente en el que se desarrollará, pues, si no se tiene en cuenta ello, se le causará problemas psicológicos que no podrán ser reparados.

REFERENCIAS

- Bossert, G. A. y Zannoni, E. A. (1998). *Manual de derecho de familia*. (4ª ed.). Buenos Aires.
- C. North, D. (2006). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. (A. Bárcena, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Cafferata, J. I. (1988). *La guarda de menores. Cuadernos de Familia*. (Vol. V). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Calderón, J. y Mauricio, F. (2016). *El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas*. (Tesis de Pregrado, Universidad Privada Antenor Orrego). Trujillo, Perú. Obtenido de http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/2406/1/RE_DERE_JACQUELYN.CALDERON_EL.EJERCICIO.DE.LA.PATRIA.POTESTAD.EN.LAS.FAMILIAS.ENSAMBLADAS_DATOS.pdf
- Castro, O. M. (2010). Hijos míos, hijos tuyos, hijos nuestros. Un reto legislativo. *Observatorio de Derecho Civil – La Familia*. (Vol. II) (1ª ed.). Lima, Perú: Motivensa S.R.L.
- D'Antonio, D. H. (S/F). *Derecho de menores*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Domínguez, A. G. (2006). *Derecho constitucional de familia*. (Tomo 1). Buenos Aires.
- Fernández, S. V. y Rojas, L. M. (2012). *La incorporación de la familia ensamblada en el Código Civil*. (Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Señor de Sipán). Pimentel, Perú. Obtenido de <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/1488/Fernandez%20Rojas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gaitán, J. (2012). *Familias Ensambladas*. Argentina: Universidad Empresarial Siglo 21. Obtenido de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/10561/TRAB>

AJO_FINAL_DE_GRADUACION_Gait%C3%A1n%2C_Julia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gatica, N. y Chaimovic, C. (2002). La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. *La Semana Jurídica*.

Gobierno Regional del Callao (2015). *Plan Regional de Fortalecimiento de las Familias 2015-2021 de la Región Callao*. Lima, Perú.

González, E. (2015). *Guarda y custodia del menor*. México: Universidad Nacional de México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/12.pdf>

Grossman, C. P. y Martínez, I. (2000). *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y Creencias. Problemas y Soluciones legales*. Buenos Aires, Argentina: Universal.

Guitérrez, E y Ricalde, A. (2018). *Incorporación de la institución de familia ensamblada en el ordenamiento civil peruano*. Cusco, Perú. Obtenido de http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/handle/usmp/5962/adianz%C3%A9n_gga.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Infante, D. (2016). *La familia ensamblada y su protección constitucional como familia natural*. (Tesis de Maestría en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Universidad de Piura). Piura, Perú. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3979/MAE_DER_046.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Lamas, G. y Ramírez, D. (2018). La familia ensamblada: una nueva concepción familiar. *Revista Anales de la Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales*, 15(48), pp. 229-244. Universidad Nacional de La Plata. Obtenido de <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/download/5085/5451/>

- Lorena, V. (2006). *Familias ensambladas. Aproximaciones histórico-sociales y jurídicas desde una perspectiva construccionista y una mirada contextual. Portillaría, 6(2).* Universidad de Huelva.
- Mata, B. J. (2017). *La responsabilidad solidaria de los cónyuges a favor de los hijos menores en familias ensambladas.* (Tesis para optar el título de Abogada, Universidad César Vallejo). Lima, Perú. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/22909/Mata_SBJ.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Mesa, O. (2002). *Derecho de familia.* La Habana, Cuba: Editorial Félix Varela.
- Ormeño, M. D. (2018). *Obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos afines, en el marco de las familias ensambladas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas durante los años 2006-2016.* (Tesis para optar el Grado académico de Maestro en Derecho Civil, Universidad Católica de Santa María). Arequipa, Perú. Obtenido de <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/7289/91.1615.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Pacherres, B. M. (2019). *Reconocimiento de los derechos hereditarios a los hijos a fines que integran la familia ensamblada.* (Tesis para optar el título de Abogada, Universidad César Vallejo). Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/36810/Pacherres_CBDLM.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Pérez, A. J. (1998). *Derecho de Familia.* Valladolid: Lex Nova.
- Puentes, A. (2014). Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia, 6.* Universidad de Caldas. Obtenido de http://200.21.104.25/revlatinofamilia/downloads/Rlef6_4.pdf
- Ramos, B. (2006). *Regulación legal de las denominadas familias ensambladas.* Obtenido de

<http://lafamiliaylaeducacion.wikispaces.com/file/view/Regulacion+Legal+de+la+denominada+Familia+Ensamblada.pdf>

Reyna, H. A. (2013). *Familias ensambladas: su problemática jurídica en el Perú*. Obtenido de <http://halanreyna.blogspot.com/2013/03/familias-ensambladas-suproblematika.html>

Santisteban, J. S. (2020). *Nuevas figuras en el derecho alimentario a favor de las familias ensambladas*. (Tesis para optar el título de Abogada, Universidad César Vallejo). Chiclayo, Perú. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/55835/Santisteban_VJSS-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sentencia Del Tribunal Constitucional (2006). Expediente Nro. 9332-2006-PA/TC. Lima, Perú. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional (2008). Expediente Nro. 04493-2008-PA/TC. Lima, Perú. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional (2017). Expediente Nro. 01204—017-PA-TC. Lima, Perú. Obtenido de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-01204-2017-PA-TC-Lima-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR2_wc7Dv3mrpEZdmlIS2yjO533Fm4nNYkzK5hdEwLFZaO049fMmndDnNFE

Vildoso, J. (2016). *El derecho a vivir en familia y el interés superior del niño, en el juzgado de familia lima norte, 2015-2016*. Lima, Perú. Obtenido de http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/2574/TESIS_JOHAN%20DAVID%20VILDOSO%20CABRERA.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Zannoni, E. (1989). *Derecho civil. Derecho de Familia*. (Tomo I) (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Zermatten, J. (S/F). *El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico.* Obtenido de http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf

ANEXOS

Anexo 1.- Declaratoria de Autenticidad (Autor).

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo **Luz Mirian Perez Coronel**, de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Educación, a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Particular de Chiclayo, declaro bajo juramento que la tesis titulada: **“LA GUARDA DEL MENOR EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS”**.

Que:

1. La tesis es de mi autoría.
2. He respetado y seguido los lineamientos de diseño, reglamento y parámetros establecidos para el desarrollo del proyecto propuesto.
3. La tesis no ha sido plagiada, pues no ha sido objeto de publicaciones, ni presentada anteriormente para obtener un grado académico previo o título profesional.
4. Los datos presentados son resultados de visitas, entrevistas y consultas, y que estos no han sido falseados, pues los resultados contribuirán a conocer la realidad problemática con respecto a la investigación.
5. En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad de Chiclayo.

Pimentel, 2021.

Luz Mirian Perez Coronel

Anexo 2.- Declaratoria de Autenticidad (Asesor).

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo _____ en calidad de Asesor (a), de **Luz Mirian Perez Coronel** de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Educación, a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Particular de Chiclayo, declaro bajo juramento que la tesis titulada: **“LA GURDA DEL MENOR EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS”**.

Que:

1. La tesis es autoría de Santisteban Chapoñan, Roxana.
2. Se ha respetado y seguido los lineamientos de diseño, reglamento y parámetros establecidos para el desarrollo del proyecto propuesto.
3. La tesis no ha sido plagiada, pues no ha sido objeto de publicaciones, ni presentada anteriormente para obtener un grado académico previo o título profesional.
4. Los datos presentados son resultados de visitas, entrevistas y consultas, y que estos no han sido falseados, pues los resultados contribuirán a conocer la realidad problemática con respecto a la investigación.
5. En tal sentido asumimos la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad de Chiclayo.

Pimentel, 2021.

Asesor (a).

Anexo 3.- Consentimiento informado.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo Roxana Santisteban Chapoñan, de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, me encuentro desarrollando mi Tesis con título: **“LA GUARDA DEL MENOR EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS”**. Por ello solicito su participación aportando valiosa información al respecto. Deseando asegurarle que su identidad (nombre y apellidos) será resguardada en forma CONFIDENCIAL. En caso de aceptar, su participación específica consistirá en completar un cuestionario con 5 preguntas respecto al tema de investigación. Todo ello no le llevará más de 15 minutos en responder, una vez que haya firmado el acta de consentimiento informado. Por lo anterior, declaro que el Investigador me ha explicado en forma clara y precisa los alcances de mi participación en la realización de mi Cuestionario. También declaro haber sido informado de que, en este acto libre y consciente, puedo retirarme en cualquier momento de la investigación. De acuerdo a todo lo anterior yo **ACEPTO PARTICIPAR VOLUNTARIA Y LIBREMENTE**.

Pimentel, 2021.

Firma

Anexo 4.- Cuestionario “La guarda del menor en las familias ensambladas”.

CUESTIONARIO

“LA GUARDA DEL MENOR EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS”.

Instrucciones:

Se le agradece responder de manera breve y coherente el siguiente cuestionario, las respuestas aportadas son de manera confidencial y anónima protegiendo el derecho a la identidad de los encuestados, teniendo como finalidad el proceso de la presente investigación.

Condición:

Juez ()

Fiscal ()

Abogado(a) ()

Preguntas:

1. ¿Conoce usted la naturaleza jurídica de la familia?
marque SI o NO.

SI ()

NO ()

2. ¿Conoce usted la naturaleza de las familias
ensambladas? marque SI o NO

SI ()

NO ()

3. ¿Conoce usted el tratamiento normativo de las familias
ensambladas en el Perú? marque SI o NO

SI ()

NO ()

4. ¿Conoce usted los fundamentos jurídicos de la guarda del menor? marque SI o NO

SI ()

NO ()

5. Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto de ley la regulación de las familias ensambladas como institución en el Perú? marque SI o NO

SI ()

NO ()

Anexo 5.- STC Exp. 09332-2006-PA/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXPEDIENTE N.º 09332-2006-PA/TC**

La presente controversia fue presentada por don Reynaldo Armando Shols Pérez en el año 2007, el asunto de la sentencia menciona que el “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, que declaró improcedente la demanda de amparo” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Y es contra la Primera Sala Civil, porque ellos emitieron la sentencia de segunda instancia y al no estar de acuerdo con ella, la parte puede ir al Tribunal Constitucional.

Los antecedentes de este caso son, que en el año 2003 el agraviado:

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 en su condición de socio, afectándose su derecho a la igualdad (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Alegando de esa manera que, el que su hijastra tenga un pase especial y que sus hijos un carnet familiar era una conducta discriminatoria que se veía reflejado tanto a nivel social como en el ámbito familiar, situación que podía llegar a afectar la relación de convivencia. Asimismo, el actor menciona:

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 (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Hechos que significaban un retroceso, pues si con anterioridad, se les había trato por igual tanto a los hijos como a los que pertenecen a su nueva familia, no había razón alguna para que la situación cambiara con una nueva forma de organización.

La posición del Centro Naval del Perú, fue bajo el argumento que, de acuerdo al:

Acuerdo N.º 05-02, 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 (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Justificando de esa manera su actitud, tengamos en cuenta pues, que a pesar que el carnet especial sea renovable por 25 años sigue siendo discriminatorio, porque haría diferenciación entre hijos y los que no son de manera injustificada, no tomando en cuenta que en muchos casos las familias ensambladas o monoparentales son las que desde pequeños conviven con los hijos de la pareja y les tratan como tal.

Al respecto, el primer juzgado resuelve a favor del Centro Naval del Perú, en el sentido que declara infundada la demanda diciendo que el “estatuto del Centro Naval del Perú en su art. 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” (Sentencia

del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006). Abalando de esa manera que, estaba bien que la hijastra del Sr. Reynaldo Armando Shols Pérez tenga un pase especial por no ser hija sanguínea del socio, olvidando pues, que cuando dos personas se casan, el cónyuge toma a posesión del esposo/a y que por ello tiene el vínculo directo con los familiares, convirtiéndolo así en familia.

En segunda instancia se revoca la sentencia y se declara improcedente, afirmando que es la hijastra del socio la que ha sido afectada, más no el socio, a pesar que es él quien lo cría, educa y ve por su bienestar.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional argumenta a favor de la legitimidad del demandante, y lo hace de la siguiente manera:

El recurrente, al ser socio titular de la Asociación, goza de ciertos derechos y obligaciones... 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 hijastro 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 (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Por lo que, se estaría afectando al socio de manera directa, el que su hijastra tenga el carnet especial es una consecuencia de la negatorio al socio, por lo que se tiene que corregir ese hecho.

Partiendo de ello, el Tribunal Constitucional analiza el caso desde una perspectiva actual, esto es, como es que en nuestra sociedad se entiende por familias monoparentales. Es así que, en el análisis del caso en concreto inicia diciendo:

La protección de la familia y el derecho a fundarla, 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, los que han pasado a formar parte del derecho nacional (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Por ello que, no se puede restringir el concepto familia a los esposos e hijos producto del matrimonio, esto sería cegarnos ante la realidad, pues en nuestra actualidad existen más formas de familias que han ido evolucionando con el tiempo y que debemos reconocerlas con el mismo valor.

Otro fundamento que el Tribunal constitucional a través de la sentencia que venimos analizando, menciona:

Del Acta de Matrimonio se acredita la unión matrimonial entre el recurrente 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 cónyuge (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Viéndose de esa manera que, se pueden dar nuevas formas de familia, con la unión de padres separados, que de forma individual ya tiene sus propios hijos, y que eso también debe ser protegido, porque la familia es el núcleo de la sociedad donde se desarrolla la persona, crea y fortalece los valores, todo ello lo forjarán las personas con las que convive y que son su respaldo.

En ese sentido:

La 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” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Asimismo:

El Estatuto del 2007 de la Asociación establece en su artículo 47 que los asociados podrán solicitar la expedición del Carné de Familiar de Asociado a favor de su cónyuge, hijas e hijos solteros hasta veinticinco años de edad, hijas e hijos discapacitados (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 9332-2006).

Por lo que, la variación que se hace respecto de los hijos e hijastros cae en innecesaria, si conocemos bien que, se ha formado una nueva familia y que a todos sus miembros se les debe de proteger y tratar por igual.

Por ello, el Tribunal Constitucional señala que:

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 (Sentencia del TC, Exp. 9332-2006).

Sin embargo, resuelve también que:

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 (Sentencia del TC, Exp. 9332-2006).

Pues, se protege la unión familiar y los lazos afectivos que se pueden dar entre sus miembros y mucho más si los hijos son menores de edad que necesitan protección y cuidado, por ello, la sociedad no puede pretender

hacer un trato diferenciado donde la familia se tratan de forma igualitaria; motivo por el cual, el Tribunal falla a favor del demandante.