

# UNA LEY PARA LOS TUYOS, LOS MÍOS Y LOS NUESTROS

*Olga Maria Castro Perez Treviño<sup>1</sup>*

## MI PADRASTRO YEHUDA

“Madrstra y padraastro no tienen etimología, fuera de que suenan mal. Y cuando aparecen como personajes de ficción, pocas veces son buena gente. Quizá los estereotipos nos recuerdan que si bien los humanos podemos hacernos cargo de crías ajenas, luchar por los genes de otro no viene espontáneamente. Acaba de fallecer mi padraastro, mi padre durante los últimos 25 años. Además de haber hecho inmensamente feliz a mi madre, me dio hermanos de verdad y una familia adicional sin la cual mi vida hubiera tenido menos sentido. Yehuda fue un hombre singular. Aunque no terminó el colegio, interrumpido por la barbarie nazi, fue alguien culto. Escapó de Alemania hacia Chile y luego estuvo entre los fundadores de Israel. Aunque procedente de un hogar religioso, inició una familia secular, socialista y comprometida con los valores comunitarios de las granjas colectivas. Las dejó ante algunas de las exageraciones estalinistas y, sobre todo, porque no permitían una vida familiar autónoma, independiente. En una aldea cooperativa se sintió mucho más cómodo. Murió caminando, seis meses después de haber cumplido 90. Y cuando juntos, hijos, yernos, nueras, nietos y bisnietos, en medio de una combinación muy judía de bulla y comida, vimos, al regresar del cementerio, la grabación de su discurso nonagenario en el que reiteraba que la familia bien entendida era lo más importante, supimos que ese hombre sencillo, valiente, práctico, directo y tozudo, que había construido a pulso una granja sobre pantanos, un país con sus manos, también contaba entre sus logros cuatro generaciones anudadas por la tradición y el amor”.

ROBERTO LERNER<sup>2</sup>.

## SUMARIO:

1. Introducción. 2. Planteamiento del Tema. 3. ¿Qué es la familia ensamblada?. 4. La sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984. 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Producto del cada vez más creciente número de divorcios<sup>3</sup> y separaciones, la dinámica socio familiar moderna ubica a las familias ensambladas entre las formas familiares adoptadas por un número cada vez mayor de la población de nuestro país.

Contrario a toda lógica, en nuestro país si bien podemos advertir diferentes posturas doctrinarias

al respecto, el Derecho Familiar normativo de un lado no ha dado respuesta en relación a los vínculos jurídicos familiares que se generan entre los integrantes de esta nueva estructura familiar y que determinan el estado de familia de cada uno de ellos (hijo/a afin -padre/madre afin) y de otro lado tampoco ha dado respuesta a los derechos y deberes subjetivos familiares que se derivan del estado de familia que ostentan sus miembros.

Por su parte, la Constitución vigente si bien no alude expresamente a este tipo de organización familiar, sí protege a la familia como institución, en tanto ello, ésta como otros tipos de organización familiar, no se encontraría proscrita.

El Tribunal Constitucional (TC) por su lado, en sentencia recaída en el Expediente N.º 09332-2006-PA/TC, desarrolló la tutela constitucional de la familias en-

- 
1. Profesora de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ. Magíster por la Maestría en Derecho Civil con mención en Familia de la UNIFÉ. Miembro del Instituto de la Familia de la UNIFÉ.
  2. LERNER Roberto, “MI PADRASTRO YEHUDA”. Tomado el 24 de octubre de 2012 de <http://peru21.pe/>
  3. En el caso de las uniones de hecho o concubinato strictu sensu debemos referirnos a la separación de los convivientes desde luego de carácter definitiva, la figura del divorcio es aplicable únicamente a las uniones matrimoniales.

sambladas (reconstituidas a decir del Tribunal Constitucional) y se pronunció sobre el vacío legal existente respecto a los vínculos jurídicos familiares así como a los deberes y derechos subjetivos familiares derivados del estado de familia de sus integrantes.

El presente artículo, aborda el tema de las familias ensambladas y sus consecuencias en las relaciones jurídicas familiares de sus integrantes, teniendo como marco de referencia la Constitución de 1993, el Código Civil de 1984 y las Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 09332-2006-PA/TC<sup>4</sup>.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Tal como lo señala LEONARDO PÉREZ GALLARDO<sup>5</sup>, el devenir de la familia en estas últimas décadas ha hecho posible una mutación importante en los componentes subjetivos de sus miembros. Hoy es casi imposible hablar de "familia", sino de "familias"; no hay un tipo paradigmático de familia, sino se han establecido nuevas formas familiares, entre las que cabe significar aquellas que son resultado de la búsqueda de nuevos horizontes por mujeres y hombres que tienen a su cuenta alguna frustración matrimonial o concubinaria anterior o que su unión se vio frustrada por la muerte de su pareja. Se trata de personas que constituyen una unión de hecho o un matrimo-

nio tras la extinción del primero, ya sea por divorcio o fin de la unión convivencial o viudez, formando un nuevo hogar en el que van a convivir los hijos de él y de ella o de ambos, fruto de esta nueva unión (biológicos o adoptivos), a la sazón medio hermanos de los hijos anteriores de ambos progenitores. No se trata de una yuxtaposición de sumandos, que tiene un resultado fijo, sino de una forma familiar para la que resulta necesaria la tolerancia y el respeto. Como con acierto se apunta, "En estas nuevas familias se da un entramado de relaciones más complejo, dado que no solo interactúan en el escenario familiar el padre, la madre y los hijos sino que uno de los progenitores vive fuera de ese núcleo pero no por eso deja de ejercer también su influencia, amén de que los integrantes aportan experiencias referidas a su vínculo anterior" (GROSMAN, Cecilia e Irene MARTÍNEZ ALCORTA).

Los niños, niñas y adolescentes que viven con el cónyuge o pareja de la madre y quien comparte con ella las alegrías y preocupaciones de la crianza y con frecuencia comparte también los gastos derivados de ella ¿a quién deben obedecer?; a ese señor que es el cónyuge o compañero de su mamá pero que no es su papá o al padre legalmente reconocido como tal que tiene derecho (salvo excepciones específicamente previstas en nuestro Código Ci-

vil) al goce y ejercicio de la patria potestad, que le aportó el apellido y vive en otra casa, a menudo con una nueva señora. Cabe preguntarse también ¿Qué obligaciones y deberes recíprocos se deben? ¿Es posible hacer diferencias entre el hijo/a y el hijo/a afín a menudo denominados hijastros o hijastras según corresponda? Las interrogantes son las mismas para el caso de los hijos y las hijas de la cónyuge o conviviente del padre (madre afín, madrastra).

Como se ha dejado entrever en las líneas precedentes, la realidad social nos demuestra que dejó de ser el único modelo familiar aquel denominado "Familia Nuclear" formada por mamá, papá e hijos (as) donde los vínculos son determinados por lazos sanguíneos, y la autoridad es ejercida por la potestad paterno - materna y los hijos e hijas deben de acatar las reglas, cumpliendo así con el deber de obediencia a los padres.

Y, ¿Qué denominación debe darse a aquella organización familiar que se constituye a partir del segundo matrimonio o unión de hecho de un progenitor que va precedida ya sea por la muerte del cónyuge o compañero, o por la ruptura de la unión concubinaria o el divorcio y en donde su característica principal es la presencia de hijos previos a la constitución de la pareja? Darles identidad a estas familias

4. Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N°09332-2006-PA/TC, Lima, Reynaldo Armando Shols Pérez.

5. PÉREZ GALLARDO Leonardo, "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab-intestato: ¿una ecuación lineal?". Tomado de <http://www.projusticiafamiliar.org/wp-content/uploads/2011/10/PonenciaXVI.pdf>, consultado el 25 de setiembre de 2012.

asignándoles un nombre resulta de gran trascendencia pues permite visibilizarlas socialmente y jurídicamente, quedando establecido quienes pertenecen a ella y quienes no pertenecen a la misma. Identidad y pertenencia son necesidades primordiales del ser humano.

En nuestro país, salvo el Tribunal Constitucional que la denomina "familia reconstituida" a propósito del Expediente N° 09332-2006-PA/TC, ni el Texto Constitucional ni en el Código Civil de 1984, hacen alusión a esta nueva estructura familiar con la nomenclatura o nomen iuris de "familia reconstituida", "familiastra" o "familia ensamblada". En la mayoría de los países de hispanohablantes, a excepción de Argentina, donde se las conoce como "familias ensambladas", y de México, como "familias de segunda vuelta", no poseen un nombre específico que las designe, se habla de familias "recompuestas", "reconstituidas", "re-construidas", "reorganizadas", "transformadas", "familiastras"; nótese que estas últimas más que referirse a una configuración familiar con identidad propia, pareciera aludir a la familia que se recompuso luego de haberse roto o destruido, situaciones que de ninguna manera identifican la nueva familia pues no se trata de una re-composición, una reparación o un arreglo de la anterior se trata de la configuración de una

nueva estructura y dinámica familiar.

Durante el desarrollo de este artículo usaremos la denominación de "Familias Ensambladas" por considerarla de mayor precisión<sup>6</sup> "no obstante que el ensamble es una palabra proveniente de la ingeniería y alude al resultado de la unión, encaje, o más precisamente, del ensamble de piezas de distinto origen, cuyo resultado configura una unidad nueva y diferente de aquellas que le dieron nacimiento, a la vez, que conserva en este proceso su forma anterior". (Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta, Familias Ensambladas. 2000).

### 3. ¿QUÉ ES UNA FAMILIA ENSAMBLADA?

La familia ensamblada tiene una estructura y una dinámica diferente a la familia tradicional, sin embargo no todos lo advierten. Así como nadie puede jugar Ajedrez con las reglas del juego de Damas, tampoco las familias ensambladas pueden funcionar adecuadamente con las reglas de la familia tradicional, se requiere que las mismas sean acordes con su estructura particular, este desconocimiento, no sólo las lleva a esforzarse inútilmente en tratar de funcionar imitando a la familia tradicional, sino que incrementa la posibilidad de un nuevo fracaso conyugal o convivencial<sup>7</sup>.

"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.

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 Cecilia P).

Este nuevo modelo de familia goza de las siguientes características: (i) está formada por el matrimonio o unión de hecho de una persona divorciada(o), viuda (o) o ex conviviente que se ha vuelto a unir en matrimonio o unión concubinaria dando origen a una nueva relación conyugal o convivencial, (ii) los hijos (as) de ambos o de uno de ellos procreados o adoptados en una primera unión viven con la nueva pareja y frecuentemente con nuevas criaturas que esa pareja puede procrear o

6. El X Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Mendoza, Argentina, 1998, recomendó el uso de la denominación "familia ensamblada", como una "categoría sociológica que tiene como finalidad encuadrar el objeto de estudio y promover su visibilidad en el ámbito institucional y científico. También en la doctrina ya se emplea la misma designación. Tomado de <http://psicopediahoy.com/familias-reconstituidas-reconstruidas-ensambladas/>, el 26 de octubre de 2012.

7. PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Op cit.

adoptar, (iii) todo el grupo comparte un mismo techo y una vida de familia con características de estabilidad, publicidad y reconocimiento de una identidad familiar autónoma, (iv) el ejercicio de la patria potestad la mantiene el padre o la madre que convive con los hijos (as) y (v) en principio, salvo causales de suspensión o pérdida de la patria potestad taxativamente prevista en el ordenamiento legal vigente, el ejercicio de la patria potestad también la mantiene el progenitor que no convive con su hijo (a).

Es común escuchar a los hijos e hijas que son parte de este tipo de familia, alusiones como “vivo con el marido de mi mamá, que no es mi papá pero me paga todo” lo cual constituye una novedad respecto de la figura paterna quien en cumplimiento de uno de sus deberes parentales desempeña comúnmente el rol de proveedor de los hijos e hijas o comparte este rol con la madre; en esta circunstancia es el cónyuge o el compañero de la madre (padre afín), según sea el caso, quien cumple diariamen-

te funciones parentales ajenas a los vínculos de sangre.

Situaciones familiares complejas, por momentos confusas se derivan de este nuevo tipo de familias. Se mantiene en jaque la legitimidad de las decisiones domésticas y de crianza por el padre o madre afín respecto de los hijos e hijas afines y donde el progenitor que convive con ellos se encuentra limitado por imperio de las normas vigentes, pues en principio debe compartir el ejercicio de la patria potestad con el otro progenitor que distante a la realidad doméstica trata de imponer sus decisiones sobre sus hijos o hijas<sup>8</sup> colisionando en oportunidades con el llamado “núcleo duro” de derechos del niño, niña y adolescentes y que dan contenido normativo al principio rector del “Interés Superior del niño, niña y adolescente”<sup>9</sup> entre los que se encuentran el derecho que tienen los niños y adolescentes a vivir en un ambiente familiar adecuado para su desarrollo integral, a la vida, a la identidad, a la libertad de pensamiento, a realizar las actividades pro-

pias de su edad, entre otros derechos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, –Instrumento Internacional ratificado por el Perú y por lo tanto de obligatorio cumplimiento en nuestro ordenamiento interno– y nuestro Código de los Niños y Adolescentes. La realización del interés superior del hijo afín implica el deber de los progenitores afines de respetar el llamado núcleo de derechos.

De modo que, al hablar de familia ensamblada, queda claro que no nos referimos a la mera suma de miembros provenientes de dos o más familias anteriores que aportan niños, niñas y/o adolescentes a la nueva familia sino que, además, nos referimos a una configuración familiar específica con roles y reglas propias. Por ejemplo, no es lo mismo ser padre o madre en una familia ensamblada, que ser padre o madre en una familia nuclear. Las relaciones en la primera no ocurren espontáneamente como sucede en una familia tradicional. En las primeras etapas sólo el padre o madre ejercerá el rol disciplinario y el nuevo miembro deberá desarrollar primero un

8. CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. HIJOS TUYOS, HIJOS MÍOS, HIJOS NUESTROS. UN RETO LEGISLATIVO La Familia Volumen II. Observatorio de Derecho Civil, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Marzo Año 2010. Lima, Perú.

9. El principio de Interés Superior de los niños y Adolescentes (principio recogido por el Código de los Niños y Adolescentes y la Convención de los Derechos del Niño Instrumento Internacional ratificado por el Perú y de obligatorio cumplimiento en mérito al Artículo 55° de la Constitución vigente) tiene contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un “interés superior” al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos.

La Convención de los Derechos del Niño reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación lo cual implica la existencia de un conjunto de derechos fundamentales (denominado núcleo duro de derechos) que deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros. Este conjunto de derechos fundamentales comprenderían el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal constituyendo estos derechos un claro límite a la actividad estatal, a la sociedad y a la propia familia. (CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. “Qué debemos entender por Interés Superior Del Niño” trabajo de investigación realizado por la autora para el Instituto de la Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, año 2010 Lima, Perú.). Se puede acceder al documento en: <http://es.scribd.com/doc/111977727/Como-Debemos-Entender-El-Principio-de-Interes-Superior>.

vínculo con los hijos de su pareja antes de asumir dicho rol. Por su parte, los niños antes de aceptarlo/a comúnmente deberán superar fuertes sentimientos de traición hacia el progenitor del mismo sexo que el recién llegado o la recién llegada a la que, hasta ese momento, era su familia nuclear.

A modo de botones de muestra señalamos a continuación la respuesta legislativa de algunos países a la realidad de este nuevo tipo de familia así, el Código Civil Suizo, cuyo texto dice “Es deber del padre o madre afín apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circuns-

tancias lo exijan”. Por su parte, en el derecho Alemán, el padre o madre afín denominados “Stiefeltern” tienen derecho de actuar juntamente con la madre o padre en el cuidado de su hijo o hija afín, siempre y cuando dicha actuación resulte razonable. En igual sentido va el proyecto francés de modificación del art. 213 Código Civil. Se trata de una asistencia consultiva, ya que la decisión final pertenece sólo al titular de la autoridad parental. Por otra parte, el padre, a cargo de los hijos de una unión anterior, es representado por su nuevo cónyuge cuando “las circunstancias lo exijan”, o sea, si aquel se halla impedido de actuar y fuere necesario hacerlo, ya sea cuando se trata de actos usuales concernientes al niño

(por ejemplo, firma de boletines, consulta médica) o cuando se deba actuar sin demora (una intervención quirúrgica).

En Argentina el proyecto de reforma del Código Civil ha previsto la incorporación de la nueva figura del progenitor afín con responsabilidades respecto de los hijos de su pareja. El “cónyuge o conviviente” con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño deberá cooperar con la crianza y educación de los hijos del otro. La reforma incluye la figura de la “madre afín” y “padre afín” una forma más amable de llamar a las “madrastas” y “padrastrós” sobrenombre que arrastra una connotación negativa.<sup>10</sup>

---

10. PROYECTO DE LEY ARGENTINA EN DISCUSIÓN PARA SU APROBACION.

El Senado y Cámara de Diputados,...

NORMAS PROTECTORAS DE LOS HIJOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

ARTÍCULO 1º: Modificase el artículo 198 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.

La obligación de asistencia mutua comprende el deber de un cónyuge de apoyar al otro de manera apropiada en el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos propios anteriores a esta unión, y representarlo cuando las circunstancias lo exijan.

ARTÍCULO 2: Modificase el artículo 264 inciso 3 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde ... Inciso 3: En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio, al otro. Si por el interés superior del niño resultare a criterio judicial conveniente, se podrá asignar su ejercicio al padre o madre afín. El hijo siempre será oído y se valorará su opinión de acuerdo a su grado de madurez. El padre biológico conservará la titularidad de la patria potestad.

ARTÍCULO 3: Incorpórase el inciso 7 al artículo 264 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 264, inciso 7: En los casos de ausencia, muerte o inhabilidad del progenitor que no ejerce la patria potestad del hijo, el padre o madre afín podrá asumir conjuntamente con el progenitor a cargo del niño dicho ejercicio. Este acuerdo debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse en todos los casos al menor de edad. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extinguirá con la ruptura del matrimonio.

ARTÍCULO 4: Modificase el artículo 265 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 265: Los hijos menores de edad están bajo el cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.

La madre o padre afín cooperarán en el cuidado y educación de los hijos propios del otro, y podrán cumplir todos los actos usuales relativos a la crianza y formación del niño atinentes al ámbito doméstico, como así también adoptar decisiones en caso de urgencia. Esta colaboración no afectará los derechos de los titulares de la patria potestad.

ARTÍCULO 5: Incorpórase el artículo 265 bis, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 265 bis: El progenitor a cargo del hijo podrá delegar al padre o madre afín el ejercicio de la patria potestad cuando no estuviere en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que existiera imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuere conveniente a criterio judicial que este último asumiera su ejercicio. Esta delegación requerirá la homologación judicial salvo que el otro progenitor expusiera su acuerdo de manera fehaciente. El hijo siempre será oído y se valorará su opinión de acuerdo a su grado de madurez.

ARTÍCULO 6: Modificase el artículo 266 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

#### 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

EXP. N.º 09332-2006-PA/TC. LOS HECHOS DEL CASO Y LOS FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

Ante la negación del Centro Naval del Perú de otorgarle a la hija afín (hijastra a decir del Tribunal) del peticionante (Reynaldo Armando Shols Pérez), el correspondiente carnet familiar en lugar de un pase de invitada especial, éste inicia una demanda por amparo la que se declara improcedente en Primera Instancia por considerarla infundada en atención a que el estatuto del Centro Naval no regula ese vínculo.

El Tribunal Constitucional revoca la sentencia de primera instancia y ordena a la demandada a no realizar distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hija afín.

Dentro de sus fundamentos señala:

Que las reglas establecidas por el Centro Naval, colisionan con el derecho a fundar una familia y a su necesaria protección.

Que la protección constitucional de la familia y el derecho a fundarla no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio o constituir una unión concubinaria estructurada a semejanza de la familia nuclear tradicional 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, derecho reconocido por Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú.

Que el artículo 4º de la Constitución de 1993 consagra el principio rector de protección de la familia<sup>11</sup>, independiente de su origen (matrimonial o concubinaria) o de su forma de constitución (ensamblada, monoparental, nuclear, extendida, entre otras formas de constituir las) reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad; en razón de ello es que obliga a la comunidad y al estado a prestarle protección. Que, junto a este principio tenemos consagrado en nuestro ordenamiento vigente el derecho a fundar una familia; el artículo 16.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad nú-

---

Artículo 266: Los padres e hijos se deben mutuo respeto, y en ese marco los hijos deben obedecerlos y prestar a sus progenitores la colaboración propia de su edad.

Esta norma regirá igualmente para padres e hijos afines.

ARTÍCULO 7: Modificase el artículo 363 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 363: La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre o madre, y así en adelante. En la misma línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padre o madre afín en relación a los hijos afines, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera.

ARTÍCULO 8: Modificase el artículo 368 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 368: Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado. La obligación alimentaria del padre o madre afín respecto de los hijos afines, tendrá carácter subsidiario y no deberán prestarlos si existen parientes biológicos en condiciones de hacerlo. Igualmente, cesará la obligación en los casos de disolución del vínculo que dio origen a la afinidad. Si el padre afín hubiera asumido durante la convivencia el sustento del hijo del cónyuge podrá fijarse una cuota asistencial a cargo del padre o madre afín con carácter transitorio, cuya duración definirá el juez, si el cambio de situación pudiera ocasionar un grave daño al niño o adolescente.

ARTÍCULO 9: Modificase el artículo 390 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 390: La tutela legal corresponde a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor de edad, sin distinción de sexos, y al padre o madre afín que hubiere convivido con el niño y se hubiera hecho cargo de su sustento y educación.

ARTÍCULO 10: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Daniel F. Filmus.- María C. Perceval.

Tomado de: <http://senadorfilmus.com.ar/2011/03/proyecto-de-ley-incorporando-al-codigo-civil-las-normas-protectoras-de-los-hijos-en-las-familias-ensambladas/>, el 24 de octubre de 2012.

11. Constitución de 1993, Artículo 4º: "La comunidad y el Estado (...) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconociendo en estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)"

bil tienen derecho —sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión— a casarse y a fundar una familia, agregando que este es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Por su parte el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23.º : “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad, así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17º “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.

Que desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada

alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Que la tutela especial que merece la familia, más aún cuando se trata de “familias reconstituidas” (familias ensambladas) en donde la identidad familiar es mucho más frágil debido a las propias circunstancias en la que ésta aparece, la diferencia de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria, por cuanto colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección.

Que no reconocerles derechos y deberes especiales y recíprocos a los hijo (as) afines y padres y madres afines, trae aparejada una afectación a la identidad del nuevo núcleo familiar contrariando lo dispuesto en la Carta Fundamental de 1993 en lo que concierne a la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado. Señalando además que en las relaciones entre padrastro o madrastra se deben observar los artículos 237º y 242º del Código Civil, los cuales establecen entre ellos un parentesco por afinidad.

Que hacer distinciones entre hijos e hijos afines debilita la ins-

titución familiar y atenta contra la Constitución Política del Perú.

Que la “familia reconstituida” (ensamblada) es una estructura familiar originada en la unión matrimonial o unión concubinaria donde uno o ambos integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa, enfatiza el Tribunal que para hacer referencia a hijos afines o padres afines, se debe cumplir supuestos como habitar y compartir vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento (identidad familiar autónoma).

## ANÁLISIS

### EL PRINCIPIO RECTOR DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional no asiente en la necesidad de regular en forma taxativa y expresa a las familias ensambladas como un tipo de organización familiar porque considera que se encuentran implícitas dentro de los alcances del artículo N° 4 de la Carta Constitucional que recoge el principio rector de “Protección a la Familia” así como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú que regulan el “Derecho a Fundar una Familia” los cuales han pasado a formar parte de nuestro Derecho interno con rango constitucional<sup>12</sup>

12. “En consecuencia los tratados que versan sobre derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al regular materia de nivel constitucional -equivalente a lo dispuesto fundamentalmente en el Capítulo I De la persona y de la sociedad, del Título I De la persona y la sociedad, de la Constitución de 1993- tienen por su contenido material una jerarquía de carácter constitucional; motivo por el cual, gozan del rango constitucional por la materia constitucional que abordan”. César Landa, “Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú” En: [www.cajpe.org.pe/guía/Landa](http://www.cajpe.org.pe/guía/Landa).

en mérito de los artículos 3° y 55° de nuestra Constitución. Consecuentemente, la familia ensamblada está contemplada y amparada como tipo de familia por nuestro ordenamiento Constitucional.

#### VACÍO LEGAL EN CUANTO A LA AUSENCIA DE NORMAS QUE REGULEN LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS E HIJAS AFINES ASI COMO COMO LA DEL PADRE AFIN O MADRE AFIN.

Nuestro vigente Código Civil mantiene el modelo de la familia nuclear tradicional (papá, mamá e hijo(as) producto de su unión conyugal o convivencial) bajo normas diseñadas específicamente para este tipo de familia, mas no se refiere en ninguno de sus artículos a los vínculos jurídicos familiares ni a los deberes y derechos subjetivos familiares que devienen del estado de familia de cada uno de los integrantes de esta nueva organización familiar generándose un vacío legal que, a la luz de la realidad social, exige una pronta solución a nivel legislativo. Corresponde al legislador introducir las modificaciones necesarias al Código Civil, cuerpo normativo al que se le asigna un rol reglamentario de las disposiciones constitucionales. Queda claro que a la luz de los artículos 237° y 242° del Código Civil se genera un parentesco por afinidad entre padre y madre afines y los hijo (as) afines, lo que conlleva un efecto tan

importante como el de impedimentos matrimoniales.

La posibilidad de resolver los conflictos derivados de las relaciones entre hijos y padres afines en base a la interpretación de los principios constitucionales, no es negada por el Tribunal dejando abierta así la posibilidad de que dicho vacío legal, por el momento, sea cubierto con la jurisprudencia constitucional y ordinaria, conforme a lo previsto en el inciso 8) del Artículo 139° de la Constitución.

Respecto a la diferencia de trato entre el hijo o hija afín y el hijo o hija biológico o adoptivo de ambos o de uno de los protagonistas de esta nueva estructura familiar, el Tribunal Constitucional indica que el tercer párrafo del Artículo 6° de la Constitución establece la igualdad de derechos y deberes de los hijos<sup>13</sup>, lo cual permitiría asumir que, en contextos donde el hijastro se ha asimilado debidamente al núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan a la comunidad y al Estado a proteger a la familia.

Cabe mencionar que el Tribunal no ha reconocido la igualdad de derechos entre los hijos afines y los hijos biológicos, sólo expresó que la diferenciación de trato no resultaba constitucionalmente aceptable, por cuanto afectaba la identidad familiar.

A pesar que el Tribunal no menciona en la sentencia de manera explícita, el pronunciamiento garantiza el desarrollo del menor dentro de su nueva familia de manera armónica, situación ya señalada en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que a la letra dice "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.", lo cual no se logra si hay un trato discriminatorio entre los hijos. La efectivización del principio del Interés Superior del hijo o hija afín debe darse en un ámbito en el que primen los principios de igualdad y solidaridad.

#### LA SENTENCIA

De esta manera el Tribunal asentó el criterio de que la diferenciación de trato entre hijastros e hijos estaba constitucionalmente proscrita inaplicando el reglamento del Centro Naval ya que vulneraba derechos fundamentales, así a la letra señaló "/.../ el demandante pretendía que se brinde igual trato a su hijo y a su hija afín en lo referido al ingreso de un club de esparcimiento. La demanda fue estimada considerando que bajo el contexto de la tutela de la familia (en este caso familia reconstituida) el hijo afín merecía para tal caso un trato similar al de una hijo por cuanto la finalidad de este tipo de asociaciones

13. Constitución de 1993, Artículo 6°: "(...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación".

14. Nótese que el Tribunal no ha reconocido la igualdad de derechos entre los hijos afines y los hijos biológicos, sólo expresó que la diferenciación no resultaba constitucionalmente aceptable, por cuanto afectaba la identidad familiar.

recreativas lo que pretenden es prestar espacio a los familiares de los asociados reforzando de esta manera la unidad familiar<sup>14</sup>. Sin embargo a luz del artículo VII del Código Procesal Constitucional esta sentencia no constituye precedente de obligatorio cumplimiento<sup>15</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

1. La Familia Ensamblada como tipo de organización familiar se encuentra incursa dentro de nuestro ordenamiento Constitucional.

2. Existe un vacío legislativo respecto a la regulación de los vínculos jurídicos de los integrantes de las familias ensambladas y a los deberes y derechos subjetivos familiares que devienen del estado de familia de cada uno de ellos.

3. En atención a lo previsto en el inciso 8) del Artículo 139° de la Constitución los conflictos derivados de las relaciones entre hijos y padres afines pueden ser resueltos en base a la Jurisprudencia Constitucional y ordinaria.

4. La diferencia de trato que los terceros presten al hijo o hija afín respecto al hijo o hija biológico de uno o de ambos

protagonistas de una familia ensamblada resulta arbitraria y contraria a los postulados constitucionales.

5. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional garantiza de manera implícita el desarrollo del niño, niña o adolescente en el ámbito de la familia ensamblada acorde con lo señalado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6. El principio de Interés Superior del hijo o hija afín en el ámbito de las familias ensambladas se efectiviza si en ella priman los principios de igualdad y solidaridad.

7. El Tribunal Constitucional no reconoció la igualdad de derechos entre los hijos afines y los hijos biológicos, sólo señaló que la diferenciación de trato no resultaba constitucionalmente aceptable por cuanto afectaba a la identidad familiar.

8. A tenor del artículo VII del Código Procesal Constitucional la sentencia recogida en el Expediente N°09332-2006-PA/TC no constituye precedente de obligatorio cumplimiento.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. "RELACIONES PATRIMONIALES EN LAS PAREJAS DE HECHO". Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano. Año 1. Lugar de publicación y fecha de publicación: Lima 05 de Octubre del 2004.

CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. HIJOS TUYOS, HIJOS MÍOS, HIJOS NUESTROS. UN RETO LEGISLATIVO La Familia Volumen II. Observatorio de Derecho Civil, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Marzo Año 2010. Lima Perú

CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. "Qué debemos entender por Interés Superior del Niño", trabajo de investigación realizado por la autora para el Instituto de la Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, año 2010. Lima, Perú. Puede acceder al documento en: <http://es.scribd.com/doc/111977727/Como-Debemos-Entender-El-Principio-de-Interes-Superior>.

X Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Mendoza, Argentina. Tomado de <http://psicopediahoy>.

15. Artículo VII.- Precedente ( CPC)

"Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".

com/familias-reconstituidas-reconstruidas-ensambladas/el 26 de octubre de 2012.

Gaceta Constitucional, Primera Edición, Lima - 2011, 2. "Sentencia del Tribunal Constitucional", Expediente N°09332-2006- PA/TC, Lima, Reynaldo Armando Shols Pérez.

GROSMAN Cecilia P. y HERRERA Marisa, "Relaciones de hecho en las familias ensambladas", Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina

y Jurisprudencia, 46, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2010.

LERNER Roberto, "MI PADRAS-TRO YEHUDA". Tomado el 24 de octubre de 2012 de <http://peru21.pe/>

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab-intestato: ¿una ecuación lineal?". Tomado de [VI.pdf, consultado el 25 de setiembre de 2012.](http://www.projusticia-familiar.org/wp-content/uploads/2011/10/PonenciaX-</a></p></div><div data-bbox=)

PROYECTO DE LEY ARGENTINA EN DISCUSIÓN PARA SU APROBACION. NORMAS PROTECTORAS DE LOS HIJOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS. Tomado de: <http://senadorfilmus.com.ar/2011/03/proyecto-de-ley-incorporando-al-codigo-civil-las-normas-protectoras-de-los-hijos-en-las-familias-ensambladas/> el 24 de octubre de 2012.