



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO
FAMILIAR EN EL LIBRO DE FAMILIA DEL CÓDIGO CIVIL:
EL CASO DEL CIUDADANO REYNALDO SHOLS PÉREZ**



**PRESENTADA POR
JORGE HORACIO TORDOYA ZÚÑIGA**

**ASESORA
SILVIA ROXANA SOTOMARINO CACERES**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL**

**LIMA – PERÚ
2021**

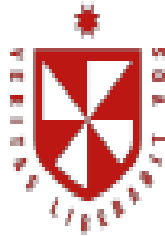


CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

UNIDAD DE POSGRADO

**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR EN
EL LIBRO DE FAMILIA DEL CÓDIGO CIVIL: EL CASO DEL
CIUDADANO REYNALDO SHOLS PÉREZ**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CIVIL**

PRESENTADO POR:

JORGE HORACIO TORDOYA ZÚÑIGA

ASESORA:

DRA. SILVIA ROXANA SOTOMARINO CACERES

LIMA, PERÚ

2021

ÍNDICE

Resumen	iv
Abstract	v
INTRODUCCIÓN	vi
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1 Descripción de la situación problemática	1
1.2.1 Problema General:	17
1.2.2 Problemas específicos:	17
1.3 Objetivos de la Investigación	18
1.3.1 Objetivo General:	18
1.3.2 Objetivos Específicos:	18
1.4 Hipótesis	19
1.4.1 Hipótesis General	19
1.4.2 Hipótesis específica	20
1.5 Justificación de la investigación	20
1.5.1 Importancia de la investigación	20
1.6 Viabilidad de la investigación	21
1.7 Limitaciones de estudio	22
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	23
2.1 Antecedentes de la investigación	23
2.1.1 Trabajos que identifican vacíos normativos y consecuente desprotección de los miembros de las familias ensambladas	24
2.1.2 Trabajos que abordan la problemática de las familias reconstituidas desde la relación padre hijo y derechos del niño/a.	33
22 Bases Teóricas	41
23 Definición de términos básicos	55
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACION	58
3.1 Aspecto metodológico	58
3.1.1 Diseño metodológico	58
3.1.2 Aspectos éticos	60

CAPÍTULO IV: LA APROXIMACIÓN COMPARATIVA CONSTITUCIONAL Y DEL CÓDIGO CIVIL A LA NOCIÓN DE FAMILIA. LOS VACÍOS EN EL DERECHO PERUANO	61
4.1 Estado, Derecho y Constitución	61
4.2 Tratamiento de la Constitución peruana y de las Constituciones de otros países. Los tratados. El respeto al principio de igualdad y no discriminación en estos instrumentos. Tratamiento en el Código Civil peruano y el de otros países.	72
4.2.1 España	73
4.2.2 Argentina	78
4.3 Los vacíos del Código Civil peruano respecto de la familia ensamblada y el anteproyecto de ley	82
4.3.1 Vacíos del Código Civil respecto de la familia ensamblada	82
4.3.2 El anteproyecto de Reforma del Código Civil	87
CAPÍTULO V: APROXIMACIONES A LAS EXPERIENCIAS DEL GRUPO SOCIAL Y LA JURISPRUDENCIA. LOS NECESARIOS CAMBIOS	95
5.1 La aproximación al grupo social y sus experiencias	95
5.2 La aproximación jurisprudencial a nivel constitucional y civil	99
5.3 La necesidad de un cambio: Nuestra propuesta para modificar el Código Civil	102
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	110
BIBLIOGRAFÍA	116
ANEXOS	125

Resumen

La sentencia del Tribunal Constitucional, motivada por la demanda interpuesta por el señor Shols Pérez ante la negativa del Centro Naval del Perú de otorgar el carnet de socio a su hijastra y reconocer sus beneficios como tal, reparó la vulneración del derecho universal y constitucional que poseen los ciudadanos de constituir o fundar una familia y que esta sea reconocida y protegida por la sociedad y el Estado. En esa línea el objetivo de la investigación es analizar si la normativa infra constitucional (el Código Civil de 1984) posibilitó la vulneración de derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación, a la identidad; entre otros. Así como el derecho de toda familia de ser protegida, más aún las familias ensambladas que ya son frágiles desde su conformación. El método utilizado es de tipo cualitativa. Estableciendo en primer término los aspectos sustanciales y procesales sobre los cuales estudios previos han analizado y brindado aportes con diferentes posiciones. Los resultados permitieron conocer que es necesario resolver los vacíos existentes en el Libro de familia del Código Civil y en el texto Constitucional; referidos al concepto tradicional de familia fundado sobre el matrimonio, por la idea de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros. Las conclusiones son que tanto el Estado, las leyes, códigos e inclusive la propia Constitución no garantizan que cualquier ciudadano o ciudadana vea protegido y garantizado su derecho fundamental de fundar o constituir una familia ensamblada y que el conjunto de sus derechos, sean protegidos.

Palabras claves: familias ensambladas, derecho a la igualdad, derecho a la no discriminación, derechos humanos.

Abstract

The ruling of the Constitutional Court, motivated by the lawsuit filed by Mr. Shols Pérez regarding the refusal of the Peruvian Naval Center to grant his stepdaughter a membership card and recognize their benefits as such, repaired the violation of the universal and constitutional right they possess. citizens to establish or found a family and that it is recognized and protected by society and the State. Along these lines, the objective of the research is to analyze whether the infra-constitutional regulations (the Civil Code of 1984) made possible the violation of constitutional rights to equality, non-discrimination, and identity; among others. As well as the right of every family to be protected, even more so the assembled families that are already fragile since their formation. The method used is qualitative. Establishing in the first place the substantial and procedural aspects on which previous studies have analyzed and provided contributions with different positions. The results made it possible to know that it is necessary to resolve the existing gaps in the Family Book of the Civil Code and in the Constitutional text; referring to the traditional concept of family based on marriage, by the idea of de facto union and the care of its members. The conclusions are that both the State, the laws, codes and even the Constitution itself do not guarantee that any citizen is protected and guaranteed their fundamental right to found or constitute an assembled family and that all their rights are protected.

Keywords: assembled families, right to equality, right to non-discrimination, human rights.

NOMBRE DEL TRABAJO

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR EN EL L

AUTOR

JORGE HORACIO TORDOYA ZÚÑIGA

RECUENTO DE PALABRAS

39591 Words

RECUENTO DE CARACTERES

212417 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

171 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

194.2KB

FECHA DE ENTREGA

Aug 4, 2023 9:57 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Aug 4, 2023 9:59 PM GMT-5**● 6% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 5% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 4% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO – TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional, motivada por la demanda interpuesta por el señor Shols Perez sienta un precedente respecto del derecho universal y constitucional que posee todo ciudadano y ciudadana de constituir o fundar una familia, cuyo origen no resida en el matrimonio sino en el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los/as hijos/as. Siendo reconocida y protegida en todos sus derechos por la sociedad y el Estado.

La normativa infra constitucional sobre la cual se apoyó el Centro Naval del Perú para negar la condición de socia a la hija del señor Shols (el Código Civil de 1984 y su propia normativa como el Acuerdo Nro. 05-02 de la sesión del Comité Directivo del Centro Naval del Perú, en la que acordó otorgarle carnet de invitada especial) en la práctica negó a los miembros de la familia (conformada por don Reynaldo Armando Shols Pérez, doña María Yolanda Moscoso García y los hijos de ambos) el derecho universal y constitucional de constituirse en familia.

Se vulneraron los derechos constitucionales de los miembros de la familia Shols-Moscoso a la igualdad y no discriminación (Artículo 2, inciso 1 de la Constitución); así como, “a la identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (Artículo 2, inciso 2 de la Constitución); así como el derecho de los hijos e hijas de gozar de iguales derechos (Artículo 6 de la Constitución) y el derecho de toda estructura u organización familiar de ser protegida, más aún las familias ensambladas que ya son frágiles desde su conformación.

Se problematiza el modelo de familia establecido en el Libro de Familia del Código Civil peruano de 1984. Si consideramos que desde el Derecho se delimita un concepto de familia cuando la ley positiva no recoge las costumbres de un grupo de ciudadanos y ciudadanas el Estado termina por realizar una violencia institucionalizada que agravia a esos ciudadanos.

La pregunta orientadora del presente trabajo será ¿En qué aspectos y términos el Estado Peruano se encuentra impedido de proteger el derecho universal y constitucional que posee toda persona de constituir o fundar una familia, garantizando el derecho a la igualdad, y protegiendo a su vez a toda organización familiar sin ningún tipo de discriminación, en sintonía con la Constitución y los Convenios internacionales suscritos por el propio Estado?

La hipótesis que orienta la investigación es que la vulneración del derecho de igualdad de los miembros de las familias reconstituidas se explica porque prima en el derecho peruano una doctrina acerca de los derechos humanos que entiende que para que estos se hagan efectivos deben ser reconocidos como derechos jurídicos y estar contenidos de forma expresa en leyes, códigos e inclusive la propia Constitución. Existe en el Código Civil de 1984 un único modelo familiar (familia tradicional), lo que de facto deja en la desprotección a las otras familias. Esto se encuentra reñido con la Constitución y los Convenios y Pactos que el Estado Peruano ha suscrito. Sin perjuicio de ello, el modelo general, abstracto y relacional de familia expresado en la Constitución ha dejado demasiado margen a la interpretación que puede abrir posibilidad de respeto a derechos fundamentales, pero también deja abierta la posibilidad a su vulneración

Con lo cual, considerando el cambio en las costumbres sociales, por hechos claramente identificables en la sociedad peruana como el alto incremento en los índices de divorcio, se hace necesario un cambio en el Libro de Familia del Código Civil de 1984 e inclusive un cambio en el texto constitucional de tal forma se resguarde los derechos de las familias reconstituidas y de todos sus miembros sin ningún tipo de discriminación.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la situación problemática

El Libro de Familia del Código Civil peruano de 1984 instituye un único modelo familiar. Ramos (1994) que defiende, en línea con lo señalado por Rodríguez (1994) que señala el “orden del núcleo familiar” (p. 1) propio del modelo tradicional de familia fundado sobre la base del matrimonio. Para la normativa peruana infra constitucional, el matrimonio es el dispositivo que legaliza, o no, a las organizaciones familiares.

Considerando que desde el Derecho se delimita un concepto de familia (en el contexto de una realidad social diversa y compleja como la peruana) Ramos (1994) señala que “cuando la norma positiva no reproduce las prácticas de ciertos grupos sociales, el Estado -jurista, legislador, juez y gendarme-, perpetra, violencia institucionalizada en agravio de aquellos” (p. 97). Más aún si tomamos en consideración que el Perú es un país pluricultural. Es preocupante pero como señala Ramos (1994) “las normas que regulan la vida familiar han sido pensadas desde una perspectiva occidental y moderna, ignorando... o proscribiendo los usos y las costumbres de los pueblos” (p. 97).

Las leyes han dado forma a un modelo privilegiado de familia. En términos de Ramos (1994), la doctrina y la jurisprudencia han privilegiado a “la familia nuclear” y secundariamente a la familia ampliada, construidas ambas, sobre el matrimonio” (p. 100). A pesar que se han incorporado diversas formas de

relaciones a la idea de familia predominante, como el concubinato, lo cierto es que sigue siendo el matrimonio la institución tradicional sobre la cual se construye un modelo único de familia.

En torno al concepto de “familia nuclear” Héctor Cornejo Chávez, la entiende en su sentido restringido como aquella formada por personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente los menores o incapaces). Por extensión, se incluye a los concubinos y sus hijos menores o incapaces” (Ramos, 1994, p. 99).

Sin embargo, la institución tradicional del matrimonio, contenida en el Código Civil de 1984, vulnera derechos de determinados/as ciudadanos/as y grupos sociales. Derechos constitucionales como a la identidad, integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, conforme señala el Artículo 2 de la Constitución Política.

La presente investigación identifica los vacíos existentes en el Libro de Familia del Código Civil (que motivan agravio y vulneración de derechos de los miembros de las familias reconstituidas, considerando todos los elementos que no fueron tomados en cuenta en el Libro de Familia del Código Civil que data de 1984) explicando las causas que motivan estos vacíos a partir de identificar y establecer la forma de relación entre Estado, Poder y Derecho.

Se considera importante identificar los vacíos jurídicos, y los elementos que los motivan, que terminan por instituir un único modelo familiar que ilegaliza, de hecho, otras formas de unidad familiar. Para ello, es útil analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) (2007) que versa sobre el recurso de “agravio constitucional interpuesto por el ciudadano Reynaldo 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 contra el Centro Naval del Perú, solicitando que se le otorgue a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad.” (TC, 2007).

El núcleo de la Sentencia del Tribunal Constitucional, motivada por la demanda interpuesta por el señor Shols Pérez tiene que ver con el derecho universal y constitucional que posee toda persona de constituir o fundar una familia, cuyo origen no resida en el matrimonio sino en el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los/as hijos/as, que goce del reconocimiento y la protección de la sociedad y del Estado.

La normativa infra constitucional sobre la cual se apoyó el Centro Naval del Perú para negar la condición de socia a la hija del señor Shols (el Código Civil de 1984 y su propia normativa como el Acuerdo Nro. 05-02 de la sesión del Comité Directivo del Centro Naval del Perú, en la que acordó otorgarle carnet de invitada especial) en la práctica negó a los miembros de la familia (conformada por don Reynaldo Armando Shols Pérez, doña María Yolanda Moscoso García y las hijas de ambos) el derecho universal y constitucional de fundar una familia y ser protegida por la sociedad y el Estado.

Con lo que se vulneraron los derechos constitucionales de los miembros de la familia Shols-Moscoso a la igualdad y no discriminación (Artículo 2, inciso 1 de la Constitución); así como, “a la identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (Artículo 2, inciso 2 de la Constitución); así

como el derecho de los hijos e hijas de gozar de iguales derechos (Artículo 6 de la Constitución) y el derecho de toda estructura u organización familiar de ser protegida, más aún las familias ensambladas que ya son frágiles desde su conformación.

De lo anterior, se desprende una situación problemática que tiene tres lados o vértices:

- a) Es un consenso que la Constitución contiene un modelo de familia entendida como una estructura de tipo general y relacional cuyo origen se funda no en el matrimonio sino en la unión de hecho. Entonces existe un modelo de familia constitucionalmente garantizado, que es puesto en cuestión por una normativa infra constitucional (el Código Civil de 1984) que afirma, de forma exclusiva y excluyente, un único tipo de modelo familiar: la familia tradicional.

La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del señor Reynaldo Shols, tiene a su base un modelo que refiere a una “estructura relacional”, que no pierde el carácter del modelo tradicional, sino que lo amplía. Lo característico de esta organización relacional es el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los nuevos miembros (hijos e hijas). Con lo que el cuidado y la protección de los hijos e hijas, por parte de los padres, de la sociedad y el Estado, será el elemento sustancial en la definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio (que caracterizaba al modelo tradicional de familia, que es el modelo que el Código Civil

de 1984 contempla). Esto deberá expresarse tanto en las normas como en la Constitución. El modelo tradicional deja en la desprotección a todos sus miembros (no solo hijos e hijas) instituyendo condiciones de desigualdad y discriminación entre los ciudadanos y ciudadanas. Desigualdades que terminan por generar perjuicios a la integridad y salud física y psicológica de sus miembros.

- b) La Constitución garantiza el derecho humano y universal de todo ciudadano peruano y de toda ciudadana peruana a ejercer el derecho de instituir o fundar una familia. Este derecho constitucional viene siendo puesto en cuestión por una normativa infra constitucional (el Código Civil de 1984) que les niega este derecho a los miembros de las familias reconstituidas. No obstante, el concepto general y relacional de la familia expresado en la Constitución deja margen a la interpretación, lo que abre la posibilidad para la vulneración de los derechos de las familias reconstituidas. Con lo que se hace necesario un cambio a nivel constitucional.

La vulneración de este derecho socava la condición de ciudadanía de las personas, miembros de las familias reconstituidas. En consecuencia, se vulnera el sistema político democrático que tiene a su base el principio de igualdad, sobre el que se funda toda República. Es decir, la vulneración del derecho de igualdad (en este caso de fundar una familia y siendo parte de una nueva familia no perder derechos) pone en cuestión al propio Estado de Derecho.

Con lo que resolver las causas de esta problemática es de primerísima importancia.

El Código Civil de 1984 se apoya sobre una doctrina (en tanto fuente material del Derecho) que se coloca al margen de la teoría de los Derechos Humanos y por tanto los vulnera. Los derechos humanos por definición son universales e indivisibles. La mayoría de países han suscrito acuerdos, convenios y pactos internacionales de respeto y vigencia de los Derechos Humanos. Si esto es así, ¿Cómo se explica que los derechos sean vulnerados? Al respecto, Pollman (2008) señala que: “el problema central de los derechos humanos hoy en día no es ya el llamado universalismo de las normas vinculantes sobre dichos derechos, sino el universalismo de la excepción” (p. 12).

Este dispositivo a través del cual se suspende la exigibilidad universal de los derechos humanos ha normalizado la comisión de delitos atroces como la tortura o la pena de muerte. Siguiendo a Pollman (2008) considera que en el fondo se ha puesto en cuestión el carácter indivisible de los derechos humanos. En los hechos, mientras a algunas personas se les reconoce y garantiza todos sus derechos a otras personas se les niega, parcial o completamente, sus derechos (p. 12).

Resulta importante no perder de vista lo que señala Pollman (2008) “el concepto de los derechos humanos no se agota en la existencia de derechos jurídicos” (p. 13). Es clave tener presente esta idea

pues existen algunas teorías que sostienen que los Estados se ven obligados a cumplir únicamente las obligaciones que surgen de los compromisos que suscriben internacionalmente o en base al ordenamiento jurídico vigente.

Para el caso que se estudia, siguiendo estas teorías, garantizar el derecho de igualdad de los miembros de las familias reconstituidas pasa porque este derecho aparezca de forma expresa en el ordenamiento jurídico nacional. De acuerdo a la teoría, los derechos humanos son subjetivos, universales e indivisibles. Tienen una validez categórica e igualitaria. Esto es, para todas las personas de forma incondicional y en igual medida. Los Derechos Humanos, además, son taxativos. Como señala Pollman (2008), “aun si no existiera esta obligación fáctica contraída por el Estado, este debe respetar el derecho de sus ciudadanos... El concepto de derechos humanos se refiere a las pretensiones justificadas que todo hombre tiene a vivir en determinadas condiciones, sin depender de que el Estado al que pertenece haya contraído obligaciones jurídicas al respecto”. (p. 13).

Es decir, no se trata que un derecho surge cuando se halla plasmado en la normativa, doctrina o jurisprudencia, sino que toda persona, por el hecho de serlo y de pertenecer a una comunidad política, tiene derechos que deben ser protegidos y garantizados. La jurisprudencia y normativa vendría a ser el resultado del proceso a través del cual se materializa la concreción efectiva de los derechos humanos que deben entenderse. Pollman (2008) considera a los

derechos humanos como pretensiones o derechos 'morales'. Derechos morales son, en tal sentido, derechos que todo ser humano puede hacer valer frente a cualquier otro ser humano; son pretensiones o exigencias del hombre que poseen la fuerza de ser vinculantes para todos los demás hombres exclusivamente por el hecho de que se trata de pretensiones de un ser humano, es decir, de un miembro de la comunidad humana. (p. 13)

Ahora bien, esto no inhibe a la comunidad política a plasmar los derechos en leyes, códigos e instituciones que garanticen su protección y cumplimiento. Al respecto: Cuando hablamos de derechos humanos nos referimos, en primera instancia, a que todo hombre tiene, por así decir, el derecho superior a ser miembro de una comunidad política y estatal cuyo orden público debe respetar las pretensiones o exigencias consagradas en los derechos humanos. Eso significa, sin embargo, que un Estado que respete los derechos humanos está obligado a, y se propondrá, concretizar estos derechos de manera jurídica y positiva. Si ello ocurre, por ejemplo, por medio de una Constitución, como es el caso de la Ley Fundamental alemana o de la Constitución peruana, entonces hablaremos de derechos fundamentales'. (Pollman, 2008, p. 15)

- c) En tercer lugar, se ha puesto en cuestión si el Estado peruano, se encuentra obligado a proteger a toda organización familiar y los derechos constitucionales de sus miembros (que no los pierden cuando fundan una nueva familia) sin ningún tipo de discriminación,

en sintonía con la Constitución y los Convenios internacionales suscritos por el propio Estado.

El presente trabajo encuentra vacíos en la normativa infra constitucional de cara a atender los tres vértices de la problemática identificada y proteger los derechos de las familias reconstituidas y sus miembros. Y encuentra también vacíos en los trabajos académicos que han abordado la problemática que encaran las familias ensambladas.

Los trabajos académicos que abordan la problemática de las familias reconstituidas o ensambladas pueden agruparse en dos grandes grupos. Por un lado, se encuentran aquellos trabajos que se abocan a identificar los vacíos legales existentes en la normativa y la consecuente desprotección de los miembros de las familias ensambladas. Es el caso de los trabajos de Castro (2019), Zapata (2017), Ascurra y Calua (2016), Rivera y Zegarra (2019), e Inchicaqui (s.f.). Por otro lado, otro grupo de investigaciones abordan la problemática de las familias reconstituidas a partir del análisis de la patria potestad a los padres o madres afines en relación a sus hijos afines, en vistas a salvaguardar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es el caso de los trabajos de Calcina (2019), Esquibel (2017) o la propia Zapata (2017).

No obstante, desde el derecho no se ha abordado la problemática de las familias reconstituidas considerando los tres vértices señalados a saber: si los ciudadanos y ciudadanas, sin ningún tipo de distinción pueden fundar un grupo familiar que reciba, tanto la nueva familia como todos sus miembros, la protección del Estado, colocando el cuidado y protección de los miembros de las familias ensambladas (particularmente hijos e hijas) como el elemento sustancial en la

definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio, que caracterizaba al modelo tradicional de familia. Obligándose, el Estado, a garantizar y proteger los derechos humanos (en específico el derecho de igualdad y no discriminación) de las familias ensambladas.

La presente investigación busca contribuir con los esfuerzos de la academia, la doctrina y la jurisprudencia incorporando los enfoques de derechos humanos y de historia del derecho. En consecuencia, pone en cuestión la noción tradicional de familia. Y si bien se alinea del lado de las investigaciones que reconocen otras formas de estructura familiar, identifica los aspectos que motivan el agravio y vulneración de derechos de los miembros de las familias reconstituidas, considerando todos los elementos que no fueron tomados en cuenta en el proceso de elaboración del Libro de Familia del Código Civil (que data de 1984). Los vacíos existentes en la normativa infra constitucional (específicamente el Libro de Familia del Código Civil) deben ser vistos a la luz de la forma que toma, en determinados momentos de una sociedad, la relación entre Sociedad, Estado, Poder y Derecho. De tal modo, se pueda dar cuenta de las causas que motivan estos vacíos.

El debate doctrinario tiene como base determinados sentidos comunes y relaciones sociales, que establecen un determinado equilibrio de fuerzas. Equilibrio que se expresará en leyes, códigos e instituciones. La historia del derecho nos muestra como en Perú se vio siempre en primerísima instancia el derecho comparado para legislar sobre una realidad ad hoc y compleja. Si esto fue posible lo fue porque un sector de la sociedad fue tolerante a estos procedimientos y doctrinas. Con lo que proteger a los miembros de las familias ensambladas plantea elaborar una doctrina desde un horizonte de primacía de la

realidad. Como en el caso del ciudadano Shols. Caso que revela que el Código Civil de 1984 ha quedado desnaturalizado.

En segundo lugar, la teoría sobre los derechos humanos da cuenta que los Derechos Humanos son universales e indivisibles. Con lo que cualquier ordenamiento jurídico que reconozca derechos a unos y se los nieguen a otros está vulnerando principios constitutivos de los Derechos Humanos. Esto es exactamente lo que ocurre con el Libro de Familia del Código Civil. Y da pie a que algunos juristas, que defienden este ordenamiento desnaturalizado, señalen expresamente que no todas las personas deben de gozar de los mismos derechos.

La presente investigación no solo cuestiona el modelo único de familia basado en el matrimonio que el Código Civil de 1984, heredero de nociones e instituciones del Código Civil de 1936, establece. Sino que busca proponer, desde un enfoque de derechos, los principios para el reconocimiento de toda estructura familiar (particularmente las familias ensambladas). Se organiza el planteamiento sobre bases doctrinarias y procesales de derecho constitucional, siendo el caso del ciudadano Shols un caso arquetípico sobre la materia; y se consulta bibliografía secundaria y resoluciones del Tribunal Constitucional, particularmente la STC Exp. N.º 09332-2006-PA/TC. Así como, la identificación de una realidad social que ha colocado ya en el desfase al libro de familia del Código Civil de 1984. Para lo cual se aplican entrevistas en profundidad a magistrados y ciudadanos/as que han encarado situaciones similares.

Con tal objeto, es importante recordar que las Constituciones reconocen a toda institución en tanto tienen algún tipo de contenido que define a la institución.

El concepto constitucional surge de la interrelación de diversos elementos sociales, culturales y políticos que le van a instituir. En tal sentido, la familia (como concepto constitucional) es producto de la relación entre muchos factores sociales, culturales y políticos que, históricamente, la han instituido y que han influenciado en el desarrollo del derecho de familia. (Plácido, 2013, p.6)

El Estado puede entenderse como un equilibrio de fuerzas sociales, que están en permanente movimiento y contradicción. Equilibrio (que se expresa a través de instituciones, códigos y normas) que varía de acuerdo a cómo la correlación de las fuerzas sociales concretas en la sociedad. Sin embargo, las formas de estatalidad han cambiado por medio de la intervención política de determinados agentes o actores sociales. Jessop (2013) propone un Enfoque Estratégico Relacional (EER) para referirse precisamente al Estado como una relación social.

En tal sentido el Estado para Jessop (2013) tiene como núcleo un conjunto de instituciones que cumplen un rol social legítimamente aceptado: definir y dar cumplimiento a las disposiciones que, una comunidad política de forma colectiva, y en nombre del interés común, asume.

En esa línea, un aspecto central es que los conceptos, que definen a instituciones, como es el caso de la familia, cambian. Plácido (2013) señala que la idea de familia ha “experimentado una transformación profunda a través de la historia y que el cambio en su contenido seguirá variando” (p. 77). De tal forma que lo que se identificaba como familia a inicios del siglo XX no es lo mismo que a inicios del siglo XXI. Esto es posible porque el concepto de familia es un concepto social por tanto es un concepto histórico que varía de acuerdo a los sentidos

comunes y las relaciones sociales en determinadas épocas. Los cambios sufridos por la institución familiar han sido profundos, tal como señala Plácido (2013).

Lo que llamamos 'familia' ha experimentado una transformación profunda a través de la historia que la hace irreconocible y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron. (p. 107)

Sin embargo, a la luz de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno y en el contexto internacional, se puede señalar que una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos. (Plácido, 2013, pp. 107-108)

Meza Ingar (2013) parte del principio de igualdad, sobre el cual se fundan los conceptos de democracia, ciudadanía y república, para señalar que se han ido realizando importantes cambios al Código Civil peruano de 1984. Es el caso de la Ley 28720, sobre los aspectos de identidad de aquellos niños y niñas que nacieron con filiación extramatrimonial. Al respecto, es importante la diferencia que establece la autora entre el derecho universal al nombre y la filiación, que corresponde a los que tienen familia o pertenecen a una familia.

La familia tradicional como institución ha ido cambiando en tanto se incorporaban derechos fundamentales en la legislación interna adecuándose a la normativa constitucional e internacional. Este es el mismo principio que opera en el caso de las familias reconstituidas. Sobre el modelo familiar contenido en la constitución.

El modelo de familia constitucionalmente garantizado responde a una estructura relacional, abstracta y general, apropiada para generar nuevas vidas humanas. (Plácido, 2013, p. 65)

Esto así, siguiendo a Plácido, puede entonces hablarse, o en rigor interpretarse, de un modelo familiar que la propia Constitución contempla. Modelo que refiere a una “estructura relacional”, que no pierde el carácter del modelo tradicional, sino que lo amplía sobre la base de que lo característico de esta organización relacional es el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los nuevos miembros (hijos e hijas).

El cuidado y la protección de los hijos e hijas sería el elemento sustancial en la definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio (que caracterizaba al modelo tradicional de familia) que dejaba finalmente en la desprotección a sus miembros (no solo hijos e hijas) instituyendo condiciones de desigualdad y discriminación entre los ciudadanos y ciudadanas. Desigualdades que terminaban por generar perjuicios a la integridad y salud física y psicológica de sus miembros.

El modelo tradicional de familia viene a ser “una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora; condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia.” (Plácido, 2013, p. 77)

La ampliación del modelo de familia tradicional, estando ya contenido en el texto constitucional plantea o exige que los conjuntos de las normas infra constitucionales se alineen con la Constitución. Es el caso del Código Civil de 1984 y las condiciones de desigualdad, discriminación y desprotección en el que

coloca a las otras estructuras familiares, en particular las familias reconstituidas, ensambladas o familiastras.

El Tribunal Constitucional, a través de su Sentencia, supera la definición del concepto de familia fundado en su origen (el matrimonio) por la lógica del cuidado y protección de derechos de la familia ensamblada y sus miembros.

En consecuencia, los vacíos existentes en el Código Civil de 1984 colocan a los miembros de las familias reconstituidas en situaciones de vulnerabilidad y desprotección de sus derechos fundamentales que demanda por un lado resarcimiento y reparación de los daños ocasionados y derechos vulnerados en modo específico el derecho a la igualdad y no discriminación; así como una legislación, que proteja a las familias reconstituidas.

Las teorías tradicionales acerca de la familia señalan que la organización familiar posee un núcleo invariable una especie de “estructura esencial” que de ser cambiado desaparece la organización familiar. El Estado debería, por tanto, cumplir el rol de proteger a estas familias, fundadas sobre la base del matrimonio. Y, expresamente, dejar en la desprotección a los miembros de los otros tipos de familias. Las cuales difícilmente pueden llamarse así, según quienes adscriben estas teorías que han influenciado fuertemente al Código Civil de 1984.

En la presente investigación se confrontan estas teorías tradicionales con otras que se apoyan en un enfoque de derechos humanos, como en el caso del modelo constitucional y las teorías del derecho de familia que presentan Alex Plácido, Meza Ingar y Castro Rivadeneira, las cuáles son comprendidas dentro del Enfoque Estratégico Relacional propuesto por Robert Jessop en sus estudios sobre la teoría del Estado. Si el Estado, siguiendo a Jessop, es una relación social

que expresa un determinado equilibrio de fuerzas sociales, las instituciones, como la familia, estará sujeta a cambios en tanto los conceptos que la definen, varían. La propia Constitución contempla un modelo familiar que refiere a una “estructura relacional”, que no pierde el carácter del modelo tradicional, sino que lo amplía sobre la base de que lo característico de esta organización relacional es el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los nuevos miembros (hijos e hijas).

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 09332- 2006-PA/TC) referida a la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación de la hijastra del señor Reynaldo Shols supera la definición del concepto de familia fundado en su origen (el matrimonio) por el de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros. Sin perjuicio de ello, y desde otro ángulo, cabe afirmar que la definición de la familia, por origen, se amplía y no se restringe al matrimonio sino a la unión concubinaria. Esto último no deja de ser problemático pues aún sigue siendo el matrimonio un dispositivo generador de derechos, status y poder.

El caso del Sr. Shols es representativo para el Perú, considerando que las familias reconstituidas han sido reconocidas hace treinta años en Latinoamérica, según señala el Dr. Quevedo Pereyra. Precisamente en línea con los aportes del Dr. Quevedo Pereyra, la parte considerativa de la Sentencia del TC, donde se menciona su carácter vinculante a todo tipo de formación familiar, deben extenderse al conjunto del cuerpo jurídico del país. De allí la relevancia del tema planteado y desarrollado por el presente trabajo.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema *General*:

¿En qué aspectos y términos el Estado peruano se encuentra impedido de proteger el derecho universal y constitucional que posee toda persona de constituir o fundar una familia, garantizando el derecho a la igualdad, y protegiendo a su vez a toda organización familiar sin ningún tipo de discriminación, en sintonía con la Constitución y los Convenios internacionales suscritos por el propio Estado?

1.2.2 Problemas específicos:

¿Por qué el Estado peruano no ha alineado la normativa nacional (en específico el Libro de Familia del Código Civil) a la Constitución y a los Convenios internacionales de los cuales es suscriptor para proteger y garantizar todos los derechos humanos, en específico el derecho a la igualdad y no discriminación, de los miembros de toda organización familiar?

¿Por qué y de qué manera, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico peruano vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación de los miembros de las familias reconstituidas?

¿En qué medida la noción de matrimonio, contenida en el Libro de Familia del Código Civil instituye un único modelo familiar, sentando las bases para una “violencia institucionalizada” contra los miembros que son parte, o han conformado, otras formas de organización familiar, violentando con ello la Constitución? Y ¿De qué modo vulnera derechos individuales con proyección social familiar?

¿El Estado garantiza los derechos de los ciudadanos y ciudadanas de fundar un grupo familiar, sin ningún tipo de distinción? ¿El Estado garantiza los derechos de la nueva familia y de todos sus miembros, colocando el cuidado y protección de los miembros de las familias ensambladas (particularmente hijos e hijas) como el elemento sustancial en la definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio, que caracterizaba al modelo tradicional de familia?

1.3 Objetivos de la Investigación

1.3.1 Objetivo General:

Establecer los aspectos que obligan al Estado peruano a proteger el derecho universal y constitucional que posee toda persona de constituir o fundar una familia, garantizando el derecho a la igualdad, y protegiendo a su vez a toda organización familiar sin ningún tipo de discriminación, en sintonía con la Constitución y los Convenios internacionales suscritos por el propio Estado.

1.3.2 Objetivos Específicos:

Identificar y analizar conceptos e instituciones que impiden que el Estado peruano no se haya alineado hasta ahora el Código Civil a la Constitución para proteger el derecho a la igualdad de los miembros de las familias reconstituidas.

Analizar el ordenamiento jurídico peruano explicando los mecanismos por medio de los cuales se vulnera el derecho a la igualdad de los miembros de las familias reconstituidas.

Describir y analizar el proceso de elaboración del Código Civil de 1984, identificando los aspectos que influyeron en el proceso de elaboración del Código, que estuvo a cargo de la “Comisión Reformadora” presidida por el Dr. Fernández Sessarego, tales como: a) las fuentes doctrinarias y de derecho comparado (como

el Código Civil italiano de 1942); y b) instituciones públicas o religiosas (como la Iglesia Católica). En el contexto de la sociedad peruana de la segunda mitad del siglo XX, desde un enfoque de historia del derecho.

Analizar el Libro de Familia del Código Civil y la Sentencia del Tribunal Constitucional (2007), Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC sobre el recurso de agravio constitucional planteado por el ciudadano Reynaldo Shols Pérez contra la sentencia que emitió la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que había declarado como improcedente la demanda de amparo que el señor Shols interpuso contra el Centro Naval del Perú, identificando los elementos que instituyen un único modelo familiar. En tanto la STC 09332-2006-PA/TC reconoció y tuteló derechos fundamentales como fundar una familia, la protección de sus miembros y la igualdad entre los hijos de una familia reconstituida o ensamblada.

1.4 Hipótesis

1.4.1 Hipótesis General

La vulneración del derecho de igualdad de los miembros de las familias reconstituidas se explica porque prima en el derecho peruano una doctrina acerca de los derechos humanos que entiende que para que estos se hagan efectivos deben ser reconocidos como derechos jurídicos y estar contenidos de forma expresa en leyes y normativas. De igual modo, existe en el Código Civil de 1984 un único modelo familiar (familia tradicional). Lo que de facto deja en la desprotección a las otras familias. Esto se encuentra reñido con la Constitución y los Convenios y Pactos que el Estado peruano ha suscrito. El Código Civil de 1984 expresa la aspiración de determinados grupos sociales con fuerte influencia en el Estado durante la segunda mitad del siglo XX. La sociedad peruana del siglo

XXI está conformada por una diversidad de grupos sociales cuyas aspiraciones, y derechos, no son reconocidos y protegidos por el Código Civil de 1984. Entre estos grupos se hallan las familias reconstituidas.

1.4.2 Hipótesis específica

Prima en el derecho peruano una doctrina acerca de los derechos humanos que entiende que para que estos se hagan efectivos deben ser reconocidos como derechos jurídicos.

Existe en el Código Civil un único modelo familiar (familia tradicional). Lo que deja en la desprotección a las otras familias. Esto se encuentra reñido con la Constitución.

Existe tensión entre la Constitución y la normativa infra constitucional. Relación conflictual cuyo origen se halla en las nociones sobre la familia en los operadores de justicia.

1.5 Justificación de la investigación

1.5.1 Importancia de la investigación

Desde el ámbito sustancial, doctrinario y procesal se estudia la STC 09332-2006PA/TC que da cuenta del litigio de un ciudadano, en representación de su familia (una familia reconstituida o ensamblada) contra el Sistema jurídico peruano (que sobre la base del libro de familia del Código Civil de 1984) vulneró derechos humanos individuales, reconocidos por la Constitución, con proyección social familiar.

La STC 09332-2006PA/TC precedió a la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado argentino, en el caso del ciudadano Leonardo

Fornerón que tuteló y protegió los vínculos familiares y la obligación del Estado por garantizar y proteger los derechos de la organización familiar. Con lo que la STC 09332-2006PA/TC, en un sentido distinto al Código Civil de 1984 que se nutrió de la legislación foránea, contribuyó a la normativa internacional sobre la materia.

Por lo señalado, la investigación contribuirá a identificar los aspectos sustanciales, doctrinarios y procesales, contenidos y que se desprenden del Libro de Familia del Código Civil, y que han representado y representan la vulneración de derechos humanos fundamentales de los miembros de toda familia y de la propia organización familiar. La noción de familia instituida por el Libro de Familia del Código Civil responde a un único modelo familiar, sentando las bases para una “violencia institucionalizada” contra los miembros de otras formas de organización familiar.

La STC 09332-2006PA/TC da cuenta que el Libro de Familia del Código Civil de 1984 ha quedado desnaturalizado frente al hecho concreto del ciudadano Shols y su hija y sus derechos individuales que tienen proyección social. Por lo que la investigación se justifica, considerando, desde un enfoque de historia del derecho, los cambios en las relaciones sociales en Perú, ocurridos en los últimos 40 años. Por lo que se plantea contribuir con propuestas de reformas necesarias al Libro de Familia del Código Civil.

1.6 Viabilidad de la investigación

El investigador cuenta con la experiencia académica, los recursos humanos, financieros y de tiempo; cuenta con el acceso a la información y otros necesarios para desarrollar la investigación. El investigador cuenta con las

posibilidades necesarias y suficientes para establecer la muestra no probabilística y aplicar las entrevistas a profundidad.

1.7 Limitaciones de estudio

El investigador ha tenido la posibilidad de aplicar los instrumentos de la investigación (entrevistas a profundidad) a través de los medios digitales. De esta manera, se superan las dificultades de aplicarlas de forma presencial en el actual contexto de emergencia sanitaria.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

El presente trabajo encuentra vacíos en la normativa infra constitucional de cara a atender los tres vértices de la problemática identificada, a saber: si los ciudadanos y ciudadanas, sin ningún tipo de distinción pueden fundar un grupo familiar que reciba, tanto la nueva familia como todos sus miembros, la protección del Estado, colocando el cuidado y protección de los miembros de las familias ensambladas (particularmente hijos e hijas) como el elemento sustancial en la definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio, que caracterizaba al modelo tradicional de familia. Obligándose, el Estado, a garantizar y proteger los derechos humanos (en específico el derecho de igualdad y no discriminación) de las familias ensambladas.

Los trabajos académicos que abordan la problemática de las familias reconstituidas o ensambladas pueden agruparse en dos grandes grupos. Por un lado, se encuentran aquellos trabajos que se abocan a identificar los vacíos legales existentes en la normativa y la consecuente desprotección de los miembros de las familias ensambladas. Es el caso de los trabajos de Castro Aguirre (2019), Zapata García (2017), Ascurra Melendres y Calua García (2016) y Rivera Echaccaya, y Zegarra Enríquez, (2019), Por otro lado, otro grupo de investigaciones abordan la problemática de las familias reconstituidas a partir del análisis de la patria potestad a los padres o madres afines en relación a sus hijos afines, en vistas a salvaguardar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es el caso de los trabajos de Calcina Montesinos (2019), Esquibel Aguilar (2017), Inchicaqui Solís (2017) o la propia Zapata García (2017).

21.1 Trabajos que identifican vacíos normativos y consecuente desprotección de los miembros de las familias ensambladas

Castro Aguirre, K.M. (2019). Análisis de la naturaleza jurídica de las familias ensambladas en el Perú: el establecimiento de los derechos y deberes en la relación de los padres e hijos afines y su regulación en el Código Civil. Tesis para optar al Grado de Maestra en derecho civil. Lima: Facultad de derecho sección de posgrado-USMP (p. 1)

Castro (2019) señala que, debido a factores culturales, políticos y económicos la organización familiar ha cambiado, modificando su composición tradicional originándose o construyéndose “nuevas identidades de familias” (p. 6). Una de estas identidades nuevas viene a ser la familia reconstituida o ensamblada. Que se constituye “en la conformación de una unión matrimonial o convivencial con hijos provenientes de uniones anteriores” (Castro, 2019, p. 6). Siguiendo a la STC N°09332-2006-PA/TC, en su Fundamento 12, la autora señala que esta estructura familiar debe poder reconocerse como una “identidad autónoma”.

Sin embargo, el Código Civil de 1984 no ha recogido ni se ha adaptado a los cambios que propiciaron la conformación de las familias reconstituidas. Con lo que “nuestra actual normatividad como primer paso, debe de reconocer la realidad social y considerar las nuevas formas de composición familiar, respondiendo así a los nuevos requerimientos de la población” (Castro, 2019, p. 8). Superando una noción de familia basada en el matrimonio, como único modelo de familia. Lo que ha dejado en la desprotección a las otras formas de organización familiar y sus miembros. (p. 8).

Castro (2019) sostiene que seguir apostando por un único modelo familiar atenta contra la dignidad humana. Con lo que la familia reconstituida no debe seguir siendo considerada como una institución que atenta una esencia inmutable de la familia, quedando desprotegida por las leyes como el Código Civil, independientemente de la STC N°09332-2006-PA/TC. El mecanismo que propone la autora es el de la tutela y protección de los hijos/as a través de establecer deberes y derechos de los padres.

La pregunta que organiza el trabajo de Castro (2019, p. 11): “¿En qué aspectos, nuestro ordenamiento jurídico debe brindar tutela a las familias ensambladas?” Así la investigadora estudia las posibilidades de que el marco jurídico peruano proteja a las familias reconstituidas. Para lo cual analiza el marco legal que se desprende de la propia Constitución y el derecho positivo con el interés de identificar una norma específica.

A diferencia de la posición que sostengo, la autora identifica que la Constitución política le otorga al matrimonio un aspecto relevante para definir la estructura familiar al establecer que **el Estado reconoce tanto al matrimonio como a la familia instituciones a la vez naturales como fundamentales de la sociedad**, a la par que protege a las familias y promueve el matrimonio. Castro señala que esto:

Evidencia una promoción y valoración constitucional de mayor trascendencia y superioridad del matrimonio, sobre las demás formas de organización familiar y entre ellas las familias ensambladas. (Castro, 2019, p. 103)

En particular difiero con la interpretación de Castro pues como ella misma reconoce en su trabajo, la Constitución establece una protección bastante general

y extensa que engloba a toda estructura familiar. Aquí hay un vacío en el trabajo de Castro (y, vale señalarlo, en general en los estudios que abordan el problema de las familias reconstituidas) y tiene que ver con el problema que orienta el presente trabajo: si todo ciudadano y ciudadana puede fundar una familia recibiendo él y la nueva familia protección del Estado. Siendo el cuidado, y no el matrimonio, el elemento fundante de la estructura familiar, quedando el Estado obligado a proteger los derechos humanos (específicamente derecho a la igualdad) de todas las familias, incluyendo a las reconstituidas.

La hipótesis es que la vulneración del derecho de igualdad de los miembros de las familias reconstituidas se explica porque en el derecho peruano prima la doctrina sobre los derechos humanos según la cual todo derecho para ser efectivo debe primero ser reconocido como derecho jurídico y figurar de forma expresa en leyes y códigos. Así mismo, el Código Civil de 1984 contempla un único modelo familiar (familia tradicional) dejando desprotegidas a las otras familias.

Desde un enfoque de historia del derecho es necesario considerar que el Estado es una relación social que expresa un determinado equilibrio de fuerzas que actúan para satisfacer sus demandas e intereses, que se apoyan sobre determinadas formas de concebir (sentidos comunes) la sociedad y la persona. Estos sentidos son movilizados y serán claves en la estructuración del Estado y del derecho. Es bastante evidente que el Código Civil de 1984 discrimina a las familias que no se originan del matrimonio. Este hecho responde a un tipo de sociedad, que establece diferencias y jerarquías entre sus miembros, donde priman sentidos comunes conservadores que promueven el modelo tradicional de familia como único modelo familiar.

En tal sentido, una de las conclusiones a las que arriba el trabajo de Castro (2019): “la necesidad de que nuestro sistema jurídico establezca la urgente regulación de la familia ensamblada y del vínculo que se genera entre los padres con los hijos afines” (p. 111) debe ser vista a la luz de un aspecto de mayor calado: ¿puede seguir hablándose de estado de derecho si el derecho positivo niega expresamente la protección de un derecho humano fundamental, como el derecho a la igualdad, de un sector de la población?. ¿Cuál es el fundamento y argumento filosófico, doctrinario y jurídico para discriminar y negar el derecho a la igualdad de un sector de la ciudadanía? ¿En este caso las familias reconstituidas? ¿El derecho a la igualdad es un derecho cuya efectivización se reduce a ser considerado como derecho jurídico?

Zapata García, F. (2017). La situación jurídica actual de las familias ensambladas y la tenencia a favor del padre afín en el Perú, según especialistas en derecho de familia, 2017. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Lima: Facultad de Derecho – Universidad César Vallejo.

Zapata (2017) concluye en su investigación que las familias reconstituidas no se hallan reguladas por el Código Civil. Lo cual afecta a los miembros de estas estructuras familiares, particularmente a los hijos menores impactando negativamente en sus derechos. En este punto la autora menciona una de las conclusiones más importantes, y graves, a las que arribó en su trabajo:

Las decisiones que se toman en favor de ellos no se ven respaldadas por la autoridad competente debido a la inexistencia de regulación en cuanto a este tipo de familias. (Zapata, 2017, pp. 83-84)

Se evidencia que en el derecho peruano prima una doctrina sobre los derechos humanos según la cual todo derecho para ser efectivo debe primero ser reconocido como derecho jurídico. El asunto es de gravedad significativa pues como señala Zapata (2017) incluso si se toman algunas políticas o decisiones jurídicas a favor de otras organizaciones familiares, distintas a las que se originan del matrimonio, estas carecen de posibilidades de hacer efectivas, pues las autoridades se inhibirán de aplicarlas.

El vacío legal, infra constitucional, representa una ruptura del orden constitucional establecido por la propia Constitución. Y representa el reconocimiento de derecho a unos ciudadanos y ciudadanas a la vez que la negación de estos mismos derechos a otros ciudadanos y ciudadanas. Ese es el espíritu del Libro de Familia del Código Civil de 1984 que sienta las bases de la vulneración del derecho a la igualdad.

Zapata (2017) señala que debería incluirse en el artículo 233° del Código Civil una idea amplia sobre la familia, que permita superar esta condición de desigualdad ante la ley, infraconstitucional, pues el Código Civil sólo protege a la familia tradicional. La investigadora propone el siguiente texto, complementario para del artículo 233°:

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”, se aumentará la palabra Ensambladas, quedando dicha propuesta en lo siguiente: ‘La regulación jurídica de las familias ensambladas, tiene por finalidad contribuir a su

consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. (Zapata, 2017, p. 85)

Zapata (2017), desde una interesante legislación comparada, sostiene que, en Perú, el ordenamiento jurídico debe mirar a Argentina cuyo Código Civil establece roles claros a los padres afines de familias reconstituidas. Señala también que es pertinente “la inclusión en la legislación peruana de la tenencia en favor del padre afín”. (p. 85)

En la misma línea plantea pronunciarse acerca de los vínculos de crianza afectivos que se generan en los padres e hijos afines, salvaguardando el Interés Superior del Niño que declara la toma de mejor decisión en favor del mismo en cuanto a procesos judiciales o administrativos en los cuales se vea involucrado y que se encuentra consagrando en los instrumentos internacionales de los cuales el estado peruano es parte y en donde ratifica adoptar las medidas necesarias para su cabal cumplimiento. (Zapata, 2017, p. 85)

Las propuestas de Zapata buscan resolver los vacíos legales del derecho positivo que las normas infra constitucionales propician. Sin embargo, desde un enfoque de derechos, y en una vuelta de tuerca adicional, se identifica que su propuesta termina cayendo en los mismos vicios que intenta resolver. Si los derechos humanos son universales e indivisibles -y para el caso de toda estructura familiar está así reconocido en la Constitución- incorporar un articulado en el Código Civil de 1984 en favor de las familias reconstituidas dejaría en la desprotección al resto de estructuras familiares, como son las familias monoparentales, LGTBIQ y otras. Una medida de esta naturaleza, que focaliza (entiéndase restringe derechos) es claramente inconstitucional.

Ascurra y Calua (2016). Las familias ensambladas y el reconocimiento de sus derechos sucesorios en el Código Civil peruano. Tesis para optar el título profesional de abogado. Pimentel: Facultad de Derecho – Universidad Señor de Sipan. (p. 1)

El problema que identifican Ascurra y Calua (2016) tiene que ver con lo que los autores denominan “empirismos normativos en lo concerniente a las Familias Ensambladas y el Reconocimiento de los Derechos Sucesorios de los hijos afines en el Código Civil Peruano” (p. 26). En el fondo su preocupación está orientada a dar cuenta de aquello, que afecta al Reconocimiento de las Familias Ensambladas y el reconocimiento de los Derechos Sucesorios en favor de los hijos afines en el Código Civil, específicamente en el Libro de Familia y el Libro de Sucesiones, junto con otros problemas, como:

- a) Carencia de normas que regulen a las familias ensambladas propiamente dicha, y la implicancia del ámbito sucesorio de los hijos afines.
- b) Discordancias normativas entre la Constitución Política del Perú y el Código Civil Peruano, conjuntamente con Ley N° 30007.
- c) Limitaciones del Reconocimiento de los Derechos Sucesorios a favor de los Hijos Afines con respecto del padre afín.
- d) Discrepancias Teóricas entre Jueces y Doctrinarios sobre las Familias Ensambladas, enmarcándolas e igualándolas a una Unión de Hecho. (p. 26)

Los autores concluyen que existe una carencia en la protección legal respecto del reconocimiento del derecho sucesorio para padres e hijos afines de las familias reconstituidas. Este reconocimiento se apoya en el entendido de que

los hijos afines lleguen a ser considerados herederos de primera línea. En tal sentido, analizan la incorporación y reconocimiento de los derechos sucesorios en el Código Civil Peruano. Así, los hijos afines, previo reconocimiento y cumplimiento de determinados requisitos y a solicitud de estos, se les podrá considerar, en caso de fallecimiento del padre/madre afín, como herederos en primera línea, tan igual como un hijo legítimo. (Ascurra y Calua, 2016, p. 26)

Ascurra y Calua (2016) estudian a las familias reconstituidas y sus niveles de desprotección en el Código Civil de 1984, particularmente los derechos sucesorios, Con el propósito de elaborar propuestas conducentes a tipificar normativa que desde el Código Civil proteja a “las familias ensambladas y su derecho a heredar por sucesión intestada” (p. 9).

Rivera Echaccaya, K. y Zegarra Enríquez, A.M. (2019). La regularización de las Familias reconstituidas en Código Civil peruano - libro de familia y su protección. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Facultad de Humanidades - Carrera profesional de Derecho- Universidad Autónoma del Perú.

Los autores reconocen la necesidad de regular y resolver un vacío en el Libro de Familia del Código Civil de 1984 para proteger y consolidar a las familias ensambladas que son perjudicadas en su identidad propia, modelo y estructura. Viéndose imposibilitadas de conformarse como familia. Rivera y Zegarra (2019) proponen un “literal “A” en el artículo 233° del Código Civil- Libro de Familia “con la finalidad que regulen los derechos y obligaciones entre un cónyuge y los hijos del otro, sobretudo el padres afines e hijos afines de manera que lleguen a desarrollar una identidad”. (p. 72). Si se mantiene este vacío se persistiría en negar una realidad concreta: la existencia de las familias reconstituidas.

Como aporte importante los autores señalan que debe quedar claro y divisado que nos encontramos ante una familia que requiere mirar lo que acontece al interior de ella y fuera de la misma; de una familia que se conforma a partir de la pareja pero que tiene una vocación inclusiva que a futuro las familias reconstituida asomaran ahora con mayor soltura y confianza y pasarán a ser de una era que tiende a reconocer modelos familiares que no se conforman a ser un modelo constreñido. (Rivera y Zegarra, 2019, p. 72)

Motivo por el cual recomiendan ahondar en investigaciones que ayuden a un conocimiento más profundo y de mayor calado sobre las familias reconstituidas. Involucrando a todos los niveles de la sociedad. Comenzando desde los estudios escolares, en los estudios universitarios y despachos jurídicos. Esto en el ánimo de crear sensibilización favorable por parte de la sociedad hacia estas estructuras familiares. Este nuevo sentido común debe expresarse en una representación parlamentaria que regule a favor de estas familias protegiéndolas en sus derechos y las consolide. Se trata por tanto de un proceso que se vincula con la historia del derecho y el desarrollo de la sociedad peruana.

Al respecto, consideran que se tiene que romper costumbres conservadoras con la finalidad de buscar un mejoramiento y ordenamiento legal para que mejore el funcionamiento de este nuevo modelo de familia que necesita con celeridad en la incorporación de un literal "A" en el 233º del Código Civil-Libro de Familia ya que la realidad arroja ante nuestros ojos hechos o situaciones que no calzan en las normas del derecho civil y que la ley ya no responde al redefinir a la familia que se encuentra en un cambio que es latente y desbordable. (Rivera y Zegarra, 2019, p. 73)

Los trabajos reseñados no dejan de atender el problema de las familias ensambladas desde el tema de la relación padre – hijo y los derechos de los niños y niñas. Sin embargo, colocan un énfasis importante en los vacíos normativos y consecuente desprotección de los miembros de las familias ensambladas. Veamos ahora los trabajos que se abocan a atender el problema de las familias ensambladas desde la relación entre padres e hijos.

2.1.2 Trabajos que abordan la problemática de las familias reconstituidas desde la relación padre hijo y derechos del niño/a.

Esquibel Aguilar, J. (2017). La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Trujillo: Escuela Profesional de Derecho – Universidad Privada Antenor Orrego.

Esquibel (2017) señala que la STC Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, define la familia reconstituida como una “estructura familiar no tradicional. Cuyo origen, no está en una esencia metafísica, sino en la unión entre dos personas a través del matrimonio o unión de hecho. Y donde una de las dos personas que conforman la pareja, o ambos, tienen hijos de una relación anterior. Por tanto, configuran una nueva identidad familiar que es frágil por las circunstancias de donde emergieron (fallecimiento de algunos de los padres o divorcio). Motivo por el cual esta organización familiar requiere que la sociedad y el Estado la acompañen y protejan”. (p. 2)

El autor señala que recogiendo la experiencia de estas estructuras familiares (la vivencia de sus integrantes como la muerte de algunos de los progenitores o el divorcio), son unidades o estructuras familiares frágiles y que

tienen o encaran dificultades para materializarse o constituirse. Motivo por el cual el Estado y la sociedad deben protegerla.

De lo señalado por Esquibel se colige que la situación jurídica actual que enfrentan estas familias las revictimiza, tanto como unidades familiares como a sus miembros. Es decir, si consideramos que el objeto de constituir una familia tiene que ver con la realización personal, con un proyecto de vida, una familia reconstituida supone un esfuerzo de reconciliación, perdón y reparación personal (y colectivo en el caso de los hijos e hijas que serán parte de la nueva familia), por cuanto un proyecto de vida terminó. Y se busca ahora iniciar otro proyecto de vida. Superando dolores emocionales e incluso físicos. La desprotección en que el Libro de Familia del Código Civil de 1984 les coloca, las revictimiza, e impide el ejercicio pleno de libertades de sus miembros y su desarrollo integral. Se vulneran así derechos humanos fundamentales. Hecho que afecta de forma particular a los hijos e hijas.

Los hijos e hijas de las familias reconstituidas reciben el nombre de “hijos afines”. Los padres reciben el nombre de “padres afines”. Esquibel (2017) luego de analizar el Código Civil, y el Código del Niño y el Adolescente, concluye que en algunas leyes sería fundamental legislar sobre los padres afines, el rol y obligaciones hacia los hijos afines. Una norma con ese espíritu debe garantizar derechos tanto de los padres afines como de los hijos afines.

Uno de los aspectos que materializa el derecho de los hijos afines tiene que ver con la obligación por parte de los padres afines con brindar alimentos respecto a su hijo afín. Esta obligación no elimina la obligación de los padres biológicos de brindar alimentos a sus hijos.

Gutiérrez Márquez, E. y Ricalde Monroy, A. (2018). Incorporación de la institución de familia ensamblada en el ordenamiento civil peruano. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Cusco: Escuela Profesional de Derecho - Universidad Andina del Cusco

Gutiérrez (2018) identifica en la Constitución Política del Perú, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la existencia de razones jurídicas para la protección de toda organización familiar y por tanto a la familia reconstituida. A ello se suma las Sentencias del Tribunal Constitucional. Todo lo cual contribuye a plantear la incorporación de la familia ensamblada en el Código Civil. De no resolver este vacío se afectaría “la identidad familiar de este nuevo núcleo familiar”, como en el caso del ciudadano Reynaldo Shols. (p. 111).

Gutiérrez reconoce también que la legislación se ha desfasado y desnaturalizado en relación con la realidad concreta. Los parlamentarios son conservadores frente a los cambios que se vienen dando en la sociedad que dan cuenta de la transformación de la estructura familiar.

Bayona Salcedo, A. (2016). Fundamentos iusnaturalistas para analizar la STC N° 09332-2006-PA/TC en lo referente a las “Nuevas estructuras familiares”. Tesis para optar el grado académico de magíster en persona, matrimonio y familia. Chiclayo: Escuela de Posgrado - Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

Bayona (2016) analiza la STC No. 09332-2006-PA/TC a partir del siguiente cuestionamiento si la STC protege a la familia o la debilita en sus fundamentos.

Su respuesta, e hipótesis de investigación, es que la debilita. Desde un enfoque iusnaturalista sostiene que la familia se funda “en el matrimonio entre un hombre y una mujer” (p. XII) “se trata de un vínculo de naturaleza antropológica, según el cual la esencia del ser humano tiende a la unión del hombre y de la mujer como recíproca realización, atención y cuidado, y como el camino natural para la procreación” (p. XIII). Solamente la organización familiar conformada sobre la base de estos principios es titular de derechos.

Para Bayona (2016) la familia tiene núcleo invariable una “estructura esencial” que no puede cambiar sin el correr el riesgo que al variar (como en el caso del reconocimiento de las familias reconstituidas) desaparezca toda organización familiar. Por lo que el Estado debe de tener un trato diferenciado hacia las familias “tradicionales”, a las cuales se les debe garantizar derechos, frente a las demás formas de organización o estructura familiar que según la autora se llaman familias sin serlo (p. 152).

Las conclusiones a las que llega Bayona (2016) son muy preocupantes pues para la autora “proteger y cuidar a la familia es cuidar y proteger a la persona” (p. 153). Es decir, por naturaleza, los derechos individuales quedan tamizados o cribados por los derechos que posee la familia tradicional. Aquellas personas que no son parte de una familia tradicional tendrán, por naturaleza, derechos recortados.

Sin perjuicio de lo sostenido por Bayona (2016), que representa la posición más conservadora de todos los trabajos revisados, la autora identifica entre uno de los roles importantes que debe cumplir la familia el referido a la protección de los hijos. Cuya protección se funda en su condición de miembros de la familia

(tradicional desde luego). En este punto la autora hace un importante aporte: toda unidad o estructura familiar debe gozar de protección. De modo preferente la familia tradicional. Pero resulta interesante que, al abordar el tema de los derechos de los hijos e hijas, los miembros más débiles de toda unidad familiar, la autora modere sus posiciones iniciales y ponga por delante el derecho, universal e indivisible, de todo tipo de familia. Esto en sintonía con el desarrollo de la protección de derechos en nuestro país. (p.67)

Inchicachi Solís, F. (2017). Reconocimiento jurídico de la patria potestad del Padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Lima: Facultad de derecho - Escuela profesional de derecho- Universidad César Vallejo.

Inchicachi (2017) plantea como pregunta problemática: “¿En qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado incide sobre la familia ensamblada en el Perú?” (p. 49). Frente a lo cual indagará sobre el modo en el que el Estado protege la patria potestad del padre afín frente al hijo afín en la familia reconstituida; así como, de qué forma el vacío jurídico respecto de la patria potestad afecta a las familias reconstituidas.

La autora logra establecer que en las familias reconstituidas tanto la madre como el padre afín cumplen un rol clave, más aún frente a la ausencia del padre o la madre biológicos. Por lo que la autora establece que el vacío legal existente no contribuye a consolidar, integrar y proteger a estas nuevas familias con lo que plantea que se debe reconocer jurídicamente el ejercicio de la autoridad parental al padre afín en los supuestos de abandono del menor por uno de sus progenitores, ya que ello contribuiría al desarrollo integral del menor, así como, a

una mejor calidad de vida de estas familias y se daría cumplimiento a lo establecido por nuestra Constitución respecto a la protección integral de la familia. (Inchicachi, 2017, p. 50)

La autora concluye que reconocer los deberes y derechos propios de la patria potestad incide de forma positiva en la calidad de vida de los hijos e hijas. Siendo esto positivo Inchicachi cae en el error de mantener como modelo jurídico a las familias tradicionales. Modelo que goza de la protección de derechos. Con lo que toda medida conducente a la protección de los derechos de las otras formas o estructura familiares buscaría equipararlas con las tradicionales. Aquel reconocimiento legal va a incidir positivamente en el desarrollo integral, la vida plena y bienestar de tantos niños y adolescentes integrantes de familias ensambladas en el Perú, ya que se les estaría dando estabilidad jurídica a estas nuevas estructuras familiares, y de esta forma adquirirían un funcionamiento análogo al de una familia nuclear. (Inchicachi, 2017, p. 50)

El problema que busca atender la presente investigación es el derecho a la igualdad que le es negado a las familias reconstituidas. Problema que tiene entre otros elementos que explican su origen una normativa infra constitucional Código Civil de 1984, que vulnera la Constitución, que entiende como único modelo familiar a la familia nuclear que se funda en el matrimonio. Resolver el problema de desprotección de las otras estructuras familiares no pasa porque adquieran el mismo funcionamiento, y origen, que tiene la familia tradicional. Esta es una diferencia con las conclusiones a las que arriba Inchicachi.

Donde sí coincido con la autora es en la necesidad de reforzar el rol del Estado de proteger a toda forma de familia garantizando el interés superior del

niño. Pues actualmente no se protegen ni garantizan ni los deberes y ni los derechos de patria potestad del padre afín por cuanto, el Sistema Jurídico de nuestro país se encuentra enfocado en función a la familia nuclear-tradicional, pese a la proliferación de familias ensambladas que existen en nuestro país en la actualidad. (Inchicachi, 2017: p. 95)

Zapata García, F. (2017). La situación jurídica actual de las familias ensambladas y la tenencia a favor del padre afín en el Perú, según especialistas en derecho de familia, 2017. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Lima: Facultad de Derecho – Universidad César Vallejo.

Zapata (2017) en su trabajo señala que es necesario y pertinente incluir en el cuerpo legislativo y la jurisprudencia en Perú “la tenencia en favor del padre afín” (p. 83). La autora hace un señalamiento específico de su necesaria incorporación en el Capítulo II del libro III del Código de Niños y Adolescentes. La tenencia a favor del padre afín debería ser efectiva en tanto se resguarde el interés superior del niño y en tanto los padres muestren voluntad de hacer efectivo este acto jurídico. Esto no elimina el hecho de considerar el interés del niño respecto a la relación establecida con el padre afín.

La preocupación de la autora es válida en tanto en la actualidad los derechos de los niños o adolescentes, hijos afines de una familia reconstituida, no son reconocidos. Como en el caso de la hija del señor Shols. Con lo que en la práctica se vulnera el interés superior del niño o de la niña. Esta situación es preocupante más aún cuando las autoridades no respaldan las decisiones que llegan a tomarse en favor de los y las menores.

Calcina Montesinos, C. (2019). Necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas del Perú. Tesis para optar el Título profesional de Abogada. Arequipa: Universidad Católica Santa María --Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela Profesional de Derecho.

Calcina (2019) señala que de acuerdo al TC se puede reconocer la patria potestad a madres y padres afines de las familias reconstituidas respecto de los menores (hijas e hijos afines) resguardando el interés superior del niño o adolescente. En tal sentido, los padres afines pueden gozar del derecho de la patria potestad fijándose mecanismos, de los cuales gozan los padres biológicos, como régimen de visitas cuando cesa, en este caso, la familia reconstituida.

La autora logra establecer que la jurisprudencia del TC posibilita de forma subsidiaria un deber alimentario de los padres y madres afines a favor de las hijas e hijos afines “en caso de imposibilidad probada del padre biológico para proveerlo o cuando lo que provee es insuficiente” (Calcina, 2019, p. 119). Asimismo, en temas de herencia los hijos afines pueden heredar de los padres afines en las familias reconstituidas. Sin perjuicio de ello, la autora señala que es necesario regular los derechos de los hijos e hijas afines en las familias reconstituidas. Para lo cual debe modificarse el Código Civil y el Código de Niños y Adolescentes, incorporándose una regulación del ejercicio de la patria potestad, la tenencia, alimentos, derechos sucesorios, entre otros respecto a los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas”. (Calcina, 2019, p. 119).

2.2 Bases Teóricas

Las Constituciones reconocen a toda institución, en una sociedad determinada, en tanto tienen algún tipo de contenido. Este contenido, que define a

la institución, puede entenderse como un concepto. Así, todo concepto constitucional surge de la interrelación de diversos elementos sociales, culturales y políticos que le van a instituir. En tal sentido, la familia (como concepto constitucional) es producto de la relación entre muchos factores sociales, culturales y políticos que, históricamente, la han instituido y que han influenciado en el desarrollo del derecho de familia. (Plácido, 2013, b)

Las contribuciones de Plácido (2013) sobre el modelo constitucional de la familia, nos remite a las reflexiones que sobre el Estado realiza Jessop (2014), en el sentido que el Estado es una relación social. Jessop realiza en primer lugar una crítica a aquellas lecturas sobre el Estado que lo conciben como un “sujeto”, unificado, o una “cosa”, unificada, pétrea y meramente instrumental. El lenguaje cotidiano a veces representa al estado como un sujeto –el estado hace, o debe hacer, esto o aquello. A veces se refiere al estado como una cosa –esta clase económica, estrato social, partido político, o casta oficial, usa al estado para perseguir sus proyectos o intereses. Pero el estado no es un sujeto ni una cosa. (Jessop, 2013, 21 p.).

El Estado puede entenderse como un equilibrio de fuerzas sociales, que están en permanente movimiento y contradicción. Equilibrio (que se expresa a través de instituciones, códigos y normas) que varía de acuerdo a cómo varía la correlación de las fuerzas sociales concretas en la sociedad. El estado cambia de forma y de apariencia en función de las actividades que desarrolla, de las escalas en las cuales opera, de las fuerzas políticas que actúan hacia él, de las circunstancias en las cuales aquellos y este último actúa. Una respuesta común y apresurada consiste en hacer una lista de las instituciones que conforman el Estado. Por lo general se trata de un conjunto básico de instituciones con

fronteras exteriores cada vez más vagas. Tal lista incluye a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, al ejército, la policía y la administración pública, así como – en un registro más extendido-- a la educación, los sindicatos, los medios masivos de comunicación, la religión, e incluso a la familia. (Jessop, 2013, 21 p.)

Sin embargo, las formas de estatalidad han cambiado por medio de la intervención política de determinados agentes o actores sociales. Jessop propone un Enfoque Estratégico Relacional (EER) para referirse al Estado como una relación social. El aparato estatal y sus acciones son interdependientes de otras prácticas sociales. Se configura una separación entre Estado y sociedad. Al respecto Tim Michel señala que, “la esencia de la política moderna no son las políticas formadas en un lado de esta división, que se aplica o modela al otro, sino la producción y reproducción de esa línea diferencial”.¹

Ahora bien, Jessop (2013) señala que la relación entre Estado y sociedad es problemática. Veamos, el Estado es paradójico. Si bien es un conjunto abigarrado de instituciones, tiene como función cohesionar una determinada formación social de la cual forma parte. Por tanto, permanentemente las fuerzas sociales demandan del Estado que atienda los problemas sociales. Al respecto, Jessop anota que debería tenerse en cuenta que las “sociedades” (o, mejor dicho, las “comunidades humanas imaginadas”) pueden ser determinadas por distintos principios de organización social. Los cuales pueden estar asociados con diversos proyectos y prioridades (por ejemplo, económicos, militares, religiosos, políticos, de jerarquización social, culturales), que se reflejan en el estado como un sitio clave donde las relaciones de poder social se podrían cristalizar en diferentes

¹ MITCHELL, TJ (1991). “The limits of the state: Beyond statist approaches and their critics”, *American Political Science Review*, Vol. 85 n°1, p. 95. Sobre la construcción de la soberanía, ver también BARTELSON, J (2001). *A Critique of the State*. Cambridge. Cambridge University Press. En: Jessop, 2013.

formas y, aún más, donde las luchas por tales principios de organización societal a menudo se suceden debido a la paradoja parte-todo en la que el estado está tan fuertemente implicado... Hay principios de socialización que rivalizan entre sí, vinculados a diferentes sistemas funcionales, diferentes identidades y diferentes valores anclados en la sociedad civil y, en principio, cualquiera de ellos podría llegar a ser dominante, al menos por un tiempo. (Jessop, 2013, p.24).

En tal sentido, el Estado para Jessop (2013) tiene como núcleo un conjunto de instituciones que tienen como rol social legítimamente aceptado definir y dar cumplimiento a las disposiciones que, de forma colectiva, y en nombre del interés común, una población determinada asume.

En esa línea, un aspecto central es que los conceptos, que definen a instituciones, como es el caso de la familia, cambian. Plácido (2013) señala que la idea de familia ha “experimentado una transformación profunda a través de la historia y que el cambio en su contenido seguirá variando” (p. 77). De tal forma que lo que se identificaba como familia a inicios del siglo XX no es lo mismo que a inicios del siglo XXI. Esto es posible porque el concepto de familia es un concepto social por tanto es un concepto histórico que varía de acuerdo a los sentidos comunes y las relaciones sociales en determinadas épocas. Es importante tener en cuenta lo que señala Plácido (2013):

Lo que llamamos ‘familia’ ha experimentado una transformación profunda a través de la historia que la hace irreconocible y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron. (p. 107)

Sin embargo, a la luz de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno y en el contexto internacional, se puede señalar que una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos. (Plácido, 2013, a, pp- 107-108)

Ahora bien, reconocer los cambios de la idea de familia (en buena cuenta la existencia de otras formas de organización o estructura familiar que la tradicional entre las que se encuentra la familia reconstituida) no significa su inmediata traducción en idéntica cobertura legal. Pero tampoco en desprotección sino en la construcción de un mínimo de derechos que proteja a todas las formas de organización familiar.

Como señalan Muro y Torres (2020) en sus comentarios al Código Civil:

No significa que necesariamente todas las formas de vivir en familia vayan a gozar del mismo grado de cobertura legal. Pero sí debe traducirse en la existencia de un piso mínimo de protección signado por el reconocimiento de los derechos humanos, piso que no puede ser desconocido por ningún orden jurídico infra constitucional. (p.35)

Los lazos afectivos y los proyectos de vida se basan en la tolerancia y el pluralismo. Desde esta plataforma normativa, es de esperar que los operadores del derecho de familia insuflén vida a una dimensión sociológica que coloca al hombre, a la mujer y a los niños en el centro de protección y desarrollo, generando soluciones jurídicas que no cierren los ojos ante la realidad social. (Plácido, 2013, a, p. 108).

Se invoca por tanto a la primacía tanto de derechos constitucionales (importante recordar que convenios internacionales suscritos por el Estado peruano tiene rango constitucional) y a la consideración de un principio de realidad, que proteja y garantice los derechos de mujeres, varones y niños que son parte de otras formas de estructura familiar. Esto es importante pues existe una incoherencia entre la Constitución y la legislación “infra constitucional”.

Al respecto, Meza Ingar (2016) señala que existe precisamente un desentendimiento o discordancia entre el cuerpo legal que versa sobre los derechos de la familia y del menor, en nuestro país, y la normativa constitucional y los tratados internacionales, que son parte de la legislación peruana. Esto se ha traducido en la vulneración de derechos fundamentales. Durante 22 años, el Perú, por el mérito del art. 21° del Código Civil de 1984, impidió el registro de niños nacidos fuera de matrimonio. Si bien dicho numeral fue modificado por la Ley 28720 modificando los artículos 20° y 21° del Libro I del Código Civil, y otros del Libro III, referidos a que todos los niños deben tener los apellidos de sus padres, se derogó, asimismo, el art. 392° que prohibía que el hijo no reconocido llevará el apellido de su presunto padre, con la nueva ley el Registrador debe poner en conocimiento del presunto progenitor, el hecho de la inscripción. Dicha obligación administrativa, resulta imposible, si muchas veces no se puede ubicar a los mencionados en los registros precitados. (Meza Ingar, 2016, p. 65).

En diciembre del año 2015 se dio la Ley 30403, ley que legisló a favor del buen trato a niños y niñas, modificando los preceptos del Código Civil de 1984 y del Código del Niño y del Adolescente, respecto del trato de los padres hacia los niños y niñas. El inciso 3 del art. 423° del Código Civil, señalaba de modo genérico e insuficientemente claro que los padres pueden corregir

“moderadamente” a los hijos e hijas. Registrándose casos de vulneración de derechos a la salud e integridad física y psicológica de los niños y niñas. Identificándose casos frecuentes de golpes, quemaduras, gritos y otras formas de maltrato. El inciso 3 facultaba a los padres a solicitar a un juez internar a sus hijos o hijas, conforme señala Meza Ingar (2013), en “establecimiento dedicado a la reeducación de menores” (p. 74). Estos hechos graves atentatorios contra la salud, integridad y la propia vida del menor no podían seguir siendo reconocidos por la legislación nacional pues vulneraban además la Constitución, motivo por cual fue derogado.

Meza Ingar (2013) parte del principio de igualdad, sobre el cual se fundan los conceptos de democracia, ciudadanía y república, para señalar que siendo importante los cambios realizados al Código Civil quedan aún otros importantes como mejorar la Ley 28720, sobre los aspectos de identidad de aquellos niños y niñas que nacieron con filiación extramatrimonial, definiéndose la diferencia. Importante la diferencia que establece la autora entre derecho (derecho universal) al nombre y filiación (corresponde a los que tienen familia o pertenecen a una familia).

De igual modo, madres y padres deben tener iguales derechos respecto de los hijos. El artículo 396° del Código tendría que modificarse pues discrimina derechos de la madre y del hijo. Debe respetarse asimismo el principio constitucional de que “todos los hijos son iguales” sin quedar alguno sin registro de su nombre. De igual modo, no pueden quedar sin filiación (cualquiera haya sido su origen, matrimonial o extramatrimonial). Este artículo fue modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1377 publicado el 24 de agosto del 2018.

La familia tradicional como institución ha ido cambiando en tanto se incorporaban derechos fundamentales en la legislación interna adecuándose a la normativa constitucional e internacional. Este es el mismo principio que opera en el caso de las familias reconstituidas. No obstante, debe señalarse un aspecto central y es el referido al modelo familiar que cobija la constitución.

Como señala Placido (2013)

Se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la Constitución carece de un modelo de familia, mostrándose abierta a distintos tipos de familia. Nada más contrario, según nuestro parecer, a lo que resulta del texto constitucional con más que suficiente evidencia. Hay, desde luego, ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina el modelo de familia no queda totalmente fijado, como es lógico, a nivel constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia y eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado. (pp. 46-47)

Plácido (2013) señala que el modelo de familia constitucionalmente garantizado responde a una estructura relacional, abstracta y general, apropiada para generar nuevas vidas humanas. Con lo que cualquier norma o código que vulnere a cualquier organización familiar carece de legitimidad. Así lo señala Placido (2013, p. 65) “Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier

tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de sus presupuestos institucionales básicos”. (p. 65)

Esto no es óbice para que se puedan dar otras formas o estructuras familiares. Como indica Plácido (2012):

Podrán darse, las uniones monoparentales, constituidas por un solo padre, ya sea que se trate de un progenitor soltero, divorciado o viuda; los enlaces reconstituidos o ensamblados, formados por solteros, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él; las uniones de personas que, sin poder procrear, confluyen como una unión de asistencia, compañía, afecto y socorro mutuo. Igualmente, se dan en el Derecho Civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción).

Pero tales ampliaciones sólo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva precisamente de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana. (Plácido, 2013, pp. 65-66)

Esto así, siguiendo a Plácido puede entonces hablarse, o en rigor interpretarse, de un modelo familiar que la propia Constitución contempla. Modelo que refiere a una “estructura relacional”, que no pierde el carácter del modelo

tradicional, sino que lo amplía sobre la base de que lo característico de esta organización relacional vendría a ser el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los nuevos miembros (hijos e hijas). El cuidado y la protección de los hijos e hijas sería el elemento sustancial en la definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio (que caracterizaba al modelo tradicional de familia) que dejaba finalmente en la desprotección a sus miembros (no solo hijos e hijas) instituyendo condiciones de desigualdad y discriminación entre los ciudadanos y ciudadanas. Desigualdades que terminaban por generar perjuicios a la integridad y salud física y psicológica de sus miembros.

El modelo de familia tradicional que la Constitución, que se desprende de la propia Constitución, pero no en forma excluyente, responde a procesos sociales, culturales y políticos que entendían y presentaban a la estructura familiar fundada en la heterosexualidad y el matrimonio. La lógica del modelo tradicional responde a una concepción de las relaciones de género (que son relaciones de poder que se construyen socialmente entre varones y mujeres) que responde a un sentido común patriarcal; asimismo, responde a las relaciones entre Estado y sociedad (específicamente las relaciones entre Estado e Iglesia Católica que da cuenta de un proceso de incipiente secularización, que no es el contemporáneo, en el que la religión influía muy fuertemente en las políticas públicas); y responde a un carácter de las relaciones sociales determinadas por una impronta colonial que da cuenta de condiciones de status y poder. Por tanto, de una sociedad desigual. El modelo tradicional de familia, fundado en el matrimonio, era una institución patriarcal que otorgaba status y poder a sus miembros. Con lo que quedaban establecidos elementos de distinción social, desigualdades y subalternidades. Todos aquellos que no conformaban una familia construida sobre la base del

matrimonio heterosexual caían en los márgenes de la sociedad y eran considerados subalternos y carentes de derechos. Ese modelo de familia se encuentra por tanto reñido con un Estado democrático y republicano que es el sistema político que la Constitución reconoce e instituye.

En tal sentido, respecto de la estructura familiar tradicional y su desfase social Placido (2013) la comprende como:

una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora; condenando al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia.

Los hechos desbordaron esa hermética actitud de desconsiderar una realidad que ha ido in crescendo. Así, se abrió paso a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; se acudió a principios del derecho de obligaciones para evitar el enriquecimiento indebido entre convivientes por los bienes adquiridos durante la unión *more uxorio* hasta llegar a reconocer en las parejas heterosexuales estables, libres de impedimento matrimonial, una comunidad de bienes a la que se aplican las disposiciones de la sociedad de gananciales, en lo que fuere pertinente. Ahora, se aprecia que la Constitución extendió su manto de protección a la convivencia sin matrimonio y esa consagración se ha trasladado en la legislación ordinaria que regula no sólo los efectos patrimoniales sino también personales.

Este proceso evidencia que la estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas convivenciales.

La sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el derecho, su protección jurídica. (pp. 77-78)

En tal sentido, la ampliación del modelo de familia tradicional, estando ya contenido en el texto constitucional plantea o exige que el conjunto de las normas y códigos se alineen con la Constitución. Es el caso del Código Civil de 1984 y las condiciones de desigualdad, discriminación y desprotección en el que coloca a las otras estructuras familiares, en particular las familias reconstituidas, ensambladas o familiastras.

Por su parte, Rivadeneira (2012) señala que no existe una normativa o legislación expresa que proteja y garantice derechos fundamentales de los miembros de las familias reconstituidas. Con lo que esté vacío incide en propiciar afectaciones y vulneraciones a derechos e impidiendo o limitando el resarcimiento y reparación de los daños ocasionados. Esta desatención se encuentra reñida con la realidad social pues la familia tradicional (compuesta por un 'hogar modelo' padre, madre e hijos producto de esta relación) frente aquellas mutaciones sociales

y jurídicas ha sufrido cambios en su estructura nuclear; pues, en la mayoría de casos señala Rivadeneira (2012, p. 90) “está compuesta por personas que provienen de un divorcio, viudez o nuevo compromiso en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de aquella relación previa”. La doctrina ha convenido en llamarles familias ensambladas, reconstituidas, familiastra, reconstruidas. E incide Rivadeneira (2012, p. 90) en que es una “situación que no debería segregarlos como si fuesen personas de segunda clase o categoría”.

Daños que pueden ser patrimoniales (refiere a los derechos de naturaleza económica) y extrapatrimoniales o subjetivos (que dañan a la persona en los ámbitos psicológico, espiritual e inmaterial, los “derechos existenciales” o “proyecto de vida” de la persona). En cualquiera de ambos casos el daño se configura como uno de tipo “emergente” (*damnum emergens*), esto es que amerita una determinada indemnización que restituya la pérdida que la persona ha sufrido, conforme señala Rivadeneira (2012).

El reconocimiento de un daño, y la necesidad de su reparación, hacia una persona o una comunidad tiene a la base el reconocimiento que el acto que produjo el daño, y consecuencias, no quedan circunscritos a la esfera privada. (Rivadeneira, 2012, p. 100). La sociedad reconoce, y expresa en la estatalidad, que algunos actos representan la vulneración de derechos fundamentales. Es el caso de las familias reconstituidas, cuyos miembros ven vulnerados varios derechos entre ellos el de la igualdad ante la ley. Y es que el avance de las relaciones sociales han determinado que la estructura de la llamada “familia modelo” o nuclear (donde los hijos provenían de un mismo tronco paternal) adopte una nueva denominación conforme lo determinó el Tribunal Constitucional en el caso “Shols Pérez” Expediente N° 09332-2006-PA/TC al ser sometida a su

conocimiento una 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 consideraba que constituía una actitud discriminatoria y de vejación dada su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad. (Rivadeneira, 2012, p. 100).

Puede decirse que el TC a través de su Sentencia supera la definición del concepto de familia fundado en su origen (el matrimonio) por el entendimiento de la estructura familiar basada en la unión de hecho. A este respecto, coincide el Dr. Gastón Quevedo Pereyra (Entrevista Nro. 4). Se pasa de una concepción esencialista a una fenomenológica.

Hay que entender que la Familia no solamente es un vínculo consanguíneo, sino puede ser legal, a partir de la convivencia, por ejemplo, cuyo reconocimiento se encuentra establecido en nuestra propia Carta Magna, y/o emocionalmente, con el agregado de que compartan una historia común, unas reglas, costumbres y creencias básicas en relación con distintos aspectos de la vida. (Torre, 2017, p. 59)

Cabe señalar también que la definición por origen se amplía y no se restringe al matrimonio sino a la unión concubinar. Esto último no deja de ser problemático pues aún sigue siendo el matrimonio un dispositivo generador de derechos, status y poder. Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar las principales características de las familias reconstituidas:

- a) Se originan por la “ruptura” de una relación precedente, ya sea natural (muerte) o voluntaria (divorcio o separación). Es decir, surgen vínculos entre el hogar ensamblado y los núcleos familiares precedentes.
- b) Atraviesa una crisis en sus relaciones afectivas.
- c) Genera un nuevo núcleo familiar.
- d) Surgen nuevos deberes y derechos entre sus integrantes.
- e) Comparte con las distintas formas familiares la existencia de lazos biológicos.
- f) Resulta como consecuencia de una cadena compleja de transiciones familiares.
- g) Tiene influencia en las conductas, valores y representaciones sociales.”
(Rivadeneira, 2012, p. 102).

En consecuencia, los vacíos existentes en el Código Civil de 1984 colocan a los miembros de las familias reconstituidas en situaciones de vulnerabilidad y desprotección de sus derechos fundamentales que demanda por un lado resarcimiento y reparación de los daños ocasionados y derechos vulnerados en modo específico el derecho a la igualdad y no discriminación; así como una legislación, que proteja a las familias reconstituidas.

Las teorías tradicionales acerca de la familia, que señalan que organización familiar posee un núcleo invariable una especie de “estructura esencial” que de ser cambiado desaparece la organización familiar. El Estado debe cumplir el rol de proteger a las familias fundadas sobre la base del matrimonio y, expresamente, dejar en la desprotección a los miembros de los otros tipos de familias pues,

según quienes adscriben a estas teorías, no son familias, aunque se llamen como tales. Estas teorías han influenciado fuertemente al Código Civil de 1984.

Estas teorías son confrontadas con otras teorías. Es el caso del modelo constitucional. Y las teorías del derecho, de familia que presentan Alex Plácido, Meza Ingar y Castro Rivadeneira. Las cuáles serán comprendidas dentro del Enfoque Estratégico Relacional propuesto por Robert Jessop en sus estudios sobre la teoría del Estado. Si el Estado, siguiendo a Jessop, es una relación social que expresa un determinado equilibrio de fuerzas sociales, las instituciones, como la familia, está sujeta a cambios en tanto los conceptos que la definen, varían.

Puede decirse que la propia Constitución contempla un modelo familiar que refiere a una “estructura relacional”, que no pierde el carácter del modelo tradicional, sino que lo amplía sobre la base de que lo característico de esta organización relacional sería el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los nuevos miembros (hijos e hijas). El cuidado y la protección de los hijos e hijas sería el elemento sustancial en la definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio (que caracterizaba al modelo tradicional de familia) que dejaba finalmente en la desprotección a sus miembros (no solo hijos e hijas) instituyendo condiciones de desigualdad y discriminación entre los ciudadanos y ciudadanas. Desigualdades que terminaban por generar perjuicios a la integridad y salud física y psicológica de sus miembros.

La Sentencia del TC (Expediente N° 09332- 2006-PA/TC) referida a la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación de la hijastra del señor Reynaldo Shols supera la definición del concepto de familia fundado en su origen (el matrimonio) por el entendimiento de la estructura familiar basada en el hecho

mismo de la unión. Sin perjuicio de ello, y desde otro ángulo, cabe afirmar que la definición de la familia, por origen, se amplía y no se restringe al matrimonio sino a la unión concubinaria. Esto último no deja de ser problemático pues aún sigue siendo el matrimonio un dispositivo generador de derechos, status y poder.

2.3 Definición de términos básicos

Derecho a la Igualdad: El Estado debe reconocer a toda persona igual a otra ante la ley. En tal sentido, las personas pueden gozar de todos los derechos sin motivo de ninguna distinción sea por nacionalidad, condición económica, social, raza, color, sexo, tipo de familia, idioma, religión, opinión política u otro motivo. Las ciudadanas y los ciudadanos pueden actuar en consecuencia de este derecho y ejercerlo, poniéndolo en acto y haciéndolo valer. El concepto de igualdad está vinculado al de dignidad de la persona.

Derecho a la no Discriminación: El derecho humano a la no discriminación otorga derechos fundamentales como: el derecho a la no distinción y exclusión o restricción por ningún motivo; el derecho a la igualdad y al más elevado estándar y calidad de vida posible. Estos derechos se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y otros tratados y declaraciones internacionales.

Familia tradicional: La familia tradicional se funda en su origen: el matrimonio. Y está compuesta por un 'hogar modelo': padre, madre e hijos o hijas que son producto de esta relación. El concepto de este tipo de familia está fuertemente influenciada por concepciones religiosas. Y dan cuenta de Instituciones públicas poco secularizadas.

Familia ensamblada, reconstituida o Familiastra: La doctrina asigna el nombre de familias ensambladas, reconstituidas, o familiastras a aquellas familias que dan cuenta de cambios en la estructura nuclear de la familia tradicional. En la mayoría de casos está compuesta por personas que provienen de una ruptura matrimonial producto de la muerte de uno de los cónyuges o de un divorcio o por la conformación de una nueva relación de pareja en la que ambos cónyuges o uno de ellos tienen hijos de relaciones previas.

Las familias reconstituidas por tanto surgen al romperse una relación anterior por causas naturales (fallecimiento) o por motivaciones voluntarias (separación). Con lo que, se originan relaciones entre el hogar ensamblado y los núcleos familiares previos. Estas estructuras familiares encaran una crisis en sus relaciones afectivas. Sin perjuicio de ello generan un nuevo núcleo familiar. Generando a su vez nuevos derechos y deberes de sus miembros integrantes.

Estado: Puede abordarse la definición del Estado desde varias acepciones. Desde un enfoque relacional remite a un equilibrio de fuerzas sociales, que están en permanente movimiento y contradicción. Equilibrio (que se expresa a través de instituciones, códigos y normas) que varía de acuerdo a cómo varía la correlación de las fuerzas sociales concretas en la sociedad. En tal sentido, el Estado es el ámbito de lo colectivo organizado alrededor de un grupo social que ha logrado convertirse en hegemónico. Con lo que el Estado produce sentido común y construye hegemonía alrededor de un determinado bloque histórico y social que al hacerse hegemónico ha logrado universalizarse. El Estado es también la instancia que reclama el uso legitimado de la violencia, como última ratio para sostener un proyecto hegemónico en un determinado territorio y población que goza de soberanía.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Aspecto metodológico

3.1.1 Diseño metodológico

La investigación utilizó una metodología de tipo cualitativa. Estableciendo en primer término los aspectos sustanciales y procesales sobre los cuales estudios previos han analizado y brindado aportes estableciendo con claridad las diferentes posiciones. Se señala a la luz de la literatura revisada que los estudios se agrupan en dos posiciones claramente marcadas y divergentes. Por un lado, se encuentran aquellos que defienden una noción tradicional de familia fundada en el matrimonio entre un varón y una mujer. Apoyan este concepto en teorías iusnaturalistas. Por otro lado, se encuentran aquellos que reconocen otras formas de estructura familiar, entre ellas las familias reconstituidas o ensambladas. Y que alientan la necesidad de resolver el vacío existente en el Código Civil al respecto.

La presente investigación busca aportar en el trabajo académico sobre la materia incorporando un enfoque de historia del derecho y de derechos humanos. En tal sentido, rechaza las nociones tradicionales de familia. Y si bien se alinea del lado de las investigaciones que reconocen otras formas de estructura familiar, entre ellas las familias ensambladas, identifica dos debilidades en estos trabajos.

En primer lugar, el debate doctrinario tiene como base determinados sentidos y relaciones sociales que establecen un determinado equilibrio de fuerzas. Equilibrio que se expresará en leyes, códigos e instituciones. La historia del derecho nos muestra como en Perú se vio siempre en primerísima instancia el derecho comparado para legislar sobre una realidad ad hoc y compleja. Si esto fue posible lo fue porque un sector de la sociedad fue tolerante a estos

procedimientos y doctrinas. Con lo que proteger a los miembros de las familias ensambladas plantea elaborar una doctrina desde un horizonte de primacía de la realidad. Como en el caso del ciudadano Shols. Caso que revela que el Código Civil de 1984 ha quedado desnaturalizado.

En segundo lugar, la teoría sobre los derechos humanos da cuenta que los Derechos Humanos son universales e indivisibles. Con lo que cualquier ordenamiento jurídico que reconozca derechos a unos y se los nieguen a otros está vulnerando el principio mismo de los Derechos Humanos. Esto es exactamente lo que ocurre con el Libro de Familia del Código Civil. Que algunos juristas que defienden este ordenamiento desnaturalizado señalan expresamente que no todas las personas deben de gozar de los mismos derechos.

La presente investigación no solo cuestiona el modelo único de familia basado en el matrimonio que el Código Civil de 1984, heredero de nociones e instituciones del Código Civil de 1936, establece. Sino que busca proponer, desde un enfoque de derechos, los principios para el reconocimiento de toda estructura familiar (particularmente las familias ensambladas). Se organiza el planteamiento sobre bases doctrinarias y procesales de derecho constitucional, siendo el caso del ciudadano Shols un caso arquetípico sobre la materia; y se consulta bibliografía secundaria y resoluciones del TC, particularmente la STC Exp. N.º 09332-2006-PA/TC. Así como, la identificación de una realidad social que ha colocado ya en el desfase al libro de familia del Código Civil de 1984. Para lo cual se aplican entrevistas en profundidad a magistrados y ciudadanos/as que han encarado situaciones similares.

De igual modo, se aplican entrevistas a profundidad en un muestreo no probabilístico. Las entrevistas se organizan en dos grupos. El primero, se conforma por magistrados y académicos. Se espera recoger apreciaciones en torno a la jurisprudencia y la doctrina desde un enfoque de derechos humanos y de historia del derecho en torno al derecho de familia en la legislación civil del país y su implicancia respecto de las familias reconstituidas. El segundo grupo se conforma por ciudadanos que pudiera haber encarado situaciones similares a las de la familia del señor Reynaldo Shols Pérez en situaciones similares o en otros ámbitos de la vida en sociedad como puede ser la matrícula de los hijos o hijas en los colegios donde se exigen partida de nacimientos. Se busca identificar que la violación del derecho a la igualdad y no discriminación afecta otros derechos como el de la identidad, salud física y psicológica, la educación y la vida de los miembros de las familias reconstituidas.

Sin perjuicio de lo anterior se analiza, de forma comparada, la legislación con otros países para identificar los hitos y mecanismos en la sociedad y el estado que permitieron superar situaciones de discriminación y desigualdad que afectaron a las familias reconstituidas.

3.1.2 Aspectos éticos

Se declara bajo juramento que las fuentes consultadas, han sido citadas de conformidad a lo establecido por la Universidad de San Martín de Porres y al Manual de estilo APA en su última edición. Se señala que la investigación es de nuestra autoría y asumimos plena responsabilidad por lo indicado.

CAPÍTULO IV: LA APROXIMACIÓN COMPARATIVA CONSTITUCIONAL Y DEL CÓDIGO CIVIL A LA NOCIÓN DE FAMILIA. LOS VACÍOS EN EL DERECHO PERUANO

4.1 Estado, Derecho y Constitución

Una mirada comparativa constitucional, y de la normativa infra constitucional, al problema de las familias reconstituidas requiere una necesaria aproximación a los conceptos de Constitución, Estado y Derecho.

Da Silva (2003) apoyándose en Fernando Lasalle, representante de la sociología constitucional, señala que el concepto jurídico, normativo, sólo dice cómo se forman las Constituciones, lo que hacen, pero no dice lo que una Constitución es; no nos dice ni siquiera dónde está el concepto de toda Constitución, la esencia constitucional. (p.9)

Lasalle es de los primeros investigadores que buscarán dar cuenta del origen del texto constitucional y a qué fenómenos sociales responde. Da Silva (2003) señala:

Lasalle es eximio representante de la sociología constitucional. (...). Para él, Constitución de un país es, en esencia, la suma de los factores reales del poder que rigen en ese país, y esos factores reales del poder constituyen la fuerza activa y eficaz que informan todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión haciendo como que no pueden ser, en sustancia, sino que son como son. Los factores reales del poder se convierten en factores jurídicos, cuando, observados ciertos procedimientos, son transportados para “una hoja de papel”, reciben

expresión escrita; entonces, desde ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales del poder, sino se convierten en derecho, instituciones jurídicas” (p.9)

En tal sentido, se configuran dos acepciones sobre la constitución. Una referida a las relaciones o correlaciones de fuerza que existen en una sociedad y tiempos determinados. Y otra que remite al mismo texto constitucional. Desde las ciencias políticas se denomina a la primera como “constitución material” y a la segunda como “constitución formal”.

Las fuerzas sociales se articulan o nuclea alrededor de ideas o sentidos comunes predominantes en las distintas dimensiones de la sociedad. Es el caso que una sociedad mayoritariamente puede, en algún momento, apostar por una economía abierta, pero al mismo tiempo mantener posiciones conservadoras en los temas de género y derechos de la población LGTBI (como puede ser el matrimonio homosexual). Estas fuerzas sociales no están quietas, sino que están en constante movimiento al interior de la sociedad y el Estado. En un equilibrio parcialmente congelado que se expresará en leyes e instituciones. Es decir, un determinado grupo social ha logrado construir una mayoría social y política, alrededor de sus intereses, y ha conseguido articular un sentido común alrededor de sus ideas y proyectos. Esto es, su agenda o intereses se han convertido en los intereses del conjunto de la sociedad y en sentido común.

Este equilibrio de fuerzas no se encuentra ni completamente cerrado ni es inamovible. Pues el grupo social que tiene el poder si quiere seguir manteniéndolo deberá tener la capacidad de incorporar los intereses de los otros grupos sociales, particularmente las minorías. Asimismo, la correlación de fuerzas puede cambiar y

romper el equilibrio previamente establecido propiciando nuevos equilibrios y consecuentemente nuevas leyes, códigos e instituciones. Como se señalaba líneas arriba desde las ciencias políticas se denomina a esta acepción como “constitución material”.

En su defecto, una determinada correlación de fuerzas se expresa en leyes, códigos, instituciones, reparto de bienes y organización del territorio. Como se señalaba líneas arriba desde las ciencias políticas se denomina a esta acepción como “constitución material”.

Al respecto, Da Silva (2003) señala que se relacionan las dos Constituciones de un país: la real y efectiva, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en una sociedad, y la escrita. (...) La Constitución escrita- sólo es buena y duradera cuando corresponde a la Constitución real, aquella que tiene sus raíces en los factores de poder que rigen en el país. (p. 9)

Llegados a este punto se identifica por tanto que hay una relación clara entre Estado, Derecho y poder. Relación que es necesaria abordar brevemente para encarar el tema del presente estudio. En tal sentido, siguiendo a La Salle, se identifica que los problemas constitucionales no son, en principio problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución es la real y efectiva; las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas, sino en la medida en que dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social (Da Silva, 2003, p. 10)

Olano (2006) en atención al elemento del poder al interior del debate constitucional recuerda que para Kart Loewenstein “la Constitución se convirtió en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder” (p. 141).

Carl Schmitt (1996) organizó las acepciones sobre la Constitución en cuatro sentidos: absoluto, relativo, ideal y positivo. Interesa para efectos de la presente investigación señalar el cuarto. Schmitt (1996) entiende que

“la Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normas cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia”. (p. 46)

Es importante no perder de vista la existencia previa de la unidad política, pues la Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática... La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente (Schmitt, 1996, p. 46)

Ahora bien, siendo esto así cabe preguntarse sobre la relación entre las leyes y la Constitución. Así, remarca Schmitt (1996) “toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente” (p. 46).

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la Constitución va a garantizar derechos la dación de leyes, normas y códigos pueden ampliar la protección de esos derechos o negarlos. En el caso de esto último se vulnera a la propia Constitución (Schmitt, 1996, p. 51).

Siguiendo a García-Pelayo, Da Silva (2003), reseña un sentido jurídico de la Constitución. La constitución viene a ser

“un complejo normativo establecido de una sola vez, en el cual, de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellas. La Constitución es, pues, un sistema de normas” (p. 15)

Para el constitucionalismo moderno, la Constitución garantiza principios racionales que dan sustento a la idea del Estado liberal. Así, señala Da Silva (2003) apoyándose en Schmitt, es constitucional todo lo que garantiza o permite concretizar la idea de Estado liberal, expresado en el texto constitucional. Esto está referido al concepto ideal de Constitución. (p. 15).

Kelsen profundiza el sentido jurídico de la Constitución. La cual será considerada como norma pura, en coherencia con su normativismo metodológico, que concibe el derecho sólo como derecho positivo, como puro deber ser, sin ninguna pretensión de fundamentación sociológica, política o filosófica (Da Silva, 2003, p.16)

Da Silva (2003) recuerda que Kelsen si bien reconoce que el derecho tiene una base social y se halla motivado por principios filosóficos, su propuesta de teoría “pura del derecho viene a expurgar a la ciencia jurídica de toda clase de juicio de valor moral o político, social o filosófico” (p. 16).

Ahora bien, la noción de Constitución como un concepto unitario nos presenta una tensión problemática entre ser y deber ser. Frente a las teorías de Schmitt, que pone el acento en el momento decisonal, y Kelsen, que pone el

acento en lo normativo, Heller señala que una Constitución se configura como una “actividad normada, más allá de una forma de actividad meramente normal” (Da Silva, 2003, p. 18)

Da Silva (2003) señala que Heller tiene como preocupación también el tema de la unidad sociopolítica y su relación con el cuerpo normativo:

“que la Constitución estatal forma un todo, en la cual aparece, complementándose recíprocamente, la normalidad y la normatividad, así como la normatividad jurídica y la extrajurídica”. (p. 18)

Buscando superar aquellas concepciones parciales, Da Silva (2003, p. 18) “dice que es necesario ‘distinguir, en toda Constitución estatal, y, como contenidos parciales de la Constitución política total, la Constitución no normada y la normada; y, dentro de ésta la norma extrajurídicamente y la que lo es jurídicamente”.

La Constitución normada (Constitución formal) y no normada (Constitución material) son contenidas por la “Constitución total” que va a integrar a “el ser y el deber ser constitucional” (Da Silva, 2003, p. 19). Para Heller es importante reafirmar una idea o concepto unitario sobre la Constitución. Ello pasa, por reconocer una articulación entre la propia Constitución y la totalidad de la realidad social que expresa una determinada estructura de poder. Así la Constitución no normada (realidad sociocultural) y la Constitución normada (normativa, jurídica y extrajurídicamente) son contenidos parciales de la Constitución política total, configurando elementos estáticos y dinámicos, normalidad y normatividad, ser y deber ser (Da Silva, 2003, p. 20).

Apoyándose en Pinto Ferreira, Da Silva (2003) desde una mirada más bien estructural y buscando organizar y ordenar las distintas dimensiones en juego: las relaciones de poder, las relaciones económicas y de producción, las instituciones y el ordenamiento jurídico.

Da Silva (2003) señala que:

“La Constitución total sería, así, como un edificio de cuatro pisos: abajo la infraestructura de las relaciones económicas, la técnica de producción y de trabajo, como símbolos de una economía individualista y colectivista; luego enseguida las representaciones colectivas de la sociedad, los sentimientos e instituciones dominantes de la comunidad humana, como reflejos de la conciencia comunal; después el sistema de normas jurídicas que, inspiradas en los antecedentes económicos e históricos sociales, traslucen esa conciencia social, corporizándola en una carta política; y, arriba del todo, los principios de la justicia, derecho natural y seguridad colectiva, como el ideal del régimen constitucional perfecto” (p. 21)

En tal sentido, la Constitución tiene, dos ámbitos o dimensiones claramente identificables: “como forma, un complejo de normas (escritas o consuetudinarias); como contenido, la conducta motivada por las relaciones sociales (económicas, políticas, religiosas, etcétera); como fin, la realización de los valores que apuntan al existir de la comunidad; y, finalmente, como causa creadora y recreadora, el poder”. (Da Silva, 2003, p. 22)

Olano (2006) coincide en las dos acepciones sobre Constitución, pero con matices que le colocan dentro de un enfoque institucionalista. Así en sentido formal la Constitución remite a normas “superiores” emanadas de una Asamblea

Constituyente; y en sentido material refiere a las instituciones de una sociedad o país determinado (p. 140).

Maurice Duverger coincide con Olano García profundizando en las dos acepciones de la palabra Constitución. El concepto material de constitución se aplica al conjunto de las instituciones políticas de un país, y es sobre este significado que reposa la noción de derecho constitucional. El concepto formal, por el contrario, alude al documento que define y regla dichas instituciones. (Olano, 2006, p. 141)

Es en este punto en el que es necesario hablar del Estado por cuanto la Constitución, en los sentidos vistos hasta ahora, remite al “sistema fundamental de las instituciones políticas” (Olano, 2006: p. 141). Instituciones políticas, incide Olano, en las que se asienta un “poder de relación” entre personas y organizaciones de la sociedad.

El Estado puede entenderse, por tanto, como un equilibrio de fuerzas sociales, que se haya en constante movimiento y tensión. Ese equilibrio se expresará a través de instituciones, códigos y normas y varía de acuerdo a cómo varía la correlación de las fuerzas sociales concretas en la sociedad. Entonces las acepciones en torno al Estado no quedan reducidas en sus definiciones clásicas (Weber) como aquella instancia que posee el uso legitimado de la fuerza, como última ratio, para garantizar un determinado orden. O aquellas que conciben al Estado como un “sujeto”, unificado, o una “cosa”, unificada, pétrea y meramente instrumental, sino que el Estado es una relación social. Al respecto, precisamente, Jessop (2013) propone un Enfoque Estratégico Relacional (EER) para referirse precisamente al Estado como una relación social.

Al respecto Jessop señala que el lenguaje cotidiano a veces representa al estado como un sujeto –el estado hace, o debe hacer, esto o aquello. A veces se refiere al estado como una cosa –esta clase económica, estrato social, partido político, o casta oficial, usa al estado para perseguir sus proyectos o intereses. Pero el estado no es un sujeto ni una cosa. (Jessop, 2013, 21 p.)

En tal sentido, el Estado para Jessop (2013) tiene como núcleo un conjunto de instituciones que cumplen un rol social legítimamente aceptado. Esto es, establecer y hacer que se cumplan las decisiones que ha asumido una comunidad política de manera colectiva y en nombre del interés común.

Ahora bien, el Estado es por tanto cambiante y no estático. Si el Estado cambia es porque cambia la estructura de poder o correlación de fuerzas que se expresan en el Estado. Jessop señala:

“El estado cambia de forma y de apariencia en función de las actividades que desarrolla, de las escalas en las cuales opera, de las fuerzas políticas que actúan hacia él, de las circunstancias en las cuales aquellos y este último actúan” (Jessop, 2013, 21 p.)

Las formas de estatalidad han cambiado por medio de la intervención política de determinados agentes o actores sociales. El aparato estatal y sus acciones son interdependientes de otras prácticas sociales. Se configura una separación entre Estado y sociedad. Jessop (2013) señala que la relación entre Estado y sociedad es problemática. Veamos, el Estado es paradójico. Si bien es un conjunto abigarrado de instituciones, tiene como función cohesionar una determinada formación social de la cual forma parte. Por tanto, permanentemente

las fuerzas sociales demandan del Estado que atienda los problemas sociales. Al respecto, Jessop anota:

“Debería tenerse en cuenta que las “sociedades” pueden ser dominadas por diferentes principios de organización social. Estos pueden estar asociados con diferentes proyectos y prioridades... que se reflejan en el estado como un sitio clave donde las relaciones de poder social se podrían cristalizar en diferentes formas y, aún más, donde las luchas por tales principios de organización societal a menudo se suceden debido a la paradoja parte-todo en la que el estado está tan fuertemente implicado... Hay principios de socialización que rivalizan entre sí, vinculados a diferentes sistemas funcionales, diferentes identidades y diferentes valores anclados en la sociedad civil y, en principio, cualquiera de ellos podría llegar a ser dominante, al menos por un tiempo”. (Jessop, 2013, p.24).

En este punto corresponde desarrollar la forma como se inserta el Derecho. Kelsen (1988) señala que:

“El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho”. (p. 3).

Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho. (Kelsen, 1988, p. 3)

Ahora bien, el concepto de derecho figura aparejado al de justicia. Sin embargo, “la tendencia a identificar derecho y justicia es la tendencia a justificar un orden social dado”. (Kelsen, 1988: p. 6). Esto es, insiste Kelsen, no se trata de una tendencia científica o moral sino más bien política. Con lo que existe una clara relación entre el derecho y el poder, o más específicamente con una determinada estructura de poder construida en una sociedad y en tiempo histórico determinados.

En esa línea de reflexión Kelsen señala que “el derecho creado por un legislador, es decir, por un acto de voluntad de autoridad humana, es derecho positivo (Kelsen, 1988: p. 10). Es a través del derecho que a cada persona le es otorgado un determinado rol en la sociedad que de no cumplirlo será sancionado.

El derecho es un orden que asigna a cada miembro de la comunidad sus deberes y, por ende, su posición dentro de la comunidad, por medio de una técnica específica, estableciendo un acto coactivo, una sanción dirigida contra el individuo que no cumple su deber. Si ignoramos este elemento no podremos diferenciar el orden jurídico de otros órdenes sociales.” (Kelsen, 1988, p. 33)

Llegado a este punto cabe hacer mención de la naturaleza de la norma, que es ser un mandato, que expresa la voluntad de alguien y busca incidir en el comportamiento de otro. Dice Kelsen que en el mandato se expresa en forma imperativa la voluntad de que otra persona se conduzca de una determinada manera. Es particularmente probable que un individuo dé a su voluntad esta forma, cuando tiene o cree tener un cierto poder sobre otro, es decir, cuando está o piensa estar en situación de exigir obediencia (Kelsen, 1988, p. 36)

Ahora bien, en tanto las normas van a regular la conducta de las personas, que se va a dar en un tiempo y espacio determinados, “las normas son válidas para cierto tiempo y para un espacio determinado” (Kelsen, 1988, p. 36)

Así, el problema clave de la dinámica jurídica, dice Kelsen (2009) viene a estar dictaminada por el tema referido a las distintas formas de creación del derecho (p. 141)

Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad (Kelsen, 2009, p. 141)

La necesaria diferenciación entre heteronomía y autonomía remite al derecho público. El cual refiere al relacionamiento entre dos sujetos, uno subordinado. Aquí existirían de forma clara relaciones de poder. Mientras que el derecho privado refiere a un relacionamiento entre dos sujetos iguales. Existirían relaciones genuinamente jurídicas. Sin embargo, si el Estado viene a ser un orden jurídico, el poder que emana del Estado es la efectividad del orden jurídico. Y será eficaz en tanto los sujetos de derecho sean influidos en su comportamiento por el (re)conocimiento de las normas a las que se hallan sometidos. En tal sentido, una noción dualista entre Derecho y Estado desaparece. Se trataría más, “de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta

unidad una realidad distinta de los elementos que la componen”. (Kelsen, 2009, p. 154)

4.2 Tratamiento de la Constitución peruana y de las Constituciones de otros países. Los tratados. El respeto al principio de igualdad y no discriminación en estos instrumentos. Tratamiento en el Código Civil peruano y el de otros países.

4.2.1 España

Los conceptos y nociones en torno al Derecho de familia están en permanente evolución. Con lo que diversas instituciones que conforman el derecho de familia cambian. La familia ha cambiado, señala López Sánchez (2020) y “ha ido adaptándose a las exigencias sociales, encontrándonos hoy en día ante una gran variedad de grupos familiares que poco o nada tienen que ver con el tipo de familia predominante cuando se promulgó el Código Civil” (p. 196).

De una familia basada en el patriarcado, donde el padre era quien ejercía la patria potestad, hemos pasado a convivir con distintos tipos de familias cuyo reconocimiento legal ha venido propiciado tanto por la adquisición de derechos individuales como por los cambios sociológicos a los que hemos asistido últimamente: la igualdad de los cónyuges o, simplemente, entre el hombre y la mujer, las uniones de hecho, las parejas y el matrimonio contraído por personas del mismo sexo y, recientemente, las familias reconstituidas, a las que nos referiremos a continuación. (López Sánchez, 2020, p. 196)

En España el cambio al Derecho de Familia se inició en el año de 1981. López Sánchez (2020) indica que “el Derecho no impone un modelo único de estructura familiar. El equilibrio entre el papel que juega la ley y la libertad

individual se ha modificado profundamente y en la actualidad nos encontramos con que un elevado porcentaje de parejas que se unen de forma estable o contraen matrimonio se disuelve y decide volver a formar otra familia, llamada reconstituida” (p. 196).

Así la familia viene a ser una institución dinámica, como todas, signada por diversos acontecimientos que marcaran determinados ciclos en su desarrollo. Estas etapas pueden estar caracterizadas por la llegada de nuevos miembros como los hijos, por la separación de sus miembros, por la unión de los miembros de una familia con los de otra, por la partida de algunos de sus miembros sea por fallecimiento o de los hijos que dejan el hogar porque se independizan o forman una nueva familia.

Considerando las situaciones que están comprometidas y que determinan los ciclos o etapas de la familia es evidente como señala López Sánchez (2020) que existe un “vínculo en el que domina el fundamento “socioafectivo” (p. 198) que afectará con mayor o menos intensidad a cada miembro de las familias en modo particular a los hijos e hijas menores.

Esta reflexión tiene que ver con proteger a la familia, a toda familia, particularmente a la reconstituida pues, como se señalaba más arriba por sus características es frágil. Y muchas deben lidiar con el dolor de lo previamente vivido (muerte de algunos de sus miembros, la separación o divorcio, entre otras).

No obstante, como en Perú, en España a pesar de ser cada vez más numerosas no son visibilizadas en la legislación española. Una de las razones que identifica López Sánchez es que existe una “relativa novedad del divorcio” en España. Una de las preocupaciones centrales, como en Perú es otorgar

protección a los hijos menores afines. Este es un vacío existente en el Código Civil español. Sin embargo, si hay avances en algunos derechos forales que reconocen algunos derechos y deberes del padre y la madre afín. López Sánchez señala que la legislación debería proteger al menor en orden prelativo. Coincide en esto con algunos autores revisados, para el caso peruano.

La sociedad española es ciertamente bastante conservadora; en ello coincide con la peruana, de allí su escaso avance en proteger a las familias reconstituidas en España. No es el caso de las legislaciones francesa, holandesa o inglesa en las que “se utiliza un concepto de patria potestad susceptible de ser ejercida por otras personas distintas a los padres (autoridad familiar –“autorité parentale”–, o autoridad parental –“parental authority”–), lo cual posibilita que se imponga al cónyuge del progenitor un deber de contribuir al mantenimiento del hijo no común mientras dure la convivencia (así, por ejemplo, en el Derecho holandés, donde los segundos consortes, aunque no tengan vínculo de parentesco con los hijos de sus parejas, tienen obligación de alimentarlos (art. 1:253w CC holandés), donde incluso es posible que el progenitor y su pareja soliciten al juez que les conceda el ejercicio conjunto de la autoridad sobre el menor (art. 1:253t del CC holandés)” (López Sánchez, 2020, p. 196).

En otros países como Suiza, la legislación obliga al esposo o esposa del padre biológico a asistir a su cónyuge en las tareas de patria potestad e incluso de representarlo en las ocasiones que lo requiera la familia. Con lo que, es garantizado el derecho de patria potestad protegiendo a los menores hijos e hijas afines. Asimismo, en Alemania, el 2001 se dieron los primeros avances legales hacia “la paternidad social” facultando a la pareja del padre o madre biológica de tomar decisiones conjuntas respecto del hijo o hija afín. De igual modo, en

Alemania como en España la figura de la adopción se configura como la única manera que el cónyuge del padre o madre biológica alcance la plena responsabilidad paterna o materna respecto del hijo o hija afín del menor. En Reino Unido desde fines del año 2005 el cónyuge del progenitor o la progenitora tiene la facultad de requerir responsabilidad parental de los hijos afines de acuerdo a los cambios en la ley de la infancia de Reino Unido. (López Sánchez, 2020, p. 200-201).

Regresando a España el Código Civil no establece alguna regulación que proteja de forma específica a las familias reconstituidas. Entre los cambios necesarios se encuentra otorgar “estatus jurídico” al cónyuge del progenitor. La responsabilidad parental si es reconocida en Nueva Zelanda de forma expresa. (López Sánchez, 2020, p. 204).

Ahora bien, es importante señalar que años después de la Constitución de 1978, la Ley de 13 de mayo de 1981 equiparó a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; asimismo, igualó al marido y a la mujer en el derecho de ejercicio de la patria potestad y en cuanto al régimen económico conyugal. En julio de 1981, se admitió el matrimonio civil con total libertad. Con lo que dejó de ser subsidiario del matrimonio canónico. La Ley de 1 de Julio de 2005 reconoció el matrimonio homosexual y lo equipara plenamente al heterosexual. (Tena, 2011, p. 81).

En España, como en toda Europa, se ha implantado un cierto “pluralismo familiar”, una diversidad de modos de convivencia en familia: familias matrimoniales-no matrimoniales, heterosexuales-homosexuales, íntegras/divididas, reconstituidas o ensambladas, monoparentales, etc. ¿Qué ha

acontecido en la sociedad y en el ordenamiento jurídico españoles, para que se hayan producido cambios de importancia en la conformación de la familia?. Sin duda, una de las circunstancias más llamativas que, tras la Constitución de 1978, ha afectado a la moderna configuración de la pareja y de la familia, es la extensión, y la socialización del fenómeno de las crisis matrimoniales: la realidad del divorcio... reintroducido en 1981... Las rupturas matrimoniales habían pasado a ser un elemento significativo de la realidad en la sociedad española. Según datos del Instituto Nacional de Estadística referidos a 2009... en España, el índice de rupturas matrimoniales (incluyendo, nulidad, separación y divorcio) representó un 60,33% respecto del total de matrimonios celebrados. (Tena, 2011, p. 82)

A la par que los proyectos familiares fracasan se incrementó la preocupación de las instituciones por las crisis recurrentes de los matrimonios y las familias para proteger los derechos de sus miembros en busca de estabilidad y paz social. A ello se sumó nuevas formas de convivencia no matrimonial: las uniones de hecho. Al 2011, quince gobiernos regionales tenían en España, leyes sobre parejas estables unidas no por medio de matrimonio. Esto responde a una realidad social evidente: al menos 32% de niñas y niños en España nacen fuera del matrimonio. Otro elemento tiene que ver con la progresiva consideración igualitaria de todos los miembros de la familia En la Constitución española se consagró igualdad jurídica de varones y mujeres; así como, el principio del interés superior del niño. De igual modo el hecho que las mujeres se incorporen al mercado laboral ha modificado la dinámica familiar y cambiado la asignación de roles entre varones y mujeres. (Tena, 2011, p. 85)

A pesar de todo esto García (2011) señala que “no existe, sin embargo, precepto alguno en la Constitución Española ni en la legislación ordinaria en el que se defina a la familia” (p. 237).

4.2.2 Argentina

Como se ha visto la normativa española, a pesar de avances importantes en algunos aspectos como el reconocimiento del matrimonio homosexual, es muy tradicional. Lamas y Ramírez (2018) señalan que uno de los aspectos donde se puede apreciar esto se halla en el concepto de “patria potestad” que históricamente ha restringido su significado (conjunto de derechos y obligaciones a padres) a la familia biológica. Las leyes en la autonomía de Cataluña amplía a legislación civil catalana contempla el término “potestad parental” y en Aragón se utiliza el concepto de “autoridad familiar” buscando ampliarse el concepto (p. 235)

En Latinoamérica existen otros conceptos para remitirse a la idea de “patria potestad”. Argentina ha incorporado el concepto de “responsabilidad parental” en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante, en el resto de países prima el concepto tradicional de “patria potestad” que incluye, de forma restringida a la relación entre hijos y padres. Lamas y Ramírez (2018) señalan que la legislación argentina ha otorgado “participación al cónyuge afín conviviente en la toma de decisiones relacionadas con la educación y crianza de los hijos de su pareja, siempre respetando el protagonismo de los padres biológicos”. (p. 236). Asimismo, la ley establece “obligación subsidiaria en materia de alimentos de los progenitores no biológicos con los hijos de su pareja, siempre y cuando mantengan el requisito de la convivencia con el infante”. (p. 237).

En otros países latinoamericanos como Perú, Ecuador y Cuba los Códigos de Familia restringen los conceptos de familia, y sus implicancias, a la familia nuclear. Esto es, a las relaciones entre padres e hijos que se enmarcan en base a los lazos biológicos. (Lamas y Ramírez, 2018, p. 237).

El Código Civil argentino parte de un concepto básico, y muy importante:

“La familia puede tener origen en un hecho biológico (por ej., lazos que unen a un niño con su progenitora), pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante”. (Kemelmajer, 2014, p. 2)

Kemelmajer (2014) coincide con Tena (2011) respecto de la realidad sociocultural que atraviesan los matrimonios y las familias en Argentina y España. El alto número de divorcios ha propiciado la irrupción de “nuevas formas de familia”. Se evidencian ahora familias unipersonales (de solteros, divorciados o viudos); monoparentales o matri-focales (madres sin pareja con hijos a su cargo, sean solteras o separadas); reconstituidas (parejas de segundas o ulteriores nupcias, a cargo de hijos procedentes de uniones anteriores); familias de cohabitantes, uniones informales de parejas sin legalizar, tengan o no hijos a su

cargo, etc." De allí que sea cada vez más frecuente referirse a "las familias", en plural". (Kemelmajer, 2014, p. 3)

Con lo que, si esto es así, la definición o concepto de familia está bastante lejos de ser "natural" y viene a ser más bien "cultural", Con lo que "se entiende fácilmente que no exista un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia". (Kemelmajer, 2014, p. 3)

Al analizar los cambios en el Código Civil en Argentina, Kemelmajer (2014) plantea una pregunta fundamental: "¿Cuál es el "cemento jurídico" (10) que une a las situaciones que hoy se incluyen en lo que se llama vida familiar?" (p. 3). Así se pasaría del "derecho de familia al derecho de las familias". El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentado en marzo de 2012 elaborado por el Ejecutivo, que finalmente se aprobó con modificaciones luego de tres años de discusión, buscaba ampliar los términos expresados en la Constitución argentina en su Artículo 14 que establece "la protección integral de la familia".

Para el proceso del presente trabajo resulta importante señalar que el Código de inicio deja en claro el carácter y la naturaleza jurídica de las familias. Uno de los elementos, ineludible, para entenderla o conceptualizarla en sociedades democráticas, es su carácter cambiante. "El anteproyecto presentado por el Ejecutivo argentino se planteaba profundizar la igualdad de derechos consagrados en los últimos años mediante normas como la del "matrimonio igualitario" (Ley N° 26.618) o la de "Identidad de Género" (Ley N° 26.743)" (Infojus, 2012, p. 1). Esta iniciativa gubernamental ampliaba derechos, sobre la base del principio y derecho de igualdad.

El Código parte de esta noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico (por ej., lazos que unen a un niño con su progenitora), pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante. (Kemelmajer, 2014, p. 2).

En tal sentido, la reforma del Código Civil en Argentina se inscribe en el proceso y principio de "democratización de la familia". Así, el Código se inscribe en el marco establecido por la CIDH cuando señala:

"en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio... Esta nueva visión es fruto, entre otras razones, del proceso de constitucionalización del derecho de familia. La llamada "constitucionalización del derecho civil" y la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el Derecho de familia". (Kemelmajer, 2014, p. 5)

Los fundamentos que estuvieron en juego en el proceso de discusión del nuevo Código Civil están referidos a consolidar el principio de igualdad como principio constitucional. El cual alinea la normativa infra constitucional como el Código. Esto se halla a la base del régimen jurídico del matrimonio y su disolución. Queda así prohibido todo tipo de discriminación.

En el caso de la familia ensamblada el antiguo Código Civil en su Artículo 308 establecía “la pérdida del ejercicio de la patria potestad de la madre viuda que contraía nuevas nupcias, ejercicio que sólo recuperaba si volvía a enviudar. (Kemelmajer, 2014, p. 5)

El nuevo Código admite derechos a las familias ensambladas: a través de dos instituciones, el progenitor afín y la adopción de integración. Así:

“Se reconoce el deber del cónyuge o conviviente de un progenitor a cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, así como la facultad de realizar actos de la vida cotidiana de estos niños... esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental que continúa en cabeza de los progenitores. Se admite el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor que tiene a su cargo el cuidado del hijo y su pareja matrimonial o conviviente sobre el hijo del primero que vive con ambos. Este acuerdo: (A) exige homologación; (B) si existe algún desacuerdo, se prioriza la decisión del progenitor del niño; (C) se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial”. (Kemelmajer, 2014, p. 14).

4.3 Los vacíos del Código Civil peruano respecto de la familia ensamblada y el anteproyecto de ley

4.3.1 Vacíos del Código Civil respecto de la familia ensamblada

De acuerdo a la clasificación elaborada en el presente trabajo (las investigaciones) respecto de los vacíos normativos, particularmente el Código Civil, respecto de la protección de las familias ensambladas pueden agruparse del siguiente modo: a) trabajos que identifican vacíos normativos y consecuente desprotección de los miembros de las familias ensambladas. Es el caso de los trabajos de Castro Aguirre (2019), Zapata García (2017), Ascurra Melendres y Calua García (2016) y Rivera Echaccaya, y Zegarra Enríquez, (2019). b) trabajos que abordan la problemática de las familias reconstituidas desde la relación padre hijo y derechos del niño/a, con énfasis en la patria potestad, en vistas a salvaguardar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es el caso de los trabajos de Calcina Montesinos (2019), Esquibel Aguilar (2017), Inchicaqui Solís (2017) o la propia Zapata García (2017).

Castro (2019), al analizar el fundamento 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional N°09332-2006-PA/TC señala que la familia ensamblada debe reconocerse como una “identidad autónoma” (p. 6). Sin embargo, el Código Civil norma en otro sentido desprotegiendo a las otras formas de organización familiar. Esta situación se origina, en el Código Civil, al reconocer taxativamente un único modelo familiar. Castro no deja de incidir en la necesidad de brindar protección a los hijos e hijas afines.

Zapata (2017) coincide con Castro (2019) en el sentido que el vacío existente en el Código Civil, respecto de las familias ensambladas afecta,

particularmente a los hijos menores vulnerando sus derechos. Zapata (2017) identifica un aspecto bastante delicado: las decisiones que pudieran tomarse en favor de los miembros de las familias reconstituidas, especialmente hijos e hijas afines, no necesariamente pueden ser implementadas dado el vacío de regulación. De allí que Zapata (2017) propone incluirse en el artículo 233 del Código Civil de 1984 una noción amplia de familia. Zapata (2017) coincide con Castro (2019) en la pertinencia de otorgar la tenencia en favor de la madre o del padre afín.

Ascurra y Calua (2016) muestran preocupación por las limitaciones para el reconocimiento de derechos sucesorios a favor de hijos e hijas afines con respecto de la madre o de padre afín. Este es uno de los niveles de desprotección en los que el Código Civil de 1984 coloca a los miembros de las familias reconstituidas y sus niveles de desprotección en el Código Civil de 1984, particularmente los derechos sucesorios, Con el propósito de elaborar propuestas conducentes a tipificar normativa que desde el Código Civil proteja a “las familias ensambladas y su derecho a heredar por sucesión intestada” (p. 9).

Rivera y Zegarra (2019) identifican que las familias ensambladas son perjudicadas en su identidad propia, modelo y estructura al verse imposibilitadas de conformarse como familia. En línea con Zapata (2017), Rivera y Zegarra (2019) proponen un “literal “A” en el artículo 233º del Código Civil- Libro de Familia “con la finalidad que regulen los derechos y obligaciones entre un cónyuge y los hijos del otro, sobre todo los padres afines e hijos afines de manera que lleguen a desarrollar una identidad”. (p. 72).

El tema abordado por Rivera y Zegarra (2019) es de enorme importancia para el presente trabajo. Uno de los aspectos centrales del caso Shols tiene que ver con la afectación de la identidad familiar y personal de sus miembros. Los vacíos en el Código Civil afectan psicológica, mental y físicamente a las personas en su desarrollo humano integral. Un aspecto clave debería ser una necesaria indemnización a las víctimas de esta grave vulneración de derechos humanos fundamentales.

Esquibel (2017) señala que la sentencia del TC Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, define la familia reconstituida como una estructura familiar no tradicional que se origina en la unión de dos personas configurando una nueva identidad familiar. Que es frágil por las circunstancias de donde emergieron (fallecimiento de algunos de los padres o divorcio). Con lo que corresponde que la sociedad y el Estado la acompañen y protejan.

De lo señalado por Esquibel (2017) se desprende que el vacío legal coloca a las familias en una situación de revictimización. La desprotección en que el Libro de Familia del Código Civil de 1984 les coloca, las revictimiza e impide el ejercicio pleno de libertades de sus miembros y su desarrollo integral. Hecho que afecta de forma particular a los hijos e hijas.

Gutiérrez (2018) identifica en la Constitución Política del Perú, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la existencia de razones jurídicas para la protección de toda organización familiar y por tanto a la familia reconstituida. A ello se suma las Sentencias del Tribunal Constitucional. Todo lo cual contribuye a plantear la

incorporación de la familia ensamblada en el Código Civil. De no resolver este vacío se afectaría “la identidad familiar de este nuevo núcleo familiar”, como en el caso del ciudadano Reynaldo Shols. (p. 111).

Inchicaqui (2017) plantea ¿En qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado incide sobre la familia ensamblada en el Perú? Así, el vacío legal existente no contribuye a consolidar, integrar y proteger a estas nuevas familias. La autora concluye que reconocer los deberes y derechos propios de la patria potestad incide de forma positiva en la calidad de vida de los hijos e hijas.

Zapata (2017) en su trabajo señala que la tenencia a favor del padre afín debería ser efectiva en tanto se resguarde el interés superior del niño y en tanto los padres muestren voluntad de hacer efectivo este acto jurídico. Esto no elimina el hecho de considerar el interés del niño respecto a la relación establecida con el padre afín.

Calcina (2019) señala que de acuerdo al TC se puede reconocer la patria potestad a madres y padres afines de las familias reconstituidas respecto de los menores (hijas e hijos afines) resguardando el interés superior del niño o adolescente. En tal sentido, los padres afines pueden gozar del derecho de la patria potestad fijándose mecanismos, de los cuales gozan los padres biológicos, como régimen de visitas cuando cesa, en este caso, la familia reconstituida.

Al revisar los trabajos de Marcenaro (1990) y Landa (1990) se puede llegar a una conclusión evidente: ni el Código Civil de 1984 ni sus estudiosos se ponen en el caso de las familias reconstituidas.

Marcenaro (1990) centra su preocupación en los temas de igualdad entre varones y mujeres en el Código Civil de 1984 respecto del Código Civil 1936. En tal sentido identifica avances como en la representación de la sociedad legal. O en el caso de la patria potestad. En todos los casos se da por sentada con única estructura familiar la tradicional o llamada nuclear.

Landa (1990) señala que la Constitución de 1979 por primera vez va a regular la familia. Esto es parte o expresión de un proceso social, y por tanto histórico, de “integración mutua entre el dominio privado y el dominio público” (p. 127). Reseña los derechos sociales que le son conferidos a la familia. Pero al igual que Marcenaro (1990) el caso de las familias ensambladas no aparece.

Con lo que otras estructuras familiares quedan en desamparo legal. Ramos (1994) señala que “complejas formas de familia, existentes en el mundo andino, están lejos de ser materia de amparo legal” (p. 100).

Ramos (1994) en su análisis del Libro de familia del Código Civil de 1984 identifica seis niveles familiares: a) La familia constituida por los cónyuges y los hijos menores; b) la familia conformada por los cónyuges, descendientes y ascendientes (Herederos forzosos); c) la familia conformada por los cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos; d) la familia compuesta por consanguíneos en línea recta, en línea colateral hasta el tercer grado; afines en línea recta, en línea colateral hasta el segundo grado. Excluyendo a los hermanos de la relación familiar; y e) los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Los vacíos en el Código Civil dan cuenta que las demás estructuras familiares, entre ellas las familias reconstituidas, quedan al margen del amparo de la ley.

4.3.2 El anteproyecto de Reforma del Código Civil

En octubre del 2016 se conformó un Grupo de Trabajo de revisión y mejora del Código Civil de 1984. El grupo se conformó vía Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, que fue modificada por Resolución Ministerial N° 0183-2017-JUS y Resolución Ministerial N° 047-2018-JUS. El grupo de Trabajo se constituyó con los catedráticos en Derecho, Mario Gastón Fernández Cruz, que presidió el grupo, Juan Espinoza Espinoza, Luciano Barchi Velaochaga, Carlos Cárdenas Quirós, Enrique Varsi Rospigliosi y Gustavo Montero Ordinola. El 5 de febrero del año 2020, a través de la Resolución Ministerial 0046-2020-JUS se publicó el Anteproyecto de reforma del Código Civil.

El texto del anteproyecto reconoce uno de los supuestos del presente trabajo, el cambio en los sentidos comunes y de la realidad social referida a la estructura familiar. Al respecto, el Código Civil, aprobado por el Decreto Legislativo N° 295, que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, al ser una de las principales normas del ordenamiento jurídico peruano, requiere de una periódica revisión de sus disposiciones normativas para adecuarlo a las nuevas situaciones que se presentan en las relaciones humanas dentro de la sociedad (MINJUS, 2020, p. 2)

No obstante, la indicación del Ministerio de Justicia fue hacer reformas parciales al Código Civil y no una modificación integral. Lo cual fue una limitante. Sin perjuicio de ello, el grupo incorporó aportes de previos anteproyectos. Es el

caso de las propuestas de enmiendas al Código Civil, publicadas el 2006, presentadas por la Comisión creada por la Ley N° 26394.

La coordinación del subgrupo de trabajo referido al Libro III: Derecho de Familia estuvo a cargo de Carmen Cabello y la supervisión a cargo de Enrique Varsi. A continuación, se presentarán los cambios planteados y el análisis de los mismos.

Tabla 1: Análisis de los artículos por modificar

Código Civil Vigente	Anteproyecto de Ley
Artículo 233.- 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.	Artículo 233.- Finalidad de la regulación de la familia. La regulación jurídica de la familia y las diversas formas de constituirla tienen por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú y en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano.
Artículo 237.- El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro.	Artículo 237.- Parentesco por afinidad. 1. El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los

<p>Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.</p> <p>La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce.</p> <p>Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.</p>	<p>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.</p> <p>2. 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.</p> <p>3. Igual parentesco, en las mismas líneas y grados, surge de las uniones estables que cumplan las condiciones del artículo 326.</p>
<p>Artículo 326.- 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</p>	<p>Artículo 326.- Unión de hecho.</p> <p>1. La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, sin que haya unión de hecho inscrita por alguno de ellos, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio,</p>

<p>le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.</p> <p>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.</p> <p>La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.</p> <p>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.</p> <p>Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene</p>	<p>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.</p> <p>2. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal.</p> <p>3. Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el numeral 1 producen derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, por lo que son de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil.</p> <p>4. Tratándose de una unión que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento sin causa.</p>
--	---

<p>expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.</p> <p>Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.</p>	
---	--

Fuente: MINJUS 2020

El MINJUS (2020) señala en su análisis respecto del cambio en el artículo 233°:

Artículo 233.- Si bien el artículo 233 del Código Civil contribuye a la consolidación y fortalecimiento de la regulación jurídica de la familia, en armonía con los principios y normas contenidos en la Constitución Política del Perú, es necesario que se otorgue tutela jurídica a otras formas familiares como la unión de hecho, que se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio.

Con la propuesta normativa se reconoce las diversas formas de fundar la familia (ensamblada, monoparental, entre otras). (MINJUS, 2020, p. 148-149)

Respecto del artículo 237 el MINJUS señala en su análisis:

Artículo 237.- A diferencia de lo preceptuado en el actual artículo 237, se extiende la afinidad a las relaciones familiares originadas por las uniones de hecho.

Se regula también la relación jurídica de los hijos afines que no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, haciendo suyas las decisiones del Tribunal Constitucional. (MINJUS, 2020, p. 149)

Importante hacer las siguientes reflexiones:

- Se identifica un avance respecto de la protección y reconocimiento legal a las otras formas o estructuras familiares. Todas las familias, son reconocidas, y no solo las que surgen del matrimonio. La familia se funda por tanto ya no en el matrimonio sino en la unión de hecho. Con lo cual se avanza respecto de la protección y reconocimiento legal a las familias reconstituidas.
- Se identifica también la protección legal a todos los hijos e hijas afines. Siendo uno de los temas de mayor preocupación por parte de los estudios en torno a familias ensambladas es saludable la propuesta del MINJUS.

Sin perjuicio de ello se identifican aún vacíos. Se mencionan dos. En primer lugar, la vulneración del derecho de igualdad de los miembros de las familias reconstituidas se explica porque en el derecho peruano prima una doctrina sobre los derechos humanos según la cual todo derecho para ser efectivo debe primero ser reconocido como “derecho jurídico” y figurar de forma expresa en leyes y códigos. El Código Civil no es la norma para revertir esta situación. No le corresponde. Con lo que en el texto debería de establecerse de forma taxativa las

estructuras familiares, entre las que se hallan las ensambladas. La amplitud del concepto deja espacio para la interpretación jurídica y posteriores procesos contenciosos que impongan la norma. La propuesta, en este sentido, es conservadora. Y actúa en función de las correlaciones de fuerzas en el Parlamento. No necesariamente en la sociedad.

Un segundo elemento está referido al hecho fundante de la estructura familiar. Es un avance que no sea el matrimonio el que funda la familia sino la unión de hecho. No obstante, según se ha visto, es el cuidado de los miembros de la familia por los propios miembros, la sociedad y el Estado, el que complementa el hecho fundante de la familia. Debería por tanto de forma taxativa señalarse, considerando que todo derecho para ser efectivo debe primero ser reconocido como “derecho jurídico”, establecerse que todos los miembros de todas las familias gozan de todos los derechos sin ningún tipo de discriminación.

CAPÍTULO V: APROXIMACIONES A LAS EXPERIENCIAS DEL GRUPO SOCIAL Y LA JURISPRUDENCIA. LOS NECESARIOS CAMBIOS

5.1 La aproximación al grupo social y sus experiencias

El MINJUS (2020) reconoce que el Código Civil de 1984 debe ser revisado adecuándose a las circunstancias actuales de la sociedad peruana. Es necesario resaltar que, si el problema de las familias reconstituidas se visibiliza en los tiempos recientes, no tiene que ver únicamente con fenómenos sociales como el incremento de los divorcios, como se ha visto. Sino con el cambio en los sentidos comunes, también identificado líneas arriba.

La sociedad peruana no ha sido ajena a los efectos e impactos de procesos propios de la modernidad como la de la secularización y laicidad del Estado moderno. Esto es, la religión, cristiana en particular, ha dejado de ser el referente sobre el cual se organiza la vida en sociedad. Esto no niega su presencia e influencia en diversos ámbitos de la vida en sociedad. Este fenómeno pone en cuestión el concepto tradicional de familia y cuestiona la base sobre la que se funda: el matrimonio.

En realidad, el cuestionamiento al matrimonio, tiene que ver con la deformación de la institución del matrimonio. Éste tiene que ver con una comunidad basada en un proyecto de vida en común que en su desarrollo es acompañada por la comunidad. La sociedad posmoderna, fuertemente individualista, ha vaciado de contenido al matrimonio, le ha quitado su sustancia y se ha quedado con el rito y las formas (entre las que destaca su carácter permanente). La crítica, en el momento actual, tiene la forma de la negación total: no se niega ya la forma que ha tomado la institución matrimonial sino a la misma

institución matrimonial. En otras palabras, el matrimonio, como institución, está en crisis. Y con ella el concepto tradicional de familia.

Con lo que es necesario resaltar que la familia excede al matrimonio. No solo es necesario constatar que ya no se funda sobre la base del matrimonio. Sino que las familias ya no se plantean, o se plantean cada vez menos, el matrimonio como parte de su proyecto. Se crearon por tanto otros vínculos sobre los cuales las familias construyen sus afectos y su unidad.

El cambio del Libro de Familia del Código Civil de 1984 tiene que ver por tanto con que las familias, que no surgieron del matrimonio, se conviertan en estatalidad o en Estado. En el fondo es un tema de poder que afecta al Derecho.

Como se ha señalado el cambio en el artículo 233, referido a la regulación de la familia, que el anteproyecto propone es un avance al reconocer las diversas formas de estructura familiar. La familia se funda ya no en la unión matrimonial sino en la unión de hecho. Y se dan avances en la protección legal a todos los hijos e hijas afines.

No obstante, como se ha señalado dado que en el derecho peruano prima la doctrina según la cual todo derecho para ser efectivo debe ser reconocido previamente como "derecho jurídico". Se debería, por tanto, expresarse de modo taxativo los tipos familiares, entre ellos las familias ensambladas. La amplitud del concepto deja espacio para la interpretación jurídica y posteriores procesos contenciosos. La propuesta termina siendo conservadora. Asimismo, debería señalarse de forma expresa que todos los miembros de todas las familias gozan de todos los derechos sin ningún tipo de discriminación.

Esto es importante de tal forma se dejen de vulnerar derechos fundamentales. Como es el caso de la entrevistada Nro. 2 que señala una vulneración del derecho constitucional a la igualdad, en caso similar al del señor Shols, pero cuyas consecuencias son mayores, pues se afectan a otros derechos como el acceso a la salud:

“Tengo una hija antes del matrimonio, y cuando mi esposo entró a trabajar a una empresa, lo inscribieron a Essalud y él iba a inscribirnos, pero no le permitieron inscribir a mi hija porque no llevaba sus apellidos. A pesar que él indicó que ella estaba a su cargo. Tuvimos que contratar un seguro particular solo para ella”. (Entrevistada Nro. 2)

La afectación al derecho a la salud (en un país donde prima una lógica de seguros o aseguramiento y no de acceso a la salud por condición de ciudadanía) termina comprometiendo otros derechos como son los económicos. La contratación de un seguro privado, afecta la economía familiar. Este hecho puede agravarse de requerirse acceso a servicios de salud (hospitalización, atención médica, medicinas) en caso de emergencia y no contar con ningún tipo de seguro (público o privado). Las familias deberán endeudarse o de no ser sujetas de crédito tendrán que organizar alguna forma de ayuda o tan solo ver perjudicado en su salud al familiar o incluso su fallecimiento. Este hecho terminará afectando a los demás miembros en su salud mental e integridad.

Las consecuencias afectan también otros derechos como la recreación que redundan en una mejor calidad de vida y salud. La entrevistada Nro. 2 señala:

“Cuando quisimos ser socios de un club y solo mi esposo podía inscribir a los hijos nacidos en matrimonio y no podía inscribir a mi hija.

Tuve que ser yo la titular para poderlos inscribir a todos”. (Entrevistada Nro. 2).

En el caso de la familia de la entrevistada Nro. 2, pudieron superar de forma articulada y articulada. Sin embargo, no siempre puede ser así. Es importante no perder de vista que las familias reconstituidas surgen de situaciones difíciles y dolorosas como suelen ser los divorcios o separaciones previas o incluso el fallecimiento de algunos de los cónyuges o padres biológicos de la relación anterior. La sociedad y el estado (el libro de familia del Código Civil de 1984 en concreto) terminan por re victimizar a los miembros de las familias ensambladas. Situación que debería ser cambiada, conforme señala la entrevistada nro. 1:

“Pienso que sí, el Estado debería regular algunas leyes para que se garantice que sean cumplidos los derechos de los hijos y de los padres para poder seguirlos viendo ya que también hay casos en los que las madres o padres no dejan que sus exparejas vean a sus hijos creando problemas emocionales en ellos”. (Entrevistada Nro. 1).

El Estado debe proteger a todos los ciudadanos y ciudadanas sin ningún tipo de discriminación. No obstante, el libro de familia del Código Civil coloca en la desprotección y en situación de vulnerabilidad a los miembros de las familias ensambladas. Quienes han padecido esta situación demandan igualdad ante la ley. Por cuanto “es obligación del Estado peruano no discriminar al individuo”, señala la entrevistada Nro. 3.

5.2 La aproximación jurisprudencial a nivel constitucional y civil

Es importante señalar, en línea con lo indicado por el Dr. Gastón Quevedo Pereyra (Entrevistado Nro. 4), que el Estado Peruano está obligado en virtud de todos los tratados y convenios vigentes y firmados desde 1950 en adelante, y por los principios de igualdad y no discriminación. (Entrevista Nro. 4)

Precisamente los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado peruano le facultan para proteger los derechos a la igualdad y no discriminación de los miembros de las familias reconstituidas y su derecho a fundar una familia. No obstante, el Dr. Quevedo Pereyra, precisa, que si bien el Estado peruano no está impedido para proteger los derechos señalados:

En razón de los tratados y convenios suscritos lo que ha sido reconocido por el TC y fallos de la CIDH. Pero para una eficaz protección aún deben producirse modificaciones específicas que deben realizarse al Código Civil de 1984. (Entrevista Nro. 4).

El Dr. Paz Panduro (entrevista Nro. 9) hace hincapié en la normativa nacional que obliga al Estado peruano a proteger los Derechos Humanos de forma íntegra, sin discriminación, ello conforme a la Constitución Política del Perú, el Código Penal, el Código del Consumidor, entre otras nomas. (Entrevista Nro. 9).

No obstante, a pesar de esto el Estado no protege a las familias reconstituidas y sus miembros. Pues como señala el Dr. Cantoni Briceño (Entrevistado Nro. 5) “no se acepta cualquier modelo de familia, no se permite el matrimonio entre personas de igual sexo ni la adopción por parte de éstos”. Estas acciones vienen a ser anticonstitucionales, pues como señala el propio Dr.

Cantoni: “el Estado está obligado a proteger los derechos humanos de forma completa, pues está consagrado constitucionalmente el principio de igualdad ante la ley”.

El Dr. Rafael Cantoni Briceño (Entrevistado Nro. 5), en línea con el Dr. Quevedo anota que el Estado, la Constitución y la ley no garantizan que cualquier ciudadano o ciudadana pueda fundar un grupo familiar. Paradójicamente el modelo general, abstracto y relacional de familia contemplado en la Constitución ha dejado demasiado margen a interpretaciones que terminan por vulnerar derechos constitucionales.

El Dr. Cantoni Briceño al respecto señala que la constitución con sus artículos 4, 5 y 6 da un marco general de protección que debe desarrollarse con otras normas legales y reglamentarias. Sus supuestos son abiertos puntualizando que la forma de matrimonio se regula por ley. (Entrevista Nro. 5)

Es precisamente este margen que la propia Constitución propicia la que abre la posibilidad a situaciones de vulneración de derechos constitucionales. El propio Dr. Cantoni señala que diversas interpretaciones del concepto de familia que provienen de la Constitución impiden el derecho de igualdad y no discriminación. (Entrevista Nro. 5)

Se configuraría así por tanto la necesidad de un cambio a nivel Constitucional. Es necesario al respecto hacer una revisión comparada del marco Constitucional en otros países. Que se verá en el siguiente apartado. Por lo pronto, resaltar los aportes de los doctores Quevedo, Cantoni y Tori Vargas, en el sentido que la Costumbre, como fuente del derecho puede contribuir a superar el problema que encaran las familias reconstituidas y sus miembros. El Dr. Quevedo

señala que la Costumbre incide en la jurisprudencia “en el sentido de que el consuetudo implica un rico campo de apreciación sociológica”. (Entrevista Nro. 4).

En una mirada distinta (con la que coincidía inicialmente) la Dra. Shinno Pereyra (Entrevista Nro. 7), el Dr. Montoya Chávez (Entrevistado Nro. 8) y el Dr. Paz Panduro (entrevista Nro. 9) señalan que la Constitución reconoce ya distintos tipos de familia. Apelando, además, al principio de igualdad y no discriminación (artículos 2 y 4 de la Constitución) así como a los Tratados Internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que el Estado peruano ha suscrito. La idea de familia tradicional, indica el Dr. Montoya, en la Constitución no se basa en el matrimonio sino en las uniones de hecho. No obstante, sí toma en cuenta a una pareja que tiene hijos biológicos.

Sin embargo, conforme se ha mencionado líneas arriba el margen para la interpretación del texto constitucional deja abierta la posibilidad de vulnerar derechos precisamente fijados por la propia Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior resulta importante el aporte de la Dra. Shinno Pereyra quien identifica que además del cambio al Libro de Familia del Código Civil de 1984 debería existir leyes especiales que regulen los efectos jurídicos que pueda generar las familias ensambladas como el deber alimentario entre padres e hijos afines, tenencia, régimen de visitas, parentesco, entre otros, pues existe un vacío en dichos temas; si bien es cierto el Tribunal Constitucional reconoce que hay un nuevo tipo de familia, pero no analiza las consecuencias jurídicas que generan estas familias. (Entrevista Nro. 7)

A ello abona el Dr. Montoya Chávez (Entrevistado Nro. 8) señalando que, si es necesaria “una nueva legislación infraconstitucional para un mejor

entendimiento de aquellos jueces y servidores públicos que aún son legalistas, poco proclives a aceptar la jurisprudencia y que entienden mal el principio de legalidad”. Esto está en línea con lo identificado en el presente trabajo, a saber, que prima en la doctrina en el país que todo derecho para ser reconocido como tal debe primero ser un derecho jurídico y figurar de forma expresa en leyes y códigos.

Se puede sacar en limpio la necesidad de un ordenamiento jurídico más complejo y transversal al conjunto de las instituciones (normas y códigos) que consolide un marco normativo que proteja a las familias ensambladas.

5.3 La necesidad de un cambio: Nuestra propuesta para modificar el Código Civil

Conforme hemos podido identificar en el subcapítulo previo la mayoría de expertos consultados coincide en la necesidad de hacer cambios en la normativa infra constitucional, particularmente el Libro de Familia del Código Civil de 1984. Incluso, en línea con el aporte del Dr. Antoni Briceño, se identificaba la necesidad de un cambio constitucional. La única posición discrepante es la del Dr. Paz Panduro, que señala que el Código Civil no requiere modificarse y que basta con el hecho que los operadores jurídicos comprendan esta necesidad (el respeto a las familias ensambladas). El Juez debe usar el Art. 138 de la Constitución Política del Perú. (Entrevista Nro. 9)

Como se sabe el artículo 138 de la Constitución establece la jerarquía en la normativa nacional. Así señala que: “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Sin embargo, como se ha visto el Estado, las leyes e inclusive la propia Constitución no garantizan que cualquier ciudadano o ciudadana pueda fundar un grupo familiar. El modelo general, abstracto y relacional de familia expresado en la Constitución ha dejado demasiado margen a interpretación que puede abrir posibilidad de respeto a derechos fundamentales de las familias ensambladas. Pero también deja abierta la posibilidad a su vulneración.

El Dr. Cantoni anotaba que diversas interpretaciones en torno al concepto de familia que provienen de la Constitución impiden el derecho de igualdad y no discriminación. (Entrevista Nro. 5).

Veámos al inicio que la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del señor Reynaldo Shols, tiene a su base un modelo general, abstracto y relacional de familia que no pierde el carácter del modelo tradicional, sino que lo amplía. Lo característico de esta organización relacional es el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los nuevos miembros (hijos e hijas). En tal sentido, el cuidado y la protección de los miembros de la familia (particularmente de hijos e hijas por parte de los padres, de la sociedad y el Estado) será el elemento sustancial en la definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio (que caracterizaba al modelo tradicional de familia, que es el modelo que el Código Civil de 1984 contempla). Estas nociones deben ser expresadas en el texto Constitucional y en la normativa infra constitucional.

A estos considerandos añadir el de los aportes de los doctores Quevedo, Cantoni y Tori Vargas, en el sentido que la Costumbre, como fuente del derecho puede contribuir a superar el problema que encaran las familias reconstituidas y sus miembros. El Dr. Quevedo (entrevista Nro. 4) señalaba que la Costumbre

incide en la jurisprudencia “en el sentido de que el consuetudo implica un rico campo de apreciación sociológica”.

Hernández (2010) señala que el Sistema Jurídico Romano Germano, se encuentra basado en la supremacía de la ley como fuente de Derecho y el Sistema Jurídico Anglosajón donde la costumbre contiene una importancia ideológica fundamental como justificación y fundamento de la fuente básica de este Sistema Jurídico denominada “precedente judicial”. (p. 146)

Las fuentes del Derecho, incide Hernández (2010) se hallan clasificadas en materiales (referidas a fenómenos sociales que dan origen a las leyes) y formales (referidos a los procedimientos que le otorgan calidad de norma jurídica a las fuentes materiales). Tienen que ver con las motivaciones de tipo sociológicas que le dan contenido material a las normas. La ley y la costumbre se hallan entre las fuentes formales y están relacionadas al poder estatal, esto es a determinadas relaciones de poder. La ley manifiesta la autoridad del Estado regula la conducta de los ciudadanos y ciudadanas; la costumbre remite a las conductas reiteradas, uniformes y públicas en una sociedad determinada. (p.146).

La costumbre es la fuente del Derecho más antigua. Actualmente (de modo particular en la doctrina jurídica romana-germana). La costumbre a pesar de mantener importancia como fuente formal del derecho cede ante el imperio de la ley, es así como se habla al interior de la doctrina de costumbre *secundum legem* (a favor de la ley), *costumbre contra legem* (contra la ley) y, *costumbre praeter legem* (regula situaciones que la ley no regula). De manera que sólo tienen calidad de costumbre jurídica las costumbres *secundum legem* y *praeter legem*. (Hernández, 2010: p. 147)

Hernández (2010) reitera que en la doctrina de tradición romano-germano la ley prevalece por sobre la costumbre. Desde un enfoque jurídico la Costumbre remite a una usanza, o comportamiento social reiterativo con carácter general, y la conciencia de que ella expresa una ley o norma de cumplimiento obligatorio. (p.148).

Esto se halla en línea con las teorías elaboradas por Robert Jessop y el concepto del Estado como relación. Es decir, el Estado expresa determinadas relaciones de poder. Los usos de determinados sectores hegemónicos de una sociedad determinada se convierten en normas e instituciones.

Es el caso de la sociedad y la Constitución españolas: la idea o concepto de familia no aparece en el Código Civil. El término “familia reconstituida” no tiene concepto legal. Asimismo, la Constitución española no hace distinción entre las familias. En un texto similar a la Constitución peruana señala: en su artículo 39: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Una posibilidad, como en Perú, es que todo tipo de estructura familiar vea protegidos y garantizados todos sus derechos. Sin embargo, en una sociedad conservadora como la peruana la vulneración de derechos es también una posibilidad.

De allí que resulta importante resaltar la experiencia argentina donde, como señalaba Kemelmajer (2014), se pasó del “derecho de familia al derecho de las familias”. Ampliándose los términos expresados en la Constitución argentina en su Artículo 14 que establece “la protección integral de la familia”. Una norma que se complementa con leyes del “matrimonio igualitario” (Ley N° 26.618) o la de

“Identidad de Género” (Ley N° 26.743)”. La discusión en los procesos de discusión normativa pudo establecer que si bien distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante. (Kemelmajer, 2014, p. 2)

La reforma del Código Civil en Argentina se inscribe en el proceso y principio de “democratización de la familia”. Los fundamentos que estuvieron en juego en el proceso de discusión del nuevo Código Civil está referido a consolidar el principio de igualdad como principio constitucional. El cual alinea la normativa infra constitucional como el Código. Esto se halla a la base del régimen jurídico del matrimonio y su disolución. El nuevo Código admite derechos a las familias ensambladas: a través de dos instituciones, el progenitor afín y la adopción de integración.

CONCLUSIONES

1. Tanto el Estado, las leyes e inclusive la propia Constitución no garantizan que cualquier ciudadano o ciudadana vea protegido y garantizado su derecho fundamental de fundar o constituir una familia. En consecuencia, las familias reconstituidas, y sus miembros, se encuentran desprotegidas. Los temas de fondo del problema tienen que ver con aspectos políticos, sociológicos y su impacto en el Derecho. Las normas, en particular el Libro de familia del Código Civil de 1984, han dado forma a un modelo privilegiado de familia. La doctrina y la jurisprudencia privilegiaron a la familia nuclear, secundariamente a la familia ampliada. Ambas construidas sobre la base del matrimonio.
2. Conforme se ha visto, siguiendo el Enfoque Estratégico Relacional (EER) propuesto por Robert Jessop, citado en nuestra investigación, el Estado es fundamentalmente una relación social, que expresa a través de la Constitución, las instituciones, normas, leyes, códigos un determinado equilibrio de fuerzas.
3. La normativa infra constitucional establece al matrimonio como una institución que legaliza, o ilegaliza, a las organizaciones familiares. Si desde el Derecho se delimita un concepto de familia y si la ley positiva no reconoce ni reproduce las costumbres de determinados ciudadanos y ciudadanas, el Estado termina por violentar de forma institucionalizada los derechos de estos ciudadanos/as.
4. El modelo general, abstracto y relacional de familia expresado en la Constitución ha dejado demasiado margen a la interpretación que puede abrir posibilidad de respeto a derechos fundamentales, pero también deja abierta la posibilidad a su vulneración. El caso del señor Shols, ampliamente explicado en nuestra investigación, así lo demuestra.

5. El elemento central de la Sentencia del Tribunal Constitucional, motivada por la demanda interpuesta por el señor Shols Pérez tiene que ver con el derecho universal y constitucional que posee toda persona de constituir o fundar una familia, cuyo origen no reside en el matrimonio sino en el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los/as hijos/as, que goce del reconocimiento y la protección de la sociedad y del Estado.

6. La sentencia del Tribunal Constitucional peruano, en el caso del señor Reynaldo Shols, tiene a su base un modelo general, abstracto y relacional de familia que no pierde el carácter del modelo tradicional, sino que lo amplía. Lo característico de este modelo u organización relacional deberá ser el cuidado y la protección de todos los miembros de la familia reconstituidas, garantizando el goce de todos sus derechos, en primerísima instancia del derecho a la igualdad y no discriminación. Este debería ser uno de los elementos sustanciales en la definición de la estructura familiar y ya no el matrimonio (que caracterizaba al modelo tradicional de familia, que es el modelo que el Código Civil de 1984 contempla). Estas nociones deben ser expresadas en el texto Constitucional y en la normativa infra constitucional (particularmente el Libro de Familia del nuevo Código Civil).

7. El Anteproyecto de reforma del Código Civil publicado el 5 de febrero del año 2020 a través de Resolución Ministerial 0046-2020-JUS, a pesar de sus avances, sigue manteniendo vacíos que no resuelven la problemática de fondo de las familias ensambladas. Los cambios en el artículo 233, 237 y 326 del Código Civil dan pasos hacia la protección y reconocimiento legal a las otras formas de familia. Esto es todas las familias, son reconocidas y no solo las que surgen del

matrimonio. La familia se funda ya no en el matrimonio sino en la unión de hecho. Protegiéndose a los hijos e hijas afines.

8. Sin embargo, dado que en el derecho peruano prima una doctrina sobre los derechos humanos según la cual todo derecho para ser efectivo debe primero ser reconocido como “derecho jurídico” y figurar de forma expresa en leyes y códigos. Debería en lo posible reducirse el espacio para la interpretación y establecerse de forma taxativa las estructuras familiares reconocidas entre ellas las reconstituidas, pero también las conformadas por padres del mismo género, entre otras. La propuesta del Ministerio de Justicia aún es conservadora.

9. Considerando que la Constitución en sus artículos 4°, 5° y 6° da un marco general de protección que debe desarrollarse con otras normas legales y reglamentarias. Sus supuestos son abiertos puntualizando que la forma de matrimonio se regula por ley. Precisamente, este margen que la propia Constitución propicia, abre la posibilidad a situaciones de vulneración de derechos constitucionales. Así las interpretaciones del concepto o idea de familia que manan del texto constitucional van a constituirse en impedimento del derecho de igualdad y no discriminación.

10. Se hace necesario, por tanto, un cambio tanto al Libro de familia como al texto Constitucional. Cambios que en la práctica reconocen que la materialidad de los hechos ha cambiado. Fenómenos como el incremento de divorcios o la crisis de instituciones propias de la modernidad como el matrimonio dan cuenta de un cambio en el sentido común y las relaciones sociales de la época.

RECOMENDACIONES

1. Impulsar un cambio en la Constitución y en la normativa infra constitucional (particularmente el Libro de Familia del Código Civil de 1984). En el caso del cambio de la Constitución debería desarrollarse como parte de un proceso constituyente. Esto es la elección de una Asamblea Constituyente que elabore una nueva Constitución. Esto por cuanto, por lo visto, discutir una normativa constitucional e infra constitucional supone atender los aspectos formales y materiales que se hallan en juego como fuentes del Derecho.

2. Si el cambio en la Constitución se inscribe como parte de un proceso constituyente se trata en el fondo de un cambio en la estructura de poder. Algo que ya viene dándose en la sociedad peruana. Esto es, la realidad y la conciencia de los ciudadanos y ciudadanas han cambiado. Pero no así las instituciones, las normas y la Constitución. Las familias ensambladas son parte de un fenómeno social que no puede seguir hallándose al margen del sistema de protección jurídico y estatal.

3. Sin perjuicio de lo anterior. Debería conformarse una comisión en el legislativo que revise el anteproyecto de cambio del Código Civil de 1984, bajo una óptica de legislación comparada, atendiendo los vacíos que aún se hallan en la norma. Debería recogerse la siguiente propuesta de articulado:

Código Civil Vigente	Anteproyecto de Ley	Propuesta
Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía	Artículo 233.- Finalidad de la regulación de la familia. La regulación jurídica de la familia y las diversas	Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad proteger, garantizar y velar por los derechos de la familia, en sus diversas formas

<p>con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.</p>	<p>formas de constituirla tienen por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú y en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano.</p>	<p>de constitución, y de todos sus miembros sin ningún tipo de discriminación, de acuerdo a los principios y normas proclamadas en la Constitución Política del Perú y en los Tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano.</p> <p>Es un derecho humano fundamental reconocido por la Constitución que todo ciudadano y ciudadana - (sin ningún tipo de discriminación por género, pueblo originario u otro) y no teniendo algún impedimento legal - puede constituir una familia en sus diversas formas: reconstituida, monoparental, adoptiva, sin hijos, compuesta, homoparental, extensa. La presente regulación jurídica tiene por fin proteger y garantizar ese derecho.</p>
<p>Artículo 237.- El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual</p>	<p>Artículo 237.- Parentesco por afinidad.</p> <p>1. El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes</p>	<p>Artículo 237.- Parentesco por afinidad.</p> <p>La Unión de hecho y el cuidado entre los miembros de una familia produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges</p>

<p>línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.</p> <p>La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce.</p> <p>Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.</p>	<p>consanguíneos del otro.</p> <p>Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.</p> <p>2 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.</p> <p>3. Igual parentesco, en las mismas líneas y grados, surge de las uniones estables que cumplan las condiciones del artículo 326.</p>	<p>con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.</p> <p>2 La afinidad en línea recta no acaba por el término de la Unión de hecho que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.</p> <p>3 Igual parentesco, en las mismas líneas y grados, surge de las uniones estables que cumplan las condiciones del artículo 326.</p>
<p>Artículo 326.- 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</p>	<p>Artículo 326.- Unión de hecho.</p> <p>1. La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial,</p>	<p>Artículo 326.- Unión de hecho.</p> <p>1. La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento de unirse, sin que haya unión de hecho inscrita por alguno de</p>

<p>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.</p> <p>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.</p> <p>La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.</p> <p>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.</p> <p>Tratándose de la unión de hecho que no reúna las</p>	<p>sin que haya unión de hecho inscrita por alguno de ellos, 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.</p> <p>2. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal.</p> <p>3. Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el numeral 1 producen derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, por lo que son de aplicación las disposiciones contenidas</p>	<p>ellos, para alcanzar finalidades y cumplir deberes compartidos 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.</p> <p>2. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal.</p> <p>3. Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el numeral 1 producen derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, por lo que son de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil.</p> <p>4. Tratándose de una unión que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su</p>
--	---	--

<p>condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.</p> <p>Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.</p>	<p>en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil.</p> <p>4. Tratándose de una unión que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento sin causa.</p>	<p>caso, la acción de enriquecimiento sin causa.</p>
---	---	--

4. Debería así mismo conformarse una comisión en el legislativo que elabore una reforma constitucional; a saber:

Constitución 1993	Propuesta
<p>Artículo 4: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en</p>	<p>La comunidad y el Estado protegen los derechos de la familia y de todos sus miembros sin ningún tipo de discriminación.</p>

<p>situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.</p> <p>La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.</p>	<p>Teniendo especial preocupación por niño, niña, adolescente, y madres y ancianos en situación de abandono.</p> <p>La familia, en sus diversas formas reconstituida, monoparental, adoptiva, sin hijos, compuesta, homoparental, extensa, es una institución fundamental de la sociedad.</p> <p>Todo ciudadano y ciudadana, sin ningún tipo de discriminación, puede constituir y ser parte de una familia siendo la unión de hecho y el cuidado de sus miembros es aspecto fundante de la estructura familiar.</p>
--	--

BIBLIOGRAFIA

Referencias Bibliográficas

Bermúdez Tapia, M. (2017). *La tutela de derechos en conflictos familiares Judicializados*. En: Beltrán Bustos, C. y otros, Editores. Justicia Constitucional Tomo I. Grupo Editorial Ibáñez. Obtenido de: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/3993/Justicia%20constitucional%20Tomo%20I.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Carpio Marcos, E. (2003). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: PUCP. Obtenido de: <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/10587/11059>

Castillo Freyre, M. (2020). *Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano*. Lima: PUCP y Asociación Iberoamericana de Derecho Privado

Castro Rivadeneira, J. (2012). *Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas, reconstruidas o familiastras*. En: Libro de especialización en derecho de familia. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial. Obtenido de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/96e584804e4d410f8601ff294bc3482d/Libro+de+especializaci%C3%B3n+en+derecho+de+familia.pdf?MOD=AJPERES>

Da Silva, J.A. (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México DF:

UNAM. Obtenido de:

<https://www.derechopenalenlared.com/libros/aplicabilidad-de-las-normas-constitucionales-jose-afonso-da-silva.pdf>

Fernández Sessarego, C. (2014) *Prologo al Código Civil Decreto Legislativo 295*.

Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de:

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>

Hernández Díaz, C.A. (2010). *La costumbre como fuente del Derecho*. Revista

Criterio Jurídico Garantista Nro. 142 Año 2 – Nro. 2 – Enero – junio 2010.

Obtenido de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28406.pdf>

Jessop, R. (2014). *El Estado y el poder*. Revista Praxis Latinoamericana, vol. 19, núm. 66, julio-septiembre, 2014, pp. 19-35. Venezuela: Universidad del Zulia

Maracaibo. Obtenido de:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27937089004>

Infojus (2012). *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires:

Infojus (Sistema argentino de información jurídica) y Ministerio de Justicia y

Derechos Humanos. Obtenido de:

http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/1522/codigo_civil_comercial.pdf

Kelsen, H. (1988). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de

Eduardo García Máynez. México: UNAM

- Kelsen H. (2009). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba Universidad de Buenos Aires
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*. Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014.
- Landa, C. (1990). *Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia*. En: De Trazegnies, F. (editor). *La Familia en el Derecho peruano*. Lima: PUCP
- Lamas Bertrán, G. y Ramírez Thomas, D. (2018). *La familia ensamblada: una nueva concepción familiar*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Año 15/Nº 48-2018. Buenos Aires: UNLP
- López Sánchez, C. (2020), *Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento*. Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 13.
- Marcenaro (1990). *Los derechos del hombre y de la mujer en el derecho familiar peruano*. En: De Trazegnies, F. (editor). *La Familia en el Derecho peruano*. Lima: PUCP
- Meza Ingar, C. (2016). *Urgente revisión de la legislación familiar en el Perú*. Revista Jurídica "Docentia et Investigatio", Vol. 18, Nº 1, 65-78. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política – UNMSM. Obtenido de: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/12323>

Ministerio de Justicia (2020). *Anteproyecto de propuestas de mejora al código civil peruano*. Lima: Ministerio de Justicia.

Muro, M. y Torres, M (2020) Código Civil Comentado Tomo II (Artículos 233 – 401) Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.
<https://vsip.info/qdownload/codigo-civil-tomo-2-pdf-free.html>

Olano García, H. (2006). *¿Qué es una Constitución? Reflexiones a propósito del “boterismo constitucional”*. Dikaion Lo justo Año 20 Nro. 15 pp. 135 – 153. Colombia: Universidad de la Sabana.

Plácido Vilcachagua, A. (2013). *El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993*. Revista de la Facultad de Derecho – PUCP Nro. 71, pp. 77-108. Lima: PUCP. Obtenido de: [file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-ElModeloDeFamiliaGarantizadoEnLaConstitucionDe1993-4906539%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-ElModeloDeFamiliaGarantizadoEnLaConstitucionDe1993-4906539%20(1).pdf)

Plácido Vilcachagua, A. (2013) *El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo*. Vox Juris Nro. 1 (pp. 45-80). Lima: Facultad de Derecho-Universidad San Martín de Porres.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171133.pdf>

Plácido V., A. (2012) FAMILIA, NIÑOS, ADOLESCENTES Y CONSTITUCION. Lima: Academia de la Magistratura.
<https://es.scribd.com/document/119057126/AMAG-Familia-y-Constitucion>

Pollman, A. (2008). *Los derechos humanos: ¿universales e indivisibles?*. En: Reátegui, F. (Coordinador). *Filosofía de los derechos humanos: problemas*

y tendencias de actualidad. Colección Documentos de Trabajo. Serie
Justicia Global Nro. 1. Lima: Idehpucp

Ramos, C. (1994). *La idea de familia en el Código Civil Peruano*. THEMIS Revista
De Derecho, (30), 97-107. Obtenido de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11404/11919>

Rodríguez Iturri, R (1994). *Notas sobre el libro de familia del Código Civil*. THEMIS
Revista de Derecho Nro. 30, Lima: PUCP. Obtenido de:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11403>

Schmitt, C. (1996) . *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial

Tena Piazuelo, I. (2011). *La nueva familia y el nuevo derecho de familia español*.
Nuevo Derecho, Vol. 7, N° 9, julio-diciembre de 2011.

Tribunal Constitucional (2007). *Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC*. Obtenido de:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>

Tesis

Ascurra Melendres, A.y Calua Garcia, C. (2016). *Las familias ensambladas y el
reconocimiento de sus derechos sucesorios en el Código Civil peruano*.
[Tesis para optar el título profesional de abogado. Pimentel: Facultad de
Derecho – Universidad Señor de Sipan].

<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/4178/Ascurra%20-%20Calua.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Bayona Salcedo, A. (2016). *Fundamentos iusnaturalistas para analizar la STC N° 09332-2006-PA/TC en lo referente a las “Nuevas estructuras familiares”*. [Tesis para optar el grado académico de magíster en persona, matrimonio y familia. Chiclayo: Escuela de Posgrado - Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo].

Calcina Montesinos, C. (2019). *Necesidad de regular sobre los derechos de los hijos y las hijas afines en las familias ensambladas del Perú*. [Tesis para optar el Título profesional de Abogada. Arequipa: Universidad Católica Santa María --Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela Profesional de Derecho].
<http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/9600/62.1221.D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Castro Aguirre, K.M. (2019). *Análisis de la naturaleza jurídica de las familias ensambladas en el Perú: el establecimiento de los derechos y deberes en la relación de los padres e hijos afines y su regulación en el Código Civil*. [Tesis para optar el Grado de Maestra en derecho civil. Lima: Facultad de derecho sección de posgrado-USMP].
http://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/5961/castro_akm.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Esquibel Aguilar, J. (2017). *La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú*. [Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Trujillo: Escuela Profesional de Derecho – Universidad Privada Antenor Orrego].

Gutiérrez Márquez, E. y Ricalde Monroy, A. (2018). *Incorporación de la institución de familia ensamblada en el ordenamiento civil peruano*. [Tesis para optar el título profesional de Abogado. Cusco: Escuela Profesional de Derecho - Universidad Andina del Cusco].
http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/2115/3/Andrea_Erikson_Tesis_bachiller_2018.pdf

Inchicahui Solís, F. (2017). *Reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo afín abandonado dentro de la familia ensamblada en el Perú*. [Tesis para obtener el título profesional de abogada. Lima: Facultad de derecho - Escuela profesional de derecho- Universidad Cesar Vallejo].
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/15169/Inchicahui_SFKNK.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Infante-Rojas, D. (2016). *La familia ensamblada y su protección constitucional como familia natural*. [Tesis de maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Constitucional. Piura: Facultad de Derecho – Universidad de Piura].

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3979/MAE_DER_046.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Pacherres Calderón, B. (2019). *Reconocimiento de los Derechos Hereditarios a los hijos a fines que integran la familia ensamblada*. [Tesis para obtener el título profesional de abogada. Lima: Escuela académico profesional de Derecho – Universidad Cesar Vallejo].
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/36810/Pacherrres_CBDLM.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Padilla Lescano, A.L. (2019). *Los fundamentos sociales y jurídicos que sustentan el derecho de reclamar alimentos de los hijos afines en las familias ensambladas en Perú*. [Tesis para optar el Grado de Maestra en derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Trujillo Escuela de posgrado Universidad Nacional de Trujillo].
<https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/12994/Padilla%20Lescano%20Ana%20Lizeth.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rivera Echaccaya, K. y Zegarra Enriquez, A. M. (2019). *La regularización de la familia reconstituida en Código Civil peruano - libro de familia y su protección*. [Tesis para optar el título de abogado. Lima: Facultad de Humanidades - Carrera profesional de Derecho- Universidad Autónoma del Perú.

<http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/874/1/Rivera%20Echaccaya%2c%20Kevin%20y%20Zegarra%20Enriquez%2c%20Alex%20Marcos.pdf>

Torre Rosales, R. (2017) *El reconocimiento y protección de las familias ensambladas en nuestro sistema jurídico peruano*. [Tesis para optar el Título Profesional de Abogada. Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo” - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas].
http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/1913/T033_46602260_T.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Zapata García, F. (2017). *La situación jurídica actual de las familias ensambladas y la tenencia a favor del padre afín en el Perú, según especialistas en derecho de familia, 2017*. [Tesis para obtener el título profesional de abogada. Lima: Facultad de Derecho – Universidad Cesar Vallejo].
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/24608/Zapata_GFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ANEXOS

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “VULNERACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACION DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR EN EL LIBRO
DE FAMILIA DEL CODIGO CIVIL: EL CASO DEL CIUDADANO REYNALDO
SHOLS PÉREZ CONTRA EL CENTRO NAVAL DEL PERÚ”

Problema General	Objetivo General	Hipótesis General	Variable independiente: Las familias reconstituidas como nuevo modelo de familia en la doctrina y la jurisprudencia		
			Dimensiones	Indicadores	Subindicadores
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿En qué términos el Estado peruano se ve impedido de proteger el derecho de fundar una familia, garantizando el derecho a la igualdad, y protegiendo a</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Establecer los aspectos que impiden al Estado peruano a proteger el derecho que posee toda persona de fundar una familia, garantizando el derecho a la</p>	<p>HIPOTESIS GENERAL</p> <p>Prima en normativa infra constitucional (Código Civil de 1984: a) doctrina que supedita la protección de los derechos humanos a su estatuto de derechos jurídicos; b) un único modelo</p>	<p>D1: Las familias reconstituidas como un nuevo tipo de familia fundadas no en el matrimonio sino en la unión de hecho y el cuidado de sus miembros. Se construye una identidad</p>	<p>-Unión convivencial o segundo matrimonio -Convivencia con los hijos de uniones anteriores y miembros de las familias originarias de uno de los cónyuges (padres)</p>	<p>Desarrollo histórico de la organización o estructura familiar que amplía la familia nuclear y noción tradicional de familia</p>

<p>su vez a toda organización familiar sin ningún tipo de discriminación ?</p> <p>PROBLEMAS ESPECIFICOS</p>	<p>igualdad, y protegiendo a su vez a toda organización familiar sin ningún tipo de discriminación</p> <p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p>	<p>familiar (familia tradicional) fundado sobre la base del matrimonio.</p> <p>HIPOTESIS ESPECIFICAS</p> <p>Prima en el derecho peruano una doctrina acerca de los derechos humanos que entiende que para que estos se hagan efectivos deben ser reconocidos como derechos jurídicos</p>	<p>familiar nueva.</p> <p>D2: Desamparo legal o ilegalización y vulneración de derechos de las familias reconstituidas (como una unidad) y de todos sus miembros</p>	<p>-Vacío legal</p> <p>-Clara confrontación entre la Constitución y el Código Civil</p>	<p>-Poca predictibilidad jurídica</p> <p>-Fallos sujetos a discrecionalidad de operadores de magistrados, jueces u otros operadores</p>
<p>¿Por qué el Estado peruano no ha alineado el Código Civil a la Constitución para proteger el derecho a la igualdad de los miembros de las familias reconstituidas?</p>	<p>Identificar y analizar conceptos, jurisprudencia e instituciones que impiden que el Estado peruano no haya alineado hasta ahora el Código Civil a la Constitución para proteger el derecho a la igualdad de</p>	<p>Prima en el derecho peruano una doctrina acerca de los derechos humanos que entiende que para que estos se hagan efectivos deben ser reconocidos como derechos jurídicos</p>	<p>D3: Sentidos comunes y relaciones sociales vigentes que por un lado aceptan y por otro rechazan a las familias</p>	<p>-Conforme señala el TC en expediente 09332-2006-PA /TC algunas asociaciones desnaturalizan el derecho constitucional de libertad de asociación y</p>	<p>- Presencia de sentidos religiosos, culturales y políticos</p> <p>-Prima en la doctrina y jurisprudencia la lógica que los derechos humanos</p>

<p>¿De qué manera el ordenamiento jurídico peruano vulnera el derecho a la igualdad de los miembros de las familias reconstituidas?</p>	<p>los miembros de las familias reconstituidas.</p> <p>Analizar el ordenamiento jurídico peruano explicando los mecanismos por medio de los cuales se vulnera el derecho a la igualdad de los miembros de las familias reconstituidas</p>	<p>Existe en el Código Civil un único modelo familiar (familia tradicional). Lo que deja en la desprotección a las otras familias.</p> <p>Esto se encuentra referido con la Constitución</p>	<p>s</p>	<p>vulneran derechos constitucionales a través de reglamentos y estatutos internos que estigmatización, estereotipan y discriminan a miembros de las familias reconstituidas</p>	<p>se agotan en los derechos jurídicos</p>
<p>¿En qué medida la noción de matrimonio, contenida en el Libro de Familia del Código Civil instituye un único modelo familiar</p>	<p>Analizar el Libro de Familia del Código Civil y la Sentencia del Tribunal Constitucional (2007), Expediente Nro. 09332-2006-P</p>	<p>Existe tensión no resuelta entre la Constitución y la normativa infraconstitucional.</p> <p>Relación conflictual cuyo origen se halla en las nociones sobre la familia en la normativa infraconstitucional y</p>			

	A/TC identificando los elementos que instituyen un único modelo familiar.	los operadores de justicia.			
			Variable Dependiente: Derecho de igualdad de las familias reconstituidas, y sus miembros, en normativa infra constitucional (Código Civil de 1984)		
			Dimensiones	Indicadores	Subindicadores
			D1: Protección	Mecanismos de protección desde el Estado Mecanismos de protección de Asociaciones Mecanismos de protección de los padres a los hijos	Proyectos de vida de los miembros de las familias reconstituidas Normativa infraconstitucional I que protege a las familias reconstituidas

			D2: Buen trato y relaciones sociales	Igualdad de trato por parte del Estado Igualdad de trato por parte de Asociaciones	Normativa infra constitucional alineada a la Constitución
--	--	--	---	--	--

Anexo 2: Entrevistas a profundidad

Entrevista aplicada a Ciudadanos/as y Expertos en Derecho Civil

FICHA B

ENTREVISTA – CIUDADANOS/AS

Datos personales:

Nombres y Apellidos:

Claudia Becerra Trigos (ENTREVISTADA NRO. 1)

Edad: 49

Estudios: Técnicos en instituto

¿En que se desempeña y qué estudios realizó?

Tengo un negocio de accesorios de cuero. Estudié administración de empresas.

He seguido varios cursos de especialización.

Experiencia personal

P.1 ¿Podría comentar qué entiende por familia reconstituida o ensamblada?

Familia donde uno o ambos miembros de la pareja ya tenían hijos de anteriores compromisos.

P.2 ¿Podría comentar alguna experiencia en la que Ud. diría que sus derechos humanos (en particular el derecho a la igualdad) fueron vulnerados por ser parte de una familia reconstituida? (como padres afines o hijos/as afines de ser el caso) De entrevistar a hijos menores de 18 años se requerirá la autorización de los padres.

Mi esposo tiene un hijo de su primer matrimonio y cuando se llegó al acuerdo de la pensión le descontaban medio sueldo. Luego que formamos un hogar y tuvimos 2 hijas teníamos que mantener 2 con la mitad de sueldo y su ex 1 con la otra mitad.

P.3 Usted diría que, en su caso, ¿la violación del derecho a la igualdad acarrió vulneración de otros derechos como a la identidad, a la salud, educación, integridad física y psicológica, entre otros?

pienso que no

P.4 ¿Conoce de alguna otra experiencia en la que se violaron derechos humanos de miembros de otras familias reconstituidas?

Conozco el caso de una amiga que el día que falleció su padre se enteró que este había tenido un hijo fuera del matrimonio y no quisieron darle parte de la herencia que le correspondía porque no había sido reconocido legalmente. También tengo

amigas que son madres y padres porque los ex maridos no les pasan manutención y al vivir el niño con la madre ya el problema es de ellas. De estos casos hay muchos y la justicia no hace nada.

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infraconstitucional

P5 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Por qué?

Pienso que sí porque hay casos en los que los padres al formar familias nuevas se olvidan que tiene obligaciones con sus anteriores familias.

P6 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger todos los derechos humanos, total y no parcialmente, de todos los/as ciudadanos/as (incluidos los miembros de las familias reconstituidas) en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Por qué?

Pienso que sí el estado debería regular algunas leyes para que se garantice que sean cumplidos los derechos de los hijos y de los padres para poder seguirlos viendo ya que también hay casos en los que las madres o padres no dejan que sus exparejas vean a sus hijos creando problemas emocionales en ellos.

p.7 En su opinión ¿Cuáles son los mayores obstáculos que tienen las familias reconstituidas para hacer valer sus derechos?

Que como no hay leyes bien establecidas no pueden exigir sus derechos.

P.8 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

Para poder clasificarlas sí, pero en la práctica no siempre es así.

P.9 Ud, diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuáles serían las consecuencias?

No tengo idea

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿cambiando el Libro de familia del Código Civil de 1984, que pasa por el Congreso de la República vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana?

No conozco de qué trata el libro de familia en el Código Civil por lo que no podría dar una opinión.

P.11 Si hubiera alguna solución alternativa, ¿Cuál sería?

No lo sé. Lo único que podría añadir es que, en un país machista como este, cualquier solución es más difícil de implementar.

FICHA B

ENTREVISTA – CIUDADANOS/AS

Datos personales:

Nombres y Apellidos: Ana Cecilia Gonzales de la Lama de Eggerstedt
(ENTREVISTADA Nro. 2)

Edad: 44 AÑOS.

Estudios: Secretariado ejecutivo (completo) y traducción (incompleto)

¿En que se desempeña y que estudios realizó?

Me desempeño como secretaria en la empresa de mi esposo y ama de casa. Soy Secretaria ejecutiva y estudie traducción, pero me faltó un ciclo para culminar.

Experiencia personal

P1 ¿Podría comentar que entiende por familia reconstituida o ensamblada?

Son familias que en la cual hay hijos de un compromiso anterior.

P2 ¿Podría comentar alguna experiencia en la que Ud. diría que sus derechos humanos (en particular el derecho a la igualdad) fueron vulnerados por ser parte de una familia reconstituida? (como padres afines o hijos/as afines de ser el caso) De entrevistar a hijos menores de 18 años se requerirá la autorización de los padres.

Bueno en mi caso, tengo una hija antes del matrimonio, y cuando mi esposo entró a trabajar a una empresa, lo inscribieron a Essalud y él iba a inscribirnos, pero no le permitieron inscribir a mi hija porque no llevaba sus apellidos. A pesar que él indicó que ella estaba a su cargo. Tuvimos que contratar un seguro particular solo para ella.

P3 Usted diría que, en su caso, ¿la violación del derecho a la igualdad acarreo vulneración de otros derechos como a la identidad, a la salud, educación, integridad física y psicológica, entre otros?

Sí, porque no le permitían acceder al seguro de salud, y a sus hermanos sí. Era como sentirse aparte.

P4 ¿Conoce de alguna otra experiencia en la que se violaron derechos humanos de miembros de otras familias reconstituidas?

Cuando quisimos ser socios de un club y solo mi esposo podía inscribir a los hijos nacidos en matrimonio y no podía inscribir a mi hija. Tuve que ser yo la titular para poderlos inscribir a todos.

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infraconstitucional

P5 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Por qué?

Sí, porque al formar una familia, todos deben tener los mismos derechos y oportunidades, en el cual muchas veces los hijos de familias reconstituidas no los tienen.

P.6 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger todos los derechos humanos, total y no parcialmente, de todos los/as ciudadanos/as (incluidos los miembros de las familias reconstituidas) en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Por qué?

Sí, porque el Estado debe proteger a todos los ciudadanos y a todas las familias que son la base de la sociedad

P.7 En su opinión ¿Cuáles son los mayores obstáculos que tiene las familias reconstituidas para hacer valer sus derechos?

Que siempre se dice que como no son sus hijos no tienen derecho a recibir nada, que para eso tienen su padre o madre, que ellos se lo deben brindar. Pero creo que no es así, pues tanto los hijos propios o los hijos de tu pareja, son tus hijos y no hay diferencia. En el caso de una enfermedad que no les permitan ingresar porque no son sus hijos.

P.8 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

En realidad, no, yo no lo veo así, pero así es como lo ve el estado.

P.9 Ud, diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuales serían las consecuencias

Sí. Las consecuencias serían la desigualdad, depresión, división de la familia.

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿cambiando el Libro de familia del Código Civil de 1984, que pasa por el Congreso de la Republica vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana?

Sí, porque se están vulnerando los derechos y ya es momento de que cambie, para mejora de todas las familias reconstituidas.

P.11 Si hubiera alguna solución alternativa, ¿Cuál sería?

Creo que debe cambiar o al menos modificar ciertas leyes para mejorar y respetar los derechos de las familias reconstituidas.

FICHA B

ENTREVISTA – CIUDADANOS/AS

Datos personales:

Nombres y Apellidos: Lina Carhuapoma Rosales (ENTREVISTADA Nro. 3)

Edad: 43 años

Estudios: Diseñadora de Interiores

¿En que se desempeña y que estudios realizó?

Actualmente soy Jefe del área de Visual Merchandising

Experiencia personal

P1 ¿Podría comentar que entiende por familia reconstituida o ensamblada?

Es la unión de una pareja en la que ambos tienen hijos de anteriores compromisos.

P2 ¿Podría comentar alguna experiencia en la que Ud. diría que sus derechos humanos (en particular el derecho a la igualdad) fueron vulnerados por ser parte de una familia reconstituida? (como padres afines o hijos/as afines de ser el caso) De entrevistar a hijos menores de 18 años se requerirá la autorización de los padres.

Nunca sentí eso.

P3 Usted diría que, en su caso, ¿la violación del derecho a la igualdad acarrió vulneración de otros derechos como a la identidad, a la salud, educación, integridad física y psicológica, entre otros?

No aplica

P4 ¿Conoce de alguna otra experiencia en la que se violaron derechos humanos de miembros de otras familias reconstituidas?

No

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infra constitucional

P5 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Por qué?

Sí, porque es obligación del estado peruano no discriminar al individuo

P6 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger todos los derechos humanos, total y no parcialmente, de todos los/as ciudadanos/as (incluidos los miembros de las familias reconstituidas) en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Por qué?

Sí, porque es obligación del estado peruano no discriminar al individuo

p.7 En su opinión ¿Cuáles son los mayores obstáculos que tiene las familias reconstituidas para hacer valer sus derechos?

Ninguno

P.8 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

Si

P.9 Ud, diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuales serían las consecuencias

No siento que como familia ensamblada nuestros derechos sean vulnerados

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿cambiando el Libro de familia del Código Civil de 1984, que pasa por el Congreso de la Republica vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana?

No aplica

P.11 Si hubiera alguna solución alternativa, ¿Cuál sería?

No aplica

FICHA A

ENTREVISTA – MAGISTRADAS/OS Y DOCENTES DE DERECHO

Datos personales:

Nombres y Apellidos: Gastón Quevedo Pereyra (ENTREVISTADO Nro. 4)

Edad: 55.

Estudios: Doctor en Derecho, Abogado

¿Cuáles son las funciones que desempeña y en que Institución? Docente universitario en UPC, USMP, Consultor en Derecho & Cambio Social

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infra constitucional

P.1 En su opinión, ¿En Perú la ley y el Estado garantizan que cualquier ciudadano/ciudadana, sin ningún tipo de distinción, pueda fundar un grupo familiar?

La Constitución y la ley no garantizan, pero si lo permiten con restricciones de derechos según los grupos familiares que se formen.

P.2 ¿El Estado está obligado a proteger todos los derechos humanos, de forma completa y no parcial, de todos los/as ciudadanos/as en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Si está obligado en virtud de todos los tratados y convenios vigentes y firmados desde 1950 en adelante.

P.3 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de

discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Si está obligado por lo señalado en el punto que antecede y por los principios de igualdad y no discriminación.

P4. ¿Cuáles sería las razones o motivaciones jurídicas por las que el Estado peruano se ve impedido de proteger el derecho de igualdad y no discriminación de los miembros de las familias reconstituidas y su derecho a fundar una familia?

No está impedido en razón de los tratados y convenios suscritos lo que ha sido reconocido por el TC y fallos de la CIDH, pero si para una eficaz protección aún deben producirse modificaciones específicas que deben realizarse al Código Civil de 1984.

P5 ¿Ha tenido conocimiento de otros casos, similares al del Señor Shols Pérez, luego de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC? De ser así, ¿Cómo entender esta reiteración luego del precedente jurídico establecido por el TC?

El caso Shols Pérez es emblemático en el ámbito nacional y simplemente debe extenderse la parte considerativa donde se hace mención vinculante a todo tipo de formación familiar reconocida en América latina desde hace 3 décadas.

P6 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la Constitución contempla un modelo general y relacional que permite reconocer a toda organización o estructura familiar y protegerla (al igual que a todos sus miembros) garantizando sus derechos?

Si, dado que, a diferencia de la anterior Constitución, prevalece hoy el concepto de familia antes que el de matrimonio.

P.7 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

De acuerdo con la estructura de su interrogante.

P.8 Ud., diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuales serían las consecuencias jurídicas y constitucionales?

La vulneración se produce por el desconocimiento y legalismo de algunos órganos estatales y las consecuencias son graves para el Estado al ver que cada vez que estos grupos afectados recurran a organismos internacionales para hacer valer sus derechos el estado siempre perderá ocasionando multimillonarias multas y sanciones por el incomprensible incumplimiento.

P.9 ¿Qué fuente del derecho considera pueda contribuir a superar el problema que encaran las familias reconstituidas y sus miembros?

La Costumbre dado que ello dar lugar posterior a la jurisprudencia en el sentido de que el consuetudo implica un rico campo de apreciación sociológica.

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿Generando el cambio del Libro de familia del Código Civil de 1984, vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana? ¿Ud. ve alguna alternativa?

Sugiero en cambio grandes conversatorios y debates primero en todos los niveles para enriquecer iniciativas parlamentarias o ciudadanas, ello ocasionara sin duda que tengamos productos jurídicos locales acordes a nuestra realidad y no formulas importadas.

FICHA A

ENTREVISTA – MAGISTRADAS/OS Y DOCENTES DE DERECHO

Datos personales:

Nombres y Apellidos: Rafael Cantoni Briceño (ENTREVISTADO Nro. 5)

Edad: 49

Estudios Universidad de Lima, Universidad de Santiago de Compostela,
Universidad de Salamanca

¿Cuáles son las funciones que desempeña y en que Institución? Hasta el año pasado trabajé en el Ministerio de Justicia, actualmente estoy ejerciendo la abogacía independiente.

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infraconstitucional

P1 En su opinión, ¿En Perú la ley y el Estado garantizan que cualquier ciudadano/ciudadana, sin ningún tipo de distinción, pueda fundar un grupo familiar?

No

P2 ¿El Estado está obligado a proteger todos los derechos humanos, de forma completa y no parcial, de todos los/as ciudadanos/as en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

El Estado está obligado a proteger los derechos humanos de forma completa, pues está consagrado constitucionalmente el principio de igualdad ante la ley

P3 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

No es tan así pues no se acepta cualquier modelo de familia, no se permite matrimonio entre personas de igual sexo ni la adopción por parte de éstos

P4. ¿Cuáles sería las razones o motivaciones jurídicas por las que el Estado peruano se ve impedido de proteger el derecho de igualdad y no discriminación de los miembros de las familias reconstituidas y su derecho a fundar una familia?

Diversas interpretaciones del concepto de familia que provienen de la constitución impiden el derecho de igualdad y no discriminación

P5 ¿Ha tenido conocimiento de otros casos, similares al del Señor Shols Pérez, luego de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC? De ser así, ¿Cómo entender esta reiteración luego del precedente jurídico establecido por el TC?

Ninguno

P6 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la Constitución contempla un modelo general y relacional que permite reconocer a toda organización o estructura familiar y protegerla (al igual que a todos sus miembros) garantizando sus derechos?

La Constitución con sus artículos 4, 5 y 6 da un marco general de protección que debe desarrollarse con otras normas legales y reglamentarias, sus supuestos son abiertos puntualizando que la forma de matrimonio se regula por ley

P.7 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

Si

P.8 Ud., diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuales serían las consecuencias jurídicas y constitucionales?

En algunos casos podría ser así, con lo cual, a través del proceso constitucional de amparo, podrían acudir al poder judicial pretendiendo cesen dichos actos lesivos

P.9 ¿Qué fuente del derecho considera pueda contribuir a superar el problema que encaran las familias reconstituidas y sus miembros?

La Ley, la Costumbre y la jurisprudencia

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿Generando el cambio del Libro de familia del Código Civil de 1984, vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana? ¿Ud. ve alguna alternativa?

Efectivamente, habría que realizar una serie de modificaciones e incorporaciones, para estar más cerca del marco de los tratados internacionales y las recomendaciones de los organismos internacionales

FICHA A

ENTREVISTA – MAGISTRADAS/OS Y DOCENTES DE DERECHO

Datos personales:

Nombres y Apellidos: Denise Tori Vargas (ENTREVISTADO Nro. 6)

Edad: 46

Estudios: Abogada de profesión con magister en educación con mención en docencia universitaria

¿Cuáles son las funciones que desempeña y en que Institución? Docente a tiempo parcial en la UPC y U. Lima

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infraconstitucional

P1 En su opinión, ¿En Perú la ley y el Estado garantizan que cualquier ciudadano/ciudadana, sin ningún tipo de distinción, pueda fundar un grupo familiar?

Si

P2 ¿El Estado está obligado a proteger todos los derechos humanos, de forma completa y no parcial, de todos los/as ciudadanos/as en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Si, según lo dispone la Constitución, la declaración universal de los derechos humanos.

P3 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de

discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Al ser una familia constituida el Estado si está obligado a proteger por el derecho a la Igualdad...

P4. ¿Cuáles sería las razones o motivaciones jurídicas por las que el Estado peruano se ve impedido de proteger el derecho de igualdad y no discriminación de los miembros de las familias reconstituidas y su derecho a fundar una familia?

En primer lugar, la libertad de elegir la familia que quieres formar, ya sea por unión de hecho, por matrimonio civil, el casarte con una mujer divorciada y que tiene un hijo y que forma parte de tu familia, la motivación jurídica en mi opinión está en los diferentes tipos de familia que existen (concepto amplio dado por la doctrina) y en base al Derecho d Igualdad a la no discriminación.

P5 ¿Ha tenido conocimiento de otros casos, similares al del Señor Shols Perez, luego de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC? De ser así, ¿Cómo entender esta reiteración luego del precedente jurídico establecido por el TC?

Considero que el caso del señor Shols Perez fue una decisión de una asociación (como norma interna) respecto a que solo se entregara el carnet a los hijos del socio y no al hijastro. Creo que en el club regatas se dio un caso similar, el club puede tener su propio reglamento,

P6 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la Constitución contempla un modelo general y relacional que permite reconocer a toda organización o estructura familiar y protegerla (al igual que a todos sus miembros) garantizando sus derechos?

En un sentido amplio si se podría llegar a esa interpretación, Según la doctrina hay varios tipos de familia.

P.7 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

Tengo una mente más abierta, en mi opinión el concepto de familia no solo lo constituye la nuclear PAPA MAMA e Hijos, también considero que es familia y por ende protegida bajo nuestro ordenamiento jurídico una mujer viuda que se casa con un hombre divorciado donde ambos tienen hijos de sus primeros matrimonios

P.8 Ud., diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuales serían las consecuencias jurídicas y constitucionales?

No entiendo la a que se refiere su pregunta honestamente, el estado debe garantizar los derechos fundamentales. Como es a la igualdad a la no discriminación, incluso a tener una familia sin ser necesariamente la nuclear.

P.9 ¿Qué fuente del derecho considera pueda contribuir a superar el problema que encaran las familias reconstituidas y sus miembros?

La ley, la jurisprudencia, la doctrina y porque no la costumbre

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿Generando el cambio del Libro de familia del Código Civil de 1984, vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana? ¿Ud. ve alguna alternativa?

Si lo veo viable, las normas deben adecuarse a los cambios que se da en la sociedad y atender a las necesidades actuales, no pueden quedarse estancadas, pero más por una iniciativa parlamentaria.

FICHA A

ENTREVISTA – MAGISTRADAS/OS Y DOCENTES DE DERECHO

Datos personales:

Nombres y Apellidos: Vanessa Shinno Pereyra (ENTREVISTADO Nro. 7)

Edad: 34

Estudios: Maestro en Derecho Civil mención Derecho de Familia por la UNIFE

¿Cuáles son las funciones que desempeña y en que Institución? Docente en la facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Facultad de Derecho de la Universidad Continental.

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infraconstitucional

P1 En su opinión, ¿En Perú la ley y el Estado garantizan que cualquier ciudadano/ciudadana, sin ningún tipo de distinción, pueda fundar un grupo familiar?

Considero que en el amparo del artículo 4 de la Constitución la comunidad y el Estado protege a la familia sin distinción alguna; adicionalmente, por la sentencia N° 09332-2006-. PA/TC donde el Tribunal reconoce a las familias ensambladas y lo convierte en precedente vinculante.

P2 ¿El Estado está obligado a proteger todos los derechos humanos, de forma completa y no parcial, de todos los/as ciudadanos/as en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Sí, por el principio de igualdad y no discriminación que es un derecho constitucional regulado en el artículo 2 de la Constitución y amparándonos en los

Tratados Internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

P3 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Sí, por la sentencia del Tribunal Constitucional, caso Armando Shols Pérez: N° 09332-2006-PA/TC, en la cual se analiza el derecho a fundar una familia, a organizarla y a constituir la donde todo hombre y mujer tienen derecho a consolidarla, sin importar su tipo.

P4. ¿Cuáles serían las razones o motivaciones jurídicas por las que el Estado peruano se ve impedido de proteger el derecho de igualdad y no discriminación de los miembros de las familias reconstituidas y su derecho a fundar una familia?

Considero que no debería haber pues todo ello se fundamenta en el principio de igualdad y no discriminación regulada en el artículo 2 de la Constitución, artículo 4 y además en los Tratados Internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos donde el Perú ha suscrito dicho tratado.

P5 ¿Ha tenido conocimiento de otros casos, similares al del Señor Shols Pérez, luego de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC? De ser así, ¿Cómo entender esta reiteración luego del precedente jurídico establecido por el TC?

Hubo un caso de Medina Menéndez: 01204-2017-PA/TC que la pretensión gira por temas laborales, pero dentro de una familia ensamblada y el TC declaró fundada la demanda por vulneración de derechos fundamentales.

P.6 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la Constitución contempla un modelo general y relacional que permite reconocer a toda organización o estructura familiar y protegerla (al igual que a todos sus miembros) garantizando sus derechos?

Sí, por el artículo 4 de la Constitución donde permite la protección de la familia sin importar su tipo.

P.7 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

No, el matrimonio es una fuente generadora de familia, pero no es la única pues existen otras como las uniones de hecho, amparadas y reconocidas por el artículo 5 de la Constitución; asimismo, existen otros tipos de familia como monoparentales, anaparentales; y, no necesariamente hay hijos. Por otro lado, las familias ensambladas son otras formas de familia que son protegidas; en suma, todas las familias se basan en la cooperación de sus miembros, apoyo, asistencia independientemente si hay hijos o no pues la finalidad es vivir en armonía.

P.8 Ud., diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuales serían las consecuencias jurídicas y constitucionales?

Considero que las consecuencias vendrían a ser, si se vulnera el derecho a la igualdad, el trato discriminatorio al acceso al seguro de vida, pensión de orfandad,

educación; entre otros, que no gozan de manera libre como los hijos biológicos y adoptivos.

P.9 ¿Qué fuente del derecho considera pueda contribuir a superar el problema que encaran las familias reconstituidas y sus miembros?

La constitución política y los tratados internacionales que el Perú ha suscrito.

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿Generando el cambio del Libro de familia del Código Civil de 1984, vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana? ¿Ud. ve alguna alternativa?

Efectivamente, debería haber leyes especiales que regulen los efectos jurídicos que pueda generar las familias ensambladas como el deber alimentario entre padres e hijos afines, tenencia, régimen de visitas, parentesco, entre otros, pues existe un vacío en dichos temas; si bien es cierto el Tribunal Constitucional reconoce que hay un nuevo tipo de familia, pero no analiza las consecuencias jurídicas que generan estas familias.

FICHA A

ENTREVISTA – MAGISTRADAS/OS Y DOCENTES DE DERECHO

Datos personales:

Nombres y Apellidos: Víctor Hugo Montoya Chávez (ENTREVISTADO Nro. 8)

Edad: 45

Estudios: Abogado con maestría en Democracia y Buen Gobierno

¿Cuáles son las funciones que desempeña y en que Institución? Jefe de la Oficina de Normalización Previsional

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infraconstitucional

P.1 En su opinión, ¿En Perú la ley y el Estado garantizan que cualquier ciudadano/ciudadana, sin ningún tipo de distinción, pueda fundar un grupo familiar?

En principio sí

P.2 ¿El Estado está obligado a proteger todos los derechos humanos, de forma completa y no parcial, de todos los/as ciudadanos/as en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Si bien hay avances en distintos tipos de familia, aun no hay reconocimiento de familias con padres del mismo sexo

P.3 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Las familias reconstituidas están protegidas. Con independencia de las normas legales al respecto, el marco constitucional lo permite al igual que la jurisprudencia constitucional

P4. ¿Cuáles sería las razones o motivaciones jurídicas por las que el Estado peruano se ve impedido de proteger el derecho de igualdad y no discriminación de los miembros de las familias reconstituidas y su derecho a fundar una familia?

No creo que haya impedimento. Creo que los lineamientos del Ministerio de Mujer y Poblaciones Vulnerables buscan la inclusión de todo tipo de familias en el país.

P5 ¿Ha tenido conocimiento de otros casos, similares al del Señor Shols Perez, luego de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC? De ser así, ¿Cómo entender esta reiteración luego del precedente jurídico establecido por el TC?

Sí, está la STC 01204-2017-PA-TC. Hay dos cosas importantes para resaltar. La STC 09332-2006-PA/TC no tiene carácter de precedente vinculante ni genera stare decisis por la nueva sentencia. Ambas forman parte de un criterio interpretativo que está usando el TC para analizar este tema, pero que logra el carácter de vinculatoriedad.

P6 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la Constitución contempla un modelo general y relacional que permite reconocer a toda organización o estructura familiar y protegerla (al igual que a todos sus miembros) garantizando sus derechos?

Sí, esa afirmación es correcta.

P.7 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

No necesariamente. En la Constitución, el concepto de familia tradicional no se funda en el matrimonio sino también en uniones de hecho, pero sí toma en cuenta una pareja que tenga sus propios hijos.

P.8 Ud., diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuales serían las consecuencias jurídicas y constitucionales?

No conozco datos empíricos que justifiquen la afirmación de la vulneración a la igualdad de familias reconstituidas.

P.9 ¿Qué fuente del derecho considera pueda contribuir a superar el problema que encaran las familias reconstituidas y sus miembros?

La Constitución y la jurisprudencia constitucional, en primer lugar.

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿Generando el cambio del Libro de familia del Código Civil de 1984, vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana? ¿Ud. ve alguna alternativa?

Si ya está reconocido constitucionalmente, el desarrollo legislativo es secundario. Sí serviría una nueva legislación infraconstitucional para un mejor entendimiento de aquellos jueces y servidores públicos que aún son legalistas, poco proclive a aceptar la jurisprudencia y que entienden mal el principio de legalidad.

FICHA A

ENTREVISTA - MAGISTRADAS/OS Y DOCENTES DE DERECHO

Datos personales:

Nombres y Apellidos: Moisés N. Paz Panduro Edad: 47. (ENTREVISTA Nro. 9)

Estudios: Magister en Derecho, con mención en Derecho Penal por la PUCP.

¿Cuáles son las funciones que desempeña y en que Institución?

Profesor de pregrado Derecho en Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS)

Profesor de post grado Derecho en Universidad Cesar Vallejo (UCV)

Profesor Asociado en Academia de la Magistratura (AMAG)

Obligaciones del Estado y su relación con la normativa infra constitucional

P1 En su opinión, ¿En Perú la ley y el Estado garantizan que cualquier ciudadano/ciudadana, sin ningún tipo de distinción, pueda fundar un grupo familiar?

Sí, es posible para matrimonios civiles y uniones de hecho.

P2 ¿El Estado está obligado a proteger todos los derechos humanos, de forma completa y no parcial, de todos los/as ciudadanos/as en toda circunstancia, sin ningún tipo de discriminación? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

El Estado está obligado a proteger los Derechos Humanos de forma íntegra, sin discriminación, ello conforme a la Constitución Política del Perú, el Código Penal, el Código del Consumidor, entre otras normas.

P3 ¿Usted diría que el Estado peruano está obligado a proteger el derecho de todo ciudadano y ciudadana de fundar una familia sin ningún tipo de discriminación (incluidos los miembros de las familias reconstituidas)? ¿Cuáles son las razones jurídicas?

Si, el Estado protege a la familia como institución, desde la Constitución. La familia está también conformada por las denominadas reconstituidas o denominadas también ensambladas, recompuestas (parejas que se unen, pero que tienen hijos propios y comunes).

P4. ¿Cuáles sería las razones o motivaciones jurídicas por las que el Estado peruano se ve impedido de proteger el derecho de igualdad y no discriminación de los miembros de las familias reconstituidas y su derecho a fundar una familia?

Las protege, porque forman parte de familia. Es un derecho constitucional.

P5 ¿Ha tenido conocimiento de otros casos, similares al del Señor Shols Pérez, luego de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC? De ser así, ¿Cómo entender esta reiteración luego del precedente jurídico establecido por el TC?

Entiendo que es el caso de reconocimiento del máximo intérprete de la Constitución de la familia ensamblada, conforme al texto constitucional. En estos casos se debe reconocer el derecho a la identidad familiar al hijo propio como integrante de la familia común.

P6 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la Constitución contempla un modelo general y relacional que permite reconocer a toda organización o estructura familiar y protegerla (al igual que a todos sus miembros) garantizando sus derechos?

Si. Es la misma pregunta que la 3, con otras palabras.

P.7 En torno al concepto de familia. Ud. ¿Coincidiría que la familia tradicional se funda sobre la base del matrimonio mientras que la familia reconstituida sobre la base de la unión de hecho y el cuidado de sus miembros en primerísima instancia de los hijos/as?

No necesariamente, hay familias ensambladas que tienen hijos propios mediando unión de hecho o mediando matrimonio civil, pero se divorcian y contraen nuevo matrimonio civil.

P.8 Ud., diría que ¿La vulneración del derecho a la igualdad de las familias reconstituidas socava la condición de ciudadanía de sus miembros poniendo en cuestión al propio Estado de Derecho? ¿De ser así cuales serían las consecuencias jurídicas y constitucionales?

Si, por supuesto, la familia es el lugar donde se forma la persona, si un hijo desde ese momento se siente discriminado, afectado, perjudicado, la forma de proceder en el futuro de estos hijos podría ser de discriminar a otras personas como hicieron con él, entre otros.

P.9 ¿Qué fuente del derecho considera pueda contribuir a superar el problema que encaran las familias reconstituidas y sus miembros?

La doctrina y jurisprudencia.

P.10 La única forma de superar este problema sería ¿Generando el cambio del Libro de familia del Código Civil de 1984, vía proyecto de ley sea por iniciativa parlamentaria o ciudadana? ¿Ud. ve alguna alternativa?

Considero que no requiere modificación, basta con el hecho que los operadores jurídicos comprenden esta necesidad. El Juez debe usar el Art. 138 de la Constitución Política del Perú.