



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA EXTENSIÓN DEL DERECHO ALIMENTARIO A LOS HIJOS
AFINES EN LA FAMILIA ENSAMBLADA**

PRESENTADA POR

GASTÓN ALEJANDRO ADRIANZÉN GARCÍA

ASESOR

MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL**

LIMA – PERÚ

2019



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora 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

SECCIÓN DE POSTGRADO

**LA EXTENSIÓN DEL DERECHO ALIMENTARIO A LOS HIJOS AFINES
EN LA FAMILIA ENSAMBLADA**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO

ESPECIALIDAD DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

PRESENTADO POR:

GASTÓN ALEJANDRO ADRIANZÉN GARCÍA

ASESOR:

Mag. MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL

LIMA, PERÚ

2019

RESUMEN

El Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes números 09332-2006-PA/TC, 5039-2011 y 4493-2008-PA/TC, se ha referido a un nuevo tipo de familia como es la “ensamblada”, definiéndola como: “una estructura familiar organizada 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”, sugiriendo una regulación referida a los derechos y deberes entre los padres e hijos afines; ante ello nosotros decidimos investigar a cerca de este nuevo tipo de familia, y se planteó como formulación del problema general: ¿De qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines?. Son objetivos de la investigación: Objetivo General: Determinar de qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines. Objetivos Específicos: Determinar de qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines que no son asistidos por el padre biológico.

El método utilizado fue de carácter cualitativo, basado en la recolección de datos del material bibliográfico citado como fuente. Entre las conclusiones y recomendaciones más relevantes tenemos: Que en nuestra Constitución no existe una definición exacta de un modelo de familia, y que resulta necesaria una regulación sobre los derechos y deberes alimentarios entre los componentes de la familia ensamblada.

Palabras clave: Familia ensamblada, hijos y padres afines.

ABSTRACT

The Constitutional Court, in the sentences relapsed in the Files 09332-2006-PA / TC, Files 5039-2011, 4493-2008-PA / TC, has referred to a new type of family such as the "assembled", defining it and suggesting a regulation referred to the rights and duties between parents and related children, before this we decided to investigate this new type of family, and was raised as a general problem formulation: How constitutional protection to the family allows guarantee the right to food of related children?. The objectives of the research are: General Objective: To determine how the constitutional protection of the family guarantees the right to food of affine children. Specific Objectives: a) Determine how the constitutional protection of the family guarantees the right to food of related children who are not assisted by the biological father and b) Analyze how the constitutional protection of the family guarantees the right to food of the family. the kindred children who are assisted by the biological father.

The method used was of a qualitative nature, based on the collection of data from the bibliographic material cited as source. Among the most relevant conclusions and recommendations we have: That in our Constitution there is no exact definition of a family model, and that it is necessary to regulate the rights and duties of food among the components of the assembled family.

Keywords: Assembled family, children and related parents.

INDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
INDICE.....	4
INTRODUCCION.....	7
MARCO TEÓRICO.....	13
1.1. Descripción de la situación problemática.....	13
1.2. Formulación del Problema.....	15
1.2.1. Problema general.....	15
1.2.2. Problemas específicos.....	15
1.3. Objetivos de la investigación.....	16
1.3.1. Objetivo general.....	16
1.3.2. Objetivos específicos.....	16
1.4. Justificación de la investigación.....	16
1.4.1. Importancia de la investigación.....	16
1.5. Viabilidad de la investigación.....	17
1.6. Limitaciones del estudio.....	17
1.7. Antecedentes de la investigación.....	17
2.2. Bases Teóricas.....	20
2.2.1. Concepto de alimentos según la doctrina.....	20
2.2.1.1. Caracteres de los alimentos.....	23
2.2.1.2. Presupuestos de la obligación alimentaria entre parientes.....	26
2.2.1.3. Clasificación de los alimentos.....	29
2.2.1.4. Los derechos alimentarios en las familias ensambladas.....	30
2.2.2. Concepto de familia.....	31

2.2.3. Concepto de familia ensamblada.....	35
2.2.4. Las responsabilidades alimentarias entre el padre o la madre y el hijo afín.....	38
2.3.Otras consecuencias legales del reconocimiento de derechos y deberes entre el padre e hijo afín.....	39
2.4 Definiciones de términos básicos.....	44
2.5. Otras denominaciones con que se conocen las “Familias Ensambladas”.....	45
2.5.1. Características de las familias ensambladas.....	46
3. Legislación comparada internacional.....	49
3.1. Tratados Internacionales.....	49
3.1.1. Convención sobre los Derechos del Niño.....	49
3.1.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	51
3.1.3. La Declaración Universal de 1948.....	52
3.1.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	52
3.1.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	53
3.1.6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	53
3.1.7. Código Civil Argentino.....	54
3.1.8. En Europa.....	57
3.1.8.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	57
3.1.8.2. Protocolo N° 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamental.....	57
3.2. En España.....	58
3.2.1. Ley 40/2003, de Protección a las Familias Numerosas.....	58
3.3. En Suiza.....	60
3.3.1. Legislación comparada nacional.....	60
3.4. Jurisprudencia Comparada Internacional.....	62

3.4.1. Jurisprudencia comparada nacional.....	65
CAPITULO II.....	71
HIPÓTESIS.....	71
2.1. Hipótesis principal.....	71
2.2. Hipótesis secundarias.....	71
CAPITULO III.....	72
METODOLOGÍA.....	72
3.1. Tipo de investigación.....	72
3.2. Nivel de investigación.....	72
3.3. Método de investigación.....	72
3.4. Diseño metodológico.....	73
3.5. Técnica de recolección de información.....	73
3.6. Instrumento de recolección de información.....	73
3.7. Confiabilidad y validez de los instrumentos.....	74
CAPITULO IV.....	75
ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS.....	75
DISCUSIÓN.....	78
CONCLUSIONES.....	84
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	94

INTRODUCCION

El presente trabajo busca proponer el tratamiento jurídico para el derecho alimentario al interior de un grupo familiar que viene incrementándose en nuestra sociedad: las llamadas “familias ensambladas”. Este tipo de agrupación se diferencia de la familia tradicional, en la cual prima el lazo consanguíneo, es decir, la relación entre padres e hijo, y demás parientes en línea recta, como abuelos, nietos, es decir, en forma ascendente y descendente, y de la línea colateral, como hermanos, tíos, sobrinos y primos, en cambio, en las familias ensambladas prevalece el lazo afectivo que se establece entre personas que a pesar de no tener vínculo consanguíneo, se interrelacionan diariamente dentro de un mismo hogar, estableciéndose una identidad particular y funciones propias a la de una familia tradicional.

En general, definir a la familia no es tarea simple, por un lado, existe la dificultad de encontrar una descripción que sea suficientemente general para abarcar todas las formas de agrupación humana; y, por otro lado, la visión personal y cultural del concepto que, en general, incide con nuestra impronta en la definición. No es posible sentar un concepto preciso y único de familia, en razón a que se trata de una palabra a la cual puede asignarse diversas significaciones jurídicas: Una amplia, otra restringida, y aun, otra más, intermedia.

En nuestra Constitución no existe un modelo establecido de familia, haciendo referencia solamente al origen o las formas reconocidas por ley para constituir una agrupación familiar, como son: el matrimonio y la convivencia o unión de hecho.

Igualmente, ocurre en nuestro Código Civil, donde también se reconoce a las dos instituciones antes mencionadas, como formas constitutivas de parentela, regulándose los deberes y derechos entre los componentes de estos grupos, como los son los derechos de alimentos de los hijos y los cónyuges, en un orden de prelación; así tenemos el Artículo 234°, que señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común; y el Artículo 326° que se refiere a la relación convivencial, como: La unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libre de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

El derecho humano a la vida familiar se encuentra plasmado en varios instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que con una redacción semejante declaran su condición de elemento natural y fundamental de la sociedad y garantizan el derecho a fundar una familia. Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Artículo 17° inciso 1) proclama:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a formar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello

por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

De igual modo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el numeral 23° inciso 1) enuncia:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tiene edad para ello”.

La Convención sobre los Derechos del Niño incorpora un “plus” porque protege también a la familia ampliada, debiendo advertirse que para este instrumento no hay un concepto univoco de familia, sino que está condicionado por los presupuestos de lugar y tiempo que la costumbre indique. Así tenemos que en el Artículo 5° de la referida Convención se prevé:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

A pesar que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra establecido un modelo de familia, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes números 09332-2006-PA/TC, 5039-2011 y 4493-2008-PA/TC, ha llegado a definir un tipo de organización familiar llamada “familia ensamblada”, concibiéndola como aquella estructura familiar organizada 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; dejando una puerta abierta el Tribunal, para el reconocimiento legal de las “familias reconstituidas”, y estableciendo, los cimientos para la búsqueda de un amparo legal del derecho alimentario para los miembros de este tipo de familia, en especial, para los “hijos afines” con respecto a la pareja de su progenitora o progenitor, según sea el caso, estableciendo, que no debe existir un trato desigual entre los hijos de sus nuevas parejas(cónyuges o concubinas) y los suyos, cuando conviven bajo un mismo techo, y, asimismo, considera que dentro de estos tipos de familia, se produce el surgimiento de ciertos deberes y derechos especiales entre sus miembros, como el derecho de alimentos de los hijos afines respecto a sus padres a fines.

Ante este vacío legal que advierte el Tribunal Constitucional, nosotros decidimos investigar a cerca de este nuevo tipo de familia, y se planteó como formulación del problema general el siguiente: ¿De qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines?

Son problemas o preguntas específicas las siguientes: ¿De qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines que no son asistidos por el padre biológico?

Son objetivos de la investigación los siguientes: Objetivo General: Determinar de qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines. Objetivos Específicos: Determinar de qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines que no son asistidos por el padre biológico. Asimismo, se plantean las siguientes hipótesis: Hipótesis principal: La protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines. Hipótesis secundarias: a) La protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines que no son asistidos por el padre biológico. De igual modo consideramos que la presente tesis viene realizándose con la finalidad de contribuir a una mejor regulación del tratamiento alimentario en nuestro país, el cual está orientado a la protección de los hijos pertenecientes a las familias tradicionales, buscando este estudio hacerlo extensivo a los hijos afines pertenecientes a las familias ensambladas. En cuanto a la viabilidad de la investigación, a pesar de la ausencia de material bibliográfico y de pronunciamientos judiciales respecto al tema elegido en nuestro país, resulta viable su elaboración, a partir del estudio de la casuística del Tribunal Constitucional que, ha reconocido la existencia de las familias ensambladas en las sentencias recaídas en los Expedientes números 09332-2006-PA/TC, 5039-2011 y 4493-2008-PA/TC y de la doctrina comparada como la doctrina en Argentina. Para ello se recurrirá, además, a la legislación y jurisprudencia comparada, donde ya se viene tratando este tema. Asimismo, se dispone de los recursos humanos, económicos y materiales suficientes para la elaboración de la presente investigación en el tiempo previsto. Además, se ha establecido la factibilidad de lograr la participación de los sujetos u objetos

necesarios para la realización de la investigación. Finalmente, es posible conducir el estudio con la metodología disponible y la misma conduce a dar solución o respuesta al problema planteado.

Este trabajo se ha dividido en 5 capítulos: en el primero se desarrolla el marco teórico, en el segundo la hipótesis, en el tercero la metodología, en el cuarto análisis e interpretación de los resultados, y en el quinto la discusión.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Descripción de la situación problemática

Con el devenir del tiempo, una de las instituciones que más cambios ha tenido es la familia, ya que la antigua organización familiar nuclear viene siendo avasallada por otros modelos como las llamadas familias extensivas o ensambladas o reconstituidas.

Entre nosotros, se ha hecho común la afirmación de que la Constitución carece de un modelo familiar, pues, adolece a lo largo de su texto de una definición para este grupo; sin embargo, ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a otros tipos de organización, como las familias ensambladas.

En la legislación que nos rige, el tratamiento del derecho alimentario se ha desarrollado desde la óptica de la familia nuclear, no advirtiéndose tratamiento alguno en nuestro ordenamiento jurídico respecto de los alimentos de los hijos afines o sociales. Así tenemos que, en el Artículo 474º del Código Civil Peruano, se señala:

“Se debe alimentos recíprocamente: 1.- Los cónyuges; 2.- Los ascendientes y los descendientes; y 3.- Los hermanos”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, se ha referido al surgimiento de nuevas formas de agrupación, entre ellas la llamada “familia ensamblada”, concibiéndola como:

“la estructura familiar organizada 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”. Dejando el Tribunal una puerta abierta para la extensión del derecho alimentario a los hijos afines, es decir, ya ha establecido, los cimientos para la búsqueda de un amparo legal del derecho alimentario para los miembros de las “familias ensambladas”, en especial, para los “hijos afines” con respecto a la pareja de su progenitora o progenitor, según sea el caso, estableciendo en algunas sentencias, como las recaídas en los Expedientes números 5039-2011, 4493-2008-PA/TC y 09332-2006-PA/TC, el reconocimiento de un nuevo tipo de estructura familiar, considerando que no debe existir un trato desigual entre los hijos de sus nuevas +parejas (cónyuges o concubinas) y los suyos cuando conviven bajo un mismo techo, y, asimismo, entendiéndolo que dentro de estos tipos de familia, se produce el surgimiento de ciertos deberes y derechos especiales entre sus miembros, como el derecho de alimentos de los hijos afines respecto a sus padres afines. No obstante, este reconocimiento legal conllevaría a algunas situaciones controvertidas, como son: a) ¿Quién estaría obligado a prestar alimentos?, ¿Es el padre biológico o legal que no vive con su hijo, o es el padre social” o “padrastra”, con el cual conforma una “familia ensamblada” ?; b) ¿Cuál sería la duración de este derecho y si está condicionado el mismo a la permanencia de la convivencia o matrimonio existente entre su madre del beneficiario de alimentos con el padre afín?

De igual modo, el reconocimiento legal del derecho alimentario en este tipo de familias trascendería a otros ámbitos, como el laboral, pues, el empleador del padre social, de mantener un vínculo laboral estable, tendría el derecho de

incorporar como carga familiar para efecto del pago del beneficio social (como el de “asignación familiar”) a los hijos afines del “padre social”, que es su trabajador. Empero, este reconocimiento del hijo social como carga familiar de su padre social en su centro de labores, tendría como consecuencia que, este beneficio sea otorgado tanto al padre biológico como al padre social, generándose una duplicidad.

Ante este vacío legal, surge la imperiosa necesidad que la justicia desarrolle los criterios jurisprudenciales respectivos para el tratamiento del derecho alimentario en este tipo de familias no tradicionales, mientras los legisladores preparan la normatividad pertinente, tal como viene sucediendo en otros países, como Argentina, donde ya se encuentra regulado el derecho de alimentos en este tipo de agrupaciones familiares en el Código Civil y Comercial de la Nación en el Libro Segundo (Relaciones de Familia), Título VII- Responsabilidad Parental, Capítulo Séptimo/(Artículos 672° al 676°).

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema general

- ¿De qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines que no son asistidos por el padre biológico?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

La investigación tiene como objetivo general:

Determinar de qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines.

1.3.2. Objetivos específicos

Como objetivos específicos tenemos:

Determinar de qué manera la protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines que no son asistidos por el padre biológico.

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Importancia de la investigación

El presente trabajo de investigación viene realizándose con la finalidad de contribuir a una mejor regulación del tratamiento alimentario en nuestro país, el cual está orientado a la protección de los hijos pertenecientes a las familias tradicionales, buscando este trabajo hacerlo extensivo a los hijos afines pertenecientes a las familias ensambladas.

Ante esta problemática, proponemos, se modifiquen los artículos siguientes: 475°, 423°, 474°, 483°, 486°, 502°, 506°, 527° 529°, 549° y 550°, del Código Civil y el artículo 93° del Código de los Niños y Adolescentes, para que sean incorporados los hijos y padres afines entre los beneficiarios y obligados del derecho de alimentos y a la tutela entre los miembros de las familias ensambladas.

1.5. Viabilidad de la investigación

A pesar, de la ausencia de material bibliográfico respecto al tema elegido en nuestro país, sin embargo, resulta viable su elaboración, a partir del estudio de la casuística del Tribunal Constitucional que, ha reconocido la existencia de las familias ensambladas y de la doctrina comparada, como la Argentina, donde ya se viene tratando este tema.

1.6. Limitaciones del estudio

Se ha encontrado dificultades en la elaboración de la presente tesis, por la escasa doctrina nacional, así como de jurisprudencia del Poder Judicial, en la que existan pronunciamientos sobre el tema.

Asimismo, no existe una estadística del INEI donde se haya establecido que porcentaje de familias ensambladas tenemos en nuestro país, y menos en la capital; sin embargo, con la ayuda de las sentencias del Tribunal Constitucional, así como la legislación y doctrina comparada se puede desarrollar la presente investigación.

1.7. Antecedentes de la investigación

Cabe reiterar la escasez de trabajos, en nuestro país, que hayan desarrollado el tema materia de tesis; sin embargo, hemos considerado citar como antecedentes algunos trabajos de investigación referidos al tema materia de esta tesis; así tenemos a:

- **GONZALEZ, Gustavo (2015)**, en su tesis “La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el código civil”. Pimentel, Perú: presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, señala que:

“El propósito fundamental de la investigación corresponde a una investigación teórica, pura o básica; puesto que estuvo dirigida hacia un fin netamente cognoscitivo, repercutiendo en unos casos a correcciones, y en otros en perfeccionamiento de los conocimientos, pero siempre con un fin eminentemente perfectible de ellos. Asimismo, indica que el resultado de la contrastación de la Hipótesis Global nos da base o fundamento para formular la Conclusión General mediante el siguiente enunciado: Los integrantes de una familia ensamblada en el Perú, vieron afectados sus derechos debido a los Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas en el Libro de Familia del Código Civil de 1984, porque los Responsables y Comunidad Jurídica desconocen o no aplican los Planteamientos Teóricos, especialmente los conceptos básicos, o por no cumplirse algunas Normas de nuestro Ordenamiento Jurídico o por no haber invocado las Legislaciones Extranjeras especialmente las de Latinoamérica que están más relacionadas con nuestra realidad”.

- **CALDERÓN, Jacquelyn (2016)**. “El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas”. Trujillo, Perú: presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, quien señala:

“El tipo de método es **descriptiva - simple**, porque se realizó una descripción detallada de la problemática actual de las familias ensambladas en cuanto al rol que desempeñan los padres e hijos afines en el núcleo intrafamiliar, para ello se hizo uso de las variables planteadas (independiente y dependiente) y del estudio de ambas se ha logrado analizar certera y válidamente el problema en su amplitud. Asimismo, se indica como resultado que la estructura familiar de una familia ensamblada, proviene de situaciones familiares difíciles; hogares

desintegrados por la muerte y desaparición de uno de los cónyuges o por el fracaso matrimonial de la pareja que deviene en divorcios, separaciones y tiene como características que sus miembros habitan y comparten vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento en la sociedad, constituyendo una identidad familiar autónoma similar a una familia tradicional fundada en vínculos biológicos”.

- **FLORES, Teresa (2014)**. “La protección estatal de la familia como institución jurídica natural”. Chiclayo, Perú: presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, quien señala:

“Como resultado que en el ordenamiento jurídico peruano se reconocen ciertos principios relativos a la familia: El principio de protección de la familia y el matrimonio, el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho, el principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y paternidad y el principio de igualdad de los hijos frente a sus padres. Bajo esta perspectiva, si bien nuestra legislación promueve el matrimonio, con el afán de no ser ajeno al contexto social y a los fenómenos que en el mismo se producen, considera como punto de partida necesario y urgente la protección a todas las formas de familias, aun cuando las mismas no tengan como base al matrimonio, pero siempre que compartan elementos constitutivos esenciales”.

- **PARRA, Hesley (2005)**. “Relaciones que dan origen a la familia”. Medellín, Colombia: presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Antioquia, quien señala que:

“Tiene un enfoque jurídico, donde se analizarán las tipologías de familia a partir de las ciencias sociales, pero mirando cuál de ellas están reguladas en la legislación y en la jurisprudencia colombiana en materia del derecho de familia.

El tipo de investigación es documental, de tipo explicativo, basada en fuentes secundarias, desarrollada a partir de diversos autores que han analizado el tema, retomando la legislación y la jurisprudencia. Técnica, análisis de contenidos de los diferentes textos, documentos y sentencias. Asimismo, se indica como resultado que la familia ha sido definida de múltiples maneras y desde distintas perspectivas, atendiendo a criterios de consanguinidad, relación legal, convivencia, lazos emocionales, entre otros. La gran variedad de tipos de familia que actualmente existen en la sociedad dificulta la elección de una definición única y general. Puede adoptarse el concepto de familia como un grupo de personas relacionadas entre sí biológica, legal o emocionalmente (que no necesariamente conviven en el mismo hogar), y comparten una historia común, unas reglas, costumbres y creencias básicas en relación con distintos aspectos de la vida”.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Concepto de alimentos según la doctrina

En la opinión de Kemelmajer, dada la diversidad de fuentes que pueden dar lugar al nacimiento de la obligación alimentaria y la consiguiente variedad de su extensión, brindar un concepto único de alimentos es una tarea ardua, no resuelta del todo ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. De cualquier modo, un punto de encuentro común en la mayoría de los casos menciona como piso mínimo, y sin perjuicio de otro agregado, que es aquella por la que “un sujeto” (alimentante) proporciona de los medios económicos necesarios para asegurar la subsistencia de otra persona, que carece de recursos económicos (alimentado). (Kemelmajer, 2014: 26).

Según Cabanellas, los alimentos, significan, las asistencias que en especie o en dinero, y por ley, contrato o testamento, se dan a una o más personas para su manutención y subsistencia; esto es para comida, bebida, vestido, habitación y recobro de la salud, además de educación, instrucción, cuando el alimentista es menor de edad (Cabanellas, 2003: 252).

D. Campos, sostiene que la doctrina ha definido la obligación alimentaria como aquella “obligación legal”, con fundamento moral y finalidad asistencial que comprende la satisfacción de las necesidades de subsistencia, formación y recuperación en la medida de los recursos y necesidades de los sujetos indicados en la ley. Desde un punto de vista jurídico comprende toda la asistencia económica que una persona tiene derecho a recibir de otra, obligada por ley, por una sentencia judicial o por un convenio, destinada atender sus necesidades vitales con un contenido y extensión que varía de acuerdo con los sujetos y a las disposiciones de la ley, la sentencia o los términos del convenio (Roberto D. Campos, 2009:17).

Cornejo, refiere que la figura de los alimentos que ahora nos ocupa, aparece genéricamente como “el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona”. Por regla general, los alimentos comprenden todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, según su rango y condición social (Cornejo, 1991: 226).

Para Simón los alimentos es todo aquello que, por ministerio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir. En general, los alimentos se encuentran constituidos por comida, vestido, habitación, como asistencia en caso de enfermedad. (Simón, 2017: 16)

Según Canales, los alimentos apuntan a la satisfacción de las necesidades básicas materiales y espirituales del ser humano, buscando la preservación de la dignidad de la persona humana. (Canales, 2013: 7).

Jara recoge varias definiciones de otros autores, tales como Escriche, el cual sostiene que los alimentos “son las existencias que se dan a una persona para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud”; Trabuchi, quien afirma por su parte que “...la expresión alimentos, en el lenguaje jurídico tiene un significado más amplio del significado común, y comprende, además, de la alimentación, cuando es necesario para el alojamiento, vestido, los cuidados de la persona, su instrucción (...)”, y Belluscio, quien señala que “(...) se entiende por alimentos el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación (...)”(Jara, 2012: 449).

El artículo 472° del Código Civil peruano, define los alimentos de la siguiente manera:

“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 del post parto”.

De igual modo, el artículo 92° del Código de los Niños y Adolescentes, señala:

“Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y

capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente.

También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”.

En nuestra opinión, coincidimos con los autores antes citados en el sentido de no existir una definición uniforme de los “alimentos”, sin embargo, podemos tomar como tal, a aquella definición alcanzada por Kemelmajer, la cual señala:

“Es aquella por la que “un sujeto” (alimentante) proporciona de los medios económicos necesarios para asegurar la subsistencia de otra persona, que carece de recursos económicos (alimentado).

(Kemelmajer, 2014: 26)

Al respecto nosotros consideramos, que aquella obligación alimentaria debe estar reconocida en la ley, y, además, debe ser deber y derecho de todos integrantes de una familia, siendo los beneficiarios aquellas personas que por su minoría de edad, o discapacidad, requieran ser asistidos por aquellos que estén física y económicamente aptos para procurar los alimentos a quien se los pide, surgiendo esta obligación dentro de una familia, entendida en el sentido amplio y extendido, es decir, a aquella conformada por personas unidas por lazos de solidaridad y afecto y no solo personas unidas por lazos consanguíneos.

2.2.1.1. Caracteres de los alimentos

Para Kemelmajer, la obligación alimentaria tiene una naturaleza especial, realizando un análisis de los caracteres de la obligación alimentaria, según el código Civil y Comercial argentino, resumiendo éstos en los siguientes:

1. **Asistencial.** – la obligación alimentaria no persigue la satisfacción de un interés meramente patrimonial; la finalidad es permitir al alimentado satisfacer sus necesidades materiales y espirituales, en la extensión que corresponda según el supuesto; en suma, el derecho alimentario no responde a una finalidad meramente económica; sin perjuicio del objeto de la prestación sea de naturaleza patrimonial. La obligación alimentaria tiene pues, carácter asistencial y, en lo sustancial, tiene a solventar necesidades impostergables.
2. **Intransferible.** – Según el artículo 374° del citado Código, la obligación alimentaria no puede: “transferirse por acto ente vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos.”. En consecuencia, todo contrato de cesión de derechos que tenga por objeto la transferencia de alimentos futuros es nulo por aplicación de los principios generales que rigen la materia”.
3. **No transigible.** – Esta característica surge expresamente de los artículos 539 y 540 del Código Civil y Comercial argentino, que aclaran que la obligación de prestar alimentos o percibirlos no puede ser objeto de transacción, excepto que se trate de alimentos devengados y no percibidos. La prohibición tampoco alcanza a los acuerdos a los que las partes arriban – judicial o extrajudicialmente – referidos al monto de la cuota, o su forma de pago.
4. **Inembargable.** – El artículo 539 del Código antes citado establece que ni la obligación de prestar alimentos ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, pueden ser objeto de gravamen o embargo alguno. En consecuencia, el pedido de embargo preventivo de la prestación alimentaria por parte de un acreedor del alimentado debe ser desestimado in limine, debido a la naturaleza tuitiva del derecho alimentario.

5. **Irrepetible.** – El Código Civil y Comercial argentino estableció el carácter irrepetible de los alimentos, por eso quien recibió la prestación alimentaria no puede ser obligado a devolverla, ni siquiera si la sentencia que lo facultó a percibirla fue revocada. Los alimentos recibidos tampoco son repetibles si una resolución judicial posterior hace al incidente de disminución, ni si por un convenio posterior se acuerda la reducción de la prestación alimentaria. (Kemelmajer, 2014: 42).

Según Roberto D. Campos, el derecho y la obligación alimentaria en general tienen los siguientes caracteres:

- a. **Intransmisibilidad:** El derecho a recibir alimentos no se transmite a los herederos del que los perciba, y tampoco la obligación de prestarlos se traslada a los sucesores del alimentante; ni puede ser ejercido por vía de acción subrogatoria.
- b. **Irrenunciabilidad:** El derecho no puede renunciarse tal como lo dispone el artículo 374° del Código Civil argentino. Debe precisarse, sin embargo, que tal restricción se refiere al derecho a percibirlos, mas no a la renuncia de las cuotas ya devengadas, que, como tales, se encuentran en el patrimonio del que las recibe.

Este autor opina en el sentido que resulta indudablemente irrenunciable el derecho a percibir las cuotas alimentarias futuras, pero esta prohibición no alcanza a las cuotas devengadas, porque estas ya se incorporaron al patrimonio del alimentado. (Roberto D. Campos, 2009:25).

A su vez, Abel Fleitas Ortiz de Rozas, se ocupa de la Inalienabilidad de los alimentos, señalando que: “el derecho a recibir alimentos se encuentra fuera del comercio, y,

como tal, no puede ser objeto de cesión, con la misma salvedad de las cuotas devengadas y no percibidas que pueden ser cedidas”. (Ortiz, 2011: 33).

Nosotros coincidimos con las definiciones de los autores antes señalados, en cuanto a los caracteres de los alimentos, considerando deben ser agregados otros como: el carácter personalísimo de los alimentos, en el sentido de corresponder a las personas como tal, así como su temporalidad, la cual debe persistir mientras subsista el estado de necesidad, así tenemos que en los menores de edad, los alimentos subsisten hasta que alcancen la mayoría de edad, salvo que sigan estudios superiores con éxito, en cuyo caso se extiende los alimentos hasta la edad de 28 años, y, en el caso de personas mayores de edad, como el caso de las cónyuges, si bien es cierto es deber surgido dentro del matrimonio el procurarse los alimentos entre ambos, este derecho cesa al terminar el vínculo matrimonial, no obstante, en el caso que uno de los cónyuges se encuentren en estado de indigencia, se puede fijar una pensión de alimentos luego de disuelto el vínculo conyugal. Asimismo, consideramos que, en el caso de las familias ensambladas, el deber de procurar alimentos al hijo afín debe subsistir mientras exista el vínculo conyugal o convivencial, extinguiéndose esta obligación con el divorcio o cuando uno de los convivientes se retira del hogar.

2.2.1.2. Presupuestos de la obligación alimentaria entre parientes.

Ortiz, afirma que debe acreditarse la existencia de los siguientes presupuestos: a)

Necesidad o falta de medios: Quien pretende alimentos de un pariente debe acreditar su indigencia o insolvencia que le impide alcanzar su propio sustento; b)

Imposibilidad de obtenerlo por su propio trabajo. Quien los pretende debe probar, además de la falta de recursos, su imposibilidad de obtenerlos por sus propios medios

sea por limitaciones de salud, edad, u otras circunstancias, incluyendo las propias del mercado laboral, que no le permitan conseguir trabajo; c) **Capacidad económica del alimentante**: Este requisito se encuentra implícito, y se encuentra en todos los ordenamientos procesales (Ortiz, 2011: 33).

Cornejo precisa que tres son los presupuestos que permiten ejercitar el derecho de pedir alimentos: 1. **Un estado de necesidad en quien los pide**; 2. **Posibilidad económica en quien debe prestarlo**; 3. **Una norma legal que establezca la obligación** (Cornejo; 1991: 236).

Kemelmajer, sostiene que la doctrina y la jurisprudencia han establecido una serie de pautas a valorar, conforme la naturaleza de la prestación y los rubros que comprende, que se exponen a continuación (Kemelmajer, 2014: 119):

- a. **Necesidades por cubrir**. – La obligación alimentaria nacida de la responsabilidad parental no exige demostrar la necesidad del alimentado. Cuestión diferente es fijar el monto; para esa determinación si se requiere tener en cuenta las necesidades que se pretenden cubrir con la cuota. El alimentante debe cubrir los gastos de manutención, vestido, habitación, salud, educación, desarrollo cultural y espiritual, esparcimiento y relaciones sociales de los alimentados; los progenitores deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios, sin que puedan excusarse debe cumplir su obligación alimentaria invocando falta de trabajo o ingresos insuficientes, cuando ello no se debe a imposibilidades o dificultades prácticamente insalvables.
- b. **Mantenimiento del nivel económico y cultural**. – La cuota alimentaria debe fijarse en atención a las necesidades, y cuando la fortuna paterna es cuantiosa no es ésta la que determina el monto. El criterio de proporcionalidad debe aplicarse a

los casos en que las erogaciones a cubrir aparezcan como excesivas con relación a los recursos del alimentante.

- c. **La edad del niño.** – A medida que los niños crecen, sus necesidades se incrementan, y aumentan los gastos de educación, esparcimiento, vestimenta, alimentación, etcétera. La fijación de la cuota alimentaria va de la mano de las necesidades del alimentado, y estas no son las mismas a los años que a los siete.
- d. **La contribución que realiza el progenitor conviviente.** – Otra pauta considerar es el aporte que realiza el progenitor que convive con el niño, si bien la obligación de contribuir al mantenimiento de los hijos pesa sobre ambos progenitores, quien ostenta la custodia personal de los hijos compensa la obligación brindándoles cuidado y dedicación, por lo que, normalmente, sobre el padre no conviviente recae en mayor medida la obligación alimenticia. En definitiva, el Juez debe tener en cuenta el trabajo que desarrolla cada uno, o el que puede desarrollar, la capacitación con la que cuenta, título profesional, oficio, actividades ya cumplidas, nivel de educación, los bienes fructíferos que cada uno posee, el estado de salud de cada uno en la medida influye en sus posibilidades de obtener ingresos y le demande gastos la atención de sus propias dolencias, etcétera (Kemelmajer; 2014: 121).

Nosotros, coincidimos con los requisitos exigidos para solicitar la fijación de una pensión de alimentos que señala Kemelmajer; sin embargo, también consideramos necesario otros requisitos a tener en cuenta en el caso de hijos menores de edad; como: las posibilidades económicas del otro progenitor con el cual convive, como es el hecho de si tiene o no trabajo cuando se le solicite una pensión alimenticia; pues, no se puede fijar una pensión de alimentos a alguien que en ese momento está sin trabajo que cuando si lo tiene, proponiendo se

regule este supuesto, pues, muchas veces se siguen procesos de alimentos y se fijan pensiones en atención a las necesidades del menor pero no se toma en cuenta las posibilidades económicas del demandado, estableciendo inclusive pensión conforme a la última remuneración mínima vital, generándose pensiones alimenticias devengadas partiendo de una remuneración ideal y no de una real.

2.2.1.3. Clasificación de los alimentos.

Roberto D. campos, considera que los alimentos deben clasificarse de la siguiente forma:

- a) Alimentos Ordinarios y Extraordinarios. - Al establecerse una cuota alimentaria, se lo hará en función a las necesidades comunes u ordinarias que el alimentado debe cubrir con la misma. Por otra parte, todos aquellos gastos no previstos en la cuota alimentaria ordinaria o que hayan sido previstos pero que su magnitud fuera distinta, o que, aunque previsibles, no acostumbran a suceder asiduamente, según curso natural y ordinario de las cosas, generan la posibilidad de que el alimentado los reclame mediante una cuota extraordinaria destinada a cubrir estos gastos que exceden lo previsto al considerarse las necesidades ordinarias cuando la cuota dejada. En este caso el beneficiario deberá acreditar las necesidades de los mismos, y esta obligación se agota con la satisfacción de lo requerido.

- b) Alimentos provisorios y definitivos. - Se denominan alimentos provisorios a los que el Juez fija, a pedido de parte, para que rijan durante la tramitación

del juicio y hasta el dictado de la sentencia, su finalidad es la de atender sin demoras las necesidades impostergables e imprescriptibles del alimentado y pueden ser fijados en cualquier estado del pleito. Si en juicio de alimentos se hace lugar a la pretensión del actor, la sentencia de mérito fijara los alimentos definitivos sobre la base del análisis de los elementos de pruebas arribados por las partes, cesando los alimentos fijados provisionalmente (Roberto D. Campos, 2009: 32).

2.2.1.4. Los derechos alimentarios en las familias ensambladas.

Gil, se refiere al derecho alimentario entre parientes “ensamblados”, citando el artículo 368° del Código Civil y Comercial argentino, señalando que: “entre los parientes por afinidad solo se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado; es decir, dicho ordenamiento jurídico establece la obligación alimentaria del padre- madre afín respecto del hijo de su cónyuge. El mismo jurista indica que para algunos autores, esta obligación - al igual que la relación de parentesco- subsiste aun luego de disuelto el vínculo matrimonial y en cuanto el nuevo cónyuge no contraiga nuevas nupcias una o formalice una nueva convivencia, mientras para otros, la obligación alimentaria debiera cesar tras la ruptura de la unión, sin perjuicio de la fijación, en caso de que así lo justifiquen las circunstancias de hecho, de una cuota alimentaria provisoria a pagar por el progenitor a fin si éste hubiera sido durante largo tiempo el sostén del hogar y el corte abrupto de toda prestación pudiera ocasionar un grave perjuicio al niño (Gil, 2006: 198).

El mismo autor, señala que la obligación alimentaria derivada de la constitución de una familia a partir de nuevas nupcias ha sido reconocida (en el Código Civil argentino) en diversas disposiciones relativas al régimen patrimonial del matrimonio. Así tenemos el artículo 1275° inciso 1) del Código Civil, en cuanto al pasivo definitivo dispone que son de cargo de la sociedad conyugal “la manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges”. Con acierto se ha dicho que la responsabilidad alimentaria del nuevo conviviente del progenitor se funda en el carácter de guardador de hecho que ostenta respecto de los hijos de su pareja (Gil; 2006: 201).

Nosotros coincidimos con lo opinado por Gil, en el sentido en que en nuestro país debe regularse la obligación alimentaria del padre- madre afín respecto del hijo de su cónyuge, o hijo afín, sin embargo, consideramos que dicha exigencia debe mantenerse solo, mientras subsista el vínculo matrimonial o convivencial o la composición de la familia ensamblada, pues, la regulación se efectúa con fines de la existencia de una relación armoniosa de sus integrantes, careciendo de objeto extender su vigencia al rompimiento de los lazos familiares.

2.2.2. Concepto de familia

Antiguamente, la familia cumplía funciones instrumentales: económicas, porque era una unidad de producción de bienes, religiosas, ya que en su seno se transmitía y practicaba el culto religioso, e incluso políticas porque constituían un centro de poder. Estas importantísimas funciones se transfirieron, en gran parte, a distintos espacios e instituciones externas; las económicas a fábricas y talleres, las religiosas, a las iglesias de los distintos cultos; las educativas a las

escuelas; y las políticas al Estado. Posteriormente, en la época de la República, se desvanece la constitución gentilicia de la familia, son reconocidos los vínculos cognaticios a expensas de la familia agnaticia, se debilita la potestad domestica del páter y se opera con todo ello el ajuste de la antigua extensión que tuvo la familia (Cornejo, 1991: 23).

Según Fleitas, definir la familia no es tarea simple, por un lado, la dificultad de encontrar una descripción que sea suficientemente general para abarcar todas las formas de esta agrupación humana; y por otro, la visión personal y cultural del concepto que, en general, incide con nuestra impronta en la definición. El origen etimológico de la palabra proviene del *osco famel*, que significa siervo, y que sería raíz del latín *famul*, que también *quiere decir siervo o conjunto de esclavos que pertenecen al mismo patrón o dueño*. Si bien este origen no refleja a la familia tal cual la conocemos, expresa la idea de autoridad como principio aglutinante de los grupos humanos. Un rasgo característico de la familia es su universalidad, ya que en toda sociedad existe y ha existido alguna forma de organización familiar, con lo que puede decirse que su presencia es inherente a la especie humana. Suele definirse a la familia como una institución social, la unidad más pequeña de una organización superior que es el Estado, concepto que proviene de la sociología y pone énfasis en el aspecto primigenio del grupo familiar integrado por padres e hijos. Tradicionalmente se ha distinguido a la familia nuclear integrada por el padre, la madre y su descendencia, y, en un sentido más amplio a la familia extensa o por parentesco, que representa un conjunto de personas unidas por vínculos jurídicos de índole familiar. A estas definiciones, se han agregado nuevas formas familiares que empezaron a presentarse en sociedad a mediados del siglo XX y que hoy son objeto de

estudio tanto para la sociología como para el derecho. Así ha crecido el número de familias constituidas por uno solo de sus progenitores y sus hijos, fenómeno que se ha denominado familia monoparental. A la par de este fenómeno se ha generado otro que es el de la familia ensamblada, que se forma cuando uno de los cónyuges, o ambos, tienen hijos de una unión anterior (Fleitas; 2011: 13).

Cornejo, define a la familia de la siguiente manera:

a) En sentido amplio, la familia es, “el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad”. Esta concepción, tiene una importancia relativamente reducida en el Derecho Familiar, pues, no es un círculo tan vasto de parientes y afines que hace alusión la mayor parte de las normas doctrinarias y legales, a menos que se le ponga, como en efecto hace el Derecho, límites restringidos en la línea colateral.

b). En sentido restringido, la familia puede ser entendida como:

- El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente solo los menores e incapaces. Por extensión se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores e incapaces. Esta es la llamada familia nuclear, la cual puede restringirse, más aún cuando los hijos conviven con uno solo de los padres.
 - La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y
 - La familia compuesta, que es la nuclear o la extendida más una o más personas que no tiene parentesco con el jefe de la familia.
- (Cornejo, 1991: 22).

Para Plácido, las nuevas familias que se constituyen, no obstante, la diversidad de formas que adoptan tienen algunos problemas específicos que permiten su incorporación a una denominación común. Estamos frente a una época de grandes mutaciones familiares que requieren categorizaciones conceptuales expresadas en nuevos términos, ausentes en nuestro léxico. No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón a que se trata de una palabra a la cual puede asignarse diversas significaciones jurídicas: Una amplia, otra restringida, y aun, otra más, intermedia. En sentido amplio (familia como parentesco), es el conjunto de personas con las cuales existe un vínculo jurídico familiar. a) En sentido restringido (familia nuclear). En el sentido más restringido, la familia solo corresponde a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación; b) Familia en sentido intermedio (familia compuesta). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en su casa (Plácido, 2007: 15).

Mizrahi, sostiene que, al menos en un sentido amplio, existe familia cuando entre determinados sujetos hay vínculos de parentesco. No obstante, adviértase que el concepto de parentesco tampoco se ha mantenido invariable a lo largo del tiempo; basta decir que, para Platón, se verificaba cuando entre los hombres había comunidad de dioses domésticos (Mizrahi; 2005: 4).

Según Gil, cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una “vida familiar” protegida por el Convenio por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio. En ese sentido, y de manera enunciativa, existe una familia entre: a) Dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio

por ley civil con o sin hijos; b) Dos personas de distinto sexo que conviven con o sin hijos; c) Dos personas del mismo sexo que conviven con o sin hijos; d) Una persona que vive sola con sus hijos tras haberse separado o divorciado; e) Dos personas divorciadas que conviven con los hijos del matrimonio anterior de uno o ambos (Gil; 2006: 75).

A nuestro entender, el concepto de familia, no puede limitarse al concepto de la familia tradicional o nuclear, es decir, la compuesta por el padre, madre y descendientes, creemos que la familia tradicional ha tenido una evolución, siendo en la actualidad su composición variada, pudiendo estar formada la familia por una sola persona con sus hijos o sin ellos(familia monoparental); o estar conformada por personas del mismo sexo con hijos o sin hijos(familia homoafectivas); o también, estar compuestas por personas de distintos sexos casadas o convivientes, con hijos o sin hijos; o conformadas por o personas de distintos sexo divorciadas o convivientes, con hijos de un compromiso anterior(familias ensambladas); siendo el lazo que predomina el afectivo o de solidaridad y no el consanguíneo en este tipo de estructuras familiares.

2.2.3. Concepto de familia ensamblada

Martínez, señala que, en la lengua española, al no existir una denominación para este tipo de familia, es preciso crearla, encontrar un término que exprese, de la manera más aproximada, la realidad de esta estructura. Hoy en día para aludir a tales configuraciones acudimos a distintas expresiones que intentan definir las, como “nuevas familias después del divorcio” o “segundas familias”, designación propia del acto jurídico, remedo de las llamadas “segundas nupcias” (Martínez; 2000: 34).

El mismo autor refiere que, cuando hablamos de familia ensamblada debemos acordar a que nos estamos refiriendo. Si nos preguntamos por quienes forman parte de este tipo de familia, ¿a quienes evocamos? Es decir, para alcanzar una conceptualización es necesario determinar que amplitud le damos a dicho término. Este autor cita la definición de Cecilia Grosman y Silvia Mesterman, para quienes, la familia ensamblada es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa. En esta definición se incluyen tanto al núcleo integrado por el progenitor que permanece a cargo de sus hijos de una unión anterior que vuelve a casarse o convivir con una pareja estable, como aquel conformado por el padre que no convive con sus descendientes (Martínez, 2000: 35).

Para Mizrahi, en la familia ensamblada, el ejercicio de la guarda de sus hijos habidos de una unión anterior – constituye un exponente paradigmático de la era posmoderna. Si bien el fenómeno no es nuevo, el hecho relevante es su difusión en la época actual, y como consecuencia del proceso de liberación del divorcio que, a su vez representa un efecto de la profundización de los valores del individualismo en el seno de la organización familiar. Se cumple en la familia ensamblada las notas propias de la posmodernidad: desreglamentación de los marcos estrictos; prevalencia de la inclusión sobre la exclusión (que implica dejar de lado el criterio tradicional de la exclusividad en las funciones parentales); coexistencia de fisonomías de muy diversa naturaleza; superposición de roles, y, en fin, la flexibilización de las relaciones familiares. La convivencia del hijo en esta organización familiar debe ser estimada, en principio, como un signo positivo, en tanto favorece el nexo triangular constituido por aquel, su padre

biológico y el cónyuge de éste. El mismo autor señala que es indiscutible que la familia importa un enriquecimiento para el niño; permite compensar carencias del núcleo primitivo; coadyuva buena senda de la autonomía (Mizrahi; 2006: 689).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 09332 – 2006 – PA/ TC, define a este nuevo tipo de familia como:

“La estructura familiar organizada en el matrimonio o unión concubinaria de una pareja, en el cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de una relación previa”.

Nosotros compartimos la definición de familia ensamblada de la argentina Grosman así como la del Tribunal Constitucional, proponiendo como concepto, a aquella estructura familiar conformada por dos personas de distintos sexo, casadas o convivientes, que se reúnen libres de impedimento matrimonial, aportando sus propios hijos, procreados de un compromiso anterior, considerando también que este reconocimiento es positivo para el niño, pues, este puede recibir en su nuevo hogar aquello que perdió con el rompimiento del compromiso anterior de su progenitor o progenitora, como por ejemplo el cuidado y protección, así como la satisfacción de sus necesidades alimenticias cuando estas no han sido cubiertas por su padre o madre biológica que está separado.

2.2.4. Las responsabilidades alimentarias entre el padre o la madre y el hijo afín.

Según Kemelmajer, una de las principales características de la vida familiar en la sociedad argentina contemporánea es el abandono del modelo tradicional único, fundado en el matrimonio heterosexual monogámico e indisoluble de la corte patriarcal, asentado en la supremacía jerárquica del varón y en el que la mujer y esposa tiene el rol puramente doméstico. Este estereotipo de familia, reconocido, aceptado y promovido como un ideal ha cambiado; a la familia nuclear se han agregado las familias constituidas sobre la base de uniones convivenciales heterosexuales u homosexuales o matrimonios homosexuales, familias sin hijos, familias monoparentales, familias ensambladas, que se configuran a partir de uniones matrimoniales o no, en las que los miembros de las parejas, tiene hijos propios del uno, del otro o comunes, parejas de transexuales u homosexuales con hijos adoptados o biológicos de alguno de ellos. El pluralismo cultural de nuestro tiempo ha sido el campo propicio para la gestación y desarrollo de esta diversidad de formas de organización familiar, cada una con sus propias particularidades. Este pluralismo a abierto espacios para la democratización y la aceptación de otros modos de convivencia en los que las personas se vinculan con igual o incluso mayor grado de afecto y cohesión que en el matrimonio y ha permitido la toma de conciencia de que matrimonio y familia son dos conceptos que no se identifican (Kemelmajer, 2014: 348).

En opinión de Martínez uno de los aspectos centrales en el seno de la familia ensamblada es el modo en que han de resolverse las necesidades asistenciales del nuevo grupo. Lo deseable sería la correspondencia entre los requerimientos

de la familia y la cooperación para satisfacerla que deba brindar la pareja compuesta por el progenitor con el padre o madre afín (Martínez, 2000: 261).

Lloveras, sostiene que, en el derecho argentino actual, la configuración familiar de que se trate define los deberes – derechos emergentes de estos vínculos familiares existentes o no los contempla, según los supuestos. Así tenemos que en la “Familia Ensamblada” a través del matrimonio exclusivamente se regula la relación de padres a fines en el derecho alimentario tal como se regula en el Artículo 368° Código Civil argentino (Lloveras, 2009: 349).

Coincidimos con Martínez, cuando señala que, lo deseable sería la correspondencia entre los requerimientos de la familia y la cooperación para satisfacerla que deba brindar la pareja compuesta por el progenitor con el padre o madre afín, pues, al estar basado en los lazos de afecto y solidaridad las familias ensambladas, lo correcto sería que entre sus miembros exista una asistencia mutua en lo que se refiere a la prestación de los alimentos, así cada cónyuge o conviviente, debería aportar económicamente para la satisfacción de las necesidades alimentarias de los hijos de ambos o de uno de ellos, sin distinción alguna.

2.3. Otras consecuencias legales del reconocimiento de derechos y deberes entre el padre e hijo afín.

Grosman, señala que los efectos legales que se originan en el parentesco de afinidad en primer grado entre el padre e hijo afín han sido clasificados, en el sistema elaborado por el profesor Enrique Díaz de Guijarro, en derechos de carácter positivo, es decir, cuando se evidencian como poderes o facultades, y derechos de carácter negativo, cuando asumen la forma de prohibición,

incapacidades o ineptitudes. Entre los llamados derechos de carácter positivo enunciamos, en primer término, los que pueden surgir de la tutela o curatela del hijo del cónyuge y también, según los casos, del hijo del conviviente (Grosman, 2000:245). La misma autora, señala que, la legislación argentina no contiene normas específicas sobre la posibilidad de conferir la tutela de un menor al cónyuge o conviviente del progenitor. Empero tal derecho le podría ser acordado en virtud de las normas generales que gobiernan esta institución; de esta manera podría cuidar de la persona y bienes de hijo del cónyuge o conviviente y representar al menor en todos los actos de la vida civil (Art. 377 del Código Civil y Comercial argentino). De acuerdo con el Art. 388 del referido código, el padre o la madre pueden anticipadamente designar un tutor a su hijo, por testamento o escritura pública (Art.383 del Código Civil y Comercial Argentino), siempre que exista la confirmación judicial Según el Art.390 del Código Civil y Comercial Argentino, solo pueden ser llamados a ejercer la tutela legal los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos del menor, sin distinción del sexo, planteándose en diversas reuniones científicas la necesidad de ampliar la mencionada norma e incluir al padre o madre a fin, entendiéndose como tal, ya en el plano estrictamente legal, al cónyuge del progenitor, considerando Grossman la necesidad de modificar el artículo 390 del Código Civil de su país, e incluir dentro de las personas llamadas a ejercer la tutela legal al padre o madre afín e, incluso, al conviviente, en los casos de unión de hecho (Grosman, 2000: 247).

A nuestro entender, ante la ausencia en nuestra legislación de normas especiales que regulen la tutela de un niño o adolescente al cónyuge o conviviente del progenitor, dentro de una familia ensamblada, resulta necesario modificar las normas especiales relativas a la tutela, incorporándose dentro de

las personas a nombrar tutores, a los padres y madres afines, delimitándose en qué casos procede tal designación; o en su defecto aplicar las normas de carácter general que regulan esta figura legal.

Así tenemos que, en nuestro Código Civil, se regula la tutela de la siguiente manera:

En el Artículo 502:

“Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”.

En el Artículo 503:

“Tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública: 1.- El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad. 2.- El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima. (...)” .

En el Artículo 506:

“A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose: 1.- El más próximo al más remoto. 2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia”.

En el Artículo 508:

“A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a

una persona residente en el lugar del domicilio del menor. El consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona”.

Creemos que la regulación de la tutela a favor del padre a o madre afín, debería ocurrir solo en algunos supuestos, como, por ejemplo: a. Si el padre biológico no cumple con asistir con los alimentos al hijo afín. b. Si el padre biológico fallece. c. Si se declara la muerte presunta del padre biológico.

También consideramos que, uno de los efectos jurídicos que podrían generar el otorgamiento de la tutela al cónyuge o conviviente del hijo afín, es la concesión de responsabilidad de los padres a fines respecto de los actos de sus hijos afines.

Varsi, sostiene al respecto que, en el caso de la responsabilidad de los progenitores, esta es “in vigilando”, por lo que los mismos están obligados a indemnizar a terceros por los actos realizados por sus hijos, considerando lo siguiente: 1. Si el hijo convive con los padres, siendo ambos los que ejercen la patria potestad, son responsables solidarios el padre y la madre; 2. En el caso que los padres no convivan, la responsabilidad será del padre que ejerce la patria potestad. No obstante, el otro responderá por los actos cometidos por el hijo en el tiempo en que estuviese a su cuidado (Varsi, 2004: 301).

Nosotros podemos inferir que, en las familias ensambladas los padres afines asumirían la responsabilidad por los actos cometidos por los hijos afines, siempre y cuando se produzca el acto ilícito, cuando los progenitores vivan juntos o están casados, pues, es una condición del surgimiento de derechos y

obligaciones dentro de este tipo de familia, que los actos ocurran dentro del matrimonio o convivencia. Así tenemos por ejemplo que un padre afín estaría obligado a indemnizar a un tercero por los actos realizados por su hijo afín, por los daños que éste ocasione a una propiedad ajena.

Otro efecto legal, sería el conferir al padre afín la facultad de actuar como mandatarios generales, a efecto de salvaguardar los bienes de sus hijos afines.

Según Varsi, le corresponde la administración al padre que se encuentre en ejercicio de la patria potestad, a pesar de que los actos conservatorios pueden ser realizados indistintamente por cualquiera de sus progenitores. “El Code” indica que la administración legal se ejercerá juntamente con el padre y la madre, cuando ejerza en conjunto la patria potestad, salvo decisión judicial (Art.383 del Código Civil peruano) pero tengamos presente que esta facultad se desarrolla dentro de los siguientes parámetros: a. Los padres ejercen un mandato de representación legal; b. Deben practicarse actos de administración y conservación; c. Se prohíben actos de disposición, salvo autorización judicial; d. Los bienes muebles tienen un estatuto legal distinta de los inmuebles; e. Existen actos que deben ser autorizados por el Juez (Varsi, 2004: 307).

A nuestro entender todas estas facultades deben ser otorgadas al padre afín, ante la ausencia del padre o madre ausentes, empero mientras esté vigente la familia ensamblada.

Otra consecuencia jurídica que surgiría dentro de las familias ensambladas sería la atribución del padre o la madre afín, del disfrute de los bienes de los hijos afines que están sometidos a su administración.

Varsi, cita a algunos autores para definir la figura del usufructo, como Eduardo Zannoni, el cual señala: “ El Derecho moderno refuta que la función paterna es

lucrativa y, por consiguiente, se atribuye al padre(o, en su caso, a la madre)el disfrute de los bienes de los hijos que están sometidos a su administración ministerio legis”, y, a Augusto Belluscio, quien define el usufructo así: “ es el derecho que tienen los padres de usar y gozar de los bienes de sus hijos sujetos a patria potestad y de percibir sus rentas y frutos sin obligación de rendir cuentas pero con cargo a invertirlos en primer lugar en el cumplimiento de los deberes legales que le son inherentes (Varsi, 2004: 311).

2.4 Definiciones de términos básicos.

a) Familia: Gil Domínguez, desde el ámbito constitucional la define como: “Cualquier forma en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes” (Gil, 2006: 725).

b) Familia nuclear: Ortiz de Rozas, señala: “La familia nuclear es aquella integrada por padres e hijos, cumplen con funciones sociales que les son inherentes y por tal motivo no ha podido ser reemplazada como modelo de organización” (Ortiz, 2011: 12).

c) Familia ensamblada: La argentina Grossman P, la define como: “La estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa” (Grosman, 2000: 35).

d) Obligación Alimentaria. Roberto D. Campos, desde el punto de vista jurídico: “Comprende toda la asistencia económica que una persona tiene derecho a recibir de otra, obligada por ley, por una sentencia judicial, o por un convenio, destinada a atender sus necesidades vitales y extensión que varía de acuerdo con los sujetos y las disposiciones de la ley, la sentencia o los términos del convenio” (Roberto D. Campos, 2009: 17).

e) Grosman, realiza las siguientes definiciones referidas a los integrantes de la familia ensamblada: **i). Padrastro o padre afín:** “Es el marido de la madre”, **ii). Madrastra o madre afín:** “Es la esposa del padre” y **iii). El Hijastro u hijo afín:** “El hijo del otro cónyuge” (Grosman, 2000: 38).

f) Tutela: Cabanellas, la define así: “En general, toda suerte de protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas o intereses” (Cabanellas, 2003: 233).

g) Usufructo: Cabanellas, lo conceptúa de la siguiente manera: “Se está ante el derecho de usar lo ajeno y percibir sus frutos, sin contraprestación en muchos casos y por una utilización temporal, y a lo sumo vitalicia” (Cabanellas, 2003: 274).

2.5. Otras denominaciones con que se conocen las “Familias Ensambladas”

El mundo anglosajón cuenta con la suerte de poseer un término preciso para nombrar y reconocer a estas familias: en el habla inglesa se le denomina

“Stepfamily”. En la lengua española al no existir una denominación para este tipo de familia, es preciso crearla, encontrar un término que exprese, de la manera mas aproximada, la realidad de esta estructura.

Martínez, en el área psico – social, opina que estas familias han recibido distintas designaciones como: “familia reconstituida”, “familia transformada” o “combinada”. También se le ha denominado “hogar biparental simple”, donde los niños conviven con sus dos padres (Martínez, 2000:34).

Kemelmajer, por su lado, indica que en el ámbito jurídico se les ha denominado como “nuevas familias después del divorcio” o “segundas familias”, entre otras designaciones. La misma autora señala que la denominación que encuentra mayor aceptación en la doctrina y jurisprudencia argentina es la adoptada por Grossman y Martínez Alcorta, quienes la llaman “familia ensamblada” (Kemelmajer, 2014: 371).

Nosotros compartimos la definición de Grossman y Martínez, pues, al juntarse dos personas con fines de matrimonio o convivencia, incorporando prole de una relación anterior, constituye una especie de fusión, en la cual los miembros de cada familia se unen para formar una sola familia, dentro de la cual surgirán deberes y derechos, basados en los lazos de afecto y solidaridad.

2.5.1. Características de las familias ensambladas

La familia ensamblada posee las características propias de cualquier familia, con funciones como: la socialización de los niños, el soporte afectivo, la cooperación economía, la protección, la recreación. Empero presenta algunas características especiales que la distinguen de la familia originaria:

a. Una estructura compleja. -

Las familias que se constituyen se amplían por la confluencia de nuevos vínculos: la pareja del progenitor, cónyuge o conviviente, hermanos, fruto de la unión conformada, y otros “hermanos”, los hijos de quien se ha unido al padre o la madre, que sin ser de la sangre pueden hallarse enlazados por sentimientos fraternos. Aparecen nuevos abuelos, tíos, y otros parientes de las familias que se ensamblan.

b. Ambigüedad en los roles. -

Las interacciones en la familia ensamblada se dinamizan en un campo de imprecisiones, pues, no se tiene en claro cuáles son las pertenencias, los lazos o la autoridad. Estas incertidumbres, problema central en estas familias, que se produce al no quedar claramente explicitadas las reglas de funcionamiento, provocan el debilitamiento de la función normativa indispensable para el desarrollo de los niños. Unos asimilan al cónyuge o conviviente del progenitor al padre o la madre, identificación que originan, a menudo, serios conflictos, otros no le asignan ningún lugar, es decir, ignoran su papel.

c. Conflictos familiares. -

Como resultado de esta ambigüedad de los roles, aparecen conflictos originados en la oposición entre las aptitudes manifiestas y los deseos encubiertos. Por ejemplo, decirle la madre a su nuevo cónyuge que él tiene derecho a colaborar en el cuidado y socialización de su hijo y, al mismo tiempo, desear que no le ponga límites con la idea de evitar enfrentamientos. También

se manifiesta en la incerteza de los mandatos o mensajes contradictorios. A veces el padre afín puede recibir presión por parte del progenitor conviviente para que “funcione” como un “padre” o “una madre”. Otras, la misma persona piensa que tal actuación constituye una intromisión desmedida. Al mismo tiempo se generan diversos tejidos de lealtades con los conflictos consiguientes: Lealtades del hijo hacía su padre, del padre afín hacía su propio hijo, de la madre con su hijo, de los nuevos cónyuges hacía sus respectivas familias de origen. También se plantean situaciones de celos y de rivalidades entre los hijos propios de cada cónyuge o entre los hijos nacidos de los distintos matrimonios o uniones. Son diversos los triángulos conflictivos que se producen. Por ejemplo, tenemos el conflicto que se presenta entre el marido, la segunda esposa y la exmujer, por razones económicas. Esta última puede culpar a la primera por los escasos alimentos que recibe, como aquella expresar sus quejas por pasar el marido “cuotas altas”, a su excónyuge. Igualmente estamos en presencia de otro triángulo conflictivo ente el marido, sus hijos y la segunda mujer, si el primero hace una alianza con sus hijos y no le confiere ninguna autoridad sobre ellos a su nueva cónyuge o compañera.

d. La interdependencia. -

La interdependencia exige articular los roles y los derechos y deberes de los padres y madres a fines, con relación al hijo afín, con los derechos y deberes de los progenitores. Igualmente, deben armonizarse algunos derechos del cónyuge actual y el excónyuge, fundamentalmente respecto de la obligación alimentaria (Martínez, 2000:69).

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con lo expresado con Martínez, cuando se refiere a las características particulares de la “familia

ensamblada”, pues, es una estructura compleja, estos es, por la composición de dos familias dentro de una nueva familia, en la cual no solo existe la interrelación de las personas que se reúnen con fines de matrimonio o convivencia, sino que también intervienen los hijos de ambos o uno de ellos procreados de un compromiso anterior, quienes a su vez, siguen manteniendo una interrelación con el otro progenitor que ya no vive con ellos; de ahí que surgen los conflictos familiares entre sus miembros, como determinar quien ejerce la autoridad sobre los hijos de ambos o es el padre afín o es el padre biológico ausente, o como determinar quién tiene la obligación alimentaria, o es el padre afín o es el padre biológico; de ahí surge la necesidad de establecer derechos y deberes dentro de nuestra legislación para poder establecer la interdependencia de roles en las relaciones de convivencia de la familia ensamblada.

3. Legislación comparada internacional.

3.1. Tratados Internacionales.

El derecho humano a la vida familiar no solamente está reconocido con relación a las niñas, niños y adolescentes sino a toda persona en las diferentes convenciones internacionales de rango constitucional, así como en la propia Constitución.

A continuación, enumeraremos las normas que la consagran:

3.1.1. Convención sobre los Derechos del Niño.

Preámbulo:

“(…) convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades, dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

El artículo 5) de la Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, obliga a los Estados Partes a respetar:

“Las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en concordancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación adecuada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

El artículo 8º:

“Los Estados partes se comprometen a respetar los derechos del niño a (...) las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

El artículo 9.4:

“Para atender a situaciones anómalas o irregulares que pueden afectar a la relación paterno –filial, emplea, por supuesto, el termino familia para referirse a los padres o al niño en su relación con estos”.

El artículo 10 de la Convención, se refiere a la reunión de familia como reunión precisamente de los padres e hijos. Y es que a la postre, todo el sistema jurídico de protección internacional de los derechos del niño descansa sobre el “principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño” y, de que “incumbirá a los padres”, o en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño (Artículo 18 de la Convención)

El artículo 18º inciso 1):

“Los Estados partes pondrán al máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”.

3.1.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

- Capítulo I Derechos. Artículo V:

“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

- Capítulo II Deberes. Artículo XXX:

“Toda persona tiene del deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres”.

3.1.3. La Declaración Universal de 1948.

Artículo 16º inciso 3º:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, sitúan esa institución explícita e implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la de la generación de nuevas personas humanas”.

3.1.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 17º:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (...) En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

3.1.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 23º:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

3.1.6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo 10):

“se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencias posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”.

Del análisis de todos instrumentos internacionales antes mencionados podemos concluir que su cobertura no se limita solo a la familia tradicional, sino que también se extiende a otro tipo de estructuras familiares, como las: Monoparentales, homoafectivas y “las familias ensambladas”, pues, los diversos tratados reconocen ser un deber del estado el reconocimiento y la protección de la familia así como de sus integrantes, no restringiendo esta definición a las “familias tradicionales” sino que se refiere también a las familias ampliadas, encontrándose entre estas, las “familias ensambladas”, siendo necesaria una regulación de la constitución de este tipo de estructuras familiares, pues, el Estado debe procurar que ninguno de sus ciudadanos adolezca de una regulación de sus deberes y derechos, considerando que al reconocerse el

derecho de toda persona a formar una familia, debe tenerse por válido la conformación de las “familias ensambladas”, y por ende, hacer extensivos los deberes y derechos reconocidos para los miembros de las familias tradicionales a los integrantes de las familias ampliadas o extendidas.

3.1.7. Código Civil y Comercial Argentino.

En el ordenamiento jurídico de Argentina, se encuentra regulado las relaciones alimentarias entre los padres e hijos afines, así como los deberes en la crianza de los hijos afines, estableciéndose que la obligación alimentaria del padre afín respecto del hijo del otro tiene el carácter de subsidiario y que tiene vigencia mientras subsista el vínculo conyugal o convivencial. Así tenemos los siguientes artículos del Código Civil:

El artículo 672º del citado texto legal, define al progenitor afín, como:

“El cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

El artículo 673º, establece los deberes del progenitor afín, señalándose:

“El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor (...). Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental”.

El artículo 674°:

“El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente”.

El artículo 676°:

“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. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo con las

condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

Gil, se refiere al derecho alimentario entre parientes “ensamblados”, citando el artículo 368° del Código Civil argentino, que señala: “entre los parientes por afinidad solo se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado; es decir, dicho ordenamiento jurídico establece la obligación alimentaria del padre- madre afín respecto del hijo de su cónyuge. El mismo jurista indica que para algunos autores, esta obligación - al igual que la relación de parentesco- subsiste aun luego de disuelto el vínculo matrimonial y en cuanto el nuevo cónyuge no contraiga nuevas nupcias una o formalice una nueva convivencia, mientras para otros, la obligación alimentaria debiera cesar tras la ruptura de la unión, sin perjuicio de la fijación, en caso de que así lo justifiquen las circunstancias de hecho, de una cuota alimentaria provisoria a pagar por el progenitor a fin si éste hubiera sido durante largo tiempo el sostén del hogar y el corte abrupto de toda prestación pudiera ocasionar un grave perjuicio al niño (Gil, 2006: 198).

La obligación alimentaria derivada de la constitución de una familia a partir de nuevas nupcias ha sido reconocida (en el Código Civil argentino), asimismo, en diversas disposiciones relativas al régimen patrimonial del matrimonio. Así en el artículo 1275° inciso 1) del Código Civil, en cuanto al pasivo definitivo dispone que son de cargo de la sociedad conyugal “la manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges”. Con acierto se ha dicho que la responsabilidad alimentaria del nuevo conviviente del progenitor se funda en el carácter de guardador de hecho que ostenta respecto de los hijos de su pareja (Gil; 2006: 201).

En nuestra opinión, si bien creemos ser un acierto de la legislación argentina la regulación de los deberes y derechos de alimentos dentro de las familias ensambladas, sin embargo, no estamos de acuerdo que dicha obligación persista de manera excepcional luego del rompimiento de la relación entre los padres a fines; pues, consideramos que la razón del reconocimiento de este tipo de deber, surge por la necesidad de mantener una relación armoniosa entre sus miembros, ante la complejidad de su estructura y para evitar conflictos dentro de la familia fusionada, siendo que al disolverse la misma, las obligaciones alimentarias deben retornar a los padres biológicos.

3.1.8. En Europa.

3.1.8.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Artículo 9º:

“Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Artículo 33º:

“Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídicos, económico y social.”

3.1.8.2. Protocolo N° 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Artículo 5):

“Los cónyuges gozaran de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución (...)”.

3.2. En España.

3.2.1. Ley 40/2003, de Protección a las Familias Numerosas.

Las principales novedades que se incorporan en esta norma se refieren al concepto de familia numerosa a, ya que se incluyen nuevas situaciones familiares (supuestos de monoparentalidad), ya sean de origen, o derivados de la ruptura de una relación matrimonial por separación, divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores; familias reconstituidas tras procesos de divorcio), se introduce una equiparación plena entre las distintas formas de filiación y los supuestos de acogimiento o tutela. De este modo, se incluyen nuevos supuestos que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de familia numerosa, como son las familias formadas por el padre o la madre separados o divorciados con tres o más hijos, aunque no exista convivencia, siempre que dependan económicamente de quien solicite tal reconocimiento, y dos o más huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda, siempre que no se hallen a expensas de la persona con la que conviven.

Así tenemos que en la norma antes citada se presenta lo siguiente:

El Artículo 2º:

1. “A los efectos de esta ley, se entiende por familia numerosa a la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o

no comunes.

2. Se equiparán a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por: (...) c) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal. En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos”.

El Artículo 5º:

“La condición de familia numerosa se acredita mediante el título oficial establecido al efecto, que será otorgado cuando concurren los requisitos establecidos en esta ley, a petición de cualquiera de los ascendientes tutor, acogedor, guardador, u otro miembro de la unidad”.

Consideramos que, en la legislación de España, es claro el reconocimiento que se realiza a la “familia ensamblada”, cuando se habla de la “familia numerosa”, lo cual demuestra la preocupación de los Estados de regular las relaciones de convivencia en este tipo de familias, las cuales son una realidad a nivel mundial.

3.3. En Suiza.

El artículo 278, numeral 2), del Código Civil, que indica que cada cónyuge debe cumplir recíprocamente con el deber alimentario del niño nacido antes del matrimonio, de manera razonable.

A nuestro entender lo que busca la legislación Suiza, es ponderar la obligación de prestar alimentos de los padres, estableciendo que los mismos deben realizarla en forma proporcional, es decir, tomando en consideración las posibilidades económicas y las necesidades del menor, como por ejemplo el trabajos que realizan, los ingresos económicos que percibe, las cargas a que se hayan sujeto; así como las características del menor, como son: su edad, grado de estudios, salud física y mental, entre otros factores.

3.3.1. Legislación nacional.

La Constitución Política del Perú, contempla algunos artículos relacionados a los derechos del niño y a la familia, tomando como formas de constitución al matrimonio y la convivencia. Así tenemos:

El artículo 4º que señala:

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”. El artículo 5º, el cual dispone:

“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 igual modo, el Código Civil, se ocupa de las instituciones de la familia y el matrimonio. Así tenemos que conforme al 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.”

El artículo 234° del mismo cuerpo legal, establece:

“El matrimonio es la unión estable concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común”.

El Código Civil se refiere los alimentos en el Capítulo I, Título I, Sección Cuarta, del Libro II, en los artículos 472) al 487. Así tenemos:

El artículo 472° define los alimentos así:

“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 del post parto”.

El Artículo 474° del Código Civil, señala:

“Se deben alimentos recíprocamente: 1.- Los cónyuges; 2.- Los ascendientes y los descendientes; y 3.- Los hermanos”.

A su vez, el Artículo 92° del Código de los Niños y Adolescentes, prevé lo siguiente:

“Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción, y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño y del adolescente”.

En nuestra opinión, luego del análisis de las normas antes glosadas, podemos establecer que, en la legislación nacional, la regulación del derecho de los alimentos se realiza, desde la óptica de la “familia tradicional” mas no se ha adaptado a las nuevas formas de estructuras familiares, como: la “familia ensamblada”, porque no se advierte tratamiento alguno en nuestro ordenamiento jurídico respecto de los alimentos de los hijos afines o sociales, así como otras consecuencias legales que se producen con la conformación de este tipo de estructuras familiares, resultando un vacío legal, tal como lo ha advertido ya el Tribunal Constitucional, en las sentencias en que hace referencia a la existencia de las “familias ensambladas”.

3.4. Jurisprudencia Comparada.

En la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Átala Riffo y niñas Vs. Chile*, en el la cual, la Corte reiteró que el artículo 1.1

de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. La Corte, dejó claro que en la actualidad no solo existe la familia tradicional, sino otras formas de agrupaciones familiares, entre las cuales se encuentra las familias homo afectivas, mono parentales y ensambladas; las cuales también deben contar con la protección del Estado y no deben ser tratados con discriminación, ya sea por razones de sexo, raza o condición social; todo bajo un principio de libertad e igualdad.

Así tenemos que, el Tribunal aclaró que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad.

En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

De igual modo, ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia “normal y tradicional”, la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se

define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

En cuanto al derecho a la protección a la vida familiar, la Corte reiteró que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal señaló que diversos órganos de derechos humanos creados por Tratados han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. En el caso referido la Corte determinó que era visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Átala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, este Tribunal concluyó que la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas, constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.

Nosotros rescatamos de esta sentencia, que ha quedado claramente establecido que en la actualidad no solo existe un tipo de familia: la familia tradicional, sino que además, tenemos otras formas de agrupaciones familiares, como son: las familias homo afectivas, mono parentales y “ensambladas”; las cuales al ser una realidad también deben contar con la protección del Estado y no deben ser

objeto de discriminación alguna, ya sea por razones de sexo, raza o condición social; todo bajo un principio de libertad e igualdad.

3.4.1. Jurisprudencia nacional.

El Tribunal Constitucional, se ha referido al surgimiento de nuevas formas de familia, así tenemos que, en la sentencia recaída en el Expediente 09332-2006-PA/TC, define a la “familia ensamblada”, como, la estructura familiar organizada 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, de cuyo texto, se puede inferir que, el Tribunal deja una puerta abierta para la extensión del derecho alimentario a los hijos afines, estableciendo en algunas sentencias, como las recaídas en los Expedientes 5039-2011, 4493-2008-PA/TC y 09332-2006-PA/TC, el reconocimiento de un nuevo tipo de estructura familiar, considerando que no debe existir un trato desigual entre los hijos de sus nuevas parejas (cónyuges o concubinas) y los suyos, cuando conviven bajo un mismo techo, asimismo, considera que dentro de estos tipos de familia, se produce el surgimiento de ciertos deberes y derechos especiales entre sus miembros, como el derecho de alimentos de los hijastros respecto a sus padrastros. Así tenemos, que en la sentencia del expediente número 09332-2006-PA/TC, en su desarrollo aparece el siguiente tenor: “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 hacía 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 estos solamente al titular, esposa e hija; denegándose la entrega de este a su hijastra, no siendo considerada como hija del socio. Por su parte el Tribunal, desde una perspectiva constitucional, refiere 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 hacían las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas (...) 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”. 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 (...) 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 (...) 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. 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”.

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente 3944-2008, vuelve a pronunciarse al respecto, de la siguiente manera: “(...) 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”. 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. En lo que respecta a la familia, siendo un

instituto constitucional, ésta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacían 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 monoparentales o las reconstituidas. (...) 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 (...)."

En la STC 09332-2006-PA/TC, el 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" 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.

Como ya se anotó líneas arriba 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. 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?

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 (asistencia recíproca), los padres afines puedan compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja nacidos en un matrimonio anterior.

Nosotros coincidimos con el Tribunal Constitucional cuando en las sentencias recaídas en los Expedientes 5039-2011, 4493-2008-PA/TC y 09332-2006-PA/TC, reconoce la existencia de un nuevo grupo familiar, como son las denominadas: “familias ensambladas”, las cuales surgen como consecuencia del deceso de uno de los cónyuges o el rompimiento de una relación matrimonial o convivencial, reuniéndose dos personas con fines de matrimonio o de convivencia, aportando su prole de su relación anterior, produciendo el nacimiento de ciertos deberes y derechos especiales entre sus miembros, tales como la obligación alimentaria, la crianza de los hijos, la administración de sus bienes, entre otros, quedando claro que la relación ellos guardaría ciertas

características, como las de habitar y compartir vida familiar con cierta permanencia, y que el padre o madre biológica se encuentre ausente.

De igual modo estamos de acuerdo con el Tribunal Constitucional cuando sostiene que existe un vacío legal en nuestra legislación, en cuanto a la regulación de los deberes y derechos surgidos en las “familias ensambladas” recayendo la responsabilidad sobre el reconocimiento de estos derechos a la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también, la ordinaria especializada en materia de familia, siendo que ante una controversia de esta índole, los jueces no deben dejar de administrar justicia sino que deben recurrir a los principios constitucionales o a la legislación o a la doctrina o a la jurisprudencia comparada, a fin de elaborar una posición jurisprudencial que cumpla con resolver el conflicto intersubjetivo de manera justa y atendiendo a la realidad social.

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 la patria potestad de estos.

CAPITULO II

HIPÓTESIS

2.1. Hipótesis principal

La protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines.

2.2. Hipótesis secundarias

- La protección constitucional a la familia permite garantizar el derecho alimentario de los hijos afines que no son asistidos por el padre biológico.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. Tipo de investigación

El presente trabajo es una investigación de tipo explicativa, que requiere de una descripción de los conceptos y las características más significativas de la familia ensamblada y la consecuente extensión del derecho alimentario a los hijos afines en su constitución.

Al consistir este trabajo en una investigación jurídica en la cual se consultará y recopilará información de bibliotecas y de Internet, todo ello responde a un tipo de investigación cualitativa, no siendo necesario realizar experimento de índole alguno y recopilación de datos.

3.2. Nivel de investigación

La descripción es el nivel de la investigación a realizar, en razón a que se efectuara una delimitación del tema de derecho escogido con la finalidad de determinar que debe existir una regulación jurídica del régimen alimentario de los hijos afines dentro de una familia ensamblada, estableciéndose sus requisitos y la extensión del mismo.

3.3. Método de investigación

La deducción, como método de investigación, es la que será utilizada por el investigador con la finalidad de alcanzar conclusiones a través del razonamiento lógico, en otras palabras, se acopia y recaba información de los libros de las bibliotecas y de internet, después se escogerá la naturaleza de la información a

incorporarse en el texto de la tesis, y, finalmente, se razona deductivamente en mérito a toda esa información para ir contrastando las hipótesis de la investigación, y así obtener las conclusiones y recomendaciones del caso en mención.

3.4. Diseño metodológico

El enfoque de la investigación es cualitativo, ya que el investigador de manera deductiva describirá la problemática en las familias ensambladas respecto a la ausencia de una regulación del régimen de alimentos entre los padres e hijos afines; así como las posibles consecuencias jurídicas que se puede generar a raíz de esta regulación.

3.5. Técnica de recolección de información

Se utilizarán las técnicas típicas para este tipo de investigación, como son:

- **Documental:** Se realizará sobre la base de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú.
- **Fichaje de Información Doctrinaria:** En la presente investigación emplearemos fichas bibliográficas, a fin de guardar información obtenidas de las diversas obras consultadas para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados.

3.6. Instrumento de recolección de información

En lo referido a este punto del plan de tesis, tenemos que el instrumento de recolección de información, en la ejecución de toda la investigación, es el

fichado, esto es, el empleo de fichas es el instrumento para utilizar por el propio investigador.

3.7. Confiabilidad y validez de los instrumentos

Tal como se ha establecido anteriormente, el instrumento de recopilación de información es el fichado el cual obedece al empleo de fichas que son confiables y válidas para consignar y manejar la información recabada en el análisis del contenido de los libros de las bibliotecas y el Internet.

CAPITULO IV

ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

Actualmente, en nuestra sociedad, la constitución de la familia ha sufrido una transformación, dejándose en el pasado la idea de familia, como aquella, compuesta por padre, madre e hijos biológicos de ambos, producto de un matrimonio o relación convivencial, dando lugar a otras formas de composiciones familiares como: las monoparentales, homoafectivas y ensambladas.

El origen o causa de estas nuevas estructuras familiares, en la época actual, es el creciente número de los divorcios y separaciones de las parejas, situación que conlleva la presencia de los padres y madres afines. Así tenemos que en el periodo comprendido entre el 2014 – 2016, se tiene un promedio de 80 demandas al año que ingresan en solo un Juzgado, (tomando como referencia la información del Sistema de Información Judicial del 20° Juzgados de Familia, en la Corte de Lima), en cuyo órgano jurisdiccional desempeñamos la función de magistrado titular desde el año 2012.

Gráfico 1:

Demandas de Divorcio ingresadas al 20 Juzgado de Familia 2014: 83 Demandas
Demandas de Divorcio ingresadas al 20 Juzgado de Familia 2015: 84 Demandas
Demandas de Divorcio ingresadas al 20 Juzgado de Familia 2016: 60 Demandas

Tal es así que, según datos estadísticos emitidos por el INEI al 2011, sobre la situación demográfica de las familias, de un total de 6'754,074 hogares a nivel nacional: 60.5% de los hogares son nucleares, el 21.7% son extendidos.

Gráfico 2:

INEI AÑO 2011	
Situación demográfica de las familias	De un total de 6'754,074 hogares a nivel nacional: 60.5% de los hogares son nucleares, el 21.7% son extendidos

Uno de los efectos de la existencia de familias reconstruidas en nuestra sociedad, es la extensión del derecho alimentario de los hijos afines respecto al padre afín, pues, ante la ausencia del padre biológico, quien asume el rol de tal es el padre afín, quien se ocupa de su crianza, educación, alimentación, y demás actos cotidianos del menor, surgiendo el derecho y deber de alimentos, basado en los lazos de solidaridad que genera la convivencia en el grupo, y ya no en un vínculo consanguíneo.

Pese a esta realidad, pues, ya es común ver segundos hogares constituidos por hombre y mujer separados o divorciados, y con hijos de ambos o uno de ellos, procreados en una relación anterior; no existe una regulación del régimen alimentario entre los padres e hijos afines, lo cual conlleva a un desamparo legal de personas que se interrelacionan dentro de un grupo, que si bien no goza de reconocimiento constitucional como familia, sin embargo, lo tiene ya en diversos

tratados internacionales, jurisprudencias e incluso legislaciones como la española y la argentina.

Por este motivo, tenemos que acudir a la legislación o la jurisprudencia comparada a fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional, ante un caso de reclamo de alimentos dentro de las familias ensambladas, como ya se ha podido apreciar en las tres sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, que ya anteriormente hemos citado.

Cabe precisar que su regulación resultaría de gran importancia, pues, otorgaría un marco normativo que permita garantizar y cautelar los derechos alimentaciones de los niños al interior de las familias ensambladas, pues, en la práctica, muchas veces la figura del padre afín es decisiva para el desarrollo y crecimiento personal de los hijos afines, ya que participa en la crianza, educación, y en los demás acontecimientos de la vida diaria de los niños, asumiendo el papel del padre biológico.

Empero si bien el padre afín asume el rol de tutor del hijo afín, esto no significa desconocer o desaparecer los derechos y deberes del padre biológico sino tratar de agregar adultos responsables que coadyuven al buen desarrollo de los niños a su cargo, atendiendo al Interés Superior de los Niños.

CAPITULO V

DISCUSIÓN

Al término de esta tesis, consideramos ser un hecho real que el tipo de familia ha evolucionado, quedando atrás, el modelo tradicional, basado en vínculos consanguíneos, surgiendo nuevas agrupaciones, como las denominadas “familias ensambladas”, sustentadas en lazos de afecto y solidaridad, sobre las cuales ya existe un tratamiento y tienen una definición tanto en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada.

El derecho humano a la vida familiar se encuentra enunciado en diversos tratados internacionales, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que con una redacción similar declaran su condición de elemento natural y fundamental de la sociedad y garantizan el derecho a fundar una familia.

Así tenemos que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Artículo 17° inciso 1) proclama que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y formar a una familia.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el numeral 23° inciso 1) se refiere a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen la edad para ello.

Por su lado, la Convención sobre los Derechos del Niño incorpora una novedad porque protege también a la familia ampliada, debiendo advertirse que para este

instrumento no hay un concepto unívoco de familia, sino que está condicionado por los presupuestos de lugar y tiempo que la costumbre indique.

Para nosotros resulta de vital importancia que el tratamiento de la familia en estos textos internacionales, este referido a la familia ampliada y no al tipo de estructura convencional, basado únicamente en lazos consanguíneos, pues en la actualidad, tenemos otros tipos de agrupaciones, sustentadas en lazos de afecto y solidaridad, como las denominadas “familias ensambladas”, requiriéndose una regulación de los deberes y derechos especiales que se generen al interior de las mismas.

En Argentina, en el Código Civil y Comercial vigente, se encuentra regulado las relaciones alimentarias entre los padres e hijos afines, así como los deberes en la crianza de estos últimos, estableciéndose que la obligación alimentaria al interior de las “familias ensambladas” tiene el carácter de subsidiario y que mantiene su vigencia mientras subsista el vínculo conyugal o convivencial.

Así tenemos que en el artículo 672º, se alcanza la definición del “padre afín”, como aquel cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

Asimismo, en el artículo 673º se establece cuales son los deberes del progenitor afín, precisando entre ellos, el cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, sin embargo, esta norma se prevé que en caso de discrepancia de criterios ente el progenitor biológico y el padre o madre a fin, prevalece la decisión del primero, salvaguardándose de esta manera la institución de la patria potestad que es inherente a los padres, siendo preciso resaltar que las facultades conferidas al interior de este tipo de agrupaciones familiares son de

índole subsidiario, es decir, solo prevalecen ante la ausencia de alguno de los progenitores biológicos.,

De igual modo en el artículo 674° se prevé que el padre o madre biológica de un menor podrá delegar la responsabilidad parental a su cónyuge o conviviente cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.

Es preciso señalar que la delegación de facultades de representación en este tipo de familias es excepcional, presentándose solo en los supuestos previstos en la norma en mención y siempre y cuando el otro padre biológico también se encuentre imposibilitado de desempeñar la representación de su hijo.

Finalmente, el artículo 676° dispone que la obligación alimentaria en las familias ensambladas tiene carácter subsidiario, cesando este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia.

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.

A nuestro parecer, podemos establecer que si bien el código sustantivo antes acotado, 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.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes números 09332-2006-PA/TC, 5039-2011 y 4493-2008-PA/TC, ha llegado a definir un tipo de organización familiar llamada “familia ensamblada”, concibiéndola como: “aquella estructura familiar organizada 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”, estableciendo ya, los cimientos para la búsqueda de un amparo legal del derecho alimentario para los miembros de este tipo de familia, en especial, para los “hijos afines” con respecto a la pareja de su progenitora o progenitor, según sea el caso, estableciendo, que no debe existir un trato desigual entre los hijos de sus nuevas parejas(cónyuges o concubinas) y los suyos, cuando conviven bajo un mismo techo, y, asimismo, considera que dentro de estos tipos de familia, se produce el surgimiento de ciertos deberes y derechos especiales entre sus miembros, como el derecho de alimentos de los hijos afines respecto a sus padres a fines.

Nosotros al comprobar que en nuestra legislación no se regula los derechos y deberes surgidos entre los integrantes de este grupo de personas, proponemos, se modifiquen los Artículos siguientes: 423°, 474°, 483°y 486°, del Código Civil, así como el Artículo 93° del Código de los Niños y Adolescentes, para que sean incorporados los hijos y padres afines entre los beneficiarios y obligados del derecho de alimentos entre los miembros de las familias ensambladas; sin embargo, dicha regulación, tiene el carácter de subsidiaria y temporal, pues, solo

surgiría ante la ausencia del padre biológico y mientras esté vigente el matrimonio o unión de hecho entre el padre afín y la madre biológica del menor.

El sustento de esta incorporación es la reciprocidad que debe primar entre los requerimientos de la familia y la solidaridad para cubrirlos en la parentela constituida por el progenitor con el padre o madre afín.

De este modo, sugerimos que se modifique el Artículo 423° del Código Civil, agregándose el Artículo 423° - A, estableciéndose una definición de “padre afín”, el cual es el conviviente o cónyuge de la madre biológica de un menor, el cual fue procreado por ésta en una relación anterior, pero que residen en el domicilio que comparte con su nueva pareja.

También, estamos planteando se incorpore el Artículo 423° - B, en el cual se reconozca los deberes y derechos de los padres afines, al interior de las “familias ensambladas”. Así tenemos que el progenitor afín deberá participar en la crianza y sostenimiento del hijo a fin, otorgándole, facultades para corregir moderadamente a los hijos de su cónyuge y administrar y usufructuar sus bienes. Esta modificación se basa en la necesidad de conceder a los padres afines, facultades, respecto a los hijos afines, reforzándose de esta manera los lazos de afecto y de solidaridad entre los integrantes de este tipo de agrupación familiar.

Asimismo, consideramos debe modificarse los Artículos: 502°, 506°, 527°, 529°, 549° y 550° del Código antes acotado, atendiendo a que nuestra legislación no presenta normas específicas que permitan otorgar la tutela a un menor al cónyuge o conviviente de su progenitora que no sea su padre biológico.

En ese sentido, el padre afín podría cuidar de la persona y bienes de hijo del cónyuge o conviviente y representar al menor en todos los actos de su vida diaria, sugiriéndose agregar al padre o madre a fin, dentro de las personas llamadas a ejercer la tutela legal.

De esta manera, proponemos la incorporación del Artículo 527°-A, en el cual se establezca la representación del “padre afín” en todos los actos civiles del hijo de su cónyuge o conviviente, salvo aquellos que pueda ejercer por sí solo.

Además, consideramos, debe adicionarse al Código Civil, el Artículo 529°-A, en el cual se disponga que “el padre afín” estará obligado a administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria.

Finalmente, creemos que esta regulación resulta necesaria, pues, ante la ausencia del padre biológico, sería el padre a fin quien ejerza la representación del hijo de su cónyuge o conviviente en aquellos actos donde se requiera tomar decisiones en nombre del hijo afín, respecto al manejo y administración de aquellos bienes, llámese muebles e inmuebles, que pertenecen al menor, y que por su corta edad, carece de capacidad jurídica para ejercer por si mismos dichos actos, siempre y cuando el progenitor afín actúe con la prudencia y responsabilidad suficiente para garantizar los intereses de la persona tutelada.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Carece nuestra Constitución de una definición exacta de familia; solo se hace referencia a las formas de constitución, como son: el matrimonio y la convivencia.

SEGUNDA: Aún no está regulado en el Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes una regulación del régimen de alimentos entre los miembros de las familias constituidas por lazos de afecto y solidaridad, como las denominadas “familias ensambladas”; regulándose solamente los deberes y derechos, incluidos los alimentos, de los integrantes de las agrupaciones tradicionales, es decir, las basadas en vínculos de consanguinidad o afinidad.

TERCERA: La ausencia de regulación de los deberes y derechos al interior de las “familias reconstruidas” genera una ambigüedad de roles entre el padre afín que asiste a los hijos de su cónyuge que no son suyos y el padre biológico, que se encuentra ausente, como son las obligaciones alimentarias y el ejercicio de la patria potestad.

CUARTA: En la legislación y jurisprudencia comparada como la argentina, existe una regulación de la obligación alimentaria entre el padre e hijo afín; con el carácter de subsidiario, pues, opera cuando el derecho alimentario del niño no sea satisfecho por sus progenitores, obligados en primer término, ni por sus parientes consanguíneos; reconociéndose también al padre afín la potestad de

colaborar en la crianza y la sustentación de los alimentos del hijo de su pareja, mientras persista este tipo de relación, culminando en deber de asistencia y colaboración al término de la convivencia o la disolución del matrimonio.

QUINTA: El reconocimiento legal de las obligaciones alimentarias al interior de las “familias ensambladas”, tiene su sustento en el derecho humano que tiene toda persona a la vida familiar, que reconoce el derecho de todo hijo a ser cuidado por sus padres en un ambiente de amor y comprensión, al ser la familia ampliada o numerosa, un elemento natural y fundamental de la sociedad, siendo una obligación del Estado y la Sociedad de proteger los vínculos familiares.

QUINTA: En nuestro ámbito nacional, el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes: 5039 – 2011 PA/ TC, 44493- 208- PA/ TC, Y 09332-2006-PA/TC, se define este tipo de estructura familiar, y se advierte la necesidad de la regulación de las obligaciones alimentarias al interior de estas.

SEXTA: En la jurisprudencia comparada existen pronunciamientos sobre la existencia de otras formas de constitución familiar, distintas a las tradicionales; como: la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Átala Riffo y niñas Vs. Chile*, en el la cual, la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma.

SÉPTIMA: Es necesario una regulación de las obligaciones alimentarias y otros deberes derivados del ejercicio de la patria potestad, al interior de las familias ensambladas, con el carácter de subsidiario, ante la ausencia del padre biológico, y mientras subsiste el vínculo matrimonial o convivencial, urgiendo las modificaciones del Código Civil y Código de los niños y Adolescentes en el capítulo referido a la patria potestad y amparo familiar.

RECOMENDACIONES

PRIMERO. - En caso de regularse el derecho de alimentos en las familias ensambladas en nuestro país, se sugiere como requisitos para su reconocimiento y pago de estos, los siguientes:

- a) El hijo afín debe ser menor de edad.
- b) El hijo afín no debe ser asistido por su padre biológico.
- c) El hijo afín debe vivir en el mismo domicilio que su padre afín.
- d) La cohabitación entre el padre e hijo afín debe ser mayor de dos años.
- e) El padre afín debe estar casado o convivir con la madre biológica del hijo afín.

Asimismo, debe regularse derechos y obligaciones que deben tener los padres a fines, conforme a continuación se detalla:

- a) El padre afín tendrá la obligación de asistir con los alimentos a fin hasta que adquiera la mayoría de edad.
- b) El padre afín tendrá derecho a heredar al hijo afín, cuando el padre biológico no hubiera asistido con los alimentos a su hijo, pese a haber solicitado repetir el pago.
- c) El padre afín tendrá derecho a solicitar el pago de los alimentos a su hijo afín, cuando este sea mayor de edad y tenga solvencia económica, cuando se encuentre en un estado de necesidad o vejez.

- d) El hijo afín tendrá derecho a solicitar se castigue al padre biológico, que no lo asistiera con los alimentos en su minoría de edad, perdiendo el derecho a solicitar alimentos a su hijo biológico, cuando adquiriera la mayoría de edad, y goce de solvencia económica, así como el derecho a heredarlo en caso de fallecimiento.

Al tener el derecho alimentario en este tipo de familia, el carácter de subsidiario es pertinente, otorgar al padre afín el derecho a repetir contra el padre biológico el cobro de los derechos de alimentos prestados al hijo afín; por lo que podríamos señalar como tal:

- a) El padre afín tendrá derecho a repetir el pago de los alimentos proporcionados al hijo afín, contra el padre biológico, por el periodo que asumió dicha obligación, cuando no hubiera cumplido con esa obligación pese a ser requerido judicialmente.
- b) Se castigue al padre biológico, perdiendo el derecho a solicitar alimentos a su hijo biológico, cuando este adquiriera la mayoría de edad y tenga solvencia económica; así como quitarle el derecho a heredarlo en caso de fallecimiento.

SEGUNDO. - Proponemos como proyecto de ley, la modificación del Código Civil, en los siguientes términos:

Proyecto de ley 01/2020

Los congresistas de la república, al amparo de lo previsto en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y cumpliendo con los requisitos previstos en los

artículos 74° y 75° del reglamento del Congreso de la República presentan el proyecto de ley siguiente:

El Congreso de la Republica.

Hadado la ley siguiente:

I

FORMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA ALGUNOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL Y CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES REFERIDOS AL DERECHO DE LOS ALIMENTOS Y TUTELA DE LOS HIJOS AFINES DENTRO DEL MARCO DE PROTECCION DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Modifique los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 423° - A- “El progenitor a fin, es el cónyuge o conviviente que reside en el mismo domicilio con los hijos de su cónyuge o conviviente, procreados de una relación matrimonial o convivencial o sentimental anterior”

Artículo 423° - B. - “Son deberes y derechos de los padres a fines, en ausencia de los padres biológicos: 1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos afines. 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos afines y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. 3.- Corregir moderadamente a los hijos afines y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores. 4.- Administrar los bienes de sus hijos afines. 5.- Usufructuar los bienes de sus hijos afines”.

Artículo 474°- A.- “Se deben alimentos recíprocamente:1.- Los cónyuges. 2.- Los ascendientes y descendientes. 3.- Los hermanos. 4. Los padres y los hijos afines, cuyos padres biológicos se encuentren ausentes”

Artículo 483° - A.- “El padre afín obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha aparecido el padre biológico del hijo afín”.

Artículo 486°-A.- “La obligación de prestar alimentos del padre afín se extingue por la muerte del obligado o del hijo afín”.

Artículo 502°-A.- “Al menor que no sea asistido por su padre biológico se le nombrará tutor a su padre afín para que cuide de su persona y bienes”.

Artículo 506°- A.- A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo: 1. los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose: 1.1.- El más próximo al más remoto. 1.2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia”.2. El padre afín, mientras conviva o este casado con la madre biológica, y en ausencia de su padre biológico.

Artículo 527°-A.- “El padre afín representa al menor en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, éste puede ejecutar por sí solo”.

Artículo 529°-A.- “El padre afín está obligado a administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria”.

Artículo 549°-A. - “La tutela del padre afín se acaba: 1.- Por la muerte del hijo afín. 2.- Por llegar el hijo afín a los dieciocho años. 3.- Por aparecer el padre biológico en el cumplimiento de sus obligaciones parentales”.

Artículo 550°-A.- “El cargo de tutor del padre afín cesa:1.- Por muerte del padre afín. 2.- Por la separación o divorcio con la madre biológica del hijo afín”.

Modifíquese los siguientes artículos del Código de los Niños y Adolescentes:

Artículo 93°-A.- “Es obligación de los padres afines prestar alimentos a sus hijos afines por ausencia de los padres biológicos o desconocimiento de su paradero, mientras este vigente el matrimonio o la convivencia con la madre biológica”.

II

EXPOSICION DE MOTIVOS

La regulación del derecho de los alimentos, tutela y derechos conexos al interior de las denominadas “familias ensambladas”.

La Constitución Política del Perú La Constitución Política del Perú en el artículo 4° señala que: “(...)Protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad y en el artículo 5°, reconoce que: “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”.

El Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes: 5039-2011, 4493-2008-PA/TC y 09332-2006-PA/TC, advierte que en la Constitución no existe un modelo de familia, y que el reconocimiento de los derechos de alimentos de los hijos se enfoca dentro del marco de las familias unidas por lazos consanguíneos, acotando la presencia en nuestra sociedad de un nuevo tipo de agrupación familiar, como son las denominadas “ familias ensambladas”,

las cuales son grupos de personas unidas por lazos de afecto y solidaridad, señalando la necesidad de regular aquellos derechos y deberes especiales que surgen al interior de estas, proponiendo su regulación.

En tal sentido, existe la necesidad de modificar los artículos del Código Civil y Código de los niños y Adolescentes referidos a la regulación del derecho alimentario y tutela y extender estos derechos y deberes a los padres e hijos afines al interior de las “familias ensambladas”.

Nuestra propuesta, se inspira en el modelo adoptado por la legislación argentina, quienes en el Código Civil y Comercial vigente, incorporan el tratamiento del derecho de los alimentos y tutela, dentro del desenvolvimiento de estas nuestras estructuras familiares y se pretende, por tanto, en un contexto donde predomina el derecho a la igualdad, dotar a nuestra legislación de las herramientas legales para la solución de las controversias que puedan surgir al interior de estas familias como consecuencia del incumplimiento de estos deberes y derechos especiales surgidos a partir de su constitución.

III

EFFECTOS DE LA MODIFICACION DE LOS ARTICULOS REFERIDOS DEL CODIGO CIVIL Y CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El proyecto de ley exhorta a la modificación del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, con el objeto de fortalecer los lazos de convivencia al interior de las denominadas “familias ensambladas”.

IV

ANALISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación de la presente propuesta legislativa generara beneficios para la protección de los derechos de los alimentos de los hijos afines al interior de las

“familias ensambladas” y permitirá también garantizar el derecho a la igualdad entre los hijos que aporten los progenitores en estas agrupaciones.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Ballarin, Silvana. (2012) “Puntos de Encuentro Familiar”. Mar del Plata. EUDEM.
2. Cabanellas, Guillermo. (2003). “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Vigésimo Octava Edición. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. Tomo I.
3. Canales Torres, Julia. (2013). “Criterios en la Determinación de la Pensión de Alimentos en la Jurisprudencia”. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima.
4. Cornejo Chávez, Héctor. (1991). “Derecho Familiar Peruano”; Lima: Octava Edición, Librería Studium SA. Tomo I.
5. D. Campos, Roberto (2009). “Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores”. Buenos Aires. Hamurabi.
6. De las Casas, Lorena (2012). “XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar – Disertaciones y Ponencias”. Buenos Aires.
7. Gaceta Jurídica. “La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo”. Imprenta editorial El Búho EIRL. Tomo I.
8. Gil Dominguez, Andrés. (2006) “Derecho Constitucional de Familia”. Buenos Aires. Ediar. Tomo I y II.
9. Kemelmajer de Carlucci, Aída. (2014) “Alimentos”. Santa Fe. Rubinzal - Culzoni Editores. Tomo I y II.
10. Lloveras, Nora. (2009). “El Derecho de Familia Desde la Constitución Nacional”. Buenos Aires. Universidad.

11. Martínez Alcorta, Grosman (2000). "Familias Ensambladas". Nuevas Uniones Después del Divorcio. Editorial Universidad. Buenos Aires.
12. Mizrahi Mauricio, Luis. (2006). "Familia, matrimonio y divorcio". Segunda edición. Buenos Aires. Editorial Astrea.
13. Ortiz de Rozas, Abel Fleitas (2011). "Manual de Derecho de Familia". Tercera Edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
14. Simón Regalado, Patricia. (2017). "La Pensión Alimenticia". Editora y Distribuidora OSBAC S.R.L. Lima.
15. Varsi Rospigliosi, Enrique. "Divorcio, Filiación y Patria Potestad". Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima.
16. González Reque, Gustavo Adolfo. (2015). En su tesis "La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el código civil", presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sipán.
17. Calderón Pérez, Jacquelyn Marissa. (2016). En su tesis "El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas", presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego.
18. Flores Chiscul, Teresa Isabel. (2014). En su tesis: "La protección estatal de la familia como institución jurídica natural". presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
19. Parra Bolívar, Hesley Andrea. (2005). En su tesis "Relaciones que dan origen a la familia", presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Antioquia.