

FACULTAD DE DERECHO

**LA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA
PARA LOS HIJOS AFINES EN EL CONTEXTO DE UNA
FAMILIA ENSAMBLADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO: PRESUPUESTOS Y LIMITACIONES**



**PRESENTADA POR
LUZMILA ARAUJO MALPARTIDA**

**ASESORA
CARMEN FLOR MARÍA CHUNGA CHÁVEZ**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**LIMA – PERÚ
2023**



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/>



FACULTAD DE DERECHO

**LA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PARA LOS
HIJOS AFINES EN EL CONTEXTO DE UNA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: PRESUPUESTOS Y
LIMITACIONES**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

PRESENTADO POR:

LUZMILA ARAUJO MALPARTIDA

ASESORA:

Mg. CARMEN FLOR MARÍA CHUNGA CHÁVEZ

LIMA, PERÚ

2023

TABLA DE CONTENIDO

ÍNDICE DE FIGURAS	v
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	viii
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO.....	1
1.1. Antecedentes de la investigación.....	1
1.2. Bases teóricas.....	4
1.2.1. La familia en el ordenamiento peruano.....	4
1.2.1.1. Conceptualización de familia.....	4
1.2.1.1.1. Matrimonio y unión de hecho	6
1.2.1.1.2. Parentesco	8
1.2.1.2. Clasificación de familia.....	12
1.2.1.2.1. Nuclear	13
1.2.1.2.2. Extensa o extendida.....	13
1.2.1.2.3. Reconstituida o ensamblada	14
1.2.1.2.4. Monoparental	15
1.2.1.2.5. Homoparental.....	16
1.2.1.3. Protección constitucional de la familia en el ordenamiento jurídico peruano.....	17
1.2.1.4. Padres, madres y tutores	20
1.2.1.4.1. Derecho a ser madre y padre.....	21
1.2.1.4.2. Derecho y deber a una vida libre de violencia.....	22
1.2.1.4.3. Derecho y deber de participar en el gobierno del hogar.....	23
1.2.1.4.4. Derecho y deber alimentario	24
1.2.1.5. Familias ensambladas	24
1.2.1.5.2. Enfoque en el Derecho comparado.....	27
1.2.2. Obligaciones alimentarias.....	30

1.2.2.1.	Aspectos generales respecto a los alimentos	30
1.2.2.1.1.	Naturaleza jurídica	31
1.2.2.1.2.	Características	34
1.2.2.1.3.	Sujetos obligados a prestar alimentos.....	37
1.2.2.2.	Obligaciones alimentarias en las familias ensambladas	42
1.3.	Definición de términos básicos.....	51
1.3.1.	Familia ensamblada.....	51
1.3.2.	Identidad familiar autónoma	51
1.3.3.	Igualdad entre los hijos afines e hijos biológicos	52
1.3.4.	Obligaciones del padre afín	52
1.3.5.	Alimentista afín	53
CAPÍTULO II METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN		54
2.1.	Diseño metodológico.....	54
2.2.	Aspectos éticos	55
CAPÍTULO III RESULTADOS		56
3.1.	Doctrina.....	56
3.2.	Resoluciones judiciales.....	62
3.3.	Anteproyecto de reforma del Código Civil.....	71
CONCLUSIONES.....		80
RECOMENDACIONES		83
REFERENCIAS.....		87
Libros		87
Normas legales		89
Jurisprudencia.....		90
ANEXOS		91
Anexo 1. Expediente N° 9332-2006-PA/TC		91
Anexo 2. Expediente N° 2478-2008-PA/TC		98

Anexo 3. Expediente N° 4493-2008-PA/TC	101
Anexo 4. Expediente N° 1204-2017-PA/TC	117

ÍNDICE DE FIGURAS

Gráfico 1. Parentesco por consanguinidad	09
Gráfico 2. Parentesco por afinidad	10

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito analizar la posibilidad de establecer una obligación alimentaria para los hijos afines en el contexto de una familia ensamblada en el ordenamiento jurídico peruano, ello siempre y cuando el padre afín no tenga tal carga familiar que le impida sostener otra obligación que afecte la obligación de padre biológico.

Se emprende un análisis interpretativo de los materiales académicos desde la doctrina para delimitar aquellas circunstancias en las que se produzca la necesidad de generar la obligación alimentaria en una familia ensamblada. Asimismo, se busca que los hijos afines sean beneficiados y protegidos legalmente con el derecho de recibir alimentos, y con ello obtener una buena calidad de vida al cumplirse con su necesidad material inmediata.

En el trabajo de investigación se ha aplicado un enfoque cualitativo que nos permita la recolección de datos necesarios para estudiar la necesidad de la existencia de normativa legislativa que sustente y proteja la igualdad del derecho alimentario entre los hijos afines y los hijos biológicos. En tal sentido, el presente trabajo se justifica en el desarrollo de la importancia social y jurídica del interés superior del niño, el cual debe ser tutelado por el ordenamiento jurídico. Solo así, será posible que en ciertas circunstancias sean los padres afines quienes sean responsables subsidiariamente o solidariamente de dar alimentos a los hijos para cubrir una necesidad material inmediata.

Palabras claves: familia, derecho de alimentos, hijos, padres, familias reconstruidas.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the possibility of establishing a food obligation for related children in the context of an assembled family in the Peruvian legal system, as long as the related parent does not have such a family burden that prevents him from sustaining another than obligation. affects the obligation of the biological father.

An interpretive analysis of the academic materials is undertaken from the doctrine to delimit circumstances in which they need to generate the food obligation in a blended family will occur. Likewise, it is sought that related children be benefited and legally protected with the right to receive food, and thereby obtain a good quality of life by fulfilling their immediate material needs.

It is possible to access a qualitative approach that allows us to collect the necessary data to study the need for the existence of biological regulations that support and protect the equality of food rights between related children and children. In this sense, the present work is justified in the development of the social and legal importance of the best interests of the child, which must be protected by the legal system. Only in this way, it will be possible that in certain circumstances it is the kindred parents who are subsidiarily or jointly responsible for giving food to the children to cover an immediate material need.

Keywords: family, food rights, children, parents, reconstructed families.

NOMBRE DEL TRABAJO

LA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PARA LOS HIJOS AFINES EN EL CONTEXTO DE UNA FAMILIA EN

AUTOR

LUZMILA ARAUJO MALPARTIDA

RECUENTO DE PALABRAS

21721 Words

RECUENTO DE CARACTERES

116120 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

152 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

4.2MB

FECHA DE ENTREGA

Feb 3, 2023 3:27 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Feb 3, 2023 3:29 PM GMT-5

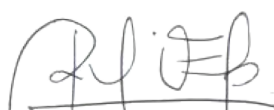
● 12% de similitud general

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

- 11% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 8% 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
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Augusto Espinoza Bonifaz - Instituto de Investigación

INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, las relaciones personales y patrimoniales de las familias ya no son vistas bajo el modelo de la llamada familia tradicional, conformada por padres e hijos biológicos, sino que se han reconocido la variedad de las nuevas composiciones familiares. En ese sentido, es importante identificar que existen tipos de familia como las familias extensas, ensambladas y monoparentales.

En las familias reconstituidas o ensambladas que pueden formarse por ante el fallecimiento de la pareja o tras un divorcio, aparecen nuevos roles como el de la madrastra y/o el padrastro. Si bien nuestro Código de los Niños y Adolescentes señala en el artículo 74 las obligaciones y deberes de los padres biológicos para con los hijos como es el caso de los alimentos, no sucede lo mismo en los casos de familias ensambladas, pues el ordenamiento jurídico no ha establecido de manera clara, normativa acorde con las nuevas composiciones familiares.

Ello significa que estas clases de familia, diferentes a la clásica, no han sido consideradas en la construcción legislativa en beneficio y desarrollo del derecho a la familia. Entonces, como resultado de ello, existen numerosos vacíos legales, discriminación y desprotección de estas nuevas clases de familia, sobre todo de los hijos afines.

La diferenciación entre los hijos biológicos y los hijos afines puede provocar situaciones de discriminación, ya que al formarse una nueva familia estos deberían gozar de los mismos derechos y obligaciones. Si bien pueden plantearse un sinnúmero de situaciones como la ocurrida en un caso del Centro Naval

del Perú al calificar a la hijastra del señor Reynaldo Armando como invitada y no como hija para así otorgarle el carné de invitados y no el carné familiar, la principal problemática en el marco del interés superior del niño es la diferenciación entre los hijos afines y biológicos para recibir alimentos tras la separación de los padres.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, para el Estado peruano la base fundamental de la sociedad sigue siendo la familia. Por ello, genera contrariedad que no se establezca normativa que proteja a los hijos afines. Además, es importante señalar que, también doctrina internacional protege el derecho de familia, y consecuentemente el derecho a formar, mantener y desarrollar una familia de manera plena. Dicho de otra manera, el derecho a gozar de una familia llevando una vida digna y libre de violencia o diferenciaciones.

También, se observa de la legislación comparada que existe un desarrollo y legislación respecto de aquellas familias que se componen tras una separación o fallecimiento de alguno de los padres. De este modo, existe jurisprudencia como la del Tribunal Estadounidense que desarrolla la obligación subsidiaria de alimentos de los padres afines en los casos en que vivan en la misma casa con los hijos afines o los recursos brindados por el padre biológico o adoptivo resulten insuficientes (Vega, 2008).

En ese sentido, el presente trabajo de investigación se centra en la situación actual ante la ausencia de normativa de la obligación de brindar alimentos de parte de los padres afines; así, corresponde que se fomente y regularice normativamente la situación que enfrentan las familias ensambladas. De modo de que se ejecuten medidas de protección para los hijos afines, con el objetivo

de evitar en primer lugar, que se quede en estado de abandono económico y, en segundo lugar, para evitar aquella diferenciación discriminatoria que se realiza respecto de aquel hijo biológico.

El objetivo principal del presente trabajo es analizar la posibilidad de establecer una obligación alimentaria para los hijos afines en el contexto de una familia ensamblada en el ordenamiento jurídico peruano, ello siempre y cuando el padre afín no tenga tal carga familiar que le impida sostener otra obligación que afecte la obligación de padre biológico.

A partir de dicho desarrollo analítico, se tiene como propósito también establecer aquellos supuestos en los cuales se estipularía la obligación alimentaria del padre o madre afín en el contexto de una familia ensamblada en el ordenamiento jurídico peruano, cuando el menor hijo afín se encuentre en estado de desprotección. Asimismo, se delimitará la situación de hecho y de derecho para establecer obligación alimentaria de los padres afines producto de una familia ensamblada en el ordenamiento jurídico peruano, así como delimitar las restricciones de dicha obligación.

Es así que los capítulos que componen la tesis son el capítulo primero del marco teórico, en el cual se desarrollan los antecedentes del trabajo para explicar el panorama nacional e internacional con respecto al tema de investigación. También, se desarrollaron las bases teóricas para analizar el tema de la familia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y la protección constitucional que le otorga el Estado y los instrumentos internacionales. Asimismo, se trabajó la definición de los términos básicos.

En el capítulo segundo, se explicó el diseño metodológico de trabajo y los aspectos éticos que se han tenido en cuenta para su realización. En el capítulo tercero, se analizaron los resultados que dejaron la presente investigación.

Finalmente, para realizar nuestra investigación, se aplicó el diseño metodológico basado en el enfoque cualitativo y el tipo de investigación aplicada y el estudio de casos ya que se partió de los conceptos señalados en sentencias por magistrados del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

Infante, Daniela (2016). *La familia ensamblada y su protección constitucional como familia natural*". Tesis para obtener el grado académico de Maestra en Derecho Público mención en Derecho Constitucional. En la presente investigación, tuvo como objetivo principal:

- Se analizó aquel vínculo que se produce entre el hijastro o hijastra y su padre o madre afín, en la medida de que esta situación no ha sido desarrollada en la normativa nacional de forma explícita, más que algunos artículos. Del mismo modo, se señala que no se ha establecido la legitimidad para obrar que tendría el padre o madre afín, para lograr interceder y tutelar los derechos del hijastro. Por lo que, la investigación criticó aquella decisión de con tomada por el Tribunal Constitucional de igualar la relación del hijo afín con el hijo biológico.
- Se señaló que, a pesar de la relación por afinidad entre padres e hijos es frágil, en la medida de que no se encuentran reguladas, y que el TC explica que una comparación entre aquellos hijos biológicos y afines deviene en arbitraria. La existencia de nuevo núcleo familiar, no implica el nacimiento e imputación de obligaciones a padres afines temporales, pues puede tratarse de una situación transitoria. Establecer obligaciones y derechos entre ambos, implicaría forzar relaciones jurídicas.

Reynoso, Naik (2020). *Las familias ensambladas en el Perú: Fundamentos para el reconocimiento de la figura del padre afín o legal*. (Tesis de grado).

Universidad San Martín de Porres. En la presente investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

- Se discutió la importancia de la regulación de este tipo de familia ensamblada, pues de la declaración del TC respecto del Expediente 01204-2017-PA/TC, tan solo se obtiene un mínimo grado de responsabilidad, dado que se establece como obligación del padre afín, brindar una mínima atención inmediata como obligación de asistencia al menor por parte del padre o madre afín. Lo cual, constituye una minimización de la protección que merece un menor sea este hijo biológico o afín. En el sentido de que, al generarse una familia ensamblada, se conoce previamente el hecho de que se forma una nueva familia con un integrante afín, por el que se ha de ser responsable (Pág. 112).
- Se propuso la regulación jurídica de las familias ensambladas enfocándose en la posibilidad de legitimidad para obrar de parte de aquel padre o madre afín sobre el hijo no biológico. En base a legislación extranjera, la posibilidad de alterar el apellido del menor, ya sea por adición o sustitución, en condición de representación, y con ello, protección legal de parte del padre afín. De esta manera, se establece un respeto del derecho a la autonomía privada. Asumiendo así, la transformación que han sufrido la conformación de las familias actuales.

Simeón Velasco, Judith (2019). *La protección de los derechos de los hijos afines en el ámbito de la institución social fundamental de la familia*". Tesis para obtener el grado académico de Maestra en Derecho Constitucional. De las técnicas de investigación aplicadas, en la presente investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

- Se puso en evidencia de lo obtenido en los indicadores, que los operadores jurídicos prefieren que sea a través de una declaración judicial, la incorporación de los hijos afines, previo análisis de la estructura familiar existente. Ello, contribuiría una verdadera protección de la familia por parte del Estado. Pues, aquellos hijos afines, podrían tener acceso a prestaciones de salud.
- A pesar de la búsqueda de integración de los hijos afines, en materia sucesoria, los operadores jurídicos, consideran que estos deberían tener un carácter subsidiario respecto de los hijos biológicos. No obstante, respecto del ejercicio de acceder a pedido de alimentos, esto debería ser ante imposibilidad de su progenitor (Pág. 96).

Huarhuachi, Alexandra & Garnique, Willys (2019). *El reconocimiento de la familia ensamblada en el Código Civil Peruano*. (Tesis de grado). Universidad Autónoma del Perú. En la presente investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

- Se identifica que, a pesar del reconocimiento de la autonomía de la familia ensamblada, aún existe la necesidad de reconocimiento normativo ante los vacíos legales que debe enfrentar una familia constituida con hijos afines. Ello se fundamenta en que no existe ni en materia sucesoria ni en

materia de asistencia familiar, una regulación jurídica que proteja la integridad y a los miembros de una familia ensamblada.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. La familia en el ordenamiento peruano

1.2.1.1. Conceptualización de familia

La familia, como la historia lo ha demostrado, es un concepto dinámico, puesto que se ha moldeado a las diferentes formas en que ella se configuraba. No nos referimos a la misma familia peruana tradicional de 1800 a la familia del 2022, cada una concibe sus propias características, influenciado enormemente por los cambios sociales que han existido. Así, el derecho no es ajeno a ella, ya que se va construyendo y adaptando a las necesidades que la sociedad requiere.

Para empezar, debemos referirnos a la familia en el Derecho Romano, donde se tenía dos concepciones, según Petit (1966):

Los romanos distinguen el parentesco natural o *cognatio* y el parentesco civil o *agnatio*.

1. La *cognatio* es el parentesco que une las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendiendo de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo.

Es, por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza.

(...) Los que su cualidad es sólo cognados, no forman parte de la familia civil; para ser de esta familia hay que tener el título de *agnados*.

2. La *agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Es muy difícil dar una definición completa de los *agnados*.

Se puede decir que son los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad, o que le estuvieran sometidos si aún viviera. Hay que poner también entre los agnados a la mujer *in manu*, que es *loco filiae*. (p. 96-97)

De la descripción anterior, podemos destacar que una familia se componía de personas *cognadas* y *agnados*; lo que en otras palabras significa que, las primeras están referido al parentesco por consanguinidad con la madre o vínculo de sangre, y el segundo al parentesco por consanguinidad con el padre o quienes están bajo su autoridad. Destaca que el Derecho Romano contempla la formulación de una familia con ambos vínculos; si no tienen ninguna relación consanguínea, entonces, no forman parte de ella. Esta es la razón por la cual, esclavos y siervos que están bajo la autoridad del padre no son considerados parte de la familia, porque no tienen un vínculo de sangre con ellos.

Pues bien, destaquemos que en nuestro derecho contemporáneo sería suficiente el vínculo de sangre para considerarla familia. Pero también el desarrollo que ha tenido implica muchos más agentes, propiamente dicho, nos referimos a hijos e hijas provenientes de otros matrimonios o adoptadas. Este tipo de situaciones modificó su concepto.

La modernización del concepto nos ha dado entender que es necesaria una apertura a la definición que se diese, alejándose de requisitos propiamente

establecidos como ocurría en el Derecho Romano. Desde la perspectiva sociológica, como definen Rodrigo y Palacios (1998), la familia es:

(...) la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia. (p. 33)

En ese sentido, la familia tiene por característica primordial la trascendencia de ser un grupo unido entre sus miembros, en la cual conjugan diferentes sentimientos de compromiso que los hace únicos. No obstante, debemos aclarar que las relaciones que pueden establecerse están establecidas por diferentes factores, como el matrimonio, parentesco, filiación, convivencia, lazos de colaboración o ayuda mutua.

1.2.1.1.1. Matrimonio y unión de hecho

El matrimonio es el origen de una familia, sin alejarse de aquella que provienen. Con el Derecho Romano, según Bossert y Zannoni (2004) la “emancipación del varón o matrimonio *cum manu* de la hija- o de la adopción, cesaba el parentesco agnaticio” (p. 38), es decir, dejaba de ser parte de esa familia. Esta concepción es rechazada actualmente, ya que crear una nueva familia no genera que te alejes de la familia que proviene, en algunos casos incluyen generaciones pasadas formando una más grande de lo habitual.

Antes de surgir una relación matrimonial, todo empieza con los esponsales, el cual representa el futuro convenio de contraer matrimonio. En Roma, se hacía referencia a la *acción ex sponsu*, el cual significaba la obligación que asumía el

promitente de realizar el pago de una importación en caso rompa con el compromiso de celebrar el futuro matrimonio.

Así, el matrimonio significa la unión entre dos personas. A propósito de ello, una figura que en los últimos años ha tomado más protagonismo es la unión de hecho, el cual establece la creación de vínculos entre dos personas sin necesidad de contraer matrimonio. Esta figura es una alternativa frente a situaciones en las que hablamos de la convivencia de hombre y mujer que se unen voluntariamente siendo mayores de edad, sin impedimento para casarse, con la finalidad de hacer una vida en común. Aquí hacemos referencia a la modalidad propia, la cual es fuente de familia.

Por otro lado, también se encuentra la impropia, la cual no está protegida porque falta alguno de los elementos para que se configure la unión propia, sobre todo la carencia de impedimento para casarse; por ejemplo, este es el caso de una persona casada que convive con otra persona. En esta última situación se reconocerán derechos para los hijos, pero no hay protección directa entre convivientes.

Pues bien, el matrimonio y la unión de hecho no generan un tipo de parentesco en la pareja, sino que tienen una relación de convivencia. Como veremos más adelante, es distinto cuando nos referimos a la relación entre un cónyuge y la familia del otro, donde sí hay parentesco por afinidad (artículo 237 del Código Civil).

1.2.1.1.2. Parentesco

Si entendemos que la familia, en palabras de Bossert y Zannoni (2004), es “un régimen de relaciones jurídicas, interdependientes y recíprocas, emergentes de la unión intersexual y la procreación” (p. 37); entonces, se concibe que hay vínculos establecidos por algún tipo de componente que los vincula. Así, el parentesco se presenta como la conexión de naturaleza jurídica que vincula los miembros de una composición familiar; por tanto, existen lazos parentales entre padres e hijos, hermanos, primos, tíos, sobrinos, abuelos y todos los demás que puedan existir. Recordemos que entre cónyuges y convivientes no hay parentesco, sino una relación de convivencia; caso distinto será con sus familias, las cuales si tienen un cierto parentesco.

1.2.1.1.2.1. Consanguíneo

En el artículo 236° del Código Civil se presenta la definición de este parentesco, indicando que:

El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

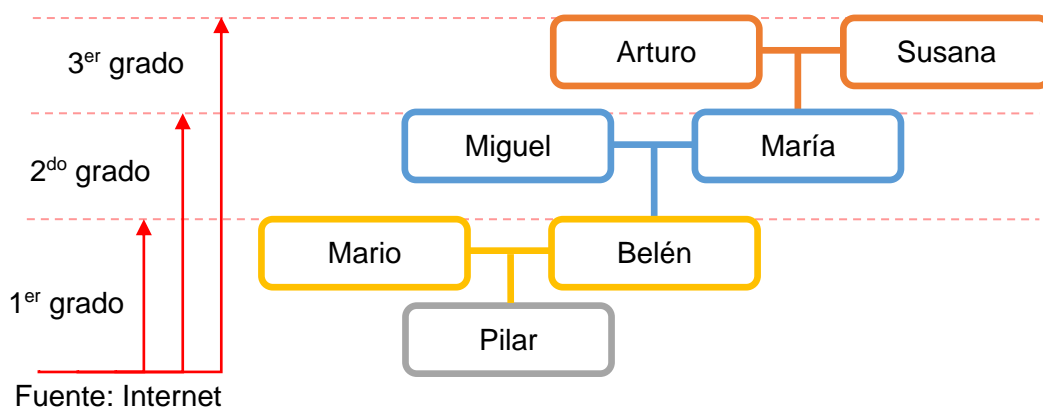
El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado.

Así, el parentesco consanguíneo existe entre personas unidas por la misma sangre y el mismo vínculo genético. La proximidad en el parentesco se establece por el número de generaciones que separan a los dos parientes y se determina

en grados. Cada generación forma un grado y, para efectos jurídicos, se genera un efecto civil solo hasta el cuarto grado.

Gráfico 1. Parentesco por consanguinidad



Elaboración: propia

A propósito del diagrama anterior, por ejemplo, si analizamos el parentesco por consanguinidad de Pilar, podemos afirmar que, de Pilar a Belén y Mario hay parentesco de primer grado; de Belén a María y Miguel hay segundo grado; y de María a Arturo y Susana hay tercer grado. En resumen, este tipo de vínculo es mediante el parentesco de sangre, es decir, vienen de un mismo origen biológico.

1.2.1.1.2.2. Afinidad

En el artículo 237° del Código Civil se presenta la definición de este parentesco, indicando que:

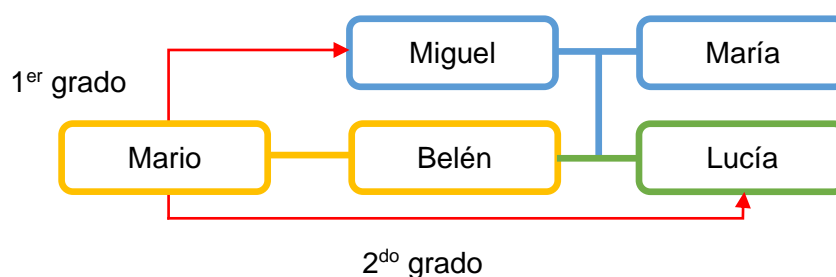
El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

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 excónyuge.

Así, el parentesco por afinidad se constituye entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, o; entre una persona y los cónyuges de sus parientes consanguíneos. Tal como lo expresa el propio artículo, este parentesco es consecuencia de la celebración del matrimonio, aplicable también para la convivencia o uniones de hecho; por lo cual, este vínculo se caracteriza por servirse del parentesco consanguíneo para establecer la relación que tiene la familia de una persona con su cónyuge o conviviente. Los efectos civiles se generan únicamente hasta el segundo grado.

Gráfico 2. Parentesco por afinidad



Fuente: internet

Elaboración: propia

A propósito del diagrama anterior, por ejemplo, si analizamos el parentesco por afinidad de Mario, podemos afirmar que, de él a Miguel y María hay un parentesco de primer grado en línea recta, establecida coloquialmente como yerno y suegro, respectivamente; además, de Mario a Lucía hay un parentesco de segundo grado en línea colateral, conocido como cuñado y cuñada. En resumen, en este parentesco no existe un vínculo genético, pero reemplazan los vínculos consanguíneos para establecer la relación entre una familia y el cónyuge.

1.2.1.1.2.3. Legal

El Código Civil hace mención de él en el artículo 238°: “La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución”. Así, el parentesco legal se refiere a, cuando sin tener un vínculo con una persona, la ley me permite adoptar a una persona y establecer un vínculo. Por lo tanto, solo se genera por adopción, siendo esta una figura jurídica mediante la cual una persona con o sin descendencia, asume un niño como propio. Evidentemente, se espera que tal relación establezca las mismas conexiones de respeto, amor y confianza que con los hijos e hijas biológicas.

Para que un niño o niña puedan ser adoptados, previamente deben ser declarados en estado de desprotección familiar, lo cual rompe los lazos familiares que originalmente tenía (artículo 377° Código Civil). Así, primero se evalúa que puedan estar en una situación de riesgo inminente que pueda generar una vulneración a los derechos del niño, según el DL N° 1297, art. 3, inciso f:

- “a) Violencia física o psicológica en agravio de la niña, niño o adolescente, que no constituya una situación grave de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
- b) Deserción escolar, ausentismo esporádico o abandono escolar sin razones justificadas.
- c) Incapacidad o imposibilidad de controlar situaciones conductuales de la niña, niño o adolescente que puedan conllevar

a una situación de desprotección familiar, peligro inminente de hacerse daño o de hacerlo a terceras personas.

d) Descuido o negligencia que ponen en riesgo leve el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente, de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.

e) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que no revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.

f) Otras circunstancias que, sin revestir gravedad, perjudiquen el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente. Estas circunstancias o supuestos dan inicio al procedimiento por riesgo de desprotección familiar. (Reglamento de la Ley de Protección, art. 3)”

El procedimiento regula que debe constatar que se encuentran en una de esas situaciones, a lo cual se implementarán medidas de seguridad, hasta que pueda emitirse la resolución judicial que declare la situación de desprotección. Con dicha resolución, una persona o una pareja, siempre con el consentimiento de ambos cónyuges, pueden adoptar a ese niño, niña o adolescente.

1.2.1.2. Clasificación de familia

Anteriormente mencionamos lo dinámico que es el concepto de familia. El siguiente apartado refleja a plenitud tal característica, ya que, como veremos, la sociedad ha generado que se creen una gran variedad de formas en que las familias se manifiestan. Aun así, es conveniente mencionar que las familias compuestas únicamente por amistades, el cual es objeto de estudio en

investigaciones de sociología y psicología, no es incluida en las legislaciones por no ser relevante jurídicamente.

1.2.1.2.1. Nuclear

Si bien nuestra legislación no hace mención expresa de ella, la sociedad ha considerado a las familias compuestas por mamá, papá e hijos como las más comunes, dándoles el carácter de “familia tradicional”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional caracteriza a la familia nuclear como:

La acepción común del término *familia* lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos (...).
(Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fundamento 6)

De esa forma, es más evidente reconocer este tipo de familia, debido a que está compuesta por los miembros clásicos, es decir, la forma más común en la que las familias se componen únicamente con tres miembros, pudiendo ser más según la cantidad de hijos que se tenga.

1.2.1.2.2. Extensa o extendida

La construcción conceptual de este tipo parte de la nuclear. Si nos basamos que la familia “tradicional” está conformada por papá, mamá e hijos, hay supuestos donde la cantidad de miembros es extendida; es decir, se incluye a familiares y parientes dentro de su composición. De esa forma, una familia extensa es

aquella en la que participan también los tíos, abuelos, primos, bisabuelos, entre otros.

1.2.1.2.3. Reconstituida o ensamblada

Esta familia no ha sido incluida en nuestra legislación de forma expresa, así como tampoco la ha rechazado expresamente; aunque, no cabe la menor duda que, cuando se escribió la legislación sobre esta materia, se pensó en las familias tradicionales. No obstante, sí fue reconocida por el Tribunal Constitucional, introduciéndola en nuestro ordenamiento mediante la jurisprudencia. De esa forma, el propio Tribunal Constitucional nos da un panorama más preciso:

En realidad, no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen inris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”. (Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fundamento 8)

En otras palabras, nos podemos referir a una familia conformada por dos personas, con o sin matrimonio formalizado, cada uno con hijos propios, quienes

han decidido establecer un vínculo común entre todos ellos. Así, suele presentarse cuando los padres separados deciden reiniciar su vida sentimental incorporando a los hijos de la pareja, así como a los propios hijos.

La doctrina no tiene un consenso con respecto a la definición precisa de este tipo de familias, pero la definición de Espinar y otros (2013) es adecuada para nuestra investigación, pues señalan que es “una estructura familiar en la que al menos uno de los miembros de la pareja aporta algún hijo fruto de una relación previa” (p. 303). Esa relación de los padres con hijos no biológicos los convierte a ellos en madrastras o padrastros.

En ese sentido, ya no hay una duplicidad de hogares, pues ambos se han unido para empezar como una familia reconstituida. Este tipo de familias, podrían llamarse las atípicas, no implican una ruptura en las reglas de funcionamiento de la familia, sino que exigen más bien un cambio en la estructura, los modos de relación y las normas aplicables a las familias.

1.2.1.2.4. Monoparental

Definitivamente, uno de los tipos de familia que ha roto estigmas sociales es la monoparental. Originariamente, una familia debe estar constituida inicialmente por una pareja, siendo una concepción establecida del ideal social. Sin embargo, en la edad contemporánea, y especialmente con el empoderamiento de la mujer en la sociedad, se empezó a normalizar aquellas familias que solo tenían a un papá o una mamá. Belluscio (2004) señala que:

La circunstancia puede deberse a la muerte de uno de los padres, a la separación -de hecho, o judicial- y el divorcio cuando la guarda de los hijos se confía o se ejerce de hecho por el padre o la madre,

pero también a la procreación o la adopción por parte de una persona que no convive con otra. (p. 8)

En ese sentido, las razones por las que una persona se encarga de ser padre o madre de un niño o niña pueden ser variadas, lo único importante es que los derechos y deberes sean reconocidos incluso bajo esas condiciones. Tal vez, este es uno de los supuestos más complejos que existen en cuestión de reconocimiento de familia.

1.2.1.2.5. Homoparental

Existe un cuestionamiento enorme dentro de nuestra judicatura a este tipo de familia, pero también es importante mencionarlo por la relevancia que tiene dentro de la sociedad. Belluscio (2004),

(...) plantea la cuestión de si puede existir una familia homosexual, especialmente en los países que asignan efectos jurídicos a la unión entre dos personas del mismo sexo, atribuyéndole algunos de los que corresponden al matrimonio o aun equiparándola con éste. Máxime si, como se acepta en algunos y se vislumbra en otros, ese tipo de pareja puede llegar a adoptar o a tener descendencia por medio de técnicas de procreación asistida cuya evolución futura es difícil prever. (p. 8)

Pues bien, este tipo de matrimonio no ha sido reconocido expresamente aún dentro de nuestra legislación, a pesar de que se han presentado casos que podrían haber introducido la figura dentro de nuestra normativa. Asimismo, la falta de reconocimiento conlleva a que las parejas homosexuales no tengan la

potestad de reconocer hijos o hijas procreadas con alguna técnica de reproducción humana asistida (TERAS) o adoptar.

1.2.1.3. Protección constitucional de la familia en el ordenamiento jurídico peruano

Se ha mencionado varios tipos de familias, las cuales, si bien no están protegidas expresamente por el ordenamiento jurídico, sí son objeto de protección, aunque todavía se vayan definiendo las necesidades específicas. En el caso de las familias reconstituidas, hay todo un proceso de reorganización de las funciones parentales y de los roles de las nuevas parejas (padraastro-madrastra).

La familia es el núcleo en donde las personas aprenden a comportarse según los valores considerados positivos en la sociedad en la que viven, siendo este proceso conocido como la crianza. Hoy en día se considera que la familia está conformada por todo aquellos que comparten un vínculo íntimo, por ejemplo, las mascotas o incluso amigos y amigas. Si bien podemos hablar de conexiones por los que una familia se crea, no siempre ha generado la conformación de una reconocida, incluso para nuestra actualidad.

Así, en las constituciones de 1828 a 1920, los varones se convertían en ciudadanos cuando cumplían la edad de 21 años; asimismo, al contraer matrimonio se suponía que se conformaba una familia, razón por la cual también se les otorgaba la ciudadanía a quienes lo hacían.

Recién con la Constitución de 1933, se establecía que “el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley” (artículo 51°), introduciendo al amparo constitucional a la familia. En ella se deja constancia de una estructura

social patriarcal, que también definía el tipo de familia que se quería por aquel entonces: la mujer supeditada al hombre.

Asimismo, muchos de los derechos civiles estaban condicionados a tal estructura, viéndose reflejado en el Código Civil de 1936, el cual establecía que, entre otras cosas, las mujeres tenían derecho a votar siempre que estuvieran casadas o tuvieran un hijo; el cónyuge estaba facultado determinar el domicilio conyugal, decidir la economía familiar y representaba a la sociedad conyugal; el hombre estaba obligado a suministrar a la mujer y la familia de lo necesario para subsistencia; la mujer tenía la obligación de atender el hogar y su marido; así como se encontraba obligada a llevar el apellido del marido agregado al suyo; o, el marido debía consentir si su mujer quería ejercer una profesión o trabajar fuera de casa.

Apenas en la Constitución de 1979 se registró un cambio significativo, introduciendo un capítulo dedicado a la familia. En él se registró los primeros inicios de la igualdad de la mujer con el hombre, teniendo un impacto significativo en las relaciones familiares. Así, ya no correspondía que solo una persona fuese responsable del mantenimiento económico de la familia (varón) y trabajo doméstico (mujer); de igual forma, se reconocía constitucionalmente la igualdad de los hijos, nacidos o no en relación matrimonial, y las uniones de hecho, otorgando a parejas heterosexuales derechos que se generan en la unión matrimonial sobre los bienes obtenidos durante el concubinato¹.

¹ La unión de hecho o concubinato estaba regulado en el artículo 9° de la Constitución de 1979, estableciendo como requisitos que se trate de una pareja conformada por un varón y una mujer, que hayan estado haciendo vida en común durante dos años continuos, persiguiendo y cumpliendo fines similares a los del matrimonio.

En concordancia con ello, se decidió replantear el Código Civil en 1984, siguiendo la misma línea de tener el Libro III dedicado exclusivamente a las cuestiones relativas a la familia. A partir de aquí es cuando los derechos de los cónyuges fueron normativamente equivalentes:

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 234°: (...) El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Finalmente, la Constitución de 1993 transmite la relevancia de la familia para el Estado peruano en diferentes artículos:

Artículo 4°: La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Artículo 5°: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

De esa forma, se deja constancia que la protección constitucional actual brinda protección y promoción del matrimonio y la familia, reconocimiento del derecho del niño a la vida en el hogar, introduce el concepto de maternidad responsable asociado a la responsabilidad del padre y madre.

Pues bien, la evolución normativa ha dotado de una protección máxima de la familia, reconociendo una gran variedad de contenido constitucional dentro de ella. Tal como vimos, existe una protección máxima sobre ella, puesto que el Estado lo considera el núcleo en donde las personas aprenden a comportarse según los valores considerados positivos en la sociedad en la que viven.

1.2.1.4. Padres, madres y tutores

La familia está compuesta comúnmente por un padre y una madre, aunque podría haber diferentes conformaciones, como son las que incluyen a abuelos, abuelas, tíos, tías, o incluso padres y madres adoptivas. Precisamente, que la composición familiar sea tan variada no implica que su relación con los hijos e hijas sea diferente; por lo cual, gozan de los mismos derechos y deberes sea la cualidad que sea. El incumplimiento de algún deber severamente, lo cual coloque al menor en situación de desprotección familiar, es considerada una razón suficientemente válida para quitarle la custodia y declararla en abandono.

La patria potestad es la consecuencia de la filiación, lo cual determina los deberes y derechos existentes entre los hijos/as y sus padres y madres; por lo mismo, estaríamos hablando de responsabilidad parental, exigida por la paternidad y maternidad que se exige tengan en la familia. A nivel práctico, se diferencia de la tenencia en medida que este último está referido a la convivencia, por lo que es común que el papá, la mamá y sus hijos/as vivan en el mismo bien inmueble.

La patria potestad les da a los padres una serie de facultades, y esta es solo de los padres y madres que hayan reconocido a sus hijos; por lo cual, cuando nos referimos a hijos extramatrimoniales, solo se ejercerá cuando se haya

reconocido al menor. Así, podemos referirnos a este conjunto de facultades como los referidos para el cumplimiento de la paternidad y maternidad responsable.

De forma detallada, encontramos una numeración de deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad en el artículo 74° del Código de Niños, Niñas y Adolescentes, los cuales buscan garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.

A continuación, detallaremos con precisión algunos de los derechos y deberes mencionados anteriormente, considerando la relevancia que tienen para la construcción de familias.

1.2.1.4.1. Derecho a ser madre y padre

Este derecho está referido a la libertad de decisión respecto a elegir el tipo de familia que se desee formar, ejerciendo otros derechos como los reproductivos y derecho a formar, mantener y desarrollar una familia. La ciencia ha aportado significativamente en que este derecho sea satisfecho con plenitud, pues, se han desarrollado diferentes técnicas de reproducción asistida (TERA) que garantizan el derecho a procrear y elegir el método para hacerlo.

- Inseminación artificial homóloga: inseminación del semen del marido en óvulo de su pareja.
- Inseminación artificial heteróloga: inseminación del semen de donante en óvulo de su pareja.

- Maternidad subrogada: es una madre portadora, madre sustituta o madre de alquiler quien lleva el embarazo, teniendo el embrión la carga genética de otras personas, usualmente la madre y el padre.

De todas las formas mencionadas, la maternidad subrogada está excluida de nuestro ordenamiento, puesto que el artículo 7° de la Ley General de Salud exige que “la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”. Por lo que, en palabras de Cieza (2021), se permitiría otras TERAS, como la inseminación artificial o fecundación homóloga.

1.2.1.4.2. Derecho y deber a una vida libre de violencia

Las familias deben ser espacios donde todos sus miembros puedan desarrollarse de la mejor forma. No obstante, históricamente, la sociedad consideraba aceptable ciertas situaciones denigrantes para las mujeres, los hijos e hijas. Así, por ejemplo, el Código Civil de 1852 establecía que las mujeres casadas dependen de sus maridos, teniendo que obedecerle; además, se permitía que quienes ejercían la patria potestad pudieran sujetar, corregir y castigar moderadamente a sus hijos. Asimismo, el Código Civil de 1936 permitía a las mujeres ejercer cualquier profesión o industria, siempre que reciba el consentimiento expreso o tácito del marido.

Todas esas formas han ido variando a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, con el propósito de proteger a quienes más se han visto perjudicados en el ámbito familiar, es decir, las mujeres, los niños y niñas, y los adultos mayores. El Código Penal de 1991 criminaliza la violación en el matrimonio y violación como delito contra la libertad sexual; en 1993 se aprueba la Ley de protección frente a la violencia familiar, Ley N° 26260, la cual se ha ido modificando en 1997,

1998, 2000 y 2003; se elimina el concepto de sevicia del Código Civil y se reemplaza por conceptualizar la violencia física y psicológica; en 1996 se ratifica la Convención Belém do Pará, bajo la cual se crea el Ministerio de la Mujer; en 1997 se elimina la exoneración de pena al violador que se casa con su víctima; en 1999 se establece la acción pública de los delitos contra la libertad sexual, creando el primer Módulo de atención integral contra la violencia familiar “Emergencia Mujer”.

Todos estos esfuerzos por proteger a las mujeres e integrantes del grupo familiar se han acentuado para protegerles dentro del ámbito familiar de la violencia física, psicológica, sexual y económica que pueda darse. Se trata de una igualdad material, ya que la situación de las mujeres no es la misma que la de los hombres debido a los altos índices de violencia que padece.

Precisamente, su propósito es garantizar que la vida familiar sea las mejores posibles. Tanto los padres y madres tienen el derecho de vivir en una familia sin violencia, además de tener el deber de garantizar que sus hijos, hijas, abuelos, abuelas o cualquier otra persona que componga la familia sufran ningún tipo de violencia.

1.2.1.4.3. Derecho y deber de participar en el gobierno del hogar

Este derecho y deber tiene una doble relación, entre quienes ejercen la patria potestad y, entre ellos y sus hijos e hijas. Los padres, madres o tutores participan en la dirección del hogar, teniendo que cooperar mutuamente en que los alimentos de los hijos, la economía y el tratamiento dentro del hogar.

Precisamente, la obligación de sostener a la familia compete tanto al padre y la madre; por tal motivo, el artículo 291° del Código Civil indica que:

Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo. (...)

Por tal motivo, incluso cuando el padre o la madre abandona el hogar, está aún tiene que permitir que sus hijos gocen de una educación, salud, vivienda y recreación de la mejor calidad posible. Tal vez la relación entre quienes ejercen la patria potestad se ha roto, pero la filiación aún está presente, razón por la cual no deben descuidar su protección.

1.2.1.4.4. Derecho y deber alimentario

Este derecho busca garantizar la subsistencia del ser humano en una vida digna. El vínculo jurídico que tienen los padres y las madres con sus hijos determina este derecho, puesto que deben procurar que no falte nada para que puedan desarrollarse en una vida digna.

1.2.1.5. Familias ensambladas

Una familia ensamblada nace cuando se forma un nuevo núcleo familiar, después de la ruptura de un núcleo original. Tanto los padres y las madres (biológicos y parejas diferentes de la relación principal) como los hijos son parte de la familia ensamblada. Surge aquí la figura del padre y madre afín, quien

también son reconocidos como responsables de los hijos pasados, sin importar los lazos consanguíneos.

1.2.1.5.1. Enfoque del Tribunal Constitucional

La primera sentencia en donde se habló de la familia ensamblada fue en el Expediente N° 09332-2007-PA/TC, en donde el señor Reynaldo Shols se casó con una señora la cual ya tenía una hija, posteriormente tuvieron otra hija. Él las quería mucho a ambas, sin diferenciarlas. En el Centro Naval del Perú, de donde eran parte, le habían dado cuatro carnés, pero en una nueva emisión, solo le dieron tres sin contar el de la niña que no era biológicamente hija de él. El señor se molestó porque él había criado a la niña como su hija desde los dos años, por lo cual presentó una demanda de amparo, llegando hasta el Tribunal Constitucional, quienes reconocen que:

(...) la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida. (Exp N° 09332-2007-PA/TC, fundamento 12)

Por lo cual, el Tribunal Constitucional estimó que esa adolescente siempre había sido tratada como hija; por lo cual, se estaba generando un daño a la adolescente

por la discriminación que estaba sufriendo. Así, se estableció que el contexto en el cual el hijo afín ya se ha integrado al núcleo familiar no puede ser discriminado de manera arbitraria, por lo que le corresponde al Estado brindar la protección correspondiente. Así, mediante el pronunciamiento de la familia ensamblada paso a configurar una nueva identidad familiar.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional emite otra sentencia recaída en el Exp. N° 2478-2008-PA/TC en donde reconoce la familia ensamblada en unión de hecho, legitimando la intervención del padrastro, quien era un padre afín, que quería pedir información en el colegio de su hijo afín, pero rechazaron su pedido porque él no era el papá biológico, aun cuando era el que pagaba los gastos del colegio. Entonces, el Tribunal Constitucional estipuló que el padre afín estaba legitimado de preocuparse por el niño. Se reconoce el rol complementario del padre o la madre afín y se apoya en la idea fuerza de una pluri paternidad jerarquizada.

En otro lado, el Expediente 4493-2008-PA/TC evalúa el carácter que tiene el cuidado brindado por un padre afín con su hijo afín, habiendo sido un factor que disminuyó la pensión alimentaria que su padre biológico tendría que cumplir. Así, el Tribunal Constitucional comentó que,

21. (...) a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior (...)

22. En todo caso, debe quedar enfáticamente establecido que, sea la opción por la cual se incline la relación afín o social no implica de modo alguno que los padres biológicos puedan dejar de cumplir

con sus deberes alimentación o signifique la pérdida de patria potestad de estos (...). (Exp 4493-2008-PA/TC, fundamento 21 y 22)

En ese sentido, se establece que la prestación de alimentos para con los hijos afines supone una manifestación de solidaridad, no reemplazando el deber de alimentos que los padres biológicos tienen para con ellos.

1.2.1.5.2. Enfoque en el Derecho comparado

Las legislaciones de Latinoamérica han concebido un desarrollo particular respecto de las familias ensambladas, no siendo reconocidas en todas o teniendo un desarrollo parcial; probablemente, Perú es uno de los países más avanzados en esta materia.

Solamente Argentina y Uruguay han tenido un desarrollo parcial de este modelo de familia, aunque no con un reconocimiento expreso en sus respectivas Constituciones o Códigos Civiles. Así, en primer lugar, la legislación argentina presupone su existencia, dotándola de cierto desarrollo normativo; con lo comentan Bossert y Zannoni (2004):

(...) por ejemplo, entre un cónyuge y los hijos del otro (hijastros) existe parentesco por afinidad en primer grado (art. 363, Cód. Civil), que genera deber alimentario recíproco (art. 368, Cód. Civil), siendo dichos alimentos a cargo de la sociedad conyugal (art. 1275, inc. 1°, Cód. Civil). A su vez, el parentesco por afinidad en línea recta determina impedimento matrimonial (art. 166, inc. 4°, Cód. Civil). En consecuencia, ni el padrastro podría contraer matrimonio

con la hijastra, ni la madrastra con el hijastro, o con descendientes de ellos. (p. 8)

En segundo lugar, Uruguay reconoce determinados derechos en su Código Civil, pero no de forma expresa. De allí, la mayor preocupación fue el reconocimiento de los alimentos para hijos afines, razón por la cual, según Fernández (2016) “dicha obligación alimentaria subsiste en el caso de la familia ensamblada matrimonial (numeral 2 [Código Civil uruguayo]) y en la familia ensamblada concubinaria (numeral 3 [Código Civil uruguayo])”. (p. 95)

Por otro lado, Colombia, Ecuador, Bolivia y Chile son los Estados que no tienen un reconocimiento expreso ni un desarrollo legislativo propio. De ellos, el artículo 113° del Código Civil colombiano continúa reconociendo la familia tradicional como la unión de un hombre y una mujer, con las mismas obligaciones y derechos con relación a los hijos propios. Al respecto, Durán (2000) comenta que:

(...) en ocasiones se trata de impedir intromisiones fastidiosas en el nuevo hogar, otras veces se busca proteger los derechos personales y patrimoniales de los hijos de precedente unión, y, muy pocas veces, asimilarlos como otros miembros más de la nueva familia; en ocasiones simplemente se pretende restringir ciertas conductas en razón del orden público jurídico. Con todo, casi nada se dice a propósito de deberes y derechos de todo orden entre los padrastros y sus hijastros”. (p. 5)

Así, uno de los mayores fastidios para el autor es la falta de desarrollo legislativo que tiene las familias compuestas en el Derecho colombiano. Asimismo, Ecuador

tiene una situación normativa similar a Colombia, en vista que no tiene un desarrollo tan extenso de las *familias de segundas nupcias*; teniendo, tal vez, la exigencia de realizar un inventario de los bienes de los hijos a los padres que deseen contraer un nuevo matrimonio (artículo 131).

Evidentemente, no es un reconocimiento ni un derecho desarrollado ampliamente, por lo que no estamos ante un supuesto de desarrollo amplio propiamente dicho. Además, Bolivia no reconoce ni establece derechos que podamos considerar un reconocimiento mínimo de las familias ensambladas; aunque, la mención mínima del artículo 118° de su Código de Familia nos referiría a una.

Finalmente, la legislación chilena concibe este modelo de familia no consta un desarrollo igualitario respecto al concepto de familia tradicional. Fernández (2016) menciona que “por ejemplo, a proteger el patrimonio de los hijos del cónyuge difunto y de asignarles un curador (artículo 210²) no podemos decir que exista una regulación siquiera parcial (mucho menos integral) de los aspectos relativos a las familias ensambladas”. (p. 89)

Al respecto, cabe mencionar un caso chileno emblemático en 2002, cuando una pareja heterosexual tuvo tres hijas y decidieron separarse, acordando que la madre mantendría su tutela. Posteriormente, el padre pidió la custodia de sus hijas, basado en que ella había reconstituido su familia con una mujer y ahora eran una pareja homoparental reensamblada, razón por la cual, decía que el ejemplo de la madre le causaría mucho daño a la niña. Las instancias chilenas

² Artículo 210° Código Civil de Chile: *El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad.*

le negaron a la madre que vea a sus hijas, llegando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012) y reclamando que sus hijas siempre se criaron de manera muy normal con ella y su nueva pareja; por lo cual, la CIDH reconoció que no había perjuicio. Al respecto, se menciona que:

(...) este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”). (fundamento 1.2.4)

De esa forma, el enfoque que la CIDH indica es que la familia tradicional es un modelo de familia que ha perdurado por muchos años, pero que actualmente no es la única, conviviendo con otros modelos que se componen de diferentes formas. Precisamente, la diversidad debe ser valorada y apreciada sin discriminación, es decir, no prohibiendo que las familias reconstituidas tengan una actuación desigual para con ellas.

1.2.2. Obligaciones alimentarias

1.2.2.1. Aspectos generales respecto a los alimentos

Los alimentos tienen una relación estrecha con la patria potestad, indicando que es el establecimiento de una relación de cuidado y protección de quienes la ejercen para con sus hijos e hijas. Al respecto Barra, Cáceres y Cárdenas (2009) señalan que:

La institución jurídica de los Alimentos comprende una serie de normas dirigidas a garantizar el derecho a la subsistencia del ser humano. Mediante esta institución se fija la relación obligacional alimentaria, determinando al acreedor y deudor alimentario y las condiciones en las que opera el derecho. (p. 27)

De esa forma, se concibe como el surgimiento de una relación con el propósito de proteger la integridad de quienes dependería una persona. Su desarrollo legislativo se encuentra regulado en el Libro III, Derecho de Familia del Código Civil, específicamente en el Título I de la Sección Cuarta. Precisamente, su ubicación en dicha Sección, titulada Amparo familiar, nos da una noción de la finalidad que tiene dentro de las relaciones familiares.

1.2.2.1.1. Naturaleza jurídica

La palabra “alimento” proviene del latino *alimentum* que procede del verbo *alère*, (alimentar). En realidad, el tema de los alimentos como tal comienza con la historia de la humanidad, pues desde siempre la comida y bebida han sido necesarios para que el hombre pueda sobrevivir y así mantener su existencia. En cambio, el tema de los alimentos como obligación; es decir, la asistencia que brinda un sujeto a otro se da para el sustento adecuado a una persona a quien por ley se debe.

En Roma, la figura paterna aludía a un ser todopoderoso, pues ello se vio influenciado por el Derecho Cristiano; por tal razón, el poder absoluto era de quien tenía la patria potestad. De acuerdo a lo señalado por Chávez (2017): “la obligación de brindar alimentos a los parientes aparece en la época cristiana y es el Digesto (...) el documento en el que se obligaba a brindar esta obligación”

(p. 37). Además, agrega que se hacía mención de lo que actualmente denominamos gastos por alimentos, vestimenta, habitación, enfermedades, etc. (*cibarita, vestitus, habitatio, valetudinis impedia*).

En adición a ello, Chávez (2007) señala con respecto a la obligación de dar alimentos que “El derecho Justiniano la admite, recíprocamente y en independencia de la patria potestad entre ascendientes y descendientes, entre cónyuges y entre padres e hijos naturales; el nuevo derecho la extiende en línea colateral”. (p. 467)

Si bien las obligaciones de alimentos que son reconocidas para algunos miembros de la familia, es pertinente señalar que en un primer momento ello se consideraba una obligación universal ya que la familia es parte fundamental de la sociedad. Sin embargo, se tornó posteriormente una obligación legal y no universal.

En la actualidad es entendible que se exija por ley a los padres cumplir con sus obligaciones como alimentantes ya que hay cifras elevadas de progenitores que no lo hacen y dejan en abandono a sus hijos/as. Ello se demuestra con las altas tasas de demandas que hay por alimentos, Mendoza (2021) señala que aproximadamente unas 100 demandas por pensión de alimentos ingresan cada mes en uno de los juzgados de Paz de la Corte Superior de Lima Este.

Ahora bien, corresponde analizar el tema de los alimentos en la normativa vigente, de acuerdo al artículo 472° del Código Civil,

Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la

situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

Del citado artículo se entiende que el principio base es que la familia es una unidad de asistencia para sus integrantes, por lo cual, se busca ser solidario, cubriendo el estado de necesidad de quien reclama el derecho o recibe el beneficio.

Las obligaciones alimentarias tienen cuatro fuentes distintas bajo las cuales pueden establecerse, y éstas son:

1. De forma legal:
 - a. Con el matrimonio
 - b. Con el parentesco, siendo un vínculo biológico y de adopción
 - c. Hijo alimentista
 - d. Gastos del embarazo
2. De forma voluntaria: cuando surge de la iniciativa propia el legado de alimentos (artículo 766° Código Civil). Generalmente se establecen por medio de los testamentos.
3. De forma convencional:
 - a. Separación convencional y divorcio ulterior (artículo 333.13° Código Civil).
 - b. Renta vitalicia (artículo 1923° Código Civil).
4. Como sanción: en caso de que una parte finalice unilateralmente la unión de hecho y la otra parte se sienta perjudicada por la ruptura, esta puede

recibir una indemnización o exigir su derecho alimentario (artículo 326 Código Civil).

1.2.2.1.2. Características

Los alimentos son un derecho humano que comienza desde la concepción (inciso 1° del artículo 2° de la Constitución y artículo 92 CNA). La Sala Civil Permanente ha comentado que, “(...) debe tenerse presente que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que la obligación alimentaria además de ser de naturaleza personal, intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable también presenta la característica de ser revisable (...)” (Cas. N° 2760-2004-Cajamarca, fundamento 7).

1.2.2.1.2.1. De carácter personal

El derecho alimentario se atribuye a una persona, considerando determinados criterios bajo los cuales será beneficiaria. Esos criterios están relacionados a la condición que tiene una persona, por lo cual, es lógico pensar que ellas, y el derecho a recibir alimentos, nacen y mueren con la persona. En ese sentido, no se puede transferir.

1.2.2.1.2.2. Proporcional

Como mencionamos anteriormente, el establecimiento del derecho alimentario requiere de determinados criterios para recibirlo, pero también son útiles para establecer la cuantía. Así, se tiene que hacer un balance entre las necesidades de quien pide el alimento y las posibilidades del deudor. Asimismo, la proporcionalidad no impide que una misma persona puede estar obligada con

varias; por lo que, por ejemplo, un adulto puede tener obligaciones alimentarias respecto de varios hijos y su propio padre.

1.2.2.1.2.3. Intransigible o intransmisible

Relacionado a su carácter personalísimo del derecho, una persona que recibe el derecho alimentario es por la condición que tiene, por lo que no pueden ser materia de transacción. En otras palabras, según Bossert y Zannoni (2004) “tampoco podrá el beneficiario “constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna” (art. 374 *in fine* [Código Civil argentino]). (p. 49).

1.2.2.1.2.4. Irrenunciable

El beneficiario del derecho alimentario no puede renunciar a él, debido a que está ligado a la satisfacción de derechos humanos. Por lo que, así se diga que pueden renunciar a una pensión de alimentos, bajo ciertas condiciones, el estado de necesidad puede sobrevenir a esa voluntad para aún hacerla exigible.

1.2.2.1.2.5. Incompensable

Es un derecho que no puede compensarse con algún otro beneficio, teniendo que pedirse siempre aquello establecido.

1.2.2.1.2.6. Inembargable

Cuando alguien tiene una pensión de alimentos esta pensión no puede ser embargada. Es evidente su relación con el carácter de intransmisibilidad, puesto que no puede ser objeto para saldar una cuenta, por ejemplo.

1.2.2.1.2.7. Revisable

Las circunstancias que determinan una pensión alimentaria pueden sufrir modificaciones, por lo que se puede exigir frente a un juez o jueza un incremento, una disminución o incluso la exoneración de la misma. En otras palabras, según la Sala Civil Permanente “(...) la pensión alimenticia puede sufrir variaciones cuantitativas y cualitativas que requieren reajustarse de acuerdo con las posibilidades del obligado y las necesidades del alimentista, sobre todo, para encontrar sentido de justicia y equidad” (Cas. N° 2760-2004-Cajamarca, fundamento 7).

1.2.2.1.2.8. Divisible

La obligación alimentaria puede darse para varias personas y dividida entre varias personas obligadas. De esa forma, una persona puede tener varios hijos, a quienes da el mismo monto como pensión, se atiende a quienes pidan la pensión de alimentos; de igual forma, esa persona puede exigir que todos sus hijos le paguen alimentos.

1.2.2.1.2.9. Recíproco

La reciprocidad de los alimentos se dan entre parientes cercanos, es decir, entre padres, hijos, incluido los afines; pero, puede aplicarse ciertas excepciones. Estas son:

- 1) Entre padres/madres e hijos:
 - a. Cuando no lo ha reconocido de forma voluntaria, sino por medio de una declaración judicial (artículo 412° Código Civil).
 - b. Cuando el reconocimiento es tardío, salvo que tuvieran posesión constante de estado o que el hijo consienta el reconocimiento.
- 2) Entre cónyuges o ex cónyuges (artículo 350° Código Civil)
 - a. Cuando hay divorcio se acaban las obligaciones.
 - b. Cuando un cónyuge culpable del divorcio asiste al otro en caso de estado de necesidad, pero no inversamente.
 - c. El indigente debe ser socorrido por su excónyuge, aunque hubiese dado motivos para el divorcio.
- 3) Entre concubinos: quien abandonó por decisión unilateral no puede reclamar reciprocidad (artículo 326° Código Civil).
- 4) Madre de hijo extramatrimonial: solo ella puede reclamar alimentos para sí (artículo 472° Código Civil y artículo 92° Código del Niño y Adolescente), refiriéndose únicamente a los gastos del embarazo de la madre de la concepción y postparto. Evidentemente, solo se puede demandar en este periodo y solo puede hacerlo ella.

1.2.2.1.3. Sujetos obligados a prestar alimentos

Tal como se ha apreciado anteriormente, desde el Derecho de Justiniano, se exigía la prestación de alimentos para algunos familiares, pues en un sentido nato, suministrar alimentos es una expresión de solidaridad humana. En un sentido jurídico, tal facultad que tiene el acreedor alimentario para exigir alimentos a otros es consecuencia del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio; por lo cual, la prestación de alimentos tiene como

finalidad brindar adecuada asistencia a los familiares. Esta obligación legal se caracteriza por ser recíproca.

Se sabe que los sujetos de la relación alimentaria se basan en el sujeto activo o acreedor y el pasivo o deudor. En esa relación tenemos los alimentos entre cónyuges, concubinos y los derivados de la finalización de esos vínculos; los alimentos entre hermanos y parientes colaterales, etc. pero se destaca para el presente trabajo los alimentos de los padres sobre los hijos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 27 numeral 3, destaca el deber de los Estados parte de adoptar medidas adecuadas para que los padres o tutores de los menores de edad proporcionen la asistencia material que se necesita.

En virtud de que se trata de menores de edad, el derecho de alimentos comprende los gastos para la educación y para proporcionarles circunstancias personales adecuadas como su recreación. En ese sentido, incluso la obligación no siempre se extingue al cumplir la mayoría de edad pues hay ciclos de estudios que se deben cumplir para estar en aptitud de desarrollar un potencial.

Ya que el Estado está en el deber de velar por los intereses de las familias y en específico de los menores de edad integrantes, otras personas pueden suplir el lugar de los principales deudores alimentarios que son el padre y la madre. Así, por ausencia de estos o el desconocimiento de su paradero quienes deben prestar alimento en el orden siguiente son los que se mencionan a continuación:

- Los hermanos mayores de edad.
- Los abuelos.

- Los parientes colaterales hasta el tercer grado.
- Otros responsables del niño o del adolescente.

Para ejercer el derecho alimentario deben establecerse determinados presupuestos, para así garantizar que realmente la pensión cumplirá su propósito garantizador y no como venganza. En nuestra legislación se establecieron tres:

1. Probar un estado de necesidad de acreedor alimentario:
 - a. En niños, niñas y adolescentes menores de edad se presume su estado de necesidad.
 - b. En caso de mayores de edad no se presume. Para acreditar el estado de necesidad se tiene que probar una incapacidad física o mental y que no puede proveerse de alimentos ella misma. No obstante, si su incapacidad fue consecuencia de su propia inmoralidad solo puede exigir lo indispensable para subsistir; pero esta regla no aplica a los ascendientes, por ejemplo, si se accidenta por estar ebrio.
2. Posibilidad económica del obligado o deudor alimentario (artículo 481° Código Civil).
 - a. El trabajo doméstico puede ser considerado como aporte económico.
 - b. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos.

Evidentemente, el cumplimiento de ambos requisitos concurre con la condición de que la legislación establece, los cuales serán detallados a continuación.

1.2.2.1.3.1. Acreedor alimentario

Como mencionamos anteriormente, quien solicite una pensión alimentaria debe demostrar su condición de necesidad para recibirla, a excepción de menores de edad. Incluso, la normativa del Código Civil establece quiénes pueden solicitar la obligación:

➤ Artículo 414° Código Civil:

“(…) habiéndose declarado la paternidad por medio de un documento privado, la madre tiene derecho de alimentos durante 60 días antes y 60 posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. Sin embargo, para que proceda la demanda, esta debe interponerse antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente a su nacimiento”.

(Exp. N° 98-0369-020201JF01, Sumilla)

➤ Artículo 424° Código Civil: “Si un mayor de edad sigue con éxito una profesión u oficio, puede solicitar la pensión alimenticia hasta los 28 años”.

➤ Artículo 474° Código Civil: “Los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos se deben alimentos recíprocamente. Aplica también para concubinos”.

➤ Artículo 856° Código Civil: “La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos”.

➤ Artículo 870° Código Civil: “Las personas que hayan vivido bajo el cuidado del alimentado, pueden exigir que los herederos continúen la atención de los beneficios con cargo a la masa hereditaria, durante tres meses”.

Asimismo, debemos resaltar que la condición que tienen los hijos también está condicionada por ciertas reglas. Así, la regla general es que los hijos matrimoniales deben recibir alimentos del padre y la madre, y cuando los hijos hayan nacido fuera del matrimonio, deben ser reconocidos para exigirla. Cuando hablamos de hijos adoptivos, el padre y la madre adoptantes y familia en general son los obligados; mientras que, los padres biológicos pierden esta condición, además de perder la reciprocidad para con ellos.

Finalmente, cuando hablemos de hijos puramente alimentistas o hijos sin filiación, regulados en el artículo 451° del Código Civil, reciben alimentos solo cuando haya un vínculo legal que declara el interés de protegerlos, o, de lo contrario, quedaría en una situación vulnerable. Este caso se da cuando hablamos de una persona que tuvo relaciones sexuales con la madre durante el período de concepción, y, mediante el cual, la ciencia puede aportar para ser comprobada. Esta figura fue introducida con el propósito de garantizar la sobrevivencia del niño o niña hasta los 18 años.

1.2.2.1.3.2. Deudor alimentario

De forma general, se puede encontrar a algunas personas que están obligadas a prestar alimentos. Nuestra normativa ha considerado importante determinar quién es el deudor principal, y en caso no se pueda obtener alimentos de éste, recurrir al orden de prelación establecido en la legislación.

Ahora bien, para referirnos a deudas alimentarias a menores de edad debemos buscar el artículo 93° del Código del Niño y Adolescente, el cual indica que son los padres quienes se hacen cargo; pero cuando están ausentes, el orden de prelación es: “1) los hermanos mayores de edad; 2) los abuelos; 3) los parientes

colaterales hasta el tercer grado; y 4) otros responsables del niño o del adolescente”.

Por otro lado, en caso de mayores de edad, el artículo 475° del Código Civil indica que cuando los padres no están presentes para cumplir la obligación alimentaria, el orden de prelación es: 1) el cónyuge; 2) los descendientes; 3) los ascendientes; y 4) los hermanos.

1.2.2.2. Obligaciones alimentarias en las familias ensambladas

Como se explicó en el capítulo anterior, las familias ensambladas son aquellas familias conformadas por una pareja en la que ambas personas o una de ellas tienen hijos de relaciones anteriores. En esta estructura, entran personas viudas, divorciadas, o cualquier otra persona que haya tenido hijo anteriormente y decide unirse para compartir un proyecto de vida con una nueva persona. Lamas (2018) desarrolla el concepto de la familia ensamblada de la siguiente forma:

(...) se encuentran conformadas por cónyuges o parejas que proceden de relaciones y matrimonios anteriores. Por tanto, poseen hijos no comunes que incorporan al hogar, conviviendo todos como una familia, adquiriendo estos menores no solo la calidad de hijos, sino también la de hijastros, cuando biológicamente no tienen ninguna vinculación con el nuevo compromiso de su padre o de su madre. Esto implica que los mayores asuman responsabilidades en su crianza, educación y formación aun y cuando no los une la misma sangre (...). (p. 232)

Entonces, el concepto de familia ensamblada se ha desarrollada de una manera clara en la presente investigación, por lo que ahora es importante desarrollar las obligaciones alimentarias que se dan en este nuevo modelo de familia.

Desde un enfoque comparado, las familias ensambladas son reconocidas a lo largo del mundo, y como consecuencia son sujetos de protección por cada ordenamiento jurídico. Si bien no tienen expresamente artículos que describan las obligaciones que deben existir dentro de la familia reconstituida, se les pueden incluir dentro de los artículos que protege a las familias tradicionales. Así, Puentes (2014) señala respecto de este modelo lo siguiente:

Aunque no se regula de forma explícita, en este caso, también sería conveniente incluir en las familias reconstituidas el deber del cónyuge del progenitor de cooperar con lo relacionado a la educación de los hijos de su pareja, pues ahora está formando parte de una nueva familia. (p. 69)

Dentro de esta familia se reconoce que el cónyuge también debe tener una obligación de alimentos con el hijo de su pareja, a pesar de no tener vínculo de sangre con este, ya que la educación cuenta como aquello indispensable para el desarrollo de la persona. Asimismo, dentro de la obligación de los cónyuges en este modelo, según Belluscio (2004) “los gastos realizados en favor de los hijos de uno solo de los cónyuges que vivan en el hogar también están comprendidos, pues se trataría de necesidades del hogar”. (p. 147)

Desde un punto formativo, sería importante que el cónyuge del progenitor tenga la responsabilidad de poder formar al niño o adolescente, toda vez que este último ya comienza a convivir con la pareja de su progenitor en una misma vivienda. Respecto a ello, el ordenamiento suizo se encuentra ampliamente adelantado en el concepto de obligaciones dentro de las familias emplazadas:

En el derecho suizo, las prerrogativas acordadas al padre o madre afín se basan en el deber de asistencia mutua de los esposos (art. 299 Código Civil) que se extiende a los hijos del cónyuge. Esta obligación de

asistencia implica “apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión”. Se trata de una asistencia consultiva, ya que la decisión final pertenece solo al titular de la autoridad parental. (Puentes, 2014, p. 70)

Dentro de dicho ordenamiento jurídico, se reconoce la labor de asistencia de parte del cónyuge del progenitor, pero se caracteriza por ser meramente consultiva, pues quien tiene decisión final, o, mejor dicho, la decisión que predomina en dichas familias es la del titular de la autoridad parental. Esto último se puede interpretar como que los progenitores del niño o adolescente son los que tienen la autoridad, fundamentado en la patria potestad, sin importar que ellos ya no se encuentren juntos.

Respecto a la doctrina nacional, existen diferentes trabajos como el presente, que intentan desarrollar las obligaciones existentes en las familias ensambladas. Peralta (2018) concluye lo siguiente:

En una familia ensamblada, el padre o la madre tienen la obligación de prestar alimentos subsidiarios para los hijos de su pareja, ahora llamados hijos afines y mal llamados hijastros o entenados, con el objeto de otorgarles tutela jurídica, más aún que se halla protegida de manera general por el ordenamiento constitucional peruano. (p. 60)

Ahora bien, la conclusión que llega el autor es meramente interpretativa. Como he señalado en anteriores puntos, nuestro ordenamiento jurídico no regula de manera expresa la situación de dar alimentos a hijos afines, lo que se podría considerar como un vacío legal, y como sabemos ante estas circunstancias la interpretación se encarga de resolver estas controversias. Así, sería importante

interpretar principios fundamentales que protege nuestra Constitución Política, como lo es la familia, que en el artículo 4° de la Carta Magna menciona la protección de esta institución, como también la promoción del matrimonio.

Siguiendo esta línea, es importante determinar que significa la protección de la familia. Para efectos de la investigación, interpreto dicho principio como el respeto de todas las estructuras y modelos que pueden existir de familia, así como el reconocimiento de derechos y obligaciones de las mismas. Entonces, se podría decir que la Constitución protege todo tipo de modelo de familia, por lo que se debería insertar leyes expresas que puedan promover y otorgar protección a este modelo. Adicionalmente, si recordamos el artículo 93° inciso 4 del Código de los Niños y Adolescente, la obligación de alimentos también la otorgan los responsables del niño, por lo que se podría interpretar que dentro de dicho artículo se encuentran los mal llamados “padrastrros o madrastras”.

Ahora bien, Castro (2019) menciona el importante rol que cumple el cónyuge del progenitor dentro de la familia ensamblada de la siguiente forma:

(...) dentro de la familia ensamblada el padre o madre afín proyectará una figura de autoridad paternal, con innegable influencia en el cuidado de los hijos afines. Además, es necesario concretar que en el proceso de acogimiento y en el ejercicio de atención, diligencia y protección, se deberá de ejecutar dichos elementos, de forma equitativa con los hijos biológicos. – Todo ello, sin que se corte el vínculo entre los hijos afines con sus progenitores que no ejerzan la tenencia, puesto que ellos continuarán cumpliendo con sus obligaciones y deberes. (p. 45- 46)

Con ello, si se toma conocimiento de la influencia que tiene un padre o madre afín respecto de los hijos de su cónyuge, sería totalmente contradictorio no considerar que los mismos tienen obligaciones alimentarias respecto de estos últimos. Si bien, el progenitor que no ejerce la tenencia también debe cumplir con deberes y obligaciones, el padre o madre afín también debe cumplir con lo necesario para la formación de los niños o adolescente.

El Tribunal Constitucional también se ha encargado de realizar interpretaciones sobre las familias ensambladas, ejemplo de esto es el expediente N° 04493-2008-PA-TC, donde se concluyó “se concluyó que no existe mandato legal que establezca dicha exigencia y que, por consiguiente, la obligación de alimentos es aplicable solo a favor de los hijos biológicos” (pág. 46). No obstante, esto sería contrario a todo lo mencionado en la presente investigación e inclusive contradictoria ante la propia interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional anteriormente en el expediente N° 09332-2006-PA-TC en donde señala lo siguiente: “(...) realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia” (fundamento 14).

Con ello, se evidencia que para el Tribunal hacer una diferenciación entre los hijos afines y biológicos sería vulnerar principios y derechos constitucionales de estos, por lo que, si el fin es proteger la institución familiar, no se puede realizar diferenciaciones como las mencionadas por el mismo Tribunal en párrafos anteriores. La igualdad entre dichos hijos dentro de una familia ensamblada también se entendería respecto de la obligación de otorgar alimentos, ya que, al

vivir en un mismo ámbito familiar, se debe velar por el desarrollo y la subsistencia de los mismos.

Entonces, siguiendo lo que mencionaba Fernández, (citado por Eguiguren,1997): “no estamos, consecuentemente, ante el derecho a ser iguales que los demás, sino a ser tratado de la misma forma que los demás, lo que evidentemente es distinto” (p. 66). El no reconocer la igualdad entre hijos afines e hijos resultaría totalmente discriminatorio e inconstitucional en nuestro ordenamiento jurídico, porque ambos deben ser tratados de la misma forma, y con ello acarrea que deben caer sobre ellos los mismos derechos.

Asimismo, existen otras razones de las cuales también se debería entender dentro de la obligación alimentaria a los padres afines. Para Grosman, (citado en Gaitán, 2016):

(...) probada la convivencia, operaría el deber de manutención, aunque con carácter subsidiario, ósea a falta de los primeros obligados o cuando estos no cuenten con los medios suficientes. La obligación y deber de sustento de un conviviente, respecto de los hijos propios del otro, que nace de la convivencia, se funda en razones de solidaridad familiar. (p. 47)

La autora aclara que la convivencia es esencial para la configuración de una familia ensamblada, y que, fundado en la solidaridad familiar, el padre o madre afín también cuenta con la responsabilidad de hacerse cargo económico como individualmente de los hijos que formen la familia, sin importar que provengan de una relación anterior de la pareja. Si bien, consideramos que se trata de una obligación, porque no podría desprenderse de ella, la solidaridad familiar es

quien fundamenta dicha obligación, toda vez que dentro de un ambiente familiar debe primar el desarrollo de cada uno de los integrantes. Entonces, la única forma de que pueda existir desarrollo es que ambas figuras, padre y madre, puedan velar por el cuidado personal de los hijos, lo cual se encuentra estrechamente vinculado con el sustento económico.

No obstante, también conviene señalar que tal obligación alimentaria no calzaría como una norma obligatoria de parte del padre afín, sino que esta se sustenta en el principio de solidaridad de parte del deber de asistencia necesario para la subsistencia y desarrollo de la persona.

Precisamente, en base al Interés Superior del Niño, es que resulta necesario que el ordenamiento jurídico peruano regule la obligación alimentaria subsidiaria de los hijos afines. Como señala Peralta (2017):

Ahora bien, los primeros llamados a alimentar a los hijos menores de edad son los padres biológicos, sin embargo, surge la obligación legal de los padres afines (padraastro o madrastra) de alimentar a los afines (hijastros o entenados) en forma suplementaria o residual cuando conforman una nueva familia. (p. 52)

Asimismo, Gaitán (2016) propone diferentes planteamientos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico argentino, respecto a las familias ensambladas:

En el caso de que el padre afín habite en el mismo hogar que el hijo de su pareja, contribuirá a su mantenimiento y se harán cargo de los gastos comunes del hogar, que incluye el sostén de los hijos que allí conviven, de manera conjunta ambos integrantes de la pareja de acuerdo con las posibilidades de cada uno de ellos. (p. 47)

Si en el ordenamiento argentino, se considera que en las familias ensambladas existe la responsabilidad de dar alimentos, ¿Por qué el Perú no regula de una forma más efectiva la obligación en este modelo de familias? Sin perjuicio de ello, como hemos venido desarrollando en diferentes párrafos ante un vacío legal, la interpretación toma un rol fundamental, y siguiendo los principios y constitucionales de todo Estado de Derecho, los padres o madres afines, si cuentan con la obligación de otorgar alimentos a los hijos de sus parejas provenientes de relaciones pasadas; sin evadir la responsabilidad de que también deben responder sobre sus propios hijos.

Precisamente, la subsidiariedad surge a partir de la insuficiencia de la prestación que deben cumplir los padres biológicos, los cuales son los obligados principales a prestar alimentos al menor. Entonces, en la medida que no cumplan o no sea suficiente tal prestación, resulta posible considerar, en aras de protección del Interés Superior del Niño, la subsidiaridad de la obligación alimentaria por parte de los nuevos cónyuges, estos son, los padres afines.

De hecho, los artículos 673 y 675 del Título VII del Código Civil argentino indican que, en tanto los deberes del padre afín consisten en la cooperación con la crianza y educación de los hijos afines, ello no afecta los derechos de los padres biológicos, quienes serían los titulares de la responsabilidad parental.

En efecto, como menciona el artículo 676° del mismo cuerpo normativo: “(...) la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia (...)”. En otras palabras, el padre afín no puede generar una afectación a los derechos del padre biológico.

Asimismo, también debe tenerse en cuenta la transitoriedad con la que opera la obligación alimentaria del padre afín. Con esta característica se marca un límite temporal que tiende a no perpetuarse ni dejar de lado la obligación alimentaria hacia los hijos tanto afines como biológicos. En palabras de Peralta (2017):

Esta obligación tiene dos excepciones. Una, si el divorcio o la ruptura convivencial ocasiona un grave daño al niño o adolescente, la obligación alimentaria debe continuar vigente si se dan ciertos presupuestos, como la existencia de un daño grave en la salud y en la vida de relación. Otra, si terminada el vínculo matrimonial o producido la ruptura de la unión fáctica, uno de ellos, podrá demandar alimentos para el hijo afín, pues en esta situación es cuando más se necesita se haga patente dicha obligación. (p. 59).

De esta manera, la excepcionalidad de esta obligación alimentaria por parte del padre afín se basaría en el posible cambio de situación que, en caso no se tenga en cuenta, podría ocasionar una afectación al niño o niña; por tal motivo, resulta adecuado fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio según las necesidades del menor.

Una figura jurídica similar se aprecia en el artículo 350 del Código Civil peruano, el cual establece que, si bien con la disolución del matrimonio cesa la obligación alimentaria recíproca entre los cónyuges, se exceptúan los casos en los cuales uno de estos carezca de los medios suficientes para su subsistencia. Entonces, será el juez quien deberá asignar el monto de la pensión alimenticia para el (ex) cónyuge que se encuentre en estado de necesidad. Con mayor razón, el Estado peruano deberá otorgar la tutela jurídica a los hijos afines respecto a la

prestación de alimentos subsidiaria bajo el principio de solidaridad en la familia ensamblada

De hecho, en el Perú, como he citado anteriormente, existen sentencias del Tribunal Constitucional respecto al funcionamiento de una familia ensamblada, así como la igualdad que existe entre los hijos que forman parte de la misma. Esto es que, lo padres o madres afines, cónyuge del progenitor, si cuenta con la obligación de otorgar alimentos a los hijos de este último, toda vez que si no fuera así se estaría realizando una diferenciación que atentaría tanto contra el principio de igualdad, la protección de la familia y el pluralismo familiar.

1.3. Definición de términos básicos

1.3.1. Familia ensamblada

Según el Tribunal Constitucional (2010), familia ensamblada es:

En lo que respecta a la familia, (...) esta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. (...) han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear. (...) no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, (...) se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población” (Exp. N° 4493-2008-PA/TC, fundamento 8)

1.3.2. Identidad familiar autónoma

Sarango (2019) nos señala que:

La identidad familiar, no es otra cosa, que el conjunto de rasgos con los cuales los miembros de una familia se sienten identificados.

(...) cuando el niño o adolescente ingresa a un nuevo seno familiar trae consigo comportamientos, actitudes, valores y creencias, que muchas veces colisiona con lo que aprenderá en la “nueva familia”, lo que se traduce en sentimientos de no identificación con esa familia. (...) El sentimiento de identidad familiar genera soporte emocional para el niño o adolescente que está próximo a enfrentarse a cambios de los cuales muchas veces no se encuentra preparado. (p. 11)

1.3.3. Igualdad entre los hijos afines e hijos biológicos

Padilla (2019) señala que:

(...) la igualdad debe basarse en evitar hacer diferencias entre los hijos nacidos dentro de la familia ensamblada y los hijos afines, ya que ambos deben tener los mismos derechos y obligaciones sin distinción alguna, a fin de lograr una armonía interna y sobre todo evitar afectar emocionalmente a los hijos que se incorporan a esta nueva familia (...) (pág. 72)

1.3.4. Obligaciones del padre afín

Los autores Meza et al. (2019), nos señalan que:

(...) el padre o la madre afín tiene el deber de brindar a sus hijos afines mínimamente una asistencia inmediata de manera que las necesidades primarias del menor se vean cubiertas, sin que ello signifique que el padre o la madre biológica se haya liberado de las

responsabilidades legales que tiene con sus hijos, o que haya perdido la patria potestad de los mismos. (p. 113)

1.3.5. Alimentista afín

Sobre ello, Córdova y Celi (2016) nos señalan que:

El *parentesco* es uno de los fundamentos primigenios para que surjan las obligaciones alimenticias, ya sea por el parentesco de consanguinidad, de afinidad o legal, sin embargo, las obligaciones alimentarias que nacen del parentesco en forma más amplia que las relaciones conyugales y las paterno filiales, no sólo corresponde al marido y mujer o a padres e hijos, sino también a los demás ascendentes, descendientes y hermanos, en los cuales, también, se pueden incorporar como beneficiarios a los hijos vinculados por el parentesco de afinidad en primer grado respecto de sus padres afines; por lo que, se puede afirmar que el vínculo o parentesco por afinidad es un fundamento para generar la obligación alimenticia de los padres respecto de sus hijos afines. (p. 106)

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Diseño metodológico

El diseño metodológico que se aplicó en la presente investigación de tesis es el enfoque cualitativo. A través de la esta investigación se busca analizar la necesidad de la existencia de normativa legislativa que sustente y proteja la igualdad el derecho alimentario entre los hijos afines y los hijos biológicos. Para ello, se utilizó el tipo de investigación aplicada, debido a que se parte de los conceptos adquiridos tales como los señalados en sentencias por magistrados del Tribunal Constitucional sobre la existencia y dinámica de las familias ensambladas, así como también el derecho de recibir alimentos de parte de los padres afines.

Utilizando el estudio de casos, como diseño para elaborar esta investigación, se analizaron aquellas sentencias en las que se haya hecho referencia al tipo de familia ensamblada, así como también, legislación comparada en la que ya se ha puesto en práctica la protección de la familia ensamblada, y con ello, el derecho de los hijos afines de pedir alimentos en este tipo de familia, de acuerdo a ciertas delimitaciones o circunstancias en las que se desarrolle su familia ensamblada.

Se utilizó como técnica de investigación el análisis de casos y documentación concerniente a los derechos y obligaciones que se generan a raíz de la conformación de una familia ensamblada. De modo tal, que se podrá contrastar la situación actual de las familias ensambladas en el Perú con el sistema de protección que ya manejan otros países con respecto a este tipo de familias.

Para ello, se utilizaron los instrumentos de análisis documental, así como también la categorización, para la mejor aplicación de las técnicas.

2.2. Aspectos éticos

Se respeta todos los aspectos éticos determinados por la universidad. Por lo tanto, la presente tesis cumplirá con el programa de control anti plagio, y de ser necesario, será corregido.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

3.1. Doctrina

Siguiendo la línea de investigación, se averiguó la opinión de diferentes autores expertos en la materia y hayan emitido su posición sobre el eje central de la presente investigación, el cual es la posibilidad de establecer una obligación alimentaria para los hijos afines en el contexto de una familia ensamblada en el ordenamiento jurídico peruano.

El propósito con ellas es esclarecer los criterios que la doctrina exige para establecer obligaciones alimentarias entre padres afines y sus hijastros; así, se podrá establecer claramente los límites o parámetros que pueden o podrían requerirse para su debida configuración.

NOMBRE DEL PROFESIONAL	REQUISITOS PARA CONSTITUIRLAS
<p>Peralta Andía, Javier (2018). La familia ensamblada y la obligación alimentaria subsidiaria. Tacna: Universidad Privada de Tacna, 2018, p. 57 y 58.</p>	<p>3.1 Existencia de una familia ensamblada. Significa la integración de dos familias en una nueva, por lo que el interesado debe probar que existe una familia reconstruida, sobre la base de una relación anterior que ha terminado por divorcio o por la ruptura de la unión de hecho o convivencial, es decir, que se ha divorciado de la primera pareja y ha contraído un nuevo matrimonio o, en su caso, ha formado una unión de hecho con una nueva pareja creando una familia reconstruida</p> <p>3.2 Existencia de uno o varios hijos afines. La nueva pareja matrimonial o convivencial constituida, para que sea considerada familia ensamblada, uno de ellos o ambos deben haber traído uno o más hijos de una relación anterior. Esto constituye un presupuesto para que funcione la obligación alimentaria de los hijos afines que requieren de lo indispensable para seguir viviendo. Ésta es la razón para que se genere la expresión de “los tuyos, los míos y los nuestros.</p> <p>3.3 Imposibilidad o insuficiencia alimentaria del obligado principal. Sobre el tercer presupuesto, la imposibilidad significa que los obligados principales no pueden cumplir su deber de prestar alimentos por haber fallecido, desaparecido o vuelto incapaz. La insuficiencia, cuando lo entregado en concepto de alimentos resulta insuficiente para cubrir las necesidades del hijo.</p>

	<p>3.4 Que el hijo afín habite o comparta vida de familia. Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, deberá existir identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín.</p>
<p>Adrianzén García, Gastón A. (2019). La extensión del derecho alimentario a los hijos afines en la familia ensamblada. Lima: Universidad San Martín de Porres, p. 80 y 81.</p>	<p>Al respecto corresponde reiterar que la exigencia de la prestación de alimentos dentro de las relaciones de convivencia de estas estructuras familiares, tienen vigencia mientras subsista el lazo marital o convivencial, extinguiéndose cuando la pareja se divorcie o se separe.</p> <p>A nuestro parecer, podemos establecer que si bien el código sustantivo antes acotado [Código Civil y Comercial argentina vigente], reconoce la obligación alimentaria del padre - madre afín respecto del hijo de su cónyuge, sin embargo, esta prestación de alimentos deberá extinguirse tras la ruptura de la unión marital o convivencial y siempre y cuando el otro padre o madre biológico se encuentre ausente en el ejercicio de su responsabilidad parental, no afectándose con este reconocimiento la institución de la patria potestad de manera definitiva.</p>
<p>Fernández Gutiérrez, Senen (2016). Relación jurídica de la familia ensamblada en el Perú y en el Derecho comparado.</p>	<p>(...) ha establecido una serie de requisitos de constitución de este tipo de familia de modo tal que quede claro que no toda agrupación con fines afectivos y de protección puede recibir este nombre y, por ende, ser sujeto de la tutela estatal que su jurisprudencia afirma; (...) se pueden identificar algunas condiciones específicas para</p>

<p>Arequipa: Universidad Católica Santa María, p. 72 y 73.</p>	<p>que el Derecho pueda dar cuenta de la existencia de una familia ensamblada y que, nosotros, abreviamos del siguiente modo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - requisito de convivencia, los miembros de la familia ensamblada deben vivir en el mismo lugar. - requisito de hacer vida en familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento; lo cual parece dirigido a la familia ensamblada concubinaria ya que la familia ensamblada matrimonial tiene <i>per se</i> estos caracteres. - constituir una identidad familiar autónoma, lo cual no solo implica la individualización de la organización familiar sino que evita que los miembros de la pareja puedan tener otras familias formadas y vigentes, lo cual a nuestro juicio es una condición equivalente al deber de fidelidad.
<p>Córdova C. & Celi A. (2016). Fundamentos jurídicos para obligar supletoriamente a los padres a otorgar alimentos a sus hijos afines, formados dentro de una familia ensamblada, <i>In Crescendo. Institucional</i>, 7(1), p. 110.</p>	<p>El principio de igualdad, el vínculo de afinidad, la posesión constante de estado de hijo afín (el cual se equipara a la convivencia o crianza), el principio de solidaridad familiar y el principio del interés superior del niño son fundamentos jurídicos directamente aplicables a la relación entre padres e hijos afines, que permiten obligar de forma supletoria a los padres a otorgar alimentos a sus hijos afines, los mismos que han sido formados dentro de una familia ensamblada.</p>
<p>Durán Acuña, Luis D. (2000). Deberes y derechos entre padrastros e hijastros</p>	<p>En tratándose de los deberes y derechos fundamentales entre padrastros e hijastros hemos de decir que nuestra propuesta sólo los reconoce en favor del hijastro. (...)</p>

<p>(propuesta normativa), <i>Revista de Derecho Privado</i>, (6), p. 15.</p>	<p>De esa manera, el padrastro asume, en conjunto con el padre o madre, los gastos que demande la crianza, educación y establecimiento del menor representados de manera general en el concepto de “obligación alimentaria”. Como toda obligación alimentaria compartida, la contribución de cada cual dependerá de su posibilidad económica. Ahora bien, en ausencia de ambos padres, también por razones elementales de solidaridad humana, no se autoriza al padrastro o madrastra que se liberen de la obligación de pagar alimentos en favor del hijo de su cónyuge o compañero permanente. Si en vigencia de la unión ha contribuido con las cargas del hogar, y entre ellas con las que demandan los hijos del cónyuge, no entendemos que a la muerte de este o en caso de incapacidad desaparezca, mientras se designa un tutor al menor, la obligación de sostenerlo.</p>
--	--

Fuente: entrevistas a especialistas

Elaboración: propia

Según, la bibliografía recopilada y mostrada anteriormente, podemos identificar que la doctrina ha establecido que la constitución de deberes y derechos entre padrastros con sus hijastros está condicionada a la existencia previa de un vínculo entre el padrastro/madrastra con el padre/madre del hijo o hija. Esta relación preexistente es la que se denomina como un nuevo matrimonio o concubinato, evidentemente donde existen hijos o hijas afines a quienes brindar los alimentos. Así, la doctrina también ha considerado que, si la existencia de un vínculo matrimonial o concubina genera la creación de obligaciones alimentarias para el padrastro, entonces su inexistencia también establecería la ruptura de tal responsabilidad.

Un obstáculo para atravesar es cuando el padre o la madre biológica aún se encuentra vivo. Esta situación es solucionada por algunos autores indicando que es el obligado principal, es decir, la filiación existente es la que debe predominar. El padrastro solamente cumpliría un papel solidario, basado en los principios de solidaridad familiar e interés superior del niño, siempre y cuando el padre o madre biológica se encuentre ausente o incapaz de cumplir con su responsabilidad con sus propios hijos.

La situación más compleja es cuando ni el padre ni la madre biológica están vivos. Solamente Durán (2000) es quien abarca esta situación, comentando que, el padrastro o la madrastra, solamente al cumplir un papel solidario para con el hijo de su pareja, entonces, debería mantenerse hasta que se designe un tutor, quien se haría responsable cuando sea determinado.

3.2. Resoluciones judiciales

A continuación, se expondrán las resoluciones judiciales más relevantes, referentes al tema materia de investigación, para poder llegar a una conclusión respecto a los objetivos planteados en el tema.

N° SENTENCIA	SUJETOS PROCESALES	PETITORIO	RESOLUTIVA	MOTIVACIÓN DE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO
<p>Expediente N° 9332-2007-PA/TC</p>	<p>Reynaldo Armando Shols Pérez (demandante)</p> <p>Centro Naval del Perú (demandado)</p>	<p>Demanda de amparo 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.</p>	<p>Fallo:</p> <p>Declarar FUNDADA la demanda (...). Por consiguiente, ordena al Centro Naval del Perú a que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.</p>	<p>Fundamento Doce:</p> <p>(...) la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.</p> <p>Fundamento Trece:</p> <p>(...) Surge frente a ello la interrogante de si, bajo las características previamente anotadas, es factible diferenciar entre hijastro e hijos.</p> <p>Fundamento Catorce:</p>

				<p>Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar - divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores- la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar.</p> <p>Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.</p>
--	--	--	--	--

<p>Expediente N° 4493-2008-PA/TC</p>	<p>Leny de la Cruz Flores (demandante)</p> <p>Jaime Walter Alvarado Ramírez (demandado)</p>	<p>Demanda de amparo contra la sentencia que fijó una pensión de alimentos en favor de la menor hija de Jaime Walter Alvarado Ramírez y la demandante, ascendente al 20 por ciento de la remuneración de éste.</p>	<p>Fallo: Declararon FUNDADA la demanda de amparo, y en consecuencia declararon NULA la Resolución.</p>	<p>Fundamento Veinte: (...) existe un vacío legal que aún no ha sido llenado por la legislación, recayendo dicha responsabilidad sobre la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también, la ordinaria especializada en materia de familia. (...) Así, queda por determinarse si es que los alimentos de los hijos afines pueden serle exigibles a los padres sociales. O dicho de otra manera ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?</p> <p>Fundamento Veintiuno: Puesto que en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas, es factible recurrir a la doctrina o al derecho comparado a fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional. Así, puede tenerse por ejemplo lo expuesto por cierta doctrina comparada, en cuanto indica que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el matrimonio</p>
---	---	--	--	--

				(asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior (...).
Expediente N° 2478-2008-PA/TC	Alex Cayturo Palma (demandante) José Orbegozo Saldaña y Alberto Mendoza Ascencios (demandados)	Demanda de amparo solicitando la suspensión de las elecciones tendientes a elegir al Comité de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia (APAFA) de la Institución Educativa Particular "Precursores de la Independencia" de la Policía Nacional.	Fallo: Declararon INFUNDADA la demanda de amparo, y en consecuencia, Alberto Mendoza Ascencios continúa siendo presidente del Comité Electoral de la APAFA, tal como fue designado originariamente.	Fundamento Cuarto: (...) Así, la familia ensamblada puede definirse como da estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa». En tal sentido, con la documentación presentada en folios 163 a 205 se acredita que Alberto Mendoza Ascencios ha asumido el cuidado de los menores referidos en el fundamento 3, supra, siendo legítima su labor en la asociación.

<p>Expediente N° 1204-2017-PA/TC</p>	<p>Manuel Andrés Medina Menéndez (demandante)</p> <p>Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional (demandado)</p>	<p>Demanda de amparo solicitando se deje sin efecto el despido fraudulento y se reponga en su cargo de jefe de Recursos Humanos.</p>	<p>Fallo: Declararon FUNDADA la demanda de amparo, declarando NULO el despido arbitrario; y, en consecuencia, se repone a Manuel Andrés Medina Menéndez en el cargo de jefe de Recursos Humanos.</p>	<p>Fundamento Treinta y Ocho: (...) debe tenerse presente que en esta situación existe una concurrencia en la obligación de atención y cuidado de los menores entre los padres biológicos y afines, pero que ello no resulta extensible a las prestaciones económicas. En estos casos, y solo en una interpretación que tome en cuenta el derecho-principio de interés superior de los niños, se preferirá la prestación económica que beneficie más al menor, sin que ello implique, en cualquier caso, que el padre biológico se desentienda de sus obligaciones.</p>
---	---	--	---	--

Fuente: Expedientes judiciales

Elaboración: propia

Luego de haber presentado y expuesto la información de resoluciones judiciales tenemos que, en su totalidad, han sido emitidas por el Tribunal Constitucional y sus decisiones han girado en torno a elementos que caracterizan a las familias ensambladas. En otras palabras, estamos ante una realidad jurídica y social que ha roto con el esquema tradicional de familia, teniendo que reconocerse y reestructurarse derechos y obligaciones que nuestra legislación a establecido para las familias.

En primer lugar, las cuatro sentencias empezaron con demandas de amparo, siendo una acción de garantía constitucional “que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente” (artículo 200 inciso 2 Constitución); es decir, se han reclamado vulneraciones a los siguientes derechos fundamentales en los diferentes casos:

SENTENCIA ANALIZADA	ÁMBITO DE EJECUCIÓN	VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES RECLAMADOS	RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA PAREJA
Exp. N° 9332-2007-PA	Materia administrativa: denegación de carné familiar para acceder a un club	Derecho a la igualdad	Unión matrimonial

Exp. N° 4493-2008-PA	Materia familia: pensión de alimentos	Derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso	No se acreditó unión matrimonial ni de hecho
Exp. N° 2478-2008-PA	Materia educativa: cuestionar la elección de representante en Comité de APAFA	Derecho a la libertad de asociación	Unión concubinaria
Exp. N° 1204-2017-PA	Materia laboral: despido injustificado	Derecho al trabajo, familia y su protección, debido proceso, igualdad ante la ley y no discriminación	Unión matrimonial

Fuente: Expedientes judiciales

Elaboración: propia

De lo expuesto, tan solo el Exp. N° 2478-2008-PA/TC ha sido declarada infundada, donde se solicitaba destituir a un señor como representante en una Comisión de la APAFA³ porque, a su criterio, no tenía ninguna relación con el hijo de su pareja; evidentemente, el Tribunal y las salas de primera y segunda instancia establecieron que ese criterio es incorrecto, puesto que el padrastro había asumido responsabilidades con su hijastro.

³ Artículo 4° Ley N° 28628 (2005): “La Asociación de Padres de Familia (APAFA) (...) canaliza institucionalmente el derecho de los padres de familia de participar en el proceso educativo de sus hijos”.

En esa misma línea continuaron las otras sentencias, donde declararon fundadas las vulneraciones a sus derechos en sus respectivos casos. Así, la primera sentencia, la cual precisamente inició con el reconocimiento de las familias ensambladas, estipuló una serie de características que deberían cumplirse para ser considerada como constituida; por lo cual, los padres afines y el hijastro tendrán:

- **Que convivir:** habitar y compartir vida en familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento.
- **Una identidad familiar autónoma**

De igual forma, la segunda sentencia evalúa darle valor a la asistencia alimentaria entre los padres afines y los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior, siempre y cuando se acredite previamente la existencia de una unión matrimonial o concubinaria.

Finalmente, la última sentencia ratifica la prohibición de hacer diferenciación alguna entre padrastros e hijos afines; por lo que, los hijastros pueden acceder a los mismos derechos de los que gozaría un biológico.

En ese sentido, establecen que una persona tiene obligaciones frente a sus propios hijos y los de su nueva pareja, independientemente de si nos referimos a matrimonios o uniones de hecho. Esto es relevante porque, en los cuatro casos se comprobó que las familias reconstituidas estuvieran conformadas por relaciones vinculadas por el matrimonio o concubinato.

3.3. Anteproyecto de reforma del Código Civil

A continuación, se expondrán las propuestas de artículos referidos al tema materia de investigación expuestos en el Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano (2019), para poder llegar a una conclusión respecto a los objetivos planteados en el tema.

NORMATIVA VIGENTE	MODIFICATORIA PROPUESTA	EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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).</p>
<p>Sin regulación.</p>	<p>Artículo 326-B.- Extinción de la unión de hecho. 1. La unión de hecho termina por: a) Muerte, b) Ausencia, c) Mutuo acuerdo, d) Decisión unilateral, y e) Matrimonio civil celebrado por alguno de sus miembros en fecha posterior a la inscripción registral de la unión de hecho. 2. En el caso de la decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de compensación o una pensión de alimentos, además de los derechos</p>	<p>La norma proyectada establece los diversos supuestos de extinción de la unión de hecho, como la muerte, ausencia, mutuo acuerdo, decisión unilateral y matrimonio civil posterior celebrado por sus miembros. Asimismo, se prevé que el juez puede conceder un monto de dinero por concepto de compensación o una pensión alimenticia, respecto del integrante abandonado producto de la extinción de la unión estable por decisión unilateral.</p>

	<p>que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, salvo que se hubiera adoptado el régimen de separación de patrimonios.</p>	
<p>Artículo 345.- En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341.</p>	<p>Artículo 345.- Responsabilidad parental y alimentos en el divorcio y separación de cuerpos.</p> <p>1. En caso de divorcio o separación de cuerpos, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la responsabilidad parental que es ejercida por ambos padres, salvo que en el proceso judicial se haya acreditado que alguno de estos haya incurrido en causal específica de suspensión o pérdida de la misma. El juez dispondrá cuál de los padres ejercerá la tenencia o si esta será compartida.</p> <p>2. El juez dispondrá las medidas correspondientes para salvaguardar la efectividad del régimen de comunicación entre los padres e hijos, tanto con el padre o madre que no ejerce la tenencia, como cuando sea compartida, a fin de garantizar el derecho del niño y adolescente de mantener una relación fluida y saludable con ambos padres, considerando la opinión del niño o adolescente</p>	<p>El Código dispone que la separación convencional y la separación de hecho suponen el acuerdo en común de los cónyuges de poner fin a las relaciones personales y patrimoniales entre ellos. La propuesta dispone que el juez fijará el régimen concerniente al ejercicio de la responsabilidad parental que es ejercida por los padres, excepto en el proceso judicial que acredite que se haya incurrido en causal específica de suspensión o pérdida. Como se aprecia hay un desarrollo pormenorizado de los efectos de la responsabilidad parental, el régimen de comunicación (visitas) y alimentos.</p>

	<p>3. La sentencia establecerá además los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido.</p> <p>4. El juez, considerará lo que ambos cónyuges propongan o consensuen de acuerdo a sus propuestas reguladoras, siempre que no se perjudique los intereses de los integrantes del grupo familiar, particularmente de los hijos menores de edad o con alguna persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida o asistencia.</p>	

Fuente: Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano (2019) Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984.

Elaboración: propia

De los artículos citados del Anteproyecto de Reforma se ha encontrado regulaciones normativas novedosas en comparativa del Código Civil vigente. En primer lugar, la inclusión de la frase “las diversas formas de construirla”, tal como se indica en la exposición de motivos, es un reconocimiento de que las familias actuales se pueden conformar de diferente forma. Mediante este artículo se reconocería la familia ensamblada dentro de nuestra legislación.

Por otro lado, las causales de rompimiento del matrimonio continúan reconociendo la suspensión de los vínculos entre la pareja, mas no con su propio hijo. Así, el divorcio o separación de cuerpos no equivale a desatender a los hijos que subsisten en ella. Para atender precisamente un tema tan complejo como este, el Anteproyecto propone que la pareja elabore una propuesta reguladora que abarque, en otros términos, una alternativa de solución a cuestiones relacionadas respecto de los bienes patrimoniales y las obligaciones que aún mantienen, como son el ejercicio de la responsabilidad parental, la comunicación parental, los alimentos y cualquier otro aspecto de interés de los cónyuges o la familia.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN

Las resoluciones y comentarios de la doctrina en análisis han brindado información interesante sobre los presupuestos o limitaciones existentes en la determinación de la obligación alimentaria en el contexto de una familia ensamblada. Así es que, en primer punto, debe reconocerse la existencia de una familia ensamblada, pudiendo serlo por medio del matrimonio o la unión de hecho. Desde mi punto de vista, es elemental mantener la posibilidad de crear una familia reconstituida con el concubinato, siempre que cumpla los requisitos de reconocimiento establecidos por nuestra jurisprudencia:

(...) que los individuos que conforman tales uniones no tengan impedimento alguno para contraer matrimonio; que se trate de una unión monogámica heterosexual; que compartan habitación, lecho y techo, esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo, en un clima de fidelidad y exclusividad; que se trate de una unión estable, es decir, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida; y que la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria. (Cas. N° 4066-2010-La Libertad, f. 6)

Partiendo de aquí, la subsistencia de la relación matrimonial o concubina establece también la existencia de la obligación alimentaria para con los hijos afines.

Otro elemento fundamental a evaluarse sería la subsistencia del obligado principal, sea el padre o la madre biológica. Debemos entender que el padrastro o la madrastra no deberían reemplazar al responsable principal, puesto que estos siguen teniendo una filiación con su propio hijo. Así, solamente se configura como una relación netamente subsidiaria, esto es, el padrastro o la madrastra se encontrarían recién obligados cuando el padre o la madre biológica no se encuentran en condición de cumplir adecuadamente su responsabilidad.

Ahora bien, ante la ausencia de los dos responsables biológicos, y se entiende que el padre afín es quien subsiste, debería mantenerse al cuidado del hijo o hija afín, siendo priorizado el principio del interés superior del niño. Desde mi punto de vista, debería darse la posibilidad de que el padre o madre afín pueda asumir la responsabilidad absoluta de los hijos de su pareja, puesto que, si han constituido una relación familiar, debería predominar la vinculación afectiva entre los miembros que todavía pueden reconstituir una familia ensamblada. Sin vínculo matrimonial o convivencial, no hay obligación de seguir manteniendo al hijo afín. La designación del tutor debería ser la última salida, previendo que el padrastro o la madrastra ha decidido no cuidar del menor y este no siempre podrá estar en posición de auto cuidarse.

El Anteproyecto de Reforma del Código Civil parece darnos una ventana de mejores posibilidades que, sin lugar a duda, favorecen al establecimiento de una obligación de alimentos en familias ensambladas. Primero, la propia exposición de motivos indica que la intención del Grupo que la elaboró es reconocer otros tipos de familia, como la reconstituida, siendo un avance significativo para el establecimiento de obligaciones y derechos alrededor de ellas.

Segundo, si existe una familia ensamblada en base a una unión de hecho, el último párrafo del artículo 326-B nos llevaría a pensar que, si existe algún hijo o hijastro y el padre o la madre biológica está ausentes o incapaces de dar alimentos, el padrastro o la madrastra tienen la obligación de hacerlo.

Tercero, es diferente en relaciones unidas por matrimonio, donde se plantea la presentación de una propuesta reguladora que abarque asuntos importantes de la relación como son las obligaciones paternales, lo cual sería aplicable tanto a hijos biológicos e hijos afines. En ese sentido, por un lado, en el marco de la familia base, la propuesta contendría que los padres mantendrán las obligaciones alimentarias de sus hijos, indicando que, si una parte ejerce la patria potestad, la otra persona tendrá que brindar los alimentos; mientras que, si ambas partes ejercerán, deben establecer un plan para favorecer dicho propósito. Asimismo, lo deseable también sería consignar una propuesta ante el supuesto que, si el padre o la madre empiezan una nueva relación de pareja con otra persona, el padre o la madre biológica seguirá siendo responsable de los alimentos.

Por otro lado, se podría establecer que, en el marco de una familia reconstruida por matrimonio y un posterior divorcio, el padrastro o la madrastra mantendrá o no una obligación de alimentos con sus hijos biológicos e hijastros. La propuesta da cabida a todas esas opciones, las cuales serán evaluadas por el juez y, considerando la situación en la que se encuentran, designará la obligación correspondiente.

En ese sentido es importante establecer el carácter subsidiario de la obligación alimentaria pues tal como ya se ha precisado anteriormente se debe priorizar

que sean los padres biológicos quienes asuman la responsabilidad alimentaria, entre otras, del hijo biológico. En ese sentido, el carácter subsidiario además estaría condicionado a determinadas limitaciones tales como la ausencia del padre (o madre) biológica por el fallecimiento, así como el estado de salud del padre o madre, o un estado de necesidad económico (por ejemplo pérdida del trabajo). De igual forma, dicha obligación debe tener un carácter transitorio, pues una vez que recupere la situación de salud (o económica) podría el padre biológico asumir nuevamente las obligaciones que le corresponden.

CONCLUSIONES

1. El concepto de familia ha ido adoptando definiciones dinámicas, de acuerdo como se comportó la sociedad en general respecto a ellas. Así, el concepto de familia “tradicional” ha ido perdiendo valor único dentro de nuestra sociedad, ya que, si bien es el tipo más común, no son las únicas que tienen una presencia marcada dentro de nuestro hoy en día tienen.
2. Las familias ensambladas son un tipo de familia que han cobrado mayor presencia en el país, siendo conformadas por dos personas, quienes una de ellas tiene hijos de una anterior relación, conformando una relación reconstituida con una madrastra o padrastro, y los hijos de alguno de ellos.
3. Al tener una composición distinta a la familia que usualmente suelen establecerse (papá, mamá e hijos), se requiere que tenga un reconocimiento expreso de su existencia, derechos y deberes que surjan de ella, a fin de garantizar un tratamiento igualitario y sin discriminación en las relaciones sociales en las que participen.
4. Considerando los principios del interés superior del niño y solidaridad del patrimonio familiar, nuestra legislación permite establecer una obligación alimentaria para los hijos afines en el contexto de una familia ensamblada en el ordenamiento jurídico peruano.
5. El supuesto principal para que exista una obligación alimentaria del padre o madre afín en el contexto de una familia ensamblada está centrada en que la pareja tenga un vínculo reconocido judicialmente, sea por medio

de un lazo matrimonial o de unión de hecho. Además, tal responsabilidad solamente se podría considerar obligatoria cuando el padre o la madre biológica no está en una situación viable para cumplir con la responsabilidad alimentaria; entonces, entrando a tallar el padrastro o la madrastra como una responsable solidaria.

6. El límite primordial para que un padre afín mantenga la condición obligatoria de alimentar a los hijos afines, es la subsistencia de la relación matrimonial o concubina; así, si dicha pareja se separa, entonces, el padrastro o la madrastra no tiene la obligación de cumplir con brindar alimentos.

7. Un límite adicional que podría establecerse sería en las consecuencias que acarrea el fallecimiento del padre o la madre biológica, siendo el padrastro o la madrastra las únicas personas que subsisten en la familia ensamblada. La falta de regulación en nuestra legislación no establece una consecuencia para este tipo de situaciones, pudiendo considerarse obligatorio que el padrastro mantenga los alimentos de su hijastro; o simplemente que este se encargue hasta que pueda designarse un tutor. Por los principios de solidaridad familiar e interés superior del niño, el padre o la madre afín debe mantener el cuidado de sus hijos afines mientras un juez decida qué hacer con ellos; no obstante, debería permitirse que el padrastro o la madrastra acepten asumir la responsabilidad del hijastro por voluntad propia.

8. De esta manera, los requisitos principales para la regulación de la obligación alimentaria subsidiaria serían: i) la existencia de la familia ensamblada, ii) la existencia de hijos afines y iii) la imposibilidad o insuficiencia de prestar alimentos al hijo afín de parte del progenitor. En caso de que el padre afín tenga sus propios hijos biológicos consideramos que también sería importante tener en cuenta la temporalidad, es decir la imposición de la obligación alimentaria podría establecerse hasta que la situación (o imposibilidad) que generó la obligación sea superada.

9. Asimismo, se considera como característica principal, además de la subsidiariedad, la transitoriedad con la que opera la obligación alimentaria en los hijos afines, la cual cesaría por i) disolución del matrimonio, ii) la mayoría de edad del hijo afín y iii) la muerte de uno de estos.

10. La normativa propuesta en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil brinda un cúmulo de opciones que permiten la coordinación entre padres/madres y padrastros/madrastras, para así reconocer una obligación alimentaria en el marco de una familia ensamblada.

RECOMENDACIONES

1. El avance pendiente para las próximas legislaturas sería la aprobación del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, el cual reconoce las nuevas formas de constitución de las familias, dando apertura a los derechos y obligaciones en el marco de una familia ensamblada.
2. Se propone la regulación normativa de las familias ensambladas respecto a la obligación alimentaria subsidiaria y transitoria en el Código Civil, modificando así los artículos 287 y 474 del cuerpo normativo que establezca a los padres afines también como responsables del hijo afín bajo las condiciones ya mencionadas en base al Interés Superior del Niño.
3. Lo más criticable probablemente sería que no exista un remedio judicial expreso que establezca soluciones a los problemas desarrollados a lo largo del presente trabajo de investigación. Este progreso sería fundamental para facilitar el trabajo de los jueces y juezas, puesto que no tendrían que iniciar analizando si nuestra legislación otorga derechos y obligaciones a otros tipos de familia, sino que analizarían si los sujetos del caso deben cumplirlas.
4. Se recomienda a todos los abogados y abogadas que llevan a cabo términos de matrimonios o uniones de hecho, puedan considerar como punto controvertido el establecimiento de obligaciones alimentarias a hijos afines, con el propósito de no desamparar ni dejarles en abandono. Evidentemente, deben considerar la subsistencia de la obligación del

padre o la madre biológica y su capacidad para cumplir con la obligación principal.

En ese sentido se presenta como propuesta:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 287° y 474° DEL CÓDIGO CIVIL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con el transcurso de los años, el concepto tradicional de familia se ha ido volviendo menos común en la sociedad, pues existen diferentes tipos de familia, que no es más que una forma distinta de composición, que guardan la misma finalidad: realizar un plan de vida en común. Dentro de estas nuevas modalidades de familia, se encuentra la familia ensamblada; la cual se caracteriza por estar conformada por una pareja, en la que uno o ambos cónyuges, tiene uno o varios hijos provenientes de una relación anterior.

Ante este nuevo tipo de familia, surge la necesidad de proteger a los hijos que se encuentran involucrados en las familias ensambladas. Con ello, se hace referencia a los hijos afines, quienes, dentro de la actual legislación, no se les considera sujetos de obligación alimentaria por parte del padre o madre afín, sino más bien quien debe cubrir la cuota alimenticia es su progenitor. No obstante, como se desarrolla en diferentes trabajos de investigación, esta situación genera una problemática con respecto a la protección del interés superior del niño, ya que el padre afín debe también cumplir con la obligación de otorgar alimentos a su hijo afín toda vez que ahora conviven en el mismo hogar y realizan una vida en común.

Este proyecto de ley tiene por finalidad reconocer de manera expresa en nuestra legislación la obligación alimentaria que tienen los padres respecto de sus hijos afines; no obstante, se plantea desde una perspectiva subsidiaria y transitoria. La primera, debido a que la obligación existirá siempre y cuando, el progenitor del hijo afín no pueda cumplir con su obligación de otorgar alimentos; de esta forma, el padre afín, será el responsable de encargarse de la subsistencia del menor. Con respecto a la transitoriedad que se plantea, es referido a que todo derecho no es absoluto, y el presente tiene vigencia en cuanto dure el matrimonio de los padres afines, así como la mayoría de edad del propio hijo afín, pues pasado los 18 años, deja de existir la obligación presente.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El beneficio que conlleva el reconocimiento expreso de la obligación alimentaria en los hijos afines, es que los operadores de justicia puedan reconocer en las demandas de alimentos las necesidades del menor, y que su padre afín cumpla con satisfacerlas. De esta forma, se está garantizando el interés superior del niño, en la medida que no se encuentra desprotegido con respecto a la tutela de sus derechos de alimentos, así como se efectiviza el derecho a una vida digna por parte de los padres afines con respecto de los hijos afines.

PARTE RESOLUTIVA

Modifíquese el artículo 287° y 474° del Código Civil en los siguientes términos:

*Modificación 287.- Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos. Asimismo, esta obligación persiste de manera subsidiaria en las familias ensambladas, es decir,

siempre y cuando los progenitores no puedan cumplir con su obligación alimentaria.

Del mismo modo, la obligación alimentaria en las familias ensambladas es transitoria, y se desvanece por las siguientes causales: i) disolución del matrimonio, ii) la mayoría de edad del hijo afín, iii) la muerte de uno de ellos.

Artículo 474°.- Se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.
3. Los hermanos.

*Modificación 474°.- se deben alimentos recíprocamente:

(...)

- 4.Hijo afín.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Libros

- Belluscio, A. (2004). *Manual de derecho de familia* (Séptima ed., Vol. I). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia* (Sexta ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Castro, K. (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*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Chávez Asencio, M. (2007). *La Familia en el Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- Chávez Montoya, M. S. (2017). *La determinación de las pensiones de alimentos y los sistemas orientadores de cálculo*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
- Comisión Andina de Juristas. (2009). *Derecho de familia. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional* (Vol. III). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Eguiguren, F. (1997). Principio de Igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas*, 63-72.
- Espinar, I., Carrasco, J., Martínez, P., & García-Mina, A. (2013). Familias reconstituidas: Un estudio sobre las nuevas estructuras familiares. *Clínica y Salud*, 301-332.
- Gaitan, J. (2016). *Familias Ensambladas (Doctoral dissertation)*.
- Lamas, G. &. (2018). La familia ensamblada: una nueva concepción familiar. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; año 15, no. 48*, 229-244.
- Palacios González, J., & Rodrigo López, M. (1998). La familia como contexto de desarrollo humano. En J. Palacios González, & M. J. Rodrigo López, *Familia y desarrollo humano* (págs. 25-44). Madrid: Alianza.

- Petit, E. (1966). *Tratado elemental de Derecho Romano* (Novena ed.). (J. Ferrández González, Trad.) México D.F.: Editora Nacional.
- Puentes, A. (2014). Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 58-82.
- Vega, Y. (2008). La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho. *Gaceta del Tribunal Constitucional*, 1-14.

Fuentes electrónicas

- Adrianzén García, G. A. (2019). La extensión del derecho alimentario a los hijos afines en la familia ensamblada. *Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho Civil y Comercial*. Lima: Universidad San Martín de Porres. Obtenido de <https://tinyurl.com/2h4qrlal>
- Aprueban Reglamento del D. Leg. N° 1297, Decreto Legislativo para la Protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP (8 de febrero de 2018). Obtenido de <https://tinyurl.com/28wa6rya>
- Cieza, J. (17 de marzo de 2021). Las TERAS: un análisis desde el caso de los hijos de Ricardo Morán | Parte 1 | Jairo Cieza. (IUS 360, Entrevistador) YouTube. Obtenido de <https://tinyurl.com/2bfaxucg>
- Córdova Contreras, E., & Celi Arévalo, M. (2016). Fundamentos jurídicos para obligar supletoriamente a los padres a otorgar alimentos a sus hijos afines, formados dentro de una familia ensamblada. *In Crescendo. Institucional*, 7(1), 102-112. Obtenido de <https://tinyurl.com/2qfxcpb5>
- Durán Acuña, L. (2000). Deberes y derechos entre padrastros e hijastros. *Revista de Derecho Privado*(6), 3-16. Obtenido de <https://tinyurl.com/25wlggqa>
- Fernández Gutierrez, S. (2016). Regulación jurídica de la familia ensamblada en el Perú y en el Derecho comparado. *Tesis para optar el grado académico*

de *Maestro en Derecho Civil*. Arequipa: Universidad Católica Santa María.
Obtenido de <https://tinyurl.com/2qsmbjr>

Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984.
(2019). *Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano*. Lima:
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de
<https://tinyurl.com/27b4jucb>

López, D., Meza, M., Nicolás, J., & Uchuypuma, D. (2019). Las familias
ensambladas y su tutela constitucional. Nuevas consideraciones a
propósito del caso Medina Menéndez. *Persona y Familia*, 1(8), 105-123.
Obtenido de <https://tinyurl.com/24cpvh4y>

Mendoza, S. (17 de noviembre de 2021). *Pensión de alimentos: solo 6 de cada
100 demandas se resuelven por conciliación de pareja*. Obtenido de
Andina Noticias: [https://andina.pe/agencia/noticia-pension-alimentos-
solo-6-cada-100-demandas-se-resuelven-conciliacion-pareja-
869198.aspx#:~:text=Alrededor%20de%20100%20demandas%20por,Co
rte%20Superior%20de%20Lima%20Este](https://andina.pe/agencia/noticia-pension-alimentos-solo-6-cada-100-demandas-se-resuelven-conciliacion-pareja-869198.aspx#:~:text=Alrededor%20de%20100%20demandas%20por,Co rte%20Superior%20de%20Lima%20Este).

Peralta Andía, J. (2018). La familia ensamblada y la obligación alimentaria
subsidiaria. *DERECHO*, 45-62. Obtenido de <https://tinyurl.com/2zlr25n>

Sarango Yovera, M. (2019). Regulación de los derechos y deberes especiales
que surgen en la familia ensamblada. *Tesis de grado*. Piura: Universidad
Nacional de Piura. Obtenido de <https://tinyurl.com/2dxvpnnb>

Normas legales

Código Civil

Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337)

Código Procesal Civil

Constitución Política del Perú

Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin
cuidados parentales o en riesgo de perderlos, Decreto Legislativo N° 1297

(Poder Ejecutivo 29 de diciembre de 2016). Obtenido de <https://tinyurl.com/2ayhu3s5>

Ley General de Salud, Ley N° 26842 (Congreso de la República 15 de julio de 1997). Obtenido de <https://tinyurl.com/23nrrc2w>

Ley que regula la participación de las Asociaciones de Padres de Familia en las Instituciones Educativas Públicas, Ley N° 28628 (Congreso de la República 25 de noviembre de 2005). Obtenido de <https://tinyurl.com/2dvnhwes>

Jurisprudencia

Casación N° 2760-2004-Cajamarca (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 24 de noviembre de 2005).

Casación N° 4066-2010-La Libertad (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 21 de octubre de 2011). Obtenido de <https://tinyurl.com/2ynq87tx>

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012). Obtenido de <https://tinyurl.com/ydflam3w>

Expediente N° 1204-2017-PA (Tribunal Constitucional 1 de octubre de 2018). Obtenido de <https://tinyurl.com/2fpuvp8o>

Expediente N° 2478-2008-PA (Tribunal Constitucional 11 de mayo de 2009). Obtenido de <https://tinyurl.com/29wnzp2h>

Expediente N° 4493-2008-PA (Tribunal Constitucional 30 de junio de 2010). Obtenido de <https://tinyurl.com/2d2jnjc6>

Expediente N° 9332-2006-PA (Tribunal Constitucional 30 de noviembre de 2007). Obtenido de <https://tinyurl.com/2cft5pog>

ANEXOS

Anexo 1. Expediente N° 9332-2006-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

FUNDAMENTOS

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

§ Legitimidad del demandante

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

§ Modelo constitucional de Familia

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

5. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23.^o que la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad", debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17.^o que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.
6. La acepción común del término *familia* lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco".¹
7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho², las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.

§ Las Familias Reconstituidas

8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas

¹ BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*. 4.^o, ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.

² Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuando indica: "Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nupcias o familiastras.³ Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaría de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa".⁴

9. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.
10. Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237.º del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242.º del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.
11. No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.
12. Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.
13. Tomando en cuenta todo ello es de interés recordar lo expuesto en el tercer párrafo del artículo 6.º de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

14. Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

§ Libertad de asociación y límites a su autonomía de autorregulación

15. Frente a ello se encuentra la libertad de asociación, recogida en el artículo 2.º inciso 13, de la Constitución, que reconoce el derecho a toda persona a "asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser resueltas por resolución administrativa."

16. Como ya lo ha anotado este Tribunal, tal libertad se erige como una manifestación de la libertad dentro de la vida coexistencial, protegiendo el que grupos de personas que comparten similares intereses para la realización de una meta común, puedan asociarse a fin de concretar estas. Tal derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y el de principio de fin altruista, a partir de los cuales se configura su contenido esencial, el que se encuentra constituido por: "a) el *derecho de asociarse*, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el *derecho de no asociarse*, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la *facultad de autoorganización*, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización" (Expediente 4242-2004-PA/TC, fundamento 5).

17. Evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de autoorganizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

§ Análisis del caso en concreto

18. En los casos en donde se alega un trato desigual, este Tribunal ha establecido que es el demandante el encargado de acreditar tal desigualdad. El recurrente, sin embargo, no ha presentado medio probatorio por medio del que demuestre el referido trato desigual. Es decir, no ha acreditado fehacientemente que existan hijastras de otros socios a las que se les reconozca y trate de manera similar a una hija.
19. No obstante ello, deben tomarse en cuenta otros aspectos, como los referidos en la presente sentencia, cuales son la protección de la familia y el derecho a fundarla. Esto último no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Tal facultad ha sido reconocida por tratados internacionales de derechos humanos, referidos en los fundamentos precedentes (*supra* 4 y 5), los que han pasado a formar parte del derecho nacional, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución.
20. En tal sentido, es el derecho a fundar una familia y a su protección el que se encuentra bajo discusión, por lo que de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que obliga al juez a aplicar el derecho que corresponda aun cuando no haya sido invocado por las partes, se emitirá pronunciamiento tomando en cuenta ello.
21. De autos se aprecia el Acta de Matrimonio de fecha 3 de setiembre de 1999, por medio del cual se acredita la unión matrimonial entre el recurrente, don Reynaldo Armando Shols Pérez, y doña María Yolanda Moscoso García. Tal es el segundo matrimonio de cada uno de los cónyuges, por lo que se ha originado una nueva organización familiar, conformada por estos, por un hijo nacido al interior del nuevo matrimonio y la hija de la cónyugem fruto del anterior compromiso matrimonial.
22. Por su parte la propia demandada afirma que la diferenciación se efectuó tomando en cuenta la calidad de hijastra de Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso. Es más, este tipo de distinción es luego regulada por lo decidido en el Comité Directivo del Centro Naval del Perú, mediante Acta N.º 05-02, de fecha 13 de junio de 2002, por la que se aprueba otorgar pase de "invitado especial" válido por un año hasta los 25 años de edad a los "hijos (hijastras) de los socios que proceden de un nuevo compromiso" (fojas 191). Por su parte, el Estatuto del 2007 de la Asociación establece en su artículo 47 que los asociados podrán solicitar la expedición del Carné de Familiar de Asociado a favor de su "cónyuge, hijas e hijos solteros hasta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese

SS.

**LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
(SECRETARIO RELATOR (R))

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

Anexo 2. Expediente N° 2478-2008-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02478-2008-PA/TC
LIMA NORTE
ALEX CAYTURO PALMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de mayo de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alex Cayturo Palma contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de folios 299, su fecha 30 de octubre de 2007, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos; y,

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de diciembre de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra don José Orbegoso Saldaña, Comandante de la Policía Nacional del Perú que ostenta el cargo de Director de la Institución Educativa Particular "Precursores de la Independencia" de la Policía Nacional del Perú, y contra don Alberto Mendoza Ascencios, Presidente del Comité Electoral designado para el nombramiento del Comité de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia (APAF) de la referida institución educativa, a fin de que se suspendan las elecciones tendientes a elegir al mencionado comité para el periodo 2008 – 2009.

Manifiesta que se ha designado como presidente del citado comité a una persona ajena a la Institución Educativa y a la APAFA, lo que constituye una injerencia inaceptable que vulnera su derecho a la libertad de asociación.

Don José Orbegoso Saldaña contradice la demanda indicando que la Asamblea decidió vacar al demandante del cargo que ostentaba como miembro del Consejo Directivo de la APAFA y nombró al mencionado comité electoral a través de un sorteo entre sus asociados. Asimismo refiere que para la realización del citado proceso electoral se contó con el asesoramiento de la ONPE y se contó con personal de "TRANSPARENCIA".

Por su parte, don Alberto Mendoza Ascencios contradice la demanda sosteniendo que en tanto es apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C. matriculados en



el año 2006 en el mencionado colegio, quienes son hijos de su conviviente, le asiste el derecho de ocupar dicho cargo.

El Segundo Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con fecha 3 de julio de 2007, declaró improcedente la demanda en virtud de lo establecido por el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, por considerar que las actuaciones entre particulares están fuera del ámbito de aplicación del derecho al debido proceso.

La Sala Superior competente confirmó la apelada en virtud de lo establecido por el numeral 1) del artículo 5° y el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, aunque discrepando del argumento de que el debido proceso no es aplicable a controversias entre privados.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Mediante la demanda de amparo de autos el recurrente persigue que:

- Se revoque el nombramiento de Alberto Mendoza Ascencios como presidente del Comité Electoral designado para elegir el Consejo Directivo y de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa "Precusores de la Independencia Nacional" de la Policía Nacional del Perú para el periodo 2008 - 2009.
- Se suspendan las elecciones tendientes a elegir al Consejo de Vigilancia de la Asociación de Padres de Familia de de la Institución Educativa Precusores de la Independencia Nacional de la Policía Nacional del Perú para el periodo 2008 - 2009, en atención a dicha revocatoria.

Análisis sobre el fondo de la controversia

2. El recurrente cuestiona el hecho de que se haya designado a don Alberto Mendoza Ascencios como presidente del Comité Electoral, pese a que, según alega, se trata de una persona completamente ajena tanto a la APAFA como a la Institución Educativa "Precusores de la Independencia Nacional" de la Policía Nacional del Perú.
3. Tal argumento sin embargo carece de sustento, pues el emplazado don Alberto Mendoza Ascencios ha acreditado fehacientemente ser apoderado de los menores de iniciales K.F.C. y D.F.C., quienes si bien no son sus hijos biológicos, son hijos de su conviviente y cuya educación asume, razón por la cual le asiste el derecho a ser elegible para ocupar dicho cargo.



EXP. N.º 02478-2008-PA/TC
LIMA NORTE
ALEX CAYTUIRO PALMA

4. En efecto, tal como lo ha sostenido este Tribunal Constitucional en la STC 09332-2006-PA/TC (F. 8), la Constitución reconoce un concepto amplio de familia. En este caso se aprecia que Alberto Mendoza Ascencios conforma una familia reconstituida, esto es, "familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como «la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.» En tal sentido, con la documentación presentada en folios 163 a 205 se acredita que Alberto Mendoza Ascencios ha asumido el cuidado de los menores referidos en el fundamento 3, *supra*, siendo legítima su labor en la asociación.
5. En consecuencia, dado que no se ha acreditado la vulneración de derecho fundamental alguno, la demanda debe ser desestimada.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

D. JHESTIN FIGUEROA BERNARDINI
S. C. O. C. O. N. S. T. I. T. U. C. I. O. N. A. L. D. E. L. P. E. R. Ú.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04493-2008-PA/TC
LIMA
LENY DE LA CRUZ FLORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

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

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



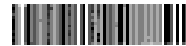
La Segunda Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 25 de enero de 2008 declaró improcedente la demanda de amparo considerando que de conformidad con el artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la vía igualmente satisfactoria para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

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

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

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



efectiva y al debido proceso. La demandante arguye esencialmente lo siguiente: i) que el medio probatorio por el que se acreditaría la convivencia de Jaime Walter Alvarado Ramírez con Luz Marina López Rodríguez no es idóneo, puesto que para acreditar ésta es necesario la existencia de una declaración judicial; ii) que el juez ordinario no valoró que Jaime Walter Alvarado Ramírez presentó medios probatorios, que fueron determinantes para la decisión cuestionada, recién en segunda instancia. Argumenta que éste alegó deberes alimentarios para con los menores hijos de su conviviente recién en la apelación, contraviniendo lo estipulado en el artículo 559 del Código Procesal Civil que establece que en el proceso sumarísimo de alimentos no procede el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; iii) y por último, alega que la conviviente de Jaime Walter Alvarado Ramírez percibe una remuneración mensual y que sus menores hijos perciben una pensión de orfandad.

Vía igualmente satisfactoria y amparo contra resoluciones judiciales

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

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

Derecho a la debida motivación y derecho a la defensa

4. Si bien la demandante alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, se debe precisar que de acuerdo a lo argumentado en la demanda de amparo se estaría acusando específicamente una ausencia de motivación de la sentencia y una afectación al principio de contradicción.
5. Debe recordarse, como tantas veces ha afirmado el Tribunal Constitucional, que el control que se ejerce en esta sede no pasa por determinar el derecho material (ordinario) discutido en el caso, sino tan sólo al el órgano de la jurisdicción



ordinaria ha cumplido su deber de respetar y garantizar los derechos fundamentales en el seno del proceso judicial en el cual se ha hecho ejercicio de su competencia. Entre otros muchos supuestos, el Tribunal Constitucional ha entendido que tiene competencia *ratione materiae* para verificar si un órgano judicial, en el ejercicio de sus competencias, ha incumplido el deber de motivación o si su decisión es posible de reputarse como una simple vía de hecho, por no tener amparo en una norma jurídica permisiva [STC 03151-2006-PA, Fund. 4].

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

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

El modelo constitucional de la familia en la Constitución de 1983

7. El constitucionalismo de inicios del siglo XX otorgó por primera vez a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Sin embargo, es de precisar que en los inicios del referido siglo se identificaba al matrimonio como único elemento creador de la familia. Se trataba de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era "cabeza de familia" y se desarrollaba en la esfera pública y profesional, dedicado a cubrir los gastos familiares, mientras que el rol de la mujer se constreñía a la esfera privada del cuidado del hogar y los hijos. Desde



una perspectiva jurídica tradicional, la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco” [BOSSERT, Gustavo A. y ZANONNI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 4ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.]. No obstante ello, en las últimas décadas del siglo XX, la legislación y jurisprudencia comparada se esmeraron en distinguir los conceptos de familia y matrimonio, estableciendo que el matrimonio no era la única manera de generar familia. Por ejemplo, en las constituciones de 1979 y 1993 se recoge como conceptos distintos la familia y el matrimonio.

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

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

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

De conformidad con las disposiciones del Código Civil el surgimiento de la unión de hecho se da “siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos” (artículo 326º, primer párrafo, *in fine*). Precisa el citado dispositivo: “La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita”. Por consiguiente, de los dispositivos citados se



concluye que la existencia de una unión de hecho sujeta al régimen de sociedad de gananciales, se halla supeditada, primero, a un requisito de temporalidad mínima de permanencia de la unión (dos años) y, segundo, que ese estado (posesión constante de estado) requiere ser acreditado "con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita".

11. Si bien diversas sentencias del Poder Judicial han establecido que se requiere de una sentencia judicial para acreditar la convivencia [Casación 312-94-Callao, del 1 de julio de 1996, Casación 1824-96-Huaura, del 4 de junio de 1998], es de recordarse que este Tribunal Constitucional estableció que, por ejemplo, una partida de matrimonio religioso también podía constituir prueba suficiente para acreditar una situación de convivencia [STC 0498-1999-AA/TC, fundamento 5]. De ahí que deba inferirse que es factible recurrir a otros medios probatorios para acreditar la convivencia. Así, cualquier documento o testimonio por el que se acredite o pueda inferirse claramente el acuerdo de voluntades sobre la convivencia podrá ser utilizado y validado, siempre que cause convicción al juez.
12. Mediante resolución del 13 de octubre de 2009, este Tribunal en virtud de la facultad establecida en el artículo 119 del Código Procesal Constitucional solicitó a Jaime Walter Alvarado Ramírez, que remita a este Colegiado la sentencia en virtud de la cual se reconoce judicialmente la unión de hecho o relación convivencial afirmada con Luz Marina López Rodríguez. Con fecha 10 de mayo de 2010 contestando tal requerimiento Jaime Walter Alvarado Ramírez alega que no han tramitado judicialmente su unión de hecho. No obstante alega que han contraído matrimonio civil con fecha 07 de mayo de 2010 ante la Municipalidad de Shanau, Provincia de Lamas, departamento de San Martín. En efecto, obra en autos del cuadernillo del Tribunal Constitucional copia simple del acta de matrimonio (folios 18) celebrado entre Jaime Walter Alvarado Ramírez y Luz Marina López Rodríguez celebrado el 7 de mayo de 2010.
13. Si bien este hecho implica la acreditación de la existencia de deberes alimentarios para con su actual cónyuge, ello no obsta a que se deba analizar las resoluciones judiciales y que se analice en virtud a la situación en que se encontraba Jaime Walter Alvarado Ramírez.

Unión de hecho y deber familiar

14. Uno de los fundamentos sobre los que descansa la sentencia cuestionada es que la convivencia en una unión de hecho implica una "Carga familiar". Si bien es un aspecto colateral de la controversia constitucional, interesa resaltar previamente que



la denominación "carga familiar" utilizada en la sentencia impugnada, resulta ser cuestionable, por cuanto implica una objetivización de los individuos a los cuales se destina el contenido de la obligación alimentaria. Las personas beneficiadas con dicha tutela y alimentos no son, ni pueden ser consideradas "cargas". Es por ello que una denominación acorde con la Constitución de dicha institución es el "deber familiar", el mismo que guarda y concibe una dimensión ética y jurídica.

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

16. En todo caso, sea la decisión por la que opten los jueces, estos tienen la obligación de desarrollar claramente los fundamentos que la sustenten. Es decir, deben motivar de forma tal que los litigantes puedan observar la línea argumentativa utilizada. No es constitucionalmente legítimo que los jueces tomen decisiones -de las que se desprendan consecuencias jurídicas de relevancia- sin que se demuestren las razones fácticas y jurídicas que sustentan las premisas sobre las que se ha basado el fallo.

Familias reconstituidas, obligaciones alimentarias e hijos afines

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04493-2008-PA/TC
LIMA
LENY DE LA CRUZ FLORES

18. No obstante, en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructura familiar. Así, por ejemplo, no se ha determinado si deben existir o no obligaciones y derechos entre los padres afines (progenitores sociales, padres no biológicos) y los hijos afines. Es por ello que el caso referido *supra*, fue resuelto sobre la base de la interpretación de principios constitucionales. Y es que a falta de reglas expresas, a partir de los principios constitucionales pueden inferirse reglas a fin de dilucidar el conflicto intersubjetivo de relevancia jurídico-constitucional.
19. En virtud de ellos el Tribunal Constitucional determinó que la diferenciación realizada por un club privado entre la hija biológica y la hija afín del demandante (quien era socio del club) no era razonable, configurándose un acto arbitrario que lesionaba el derecho de los padres a fundar una familia. Es de precisar que el Tribunal no expresó en ninguna parte de tal sentencia que los hijos afines y biológicos gozaban de los mismos derechos y obligaciones, tan solo se resolvió que la diferenciación no resultaba constitucionalmente aceptable, dada la finalidad que el club tenía, en tanto que afectaba la identidad familiar del demandante.
20. Como ya se anotó existe un vacío legal que aun no ha sido llenado por la legislación, recayendo dicha responsabilidad sobre la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también, la ordinaria especializada en materia de familia. Y es que, tal como lo explicita el artículo 139, numeral 8 de la Constitución, el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tales casos, el juez debe recurrir a los principios constitucionales a fin de elaborar una posición jurisprudencial que cumpla con resolver el conflicto intersubjetivo de manera justa y atendiendo a la realidad social. Así, queda por determinarse si es que los alimentos de los hijos afines pueden serle exigibles a los padres sociales. O dicho de otra manera ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?.
21. Puesto que en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas, es factible recurrir a la doctrina o al derecho comparado a fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional. Así, puede tenerse por ejemplo lo expuesto por cierta doctrina comparada, en cuanto indica que a partir de los deberes y derechos no patrimoniales existentes en el patrimonio (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior [FERREANDO, Gilda. "Familias recompuestas y padres nuevos", en: *Revista Derecho y Sociedad*. N.º 28, Lima, 2007, Año XVIII, p. 318]. Asimismo, a manera de ejemplo, puede apreciarse lo establecido en el artículo 278, numeral 2), del Código Civil suizo, que indica que



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

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

Análisis del caso en concreto

23. La sentencia cuestionada fundamenta la reducción de la pensión alimentaria respecto la sentencia de primer grado en virtud del deber familiar que estaría asumiendo Jaime Walter Alvarado Ramírez por mantener una relación de convivencia. Pero, para dar por acreditada la unión de hecho le ha bastado al juez del Juzgado de Familia de Tarapoto apreciar una declaración jurada de Jaime Walter Alvarado Ramírez y un certificado de supervivencia de Luz Marina López Rodríguez emitido por la Policía Nacional del Perú. Como ya se expresó en el fundamento 11, *supra*, si bien es factible ofrecer otros medios probatorios además de la declaración judicial de convivencia a fin de acreditar tal estado (como por ejemplo, testimonios de vecinos, partida de matrimonio religioso, entre otros), ello no implica que con tan solo una declaración notarial **suscrita por uno de los supuestos convivientes** y un certificado de supervivencia de Luz Marina López Rodríguez, que por su propia naturaleza, no menciona el tiempo que viene domiciliando en determinado lugar, se acredite suficientemente la convivencia alegada por Jaime Walter Alvarado Ramírez.
24. De lo expuesto, se aprecia que no resulta clara la forma en que el Juzgado de Familia arribó a la determinación de que bastaba con la documentación referida *supra*, para que quede acreditada la unión de hecho durante más de 2 años. Es decir, la premisa fáctica sobre la cual el juez elabora su argumentación no está debidamente motivada. En tal sentido, la ausencia de una explicación coherente que muestre el proceso deductivo del juez es, en primer lugar, suficiente para determinar que la sentencia no es constitucionalmente legítima.
25. El otro aspecto cuestionado es el supuesto deber familiar que ésta unión de hecho podría generar. Y es que ¿genera la convivencia en una unión de hecho un deber familiar? Para la sentencia emitida por el Juez de Paz Letrado, la unión de hecho no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04493-2008-PA/TC
LIMA
LENY DE LA CRUZ FLORES

la genera, en cambio, la sentencia de segundo grado cuestionada en el presente amparo considera lo contrario. Sin embargo, no se explicita cual es el sustento fáctico y normativo en la que descansa tal decisión.

26. Como se aprecia de la sentencia cuestionada, no se sustenta en fundamento alguno por qué es que la unión de hecho implica un deber familiar. Da por entendido que ello es así, y en consecuencia reduce el monto que por alimentos recibirá la hija biológica de Jaime Walter Alvarado Ramírez. Si bien la interrogante planteada no tiene una respuesta sencilla, es evidente que la opción, sea esta en un sentido negativo o afirmativo tendrá que ser suficientemente argumentada, más aun cuando la legislación no establece regulación expresa sobre la materia, lo que obliga al juez a motivar de manera más prolija y cuidadosa su decisión. Por el contrario, la magra argumentación desarrollada, haciendo parecer lo no argumentado como algo evidente, termina por vulnerar el derecho fundamental a la debida motivación [art. 139, numeral 5].
27. Es turno de analizar ahora el aspecto referido a la supuesta obligación del padre no biológico en favor de los hijos afines. Es decir, se debe analizar ahora si es que en la sentencia cuestionada se motivó adecuadamente que los hijos de la conviviente de Jaime Walter Alvarado Ramírez le generaban a éste una obligación de carácter familiar. Recuérdese que ello fue uno de los argumentos por los cuales se redujo el monto destinado a la hija biológica de Jaime Walter Alvarado Ramírez.
28. Para motivar adecuadamente la sentencia, el juez tenía que haberse preguntado primeramente ¿tienen los integrantes de la unión de hecho obligaciones alimentarias para con los hijos afines? Ello es esencial para la dilucidación del caso, ya que si se determina que existe tal obligación, el demandado en el proceso de alimentos tendría el deber de mantener no solo al hijo biológico sino también a los hijos de su conviviente, es decir, sus hijos sociales o afines. Con lo que tendría que repartir la remuneración que percibe. Por el contrario, si se argumenta y considera que no existe mandato legal y por consiguiente, la obligación de alimentos es aplicable solo a favor de los hijos biológicos, el razonamiento del fallo tendría que haber sido diferente. En efecto si no existe tal obligación no existe deber familiar, estando Jaime Walter Alvarado Ramírez únicamente vinculado a cumplir con la alimentación de su hijo biológico. Así, desde esta perspectiva, nada impide que Jaime Walter Alvarado Ramírez pueda prestar atenciones y alimentos a sus hijos afines, pero estas serían manifestaciones de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho.
29. El juez optó por considerar que los supuestos hijos afines de Jaime Walter Alvarado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04493-2008-PA/TC

LIMA

LENY DE LA CRUZ FLORES

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

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

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

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

33. Es de subrayarse que sin bien desde el 07 de mayo de 2010 Jaime Walter Alvarado



EXP. N.º 04493-2008-PA/TC
LIMA
LENY DE LA CRUZ FLORES

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

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

Lo que certifico:


SECRETARÍA EJECUTIVA



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

1. En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de del Distrito Judicial de San Martín y el Juez Provisional del Juzgado Especializado en Familia de Tarapoto-San Martín, con la finalidad de que declare la nulidad de la Resolución de fecha 2 de abril de 2007, que determinó fijar una pensión de alimentos a favor de la menor hija de Jaime Walter Alvarado Ramírez y la demandante ascendente al 20% de la remuneración de éste, puesto que considera que la se está afectando sus derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

Refiere que el juez emplazado asumió que el señor Alvarado Ramírez, padre de la menor beneficiada con la pensión de alimentos, contaba con deberes familiares que atender como su actual conviviente y los menores hijos de ésta (hijos afines), puesto que se encuentran a su cargo y protección. Señala la recurrente que no se encuentra acreditada la convivencia actual que señala el recurrente (declaración judicial) y que el juez emplazado no ha tenido presente que los hijos de la supuesta conviviente (que no son hijos del demandado) vienen percibiendo pensión por orfandad, percibiendo la madre de éstos una remuneración mensual.

2. Las razones que motivan el presente voto son las siguientes:
 - a) En el presente caso observamos que la recurrente denuncia que el juez emplazado ha determinado como pensión de alimentos el 20% de la remuneración mensual del padre. Para ello el juez demandado ha sustentado su decisión en el hecho de que i) el padre obligado tiene el deber alimentario con su actual conviviente, y, ii) que el obligado tiene obligación de asistir con los alimentos a los hijos menores de su conviviente (denominados hijos afines) puesto que se encuentran a su cargo y protección. Para ello la recurrente señala que el emplazado no ha explicado el por qué ha considerado como conviviente a la pareja del demandado, puesto que no existe declaración judicial de convivencia, ni ha explicado las razones por las que se encontraría obligado a asistir a las hijas menores de su conviviente cuando éstas reciben una pensión de orfandad, dejando en una posición disminuida a su hija biológica.
 - b) Es necesario realizar la delimitación de lo que es objeto de análisis por parte de este Tribunal, de manera que se evite que los justiciables erróneamente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

acudan a esta sede en busca del aumento o reducción de una pensión de alimentos, puesto que ello es tarea exclusiva del juez ordinario. En tal sentido en el presente caso se aprecia que lo que deberá ser objeto de control constitucional será estrictamente la motivación de la resolución cuestionada.

- c) El artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Perú señala que *“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”* Asimismo respecto al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales este Tribunal ha precisado que *“Al hacerlo ha de recordar que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporcionan el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.”*

Sin embargo no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. A juicio del Tribunal, el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.*
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.*
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.*
- d) *La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

- e) *La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). (RTC N° 03943-2006-PA/TC, fundamento 4)*

- d) En el presente caso se cuestiona no una resolución sin motivación sino que dicha resolución contiene *deficiencias en la motivación externa*, es decir las premisas de las que ha partido el análisis no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica, y esto porque sustenta su decisión en el deber actual que tiene el señor Alvarado Ramírez con su conviviente, cuando no ha presentado una declaración judicial que acredite tal situación, y que tiene deberes alimenticios con los hijos afines de su conviviente, sin argumentar por qué la necesidad de que el demandado asista económicamente a esos menores, cuando éstas perciben una pensión de orfandad y su madre biológica una remuneración mensual permanente.
- e) Estoy de acuerdo con la resolución en mayoría en el extremo que señala que el juez emplazado no ha motivado debidamente la sentencia puesto que dicho emplazado no ha expresado las razones que lo han llevado a determinar que el señor Alvarado Ramírez mantiene una situación de convivencia como que tampoco ha sustentado –para rebajar la pensión de alimentos de su menor hija biológica– por qué los hijos de su conviviente (como el señala) le ha generado un deber familiar que le impide asistir con un mayor monto a su menor hija biológica.

3. Es así que estoy de acuerdo con la decisión arribada por la resolución traída a mi Despacho, haciendo la expresa mención que en el presente caso sólo se ha evaluado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

–conforme la función de control del Tribunal Constitucional a los demás órganos del Estado, en este caso el Poder Judicial– la motivación de la resolución evacuada. Además siendo un tema singular –a nivel jurisprudencial pero cotidiano en la realidad– puesto que se observa claramente los problemas surgidos con las denominadas familias ensambladas, la figura de la convivencia, evidenciando que la realidad ha sobrepasado los supuestos plasmados por el legislador en la ley, ha sido necesario emitir un pronunciamiento de fondo considerando que debe señalarse claramente cómo deben los juzgadores emitir sus resoluciones.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo, conforme a lo señalado en los fundamentos 2 y 3 del presente voto, debiéndose declarar la nulidad de la Resolución de fecha 2 de abril de 2007 para que el juez a-quo pueda emitir nueva resolución debidamente motivada.

Sr.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:


VICEDIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Anexo 4. Expediente N° 1204-2017-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL ANDRÉS MEDINA
MENÉNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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



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

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

FUNDAMENTOS

Análisis de procedencia de la demanda

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

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

Análisis sobre el fondo de la presente controversia

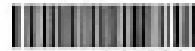
5. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona"; mientras que su 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".
6. Conforme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

Argumentos del demandante

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL ANDRÉS MEDINA

MENÉNDEZ

8. Afirma que es falso que se haya atribuido la calidad de representante legal de Provias Nacional, pues el documento lo firmó en blanco, estampando su sello, en el cual consta el cargo que ostenta. Alega que el acápite del formato no establece que únicamente deba firmar el representante legal, sino que hace referencia a "representante legal y/u otros".

9. Respecto al caso de la declaración de Lisal Tania Gutiérrez Narazas como su dependiente para efectos de su afiliación a Pacífico EPS, aduce que se vulnera el principio de inmediatez, por cuanto dicho hecho fue de pleno conocimiento de su empleadora desde la fecha en que ingresó a laborar a la entidad emplazada, hace más de siete años. Por tanto, si en su oportunidad su empleador no adoptó medida alguna en su contra, no puede hacerlo ahora. Y es que ello, además de vulnerar su derecho constitucional a fundar una familia y a su protección, implica que su empleador no ha cuestionado que Gutiérrez Narazas no ostente la posesión constante de estado como su hija, sino simplemente el criterio formalista de que no es su hija biológica, estableciendo un tratamiento discriminatorio respecto a su hija y contraviniendo el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 09332-2006-PA/TC.

Argumentos de la parte demandada y el Tribunal del Servicio Civil

10. Por su parte, la entidad emplazada afirma que el recurrente fue despedido por haber incurrido en tres faltas graves y que, conforme a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, los casos derivados de la impugnación y calificación del despido fundado en causa justa vinculados a hechos controvertidos no pueden ser tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria.

11. Este Tribunal advierte que en autos obra la Resolución 020-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, de fecha 20 de abril de 2010 (folio 92), mediante la cual se declara infundado el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la carta de despido 002-2010-MTC/20, del 3 de marzo de 2010, emitida por el director ejecutivo de Provias Nacional, por considerar que el recurrente no logró desvirtuar los hechos que se le imputaron como falta grave y que sustentaron su despido.

12. En efecto, el Tribunal del Servicio Civil consideró que, de acuerdo con lo establecido en el Manual de Organización y Funciones de Provias Nacional, el demandante, como jefe de Recursos Humanos, que tenía bajo su cargo a la trabajadora encargada de manera directa de la administración de los planes de salud del personal, tenía como función específica conducir la gestión y administración de los planes de salud del personal y sus dependencias, más aún si la inobservancia y la falta de fiscalización a dicha trabajadora podían perjudicar económicamente a la entidad, como ha sucedido en el presente caso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL ANDRÉS MEDINA
MENÉNDEZ

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

Consideraciones del Tribunal Constitucional

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

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

Sobre la proporcionalidad de la sanción administrativa impuesta

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

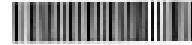
ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

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

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



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

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

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

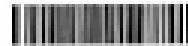
Sobre el derecho a la protección de la familia y, especialmente, en el caso de las familias ensambladas

a) El derecho a la protección de la familia

26. El artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres tienen derecho —sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión— a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Asimismo, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, por lo que debe ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

27. De otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17 que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

28. Asimismo, en el caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala” señaló que “(...)no existe una definición única de familia, así que, la misma no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales”

29. Es importante señalar que inicialmente la familia ha sido entendida como la formada por vínculos jurídicos familiares que encuentran su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Sin embargo, este Tribunal ha establecido que nuestra Constitución debe reconocer un concepto amplio de familia a la luz de los nuevos contextos sociales, por lo que debe otorgarse especial protección a las denominadas “familias ensambladas” (Sentencia 09332- 2006-PA/TC, fundamentos 7 y 8).

30. En esta misma línea de pensamiento, este Tribunal ha definido a las familias ensambladas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubiniaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”. De este modo, ha considerado que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, siempre que esta relación guarde ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento (Sentencia 09332- 2006-PA/TC, fundamento 12)

31. Por lo demás, esta posición es concordante con lo expresado en la Opinión Consultiva OC-21/14, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se ha sostenido que la expansión a otros parientes de ser titulares del derecho a la vida familiar depende “[...] siempre que tengan lazos cercanos personales. [...] [Pues] [...] en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son [por parte de] los padres biológicos.”

32. Es así, que con base en lo establecido por el artículo 6 de la Constitución, puede concluirse que, en contextos en donde el hijo o la hija afín se ha asimilado al nuevo núcleo familiar, cualquier diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia (Sentencia 09332- 2006-PA/TC, fundamentos 13 y 14). Ello ha sido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

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

b) Consideraciones en torno a la familia ensamblada

33. Más allá de lo hasta aquí señalado, y en función de ir clarificando el escenario que se presenta frente a las familias ensambladas, este Tribunal considera pertinente dejar sentada algunas consideraciones en torno a este tema y sus implicancias.
34. En primer lugar, este Tribunal estima pertinente señalar cuáles serían las principales características de una familia ensamblada. Estas características, que debe estar lejos de ser un *numerus clausus* y tiene una naturaleza esencialmente descriptiva, serían las siguientes:
- (i) Comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual.
 - (ii) Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil (Cfr. STC 09708-2006-AA/TC).
 - (iii) La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características puede consistir en "habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento" (STC 09332-2006-PA/TC).
35. Se debe entonces tomar en cuenta que la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que "(...) una familia ensamblada debe demostrar la existencia de sus lazos filiales, lo cual, si bien no puede convertirse en una carga desproporcionada que redunde en su discriminación, sí debe ser mínima. Por lo general, en las familias ensambladas se ha verificado, para proceder a su protección, la existencia de lazos de solidaridad, afecto y respeto, la convivencia conjunta de los miembros y la dependencia afectiva y económica de sus integrantes respecto al núcleo familiar." (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292/16)
36. En segundo término, resulta pertinente señalar que existen obligaciones que tiene el padre o madre afín, derivadas del reconocimiento de una familia ensamblada, y es que resulta claro que si se identifica la existencia de este tipo de familia, el padre o madre afín tiene el deber de brindar mínimamente una asistencia inmediata y, principalmente, dirigida a la sobrevivencia en condiciones dignas del menor, esto es, a la atención, cuidado y desarrollo del mismo. Esta situación conllevará, como



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

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

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

c) Análisis del caso concreto

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

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

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



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

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

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

PONENTE
 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:


 Flavio Reátegui Apaza
 Secretario Relator
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

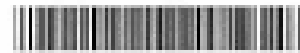
EXP. N.º 01204-2017-PA/TC
LIMA
MANUEL ANDRÉS MEDINA
MENÉNDEZ

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

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

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

S.
BLUME FORTINI



FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

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

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

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



8); y, respecto al vínculo que se genera entre los integrantes de esa nueva familia, señaló que entre los padrastros o madrastas y los hijastros/as “se genera un parentesco por afinidad” (ff. jj. 10), requiriéndose para ello que la relación entre los padres afines y el hijastro guarde ciertas características, “tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín (ff. jj. 12).

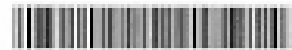
5. Lo expuesto permite apreciar que las relaciones familiares se desarrollan en el ámbito de la afectividad, surgiendo así una relación entre personas que sin tener vínculo consanguíneo se portan como si ese vínculo realmente existiera, dando lugar a lo que diversa doctrina ha venido a llamar “parentesco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

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

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

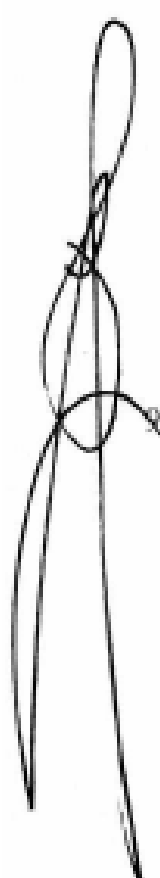
² Expediente 0933-2004-PA, fundamento jurídico 11

³ Artículo 92 del Código de los niños y Adolescentes



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

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



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

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

⁴ Artículo 1 de la Ley 26790

⁵ Artículo 3 de la Ley 26790



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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA /TC

LIMA

MANUEL ANDRÉS MEDINA

MENÉNDEZ

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

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


Flavio Redéguí Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRÉS

MEDINA

MENÉNDEZ

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL

ANDRES

MEDINA

MENENDEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01204-2017-PA/TC

LIMA

MANUEL ANDRES MEDINA
MENEZES

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

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Rolador
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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