



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# LA FAMILIA ENSAMBLADA Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO FAMILIA NATURAL

Dulce Infante-Rojas

Piura, 2016

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Constitucional

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



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

**DULCE DANIELA INFANTE ROJAS**

**“LA FAMILIA ENSAMBLADA Y SU PROTECCIÓN  
CONSTITUCIONAL COMO FAMILIA NATURAL”**



**UNIVERSIDAD DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO**

**MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

2016



## **APROBACION**

Tesis titulada “LA FAMILIA ENSAMBLADA Y SU PROTECCION CONSTITUCIONAL COMO FAMILIA NATURAL”, presentada por DULCE DANIELA INFANTE ROJAS en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Magister, fue aprobada por el Director LUIS CASTILLO CORDOVA

---

Director de Tesis



## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios, por bendecirme cada día

A mis padres, Ana Luisa Rojas y Federico Infante por darme la vida y el aliento diario

A mis abuelos Simeón Rojas Chunga y María Luisa Reforme Rojas por su eterno e infinito amor

A mí adorada tía Maritza Rojas Reforme por ser siempre como una madre para mí

Sin ustedes quizá estas páginas no existieran, a todos ustedes se las dedico con profunda admiración y amor.



## Índice

INTRODUCCIÓN.....	1
<b>CAPITULO I EL EXPEDIENTE N° 09332-2006-PA/TC.....</b>	<b>3</b>
1.1. Los hechos de la sentencia .....	3
1.2. El problema jurídico.....	4
1.3. La Solución del TC al problema jurídico.....	5
1.3.1. Los hijos y los hijastros como miembros de una misma unidad.....	5
1.3.2. Hijos, hijastros y familia.....	6
1.3.3. La familia como instituto natural.....	7
1.3.4. Padre y madre afines.....	9
1.3.5. La relación de filio-paterno-materno y la relación por afinidad.....	9
1.3.6. La legitimidad para obrar del padrastro en defensa de sus hijastros.....	10
1.3.7. El derecho a fundar una familia y su protección .....	11
1.3.8. Igualdad de trato entre los hijastros y los hijos.....	12
<b>CAPITULO II ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES             JURÍDICAS RELEVANTES.....</b>	<b>15</b>
2.1. La Familia .....	15
2.1.1. Noción Jurídica.....	15

2.1.2.	Regulación de la familia en el ordenamiento peruano .....	18
2.1.3.	Principios constitucionales de la familia .....	22
2.2.	La Filiación .....	30
2.2.1.	Definición .....	30
2.2.2.	Características .....	31
2.2.3.	Clasificación .....	34
2.2.4.	Elementos para la filiación .....	36
2.2.5.	Derechos fundamentales en la filiación.....	37
2.3.	La Patria Potestad .....	39
2.3.1.	Los derechos del Padre.....	40
2.3.2.	Los deberes del Padre.....	40
2.3.3.	Derechos de los hijos.....	41
2.4.	La “Familia Ensamblada” como instituto natural.....	42
2.4.1.	La “Familia Ensamblada” desde una mirada del TC .....	43
2.4.2.	La Problemática jurídica de la “familia ensamblada” .....	48

**CAPITULO III EL DERECHO CONSTITUCIONAL A FORMAR UNA FAMILIA vs. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN .....59**

3.1.	Derecho constitucional de las familias ensambladas desde la perspectiva del TC .....	59
3.2.	Test de proporcionalidad entre el derecho a formar una familia y la libertad de asociación en aplicación al caso concreto.....	61
3.2.1.	El principio de razonabilidad y proporcionalidad .....	62
3.2.2.	El test de proporcionalidad.....	63
3.2.3.	Al caso concreto .....	66
3.2.4.	Aplicación del test de proporcionalidad al caso concreto .....	69
3.3.	Análisis a la regla jurídica creada por el TC en el caso concreto y las correcciones de las razones que la sustenta .....	73

3.3.1. Las razones del TC .....	74
3.3.2. Crítica a las razones del TC .....	76

<b>CAPITULO IV DERECHO CONSTITUCIONL A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE LOS HIJOS E HIJASTROS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS PARA EL CASO EN ESTUDIO.....</b>	<b>81</b>
--	-----------

<b>Conclusiones.....</b>	<b>85</b>
--------------------------	-----------

<b>Bibliografía.....</b>	<b>91</b>
--------------------------	-----------

## **INDICE DE ABREVIATURAS**

Código Civil

Código del Niño y el Adolescente

Código Procesal Civil

Código Procesal Constitucional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

TC

CC

CNA

CPC

CP Const.

CADH

TC

## INTRODUCCIÓN

Hace poco conocí a una joven estudiante de medicina de Francia que estuvo por nuestras cálidas tierras por un intercambio de estudiantes, al preguntarle por si tenía más hermanos o era hija única, ella sonriente contesto: “*es que somos varios*”. Luego pasó a explicarme que su madre se casó con un señor divorciado que tenía dos hijas de otro compromiso, con su madre tuvo tres hijos pero actualmente se encontraban divorciados y su padrastro se había vuelto a casar y tenía nuevos hijos, me confesó que siempre se llevó bien con sus hermanastros y hermanos, que los extrañaba mucho porque ya no vivía con ellos.

Los hermanos y los hermanastros, las madrastras y los padrastros son figuras que usualmente relacionamos con historias o películas de horror, pero que a mi amiga “la francesa” y miles de miembros de esta nuevas estructuras familiares no tendrían ningún parecido a su realidad familiar. Pese a que pareciera que estos hechos sólo pasan por allá en esas ciudades, no es así, actualmente nuestra peruana sociedad está cambiando y como se puede verificar en la realidad social donde la noción de familia elemental que conocíamos ha quedada desfasada.

En la investigación de lo sucedido en nuestro ordenamiento jurídico, sobre este tema, encontré el expediente N° 09332-2006-PA/TC caso “Shols Pérez”, que tiene el siguiente supuesto fáctico: El señor Reynaldo Armando Shols Pérez, casado en segundo matrimonio con María Yolanda Moscoso García, en calidad de asociado solicitó al Centro Naval del Perú que en lugar de otorgar un pase en calidad de invitada especial, le otorgue un carné familiar a su hijastra Lorena Alejandra

Arana Moscoso, frente a esta realidad se abre necesariamente la siguiente interrogante: ¿ Qué tipo de vínculo une a una hijastra con su padrastro para que éste reclame un derecho sobre ella como hija biológica? Y ¿si dicha vinculación tiene alguna protección y en base a qué sustento jurídico se justifica para que su pedido sea positivo? Y si en consecuencia de ello ¿Podríamos equiparar a los hijastros con los hijos? El estudio de este complejo asunto se abordara en el V capítulo.

Es necesario tener una visión general del problema jurídico que se plantea en dicho expediente, para ello se detallaran los hechos jurídicos del caso y las soluciones que el Tribunal Constitucional, en adelante TC, le da, las mismas que se expondrán en el capítulo II, advirtiéndose las cuestiones jurídicas relevantes que nos ayudarán a encontrar la solución al problema jurídico planteado.

En el capítulo III de esta tesis, se desarrollarán las instituciones jurídicas relevantes tales como la institución jurídica de la familia, las “familias ensambladas”, la filiación y la patria potestad que nos ayudarán a develar la solución al problema jurídico; conocerlas permitirá entender la posición jurídica del TC, en el seno de un orden constitucional además permitirá abordar la justificación de su planteamiento de solución al expediente N° 09332-2006-PA/TC caso “Shols Pérez” para así argumentar también nuestra posición.

En el capítulo IV se va a estudiar los derechos constitucionales protegidos en la sentencia, siendo éstos el derecho a la igualdad, derecho a formar una familia, derecho a la asociación y se demostrará como estos derechos llegan a convivir armoniosamente sin ser antagónicos, además se interpretará la regla jurídica emitida por el TC y las razones que las sustenta. Todo ello para delimitar el derecho constitucional a la igualdad de trato entre los hijos e hijastros en las “familias ensambladas” a la luz del caso de la sentencia recogida en el expediente N° 09332-2006-PA/TC caso “Shols Pérez” en el capítulo V.

## **CAPITULO I**

### **EL EXPEDIENTE N° 09332-2006-PA/TC**

#### **1.1. Los hechos de la sentencia**

Antes de plantear y desarrollar las cuestiones jurídicas en torno a la familia ensamblada y su protección se expondrá los hechos jurídicos que dieron origen a la sentencia del expediente N° 09332-2006-PA/TC caso “Shols Pérez”.

Con fecha 23 de setiembre de 2003, el señor Reynaldo Armando Shols Pérez 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 para él, dicha omisión constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad.

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

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

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

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

El señor Reynaldo Armando Shols Pérez interpone Recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la Sala Primera del TC integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, quienes emitieron la sentencia que es materia del presente estudio.

Con base en esta descripción de los hechos corresponde plantear el problema jurídico que resuelve este caso.

## **1.2. El problema jurídico**

Los hechos jurídicos de los que da cuenta la sentencia del expediente N° 09332-2006-PA/TC caso “Shols Pérez”, podemos concluir que es posible plantear varias interrogantes, todas ellas vinculadas, que

nos llevan a deducir el centro del asunto, para una vez develado, presentar una propuesta de solución.

¿Los hijos y los hijastros pueden ser señalados como miembros de una misma unidad? Y ¿esta unidad calificaría para ser reconocida como familia y así sus miembros tener derecho a protección? Y de ser así ¿Qué cualidades o rasgos los encajaría dentro de lo conocido como la institución natural de familia?

¿Qué relación les une a los hijos del padre o con el marido de la madre? ¿esta relación está compuesta de requisitos especiales y diferentes de la relación de padre e hijo? Y si ¿esta vinculación tiene alguna relevancia jurídica en el sentido de sustentar la legitimidad para obrar en representación de ellos como los padres actúan procesalmente en representación de sus hijos? ¿En qué consiste el derecho a la protección de la familia y el llamado derecho a fundarla y cuál es su contenido constitucional frente a la libertad de asociación?

Las interrogantes antes señaladas permitan plantear el problema jurídico que enfrenta esta sentencia. Un tal problema puede ser enunciado de la siguiente manera: si se le debió o no otorgar el carné de hija a la hijastra y cuál es sustento jurídico. Si se arriba a una respuesta afirmativa entonces sería inconstitucional el acuerdo del club.

### **1.3. La Solución del TC al problema jurídico**

Para el desarrollo de este apartado pasaremos a indicar las interrogantes junto con las soluciones propuestas por el TC en el expediente N° 09332-2006-PA/TC, caso “Shols Pérez”, asimismo se analizarán las razones y luego la corrección o no de tales razones.

#### **1.3.1. Los hijos y los hijastros como miembros de una misma unidad**

La primera cuestión relacionada con el problema jurídico antes planteado, puede ser formulada de la siguiente manera: ¿Los hijos y los hijastros pueden ser señalados como miembros de una misma unidad?

El TC responde a esta pregunta de la siguiente manera: “Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han

asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar – divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia”<sup>1</sup>.

De lo expuesto se advierte que para el TC hay un nuevo núcleo familiar, siempre y cuando exista la llamada “asimilación”, la misma que justifica que la diferenciación entre hijo e hijastro deviene en arbitraria contraria a los postulados constitucionales de protección recogida en el artículo 4 de la Constitución y su artículo 6 que sostiene una política de igualdad de los hijos, quedando prohibido toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Nuestro Máximo Interprete advierte que ésta identidad familiar es más frágil y su materializaciones difícil, por lo cual toda comparación debilita dicha institución familiar. El TC señala que la “familia ensamblada” está en proceso de materialización, pero ¿en qué se va a materializar?, precisiones que no las hace el TC, pese a dar recomendaciones sobre las desventajas que se sufriría si se discrimina o diferencia entre los hijos y los hijastros, el mismo TC con sus declaraciones aísla a la “familia ensamblada”, provocando que su materialización sea frágil.

### **1.3.2. Hijos, hijastros y familia**

La segunda cuestión jurídicamente relevante que puede ser formulada en este caso, se ha de enunciar así: Esta unidad entre hijos e hijastros ¿calificaría como familia para tener derecho a protección?

---

<sup>1</sup> Expediente N° 09332-2006-PA/TC caso “Shols Pérez. F.J 14.

Al respecto el TC señala que: “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”<sup>2</sup>.

De esta declaración se puede desprender las siguientes afirmaciones: a) el hijastro forma parte de una nueva estructura familiar, b) el hijastro tiene eventuales derechos y deberes especiales diferentes de la patria potestad, toda vez que ésta es de los padres biológicos. c) su reconocimiento está de acuerdo a lo dispuesto en la carta fundamental respecto a la protección de la familia.

El TC sí llega a precisar posteriormente cuál es la nueva estructura, pero omite precisar cuáles son estos eventuales derechos y deberes especiales, dando a entender que sí existen pero no han sido determinados, y precisa que la patria potestad continúa en los padres biológicos. Por lo cual no se podría equiparar a los derechos y deberes de la patria potestad. Además la nueva estructura goza de protección constitucional en base a la protección constitucionalmente garantizada de la familia, y por ello se podría entonces señalar que el TC muestra su intención de equiparar la “familia ensamblada” como una familia como única forma para cubrirla de protección.

### **1.3.3. La familia como instituto natural**

Una nueva cuestión a la que se enfrenta el TC es la siguiente: ¿Qué cualidades o rasgos de la “familia ensamblada” encajaría dentro de lo conocido como la institución natural de familia?

El TC responde a esta cuestión de la siguiente manera: “La acepción común del término *familia* lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, F.J. 11.

se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”<sup>3</sup>.

Aquí nuestro TC hace suya la definición tradicional jurídica de familia, afirmando que la misma está formada por vínculos jurídicos familiares que se originan en el matrimonio, la filiación y el parentesco. Entonces se puede advertir que para el Máximo intérprete de la Constitución los vínculos familiares se originan ya sea en el matrimonio, la filiación y el parentesco, sin poder descifrar si estos requisitos se deben entender conjuntamente o basta uno para que haya vínculo familiar. Para luego en el siguiente fundamento hacer referencia a la perspectiva constitucional de la familia: “Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las mono paternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*”<sup>4</sup>.

El TC señala que la familia al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y en base a este argumento justifica, que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como las denominadas “familias reconstruidas”, pero este análisis que hace el TC deja abierta la puerta para sostener que debido a estos “contextos sociales”, las nuevas tendencias que motiven a nuestra sociedad a direccionar su forma de convivencia se equipararía a la familia. En el capítulo III se detallará la institución natural de la familia y así responder a esta cuestión jurídica.

---

<sup>3</sup> Ibídem, F.J. 6.

<sup>4</sup> Ibídem, F.J. 7.

#### **1.3.4. Padre y madre afines**

El TC tiene que resolver la siguiente cuestión jurídica: ¿Qué relación les une a los hijos que viven con la mujer del padre o con el marido de la madre?

El TC responde a esta cuestión jurídica de la siguiente manera que: “Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237.º del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242.º del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional”<sup>5</sup>.

En este fundamente pone de manifiesto de forma clara que la situación jurídica del hijastro en nuestro ordenamiento jurídico no ha sido tratada ni por la jurisprudencia nacional, salvo algunos artículos, que bien están descritos en el párrafo anterior.

#### **1.3.5. La relación de filio-paterno-materno y la relación por afinidad**

La quinta cuestión que puede plantearse se enuncia de la siguiente manera: ¿La relación padrastro-hijastros está compuesta de requisitos especiales y diferentes de la relación de padre e hijo?

El TC refiere a esta cuestión manifestando que: “A la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia –más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que éstas aparecen–, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria. Así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la Asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa interna de la Asociación,

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, F.J. 10.

emitida en virtud de la facultad de auto organizarse, ésta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección”<sup>6</sup>.

Manifiesta el TC que efectivamente existe una relación, diferente, propia a las circunstancias que origina las “familias reconstruidas”, además de ello señala ciertas cualidades que determinan el reconocimiento de este núcleo familiar siendo éstas: relación estable, pública y de reconocimiento; una vez más el TC deja vacíos por completar, pues no indica si éstas cualidades deben presentarse copulativamente o basta que se tenga una. Asimismo no ha definido cada una de ellas por lo cual al no estar delimitado, cualquier situación encajaría en relación estable, pública y de reconocimiento, inclusive los pretendidos matrimonios homosexuales.

Se desprende del párrafo anterior que el reconocimiento de un nuevo núcleo familiar se centra en la presencia de unas condiciones, ante estos enunciados llega una interrogante: ¿Quién es el encargado de determinar si es o no familia? No debería ser que al ser la familia un instituto natural, su reconocimiento se sustenta en su naturaleza intrínseca más que en condiciones impuestas por el Estado, pues no debemos de olvidar que la familia siempre ha sido anterior del Estado por ello éste no lo podría determinar.

### **1.3.6. La legitimidad para obrar del padrastro en defensa de sus hijastros**

La cuestión que cabe plantear para el TC es la de determinar ¿si la vinculación padrastro-hijastros tiene alguna relevancia jurídica que lo legitime para obrar en representación de ellos como los padres actúan procesalmente en representación de sus hijos?

El TC en la sentencia materia de análisis, tiene un apartado que lo denomina legitimidad del demandante que dice: “Antes de entrar a analizar tales temas, deben subsanarse los vicios procesales en los que ha incurrido el *ad quem* respecto de la legitimidad del demandante. Es claro que el recurrente, al ser socio titular de la Asociación, goza de ciertos

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, F.J. 7.

derechos y obligaciones. Entre los derechos se encuentra el de solicitar carnés para su cónyuge e hijos”<sup>7</sup>.

El TC de forma expresa en esta sentencia, no ha determinado qué derechos y deberes se originan ante el nacimiento de estas nuevas relaciones en el nuevo núcleo familiar, pero de su declaración recogida en el párrafo anterior, podríamos advertir la respuesta del TC al cuestionamiento planteado, cuando señala que “entre los derechos se encuentra el de solicitar carnés para su cónyuge e hijos”, entonces el hijastro con los hijos se equiparan, toda vez que ambos tendrían el mismo derecho como hijos del titular, y éste puede defender dicho derecho en un proceso judicial como si fuera la vulneración del derecho de un hijo propio.

### **1.3.7. El derecho a fundar una familia y su protección**

Dicho esto es preciso plantear una cuestión más al TC que se enuncia de la siguiente manera: ¿En qué consiste el derecho a la protección de la familia y el llamado derecho a fundarla y cuál es su contenido constitucional frente a la libertad de asociación?

Esta pregunta ha sido contestada por el TC de la siguiente manera que: “A la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia –más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que éstas aparecen–, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria. Así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la Asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa interna de la Asociación, emitida en virtud de la facultad de auto organizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección”<sup>8</sup>.

Sin precisar su significado, el TC afirma el “derecho a fundar una familia”. Esta afirmación genera nuevas interrogantes, así, podría

---

<sup>7</sup> Ibídem, F.J. 3.

<sup>8</sup> Ibídem, F.J. 23.

preguntarse ¿Quiénes tienen este derecho a fundar una familia? Y ¿cuál es el contenido constitucionalmente protegido de tal derecho? Otra vez, más pareciera que al Máximo intérprete se le olvida que la familia es una institución natural que no necesita de fundadores, creadores o acondicionamientos para su surgimiento, pues está relativamente relacionada con el hombre, por ello la familia es un aspecto de desarrollo del ser humano que constituye su dignidad humana, merecedora de toda protección constitucional.

Como ya antes ha sido señalado en párrafos anteriores la Constitución en su artículo 4 cubre a la familia de una protección garantizada ante cualquier injerencia y lesiones, misma protección que es trasladada por el TC a las “familias reconstruidas”, siempre y cuando hayan sido reconocidas y hayan participado de una “asimilación” de sus relaciones cumpliendo con las condiciones: relación estable, pública y de reconocimiento.

### **1.3.8. Igualdad de trato entre los hijastros y los hijos**

Finalmente se hará referencia a una última cuestión referida al caso concreto de la sentencia materia de este estudio, que se enuncia de la siguiente manera: ¿Se le debió o no otorgar el carné de hija a la hijastra y cuál es sustento jurídico?

Luego de exponer los argumentos dados por el TC y advertir que en varias situaciones se ha creado más vacíos jurídicos que soluciones jurídicas, se debe señalar que el TC resuelve ordenando a la demandada no realizar distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra, es decir les hace recordar a la demandada que no existe fundamento jurídico que sustente el trato diferenciado entre los hijos y los hijastros presupuesto recogido en la Constitución en su artículo N° 6. Pero además el TC en su último fundamento declara: “Así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la Asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa interna de la Asociación, emitida en virtud de la facultad de auto-organizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia

y a su protección”<sup>9</sup>. Entonces para el caso de autos al haber cumplido con las condiciones del TC se ha configurado un nuevo núcleo familiar, el mismo que merece protección, por ello entre sus miembros que son hijos no puede haber distinción en trato ni de denominación, según el TC<sup>10</sup>.

Podemos sintetizar de éste capítulo que el TC suscribe que las relaciones entre padrastros, madrastras e hijastros deben ser observadas de acuerdo a las peculiaridades que la propia naturaleza social impone. Para el Tribunal, los hijastros forman parte de ésta nueva estructura familiar, en la cual tienen derechos y deberes, los mismos que no han sido ni determinados ni delimitados, pero la patria potestad corresponde a los padres biológicos. Asimismo hacer diferencias entre los hijos y los hijastros resulta arbitrario, toda vez que cuando éstos últimos mantienen una relación estable, pública y reconocida se convierten en hijos afines en su nueva familia. Es necesario resaltar, que el hecho que se reconozca derechos al hijastro dentro de su nueva familia, no exime de responsabilidades al padre o madre biológicos que no viven con él. Estas relaciones deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237° del Código Civil infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242° del Código Civil). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.

Ahora se pasará a analizar las instituciones jurídicas resaltantes que nos ayudara a analizar con corrección las respuestas del TC y así llegar a la solución del caso propuesto.

---

<sup>9</sup> Ibídem, F.J. 23.

<sup>10</sup> En el capítulo V esta pregunta será desarrollada en mejor estudio.



## **CAPITULO II**

### **ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS RELEVANTES**

#### **2.1. La Familia**

##### **2.1.1. Noción Jurídica**

El concepto de familia es sin duda de carácter sociológico antes que jurídico, pues la familia es anterior al mismo Estado, existiendo antes que éste, por lo tanto el orden jurídico la contemplará atendiendo a sus fines. La familia ha contado a lo largo de la historia con tres finalidades; una natural (unión de hombre y mujer, procreación y conservación de la especie), otra moral espiritual (lazos de afecto, solidaridad, cuidado y educación de la prole) y una tercera de carácter económico (alimento y techo). En base a estos fines, Hernán Corral define a la familia como “aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos por lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y

auxiliarse mutuamente”<sup>11</sup>. Así podemos señalar que cada uno de nosotros podemos elegir entre formar o no una familia, pero no podemos inventarla, es una institución natural inherente al desarrollo de uno de los aspectos del hombre, siendo el Estado quien la regula para alcanzar el bien común<sup>12</sup>.

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

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

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

Asimismo el diccionario de la Real Academia Española define a la familia como: “un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas; Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”<sup>13</sup>, entre otras definiciones análogas. De esta definición se puede desprender que la familia depende del parentesco, el mismo que lo define como un “vínculo por consanguinidad o afinidad”.

---

<sup>11</sup> CORRAL, Hernán, *Derecho y Familia* citado por Carrasco Barraza, Alejandra, “A la sombra de la Torre de Babel a propósito de recientes reflexiones jurídica sobre la familia”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 21 N° 2, Mayo-Agosto, 1994, pp. 372.

<sup>12</sup> CARRASCO BARRAZA, Alejandra, “A la sombra de la Torre de Babel a propósito de recientes reflexiones jurídica sobre la familia”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 21 N° 2, Mayo-Agosto, 1994., pp. 375.

<sup>13</sup> Diccionario de la Real Academia Española. pp. 672.

De lo expuesto se puede advertir que la familia requiere un reconocimiento esencial como institución básica, primaria, anterior al Estado y al ordenamiento jurídico formal, porque es la familia y los sucesos históricos, sociales, económicos y culturales que la determinan antes que el orden jurídico que la intenta reglamentar.

Entre la interrelación del derecho y la familia se origina una nueva necesidad de definir, analizar y estudiar la familia no como el resultado de un acto formal (el matrimonio), sino saliendo de él; partiendo del cumplimiento de unas funciones de protección, solidaridad, socialización, transmisión de valores, educación, crianza de hijos e hijas, centrarlo en el término básico de las relaciones, porque lo que nos convierte en familia son nuestros vínculos ya sea natural o por afinidad y no las disposiciones jurídicas pertinentes, porque otra vez mas ésta se escapa de ella. Este tema ha sido ampliamente discutido en los Estados Unidos y Europa, dándose una tendencia a la protección de la familia más por sus relaciones que por el cumplimiento de requisitos formales, tales como el matrimonio u otros lazos jurídicos<sup>14</sup>.

La familia al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia 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 mono parentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas<sup>15</sup>.

La familia usualmente puede comprenderse tanto como el grupo primario y celular denominado también “familia particular”, “pequeña familia”, “familia nuclear” o “familia conyugal”, a la cual se prefiere llamar “familia institución”, como asimismo el grupo compuesto por

---

<sup>14</sup> Véase MELTON: “*Legal rights of unmarried heterosexual and homosexual couples and evolving definition of family*”. *Journal of Family Law*. Vol.29, Num. 2 (1990-91), 500; MINOW, M. “*Redefining families: who’s in and who’s out?*” *Colorado L. Rev.*, Vol. 62 (1991), pp. 269.

<sup>15</sup> Expediente N° 09332-2006-PA/TC caso “Shols Pérez”, F.J. 7.

individuos que reconocen un vínculo parental, denominado “gran familia” o “familia parentesco”<sup>16</sup>.

De lo expuesto, se puede concluir de este apartado es que jurídicamente, la familia puede ser conceptualizada de diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del derecho:

- a. En sentido amplio, la familia es el conjunto personas unidas por vínculos de matrimonio, parentesco o de afinidad.
- b. En sentido restringido, la familia puede ser comprendida como el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, o como el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y los recursos de un jefe de casa.

Nuestro Derecho positivo toma el vocablo en su sentido restringido, porque en nuestro ordenamiento jurídico la familia es un conjunto de personas unidas por los vínculos parentales de consanguinidad o afinidad.

Ahora que se ha delimitado el concepto de familia, se pasará a revisar las normas peruanas para presentar una visión general de la regulación de esta institución de la familia en nuestro ordenamiento jurídico y así evidenciar si hemos avanzado en su protección o por el contrario seguimos viviendo desfasados de protección pese a los cambios sociales que la familia está viviendo en nuestro país.

### **2.1.2. Regulación de la familia en el ordenamiento peruano**

El Perú ha tenido doce constituciones a lo largo de su historia. Las nueve primeras constituciones desde la de 1823 hasta la de 1920 no hacían ninguna mención a la familia o a alguna de las instituciones del derecho de familia; salvo en el caso para el ejercicio de la ciudadanía.

Las constituciones de 1828, 1834, 1856, 1860, 1867 y 1920 establecían la mayoría de edad a los 21 años siempre que estuviera

---

<sup>16</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires – Argentina. Editores Rubinzal – Culzoni. pp. 18-21.

casado. Entonces el matrimonio otorgaba la ciudadanía, convirtiéndolo en un capaz absoluto para cumplir con cualquier obligación.

Nuestra historia republicana nos manifiesta que fue la Constitución de 1933 la que por vez primera reconoció de manera expresa la tutela de la familia, estableciendo en el Art. 51º: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”, y en su Art. 52º afirmó que: “Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia”.

La Constitución de 1979 “por primera vez introduce todo un capítulo referido a la familia en los artículos del 5º al 11º, conceptualizando a la Familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”. Dos fueron los temas introducidos en este capítulo que merecieron singular discusión en la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978 – 1979: a) la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, artículo 6 y b) el reconocimiento constitucional de la unión de hecho, artículo 9”<sup>17</sup>.

Así llegamos a la Constitución de 1993, norma fundamental que reconoce a la familia como un instituto “natural y fundamental de la sociedad”. Asimismo en sus artículos 4 y 6 se deduce que la familia esta intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación a las que expresamente se refiere, se evidencia una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano.

Nuestra Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, lo que realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del Derecho. La familia que el artículo 4 obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos suficientemente determinados, un determinado modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta y sobra la intensa protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2 inciso 12 y 13 correlativamente.

---

<sup>17</sup> BERMÚDEZ VALDIVIA Violeta. “*Régimen Constitucional de la Familia*”. pp. 12-16.

El primer deber constitucional que emana el artículo 4 de la Constitución es proteger jurídicamente a la familia, evitando su desamparo, como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se dispense de las formas de convivencia doméstico contrarias, precisamente al modelo constitucional de familia.

No se prohíbe en principio o directamente, otros modelos, pues es el TC es consciente que en la realidad social existen otros; pero al ordenar este campo y el que les rodea, se deduce que sólo la familia goza de la adecuada y suficiente protección al ser una institución natural, quedando prohibido que se dispense similar protección a estructuras distintas que traten de realizar más o menos total o parcialmente sus mismas o análogas funciones.

En el artículo 6 de la Constitución se denota una protección especial de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación. Hay una protección más integral posible a los hijos aun cuando sean extramatrimoniales, es decir, sin perjuicio y además de la protección que debe dispensarse a la familia. Se debe de precisar que en el apartado 2 y 3 de este artículo 6 se hace mención de la obligación de asistencia a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, por un lado el inciso dos viene precisamente a concretar el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, entonces podemos concluir que con la existencia o no del matrimonio los padres siempre se encuentran obligados a ocuparse de los hijos como parte de la protección integral que tiene la familia.

Nuestro texto Constitucional no abona en definir el concepto de familia, de lo cual se puede interpretar su intención de no reconocer un modelo específico de familia, por lo tanto el instituto de familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional de familia, nuestra constitución recoge unos cuantos elementos, pocos, pero muy trascendentales sobre lo que se entiende por familia y esto es el modelo constitucionalmente garantizado.

Esta noción constitucional de familia se desprende de los artículos 4 y 6 que tienen como presupuesto central el hecho de la generación humana la cual irradia las relaciones de paternidad, maternidad y filiación; indicando expresamente su atención a los niños, adolescentes, la madre y el anciano. Ahora se debe aclarar que se alude a una convivencia no simplemente basado en afecto o amistad sino en vínculos de parentesco y afinidad, siendo la afectividad una de las implicaciones mas no se centra en ella, si fuese así, familia también serían las compañeras de cuarto, situación que no lo es, por sentido común, teniendo como base jurídica lo señalado en este apartado. Así lo ilustra el Abogado Alex Placido cuando señala: “En la cultura, en el sistema de conceptos socialmente aceptados, en el marco de las normas jurídicas que determinan la interpretación que debe hacerse de lo que es la familia para la Constitución de 1993, no es concebible ésta sin relación alguna posible con el hecho básico de la generación y consiguiente cuidado de nuevas vidas humanas, encontrándose por el contrario en este hecho su elemento más netamente determinante y fundamental. Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de su presupuesto institucional básico. Podrán darse, como se han dado tradicionalmente y se dan en el Derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones sólo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva precisamente de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.”<sup>18</sup>

Nuestra Constitución expresamente ampara las uniones de hecho propias, es decir las realizadas por un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial; siendo éstas, por tanto, otro vínculo fundamental de la familia. Y como otra fuente generadora de la familia es

---

<sup>18</sup> PLACIDO. V. Alex F. “*El Modelo Constitucional de Familia , la Orientación Sexual de los padres y los derechos del hijo*”, pp. 4.

el ya reconocido matrimonio. Por lo cual podemos resumir que el modelo constitucional de familia se caracteriza por originarse del matrimonio o las uniones de hecho propias tal como están recogidas en el texto constitucional, las mismas que solo es posible entre hombre y mujer, y la posibilidad de generación de relaciones de filiación ya sean consanguíneas o de afinidad.

Toda amplia regulación del matrimonio y la específica de la unión de hecho, propiamente dicha, que efectúa la legislación civil sólo se justifican en razón del deber de protección de la familia, que la Constitución ha reconocido que recae sobre los Poderes públicos. La familia resulta también particularmente reconocida y protegida desde la perspectiva general del Derecho laboral -en la que el artículo 24 de la Constitución declara el derecho a que la remuneración laboral sea suficiente para satisfacer no sólo las necesidades individuales del trabajador sino también las de su familia- como desde la más específica del régimen de Seguridad Social, en el que los vínculos familiares siempre han sido fundamento de algunas de sus prestaciones más importantes, como reconocimiento a la importancia de la familia de cada trabajador directamente afiliado, y, en el fondo, como algo implícito también en la garantía antes citada del artículo 24 de la Constitución.

A continuación se pasará a explicar desde la Constitución de 1993 los principios constitucionales de la familia en dos aspectos, su justificación y su significado o alcance en nuestra sociedad.

### **2.1.3. Principios constitucionales de la familia**

Los principios constitucionales, los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos. A continuación se analizarán los estrechamente vinculados a la Familia:

#### **2.1.3.1. Principio de igualdad**

Este principio se va desarrollar en dos ámbitos uno general y el otro en aplicación a la familia. En el sentido general del principio de igualdad se podría señalar que la igualdad se ha establecido como derecho fundamental recogido en el artículo 2 de la Constitución: “Toda persona

tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Esto no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo de los que se encuentran en una idéntica situación. Porque no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables.

El TC ha ilustrado dos facetas del ámbito constitucional del derecho a la igualdad y éstas son: “igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (...)”<sup>19</sup>.

La aplicación de este principio-derecho de igualdad en el ámbito de la familia, se va analizar en el sentido de la igualdad de los hijos; el respeto por el principio de igualdad de los hijos se consagra en la Convención sobre los Derechos de los Niños, se puede ver en su artículo 2° cuando establece que: "los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales". Siendo importante su estudio para dar solución al caso, este tema se desarrollará en el capítulo V con mayor análisis.

### **2.1.3.2. Principio de reserva legal**

Su justificación constitucional puede ser deducido del artículo 4 de la constitución y la VIII Disposición Transitoria y Final de la Constitución, asimismo el artículo 233 del Código Civil de 1984

---

<sup>19</sup> Expediente N° 02974-2010-AA F.J. N° 6.

establece que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. La llamada reserva de ley no implica, pues un límite a la aplicabilidad inmediata constitucional; significa tan solo la exigencia formal de ley para la regulación de determinados temas como: el matrimonio, las causales de divorcio.

### **2.1.3.3. Principio de protección**

Su justificación Constitucional se centra en lo dicho en el artículo 4 de la Constitución: “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.”<sup>20</sup> Esta disposición confirma lo dicho por el TC que “reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección”<sup>21</sup>.

El principio de protección de la familia no distingue la forma en que ésta se constituye, así lo recoge nuestro Máximo intérprete cuando señala: “Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, (...) es el *iusconnubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con el (aunque no únicamente), a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia”<sup>22</sup>. Se menciona una protección especial de la familia que se debe entender, toda vez que es dentro de la familia que el hombre llega a perfeccionar sus bienes jurídicos y alcanza su grado de identidad, siendo ese su carácter natural y fundamental para el hombre y el conjunto de la sociedad. Dentro de la familia se desenvuelven delicadas y vitales funciones necesarias para el hombre, las mismas que se desarrollan en actitud de amor, entrega y dedicación; experimentándose vínculos indestructibles, no alterables en su esencia por ninguna circunstancia ni cambio alguno, “debería ser el

---

<sup>20</sup> Artículo 4° de la Constitución del Perú.

<sup>21</sup> Expediente N° 09332-2006-PA/TC, F.J. N° 6.

<sup>22</sup> Expediente N° 2868-2004-AA/TC, F.J N° 14.

ámbito donde cada uno se experimenta aceptado y tratado como persona, como quien es, por lo que es y no por lo que tiene o lo que puede hacer o dar”<sup>23</sup>. Por ello es de trascendente importancia la familia para el desarrollo del hombre y la sociedad, pero viene siendo atacada por comportamientos que tienden a separar lo que la familia requiere, y con frecuencia tienden a justificarse en replanteamientos teóricos tendentes a desfigurar la esencia de la familia, por ello se necesita una protección social, económica y jurídica de la familia.

El deber de protección exige al Estado adoptar las medidas necesarias para el mejoramiento y optimización de la situación material y moral de la familia, así como impide a los poderes públicos homologar cualquier forma con la familia y relaciones incompatibles y contrarias con las funciones esenciales de ella. “No se puede olvidar, finalmente, que, ciertamente, la debida protección familiar deberá articularse sin lesión de ningún otro derecho fundamental o principio constitucional”<sup>24</sup>.

#### **2.1.3.4. Principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente**

Su justificación constitucional puede ser deducida del artículo 4 de la Constitución y la VIII Disposición Transitoria y Final de la Constitución. Este principio presupone que los derechos fundamentales del niño , niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tengan fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

Tiene su justificación constitucional como lo ilustra el TC: “El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo

---

<sup>23</sup> PLACIDO. V. Alex F. “*El Modelo Constitucional de Familia , la Orientación Sexual de los padres y los derechos del hijo*”, pp. 16.

<sup>24</sup> MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “*La familia en la Constitución Española*”. En, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000. pp. 40.

4° de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en *Separata Especial* el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N.º 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la “Convención sobre los Derechos del Niño”<sup>25</sup>.

El TC ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales.

Así, en la sentencia del Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC estableció que: “(...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención *especial* y *prioritaria* en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte

---

<sup>25</sup> Expediente. 02132-2008-AA. F.J N° 5.

más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales”<sup>26</sup>.

En cuanto al contenido del aludido artículo 4º de la Norma Fundamental, específicamente en el extremo referido a la protección de la infancia, el TC ha sostenido: “Que, dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1º de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio "Dignidad de la Persona", a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto”<sup>27</sup>.

#### **2.1.3.5. Principio de favorabilidad**

Si bien es cierto que no existe reconocimiento del derecho de filiación en la Constitución como derecho autónomo e independiente y con características propias, como sí existe por ejemplo en la constitución venezolana, se hace una referencia a la misma su artículo 2 inciso 1, cuando reconoce el derecho a la identidad como derecho fundamental, asimismo en su artículo 6 se regula que: “La política nacional de

---

<sup>26</sup> Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC F.J N.º 5.

<sup>27</sup> Expediente N.º 0298-1996-AA/TC, F.J. N.º 11.

población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Este principio exige que el régimen de filiación se sustente en los principios del *favor veritatis*, de igualdad de filiaciones y *favor filii*. La nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (*favor veritatis*) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor (*favor filii*).

De acuerdo con ello, el alcance actual del principio del *favor legitimitatis* es el de designar al conjunto de situaciones que constituyen los límites a la investigación de la verdad biológica; restricciones que se deben centrar en la protección de los intereses del menor (*favor filii*) y en la certeza y estabilidad que debe presidir en materia de estado civil y en las relaciones familiares.

Este principio tiene una especial importancia en materia de filiación, puesto que la filiación es una materia con proyección constitucional, que afecta a derechos esenciales del hombre como individuo: su propia identidad, derechos sucesorios y alimentos. Esto quiere decir que cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad o integridad, deban ceder éstos frente al derecho a la filiación.

#### **2.1.3.6. Principio de unidad familiar**

Al respecto la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha manifestado que: “el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o

ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración americana de Derechos y Deberes del hombre, y el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia<sup>28</sup>. Asimismo el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. –en todo caso, la separación debe ser excepcional y preferentemente, temporal<sup>29</sup>.

El TC lo ilustra de la siguiente manera: “El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada. (...) El niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo, sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos efectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia”<sup>30</sup>.

Este principio se centra en que el niño no debe ser separado de su familia privándole de la protección y el afecto de sus padres, salvo circunstancias que requieran de una intervención de protección de parte del Estado que implican la separación temporal del niño de sus progenitores con el objetivo de proteger sus derechos y su bienestar, atendiendo así al interés superior del niño, asimismo en el caso de producirse una separación de un niño respecto de su núcleo familiar, el

---

<sup>28</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 71 y Caso Chita y Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157.

<sup>29</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, punto resolutivo 5 y párrafo 77.

<sup>30</sup> Expediente. N. ° 1817-2009-HC, F.J N° 14-15.

Estado debe estar comprometido en preservar el vínculo del niño con su familia siempre y cuando no se ponga en peligro su existencia. Pues está reconocido el derecho del niño de estar en el seno familiar y crecer dentro de lazos de fraternidad y afecto en unidad familiar.

Una vez examinados aunque brevemente los principios constitucionales, corresponde analizar la figura de la filiación. A esto se destina el siguiente apartado.

## **2.2. La Filiación**

Esta figura jurídica debe ser estudiada porque resulta necesaria para determinar la cuestión jurídica siguiente es ¿si en el interior de las relaciones de las “familias ensambladas” hay filiación y si ésta es la misma que se da en la familia?

### **2.2.1. Definición**

La filiación es “el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y otra el padre o la madre del mismo.”<sup>31</sup> “Este estado se deriva de la relación entre el nacido y sus progenitores que le hace ganar derechos y deberes”<sup>32</sup> de ello podemos señalar que es la relación jurídica entre los progenitores padre/madre y sus descendientes directos hijo/ hija, una de las relaciones de parentesco más importante, formando así un núcleo social primario, que es la familia, por ello no puede ser materia de convenio entre las partes, ni transacción, o sujetarse a compromisos arbitrarios.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominación filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores, por lo cual pese a las circunstancias que se padezcan todo ser humano concebido se encuentra directamente en relación con sus progenitores, todos tenemos un papá y una mamá.

---

<sup>31</sup> MORENO R., J.A., “*Derecho De Familia*”, Asunción, Paraguay: Ed. Intercontinental, 3ra, 2009, pp. 519 Tomo II.

<sup>32</sup> SILES C., J. R., “*Normativa Y Plazos En Procesos Familiares*”, La Paz, Bolivia: San Judas Tadeo, 2012 pp. 129.

La filiación deriva de la procreación, del “emparentamiento genealógico entre dos personas y el vínculo jurídico paterno filial”<sup>33</sup>.

### 2.2.2. Características

Las características principales que singularizan la filiación respecto de otras figuras jurídicas son las siguientes:

#### A. Única

Ninguna persona, nadie, puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación<sup>34</sup>, un solo padre y una sola madre. Para el caso de la adopción, como se revisa en el artículo 385<sup>35</sup> del Código Civil la filiación primigenia siempre queda latente hasta que caduque el derecho de negar la adoptiva, no coexistiendo los vínculos filiales de los progenitores con los de los adoptantes.

#### B. Construcción cultural - afectiva

La presencia y fuerza de la filiación no es exclusiva de la relación biológica padre/hijo. La filiación no es superficial ni cutánea, es profunda y medular. La relación humana vinculante con la filiación está impregnada de amor, consecuentemente lo está – también- la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre el derecho y la vida<sup>36</sup>, hay más que la generación de un nuevo ser humano, para configurar la filiación considero no se puede prescindir de la afectividad, el amor, es de sentido común precisar que para procrear se necesita de amor, para asumir el rol de padres de un hijo se necesita amor, un sacrificio total, que hace que los intereses propios de los padres en su mayoría sean postergados a la

---

<sup>33</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique, “*Tratado de Derecho de Familia, derecho de la filiación*”, Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 1era, mayo del 2013, pp. 65 Tomo IV.

<sup>34</sup> AZPIRI, Jorge O. “*LA filiación en el proyecto de Código Civil y Comercial*”. En: *Revista de Familia y las Personas. La Ley*, julio de 2012, pp. 115.

<sup>35</sup> **Artículo 385.- Cese de la adopción a pedido del adoptado**

El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez declarará sin más trámite. En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial.

<sup>36</sup> MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Porrua, México, 1988, pp. 441.

realización de los intereses de los hijos. En consecuencia, los aspectos materiales y muy especialmente espirituales de aquella relación tendientes a contribuir al mejor desarrollo de la personalidad de los hijos, el deber de los progenitores no se limita al mantenimiento y educación de los hijos, sino que les es exigible también una “contribución de afecto y de experiencia en el proceso de formación de la personalidad del menor”<sup>37</sup>, pues para que sea vivenciada, la experiencia de la filiación no necesita de la generación biológica del hijo; “para que se efectivice la relación filial no es preciso haber transmitido la carga genética pues su elemento esencial está en la vivencia, el crecimiento cotidiano, esa mencionada búsqueda por la realización y desenvolvimiento personal (aquello que se llama, comúnmente, felicidad)”<sup>38</sup>.

### **C. Vínculo jurídico**

En principio, la filiación en tanto vínculo jurídico, es la expresión para el derecho de la relación biológica derivada del hecho de la procreación, sin embargo, son variadas las situaciones en que existiendo jurídicamente la filiación, no está presente la correspondencia absoluta entre ambas relaciones, de ahí que hoy pueda afirmarse que una cosa es ser padre y otra es ser progenitor<sup>39</sup>. De este vínculo emergen consideraciones legales que trascienden en la vida de sus integrantes comprometiéndolos entre y para sí.

### **D. Unitaria**

Esta llamada unidad hace referencia a un trato igualitario entre el régimen los derechos y obligaciones entre padre e hijos. La filiación es independiente del estado civil de los progenitores, casados o solteros, por esta unidad ya no se califican las categorías de filiación entre matrimonial y extramatrimonial.

---

<sup>37</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis- Ramos, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, vol. IV, 3era edición, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 299 a 300.

<sup>38</sup> FRIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Pp. 542.

<sup>39</sup> DIEZ-PICAZO, Luis- GULLON, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, derecho de familia*, vol. IV, tomo I, 11ava edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp.235.

## **E. Orden Público**

En consideración de la trascendencia jurídica de las relaciones paternas filiales, las normas que regulan son de orden público lo que implica que no puedan ser susceptibles de modificación, por ello no pueden ser pactadas o limitadas por la mera voluntad de las partes.

## **F. Estado civil**

El estado civil es “un estado social en cuanto se tiene a otro u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina la capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones”<sup>40</sup>. La filiación es un estado jurídico, situación distinta de lo que sucede con la concepción, el embarazo y el nacimiento que son hechos jurídicos<sup>41</sup>.

En sentido estricto las acciones de estado son declarativas puesto que tiene por objeto establecer cuál es el verdadero y real estado que goza una persona, que puede ser modificado o cambiado: no crea un estado, sino que se limita a reconocer lo que es, o siempre ha sido. Por tal razón las acciones de estado son de dos categorías: a) unas cuyo propósito es reclamar un estado que parece no tenerse y no se ha tenido (Acciones de reclamación de estado), intentadas por el hijo que reclama un estado que le es desconocido; y b) otras cuyo propósito es impugnar o desconocer el estado que aparentemente se tiene, las cuales se intentan contra el hijo a quien se pretende eliminar el beneficio de su estado aparente, las primeras son las acciones de reconocimiento de filiación legítima o natura, las acciones de impugnación de estado o de desconocimiento tiene por objeto establecer el verdadero estado no corresponde al estado aparente que le confiere un título (acta de nacimiento).

La filiación implica un triple estado: “a) Estado jurídico: asignado por la ley a una persona y deducido de la relación natural de la

---

<sup>40</sup> RIPERT, George y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, vol I, El estado de las personas, trad. De Delia Garcia. Daireux, Buenos Aires, 1956, pp. 465.

<sup>41</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2da edición, Porrúa, México, 1994, pp.639

procreación que la liga con otra. b) Estado social: en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas y trasciende en la sociedad. C) Estado Civil: implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad”<sup>42</sup>. De lo expuesto se puede advertir que la filiación le genera un estado a los hijos que es de trascendencia frente a los terceros y también de vital importancia en el desarrollo integral del hijo dentro de los lazos familiares, al reconocerle un lugar dentro de la familia con derechos y deberes. Por ello considero que esta es la característica de mayor importancia que posee la filiación porque permite el reconocimiento de un ser humano como integrante de una familia dentro de ella y frente a los demás, dejas de estar solo porque eres parte real de una familia.

### **2.2.3. Clasificación**

Hay muchos autores que manejan su propia clasificación de la filiación, para este estudio se tomará la clasificación tradicional de filiación, la cual es la base de las distintas clasificaciones que han surgido:

- a) Filiación por naturaleza, procreación
- b) Filiación adoptiva, voluntad

#### **2.2.3.1. Filiación por naturaleza**

Está circunscrita a la unión natural o biológica que existe entre el padre y el hijo, esta filiación se divide en matrimonial y no matrimonial, siendo la primera clasificación aquella en donde el hijo es concebido y nacido dentro de los lazos del matrimonio, los segundos han sido concebido y nacidos fuera del matrimonio. Pero hay que resaltar de esta clasificación, que hay una igualdad en los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, siendo actualmente prohibida cualquier tipo de mención a su filiación, reconocido así en la Constitución.

---

<sup>42</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique, “*Tratado de Derecho de Familia, derecho de la filiación*”, Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 1era, mayo del 2013, pp. 73 Tomo IV.

Aquí encontramos la presunción que el hijo tenido por mujer casada se reputa hijo de su marido, el artículo 361 del Código Civil regula: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”

La declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna se sustenta en la investigación judicial de la paternidad y se origina cuando el padre desconfía de la verdad del vínculo paterno-filial. Nuestro ordenamiento jurídico recoge expresamente los casos en donde se configuraría la declaración judicial de filiación extramatrimonial en el artículo 402 del Código Civil.

### **2.2.3.2. Filiación adoptiva**

El acto de la adopción genera el efecto de desvincular de forma absoluta al hijo adoptivo de su familia consanguínea o biológica, llegando a formar parte integrante de la familia adoptiva. Con la legislación de Justiniano se produce ese resultado pero únicamente cuando el hijo es dado en adopción a un ascendiente, en todos los demás casos las repercusiones de la adopción son menos importantes pues el hijo mantiene sus lazos jurídicos con su familia de origen y adquiere un derecho sucesorio en caso de fallecimiento del adoptante.

En efecto, la adopción confiere al adoptado, en virtud de una sentencia judicial, el estado familiar de hijo consanguíneo matrimonial de los adoptantes con todas sus características de permanencia en el tiempo, esto con base al Art. 377 del Código Civil<sup>43</sup>, este carácter se encuentra estrechamente vinculado al hecho de que la adopción sea una ficción legal. Así, se descarta de los hechos de la realidad biológica el verdadero estado familiar del adoptado para sustituirlo por una situación ficticia o irreal, con el propósito de alcanzar un resultado socialmente favorable y beneficioso para el adoptado.

Este tipo de filiación desliga completamente al adoptado de su familia biológica para hacerlo entrar en una nueva familia con los

---

<sup>43</sup> Art. 377.- **Definición**

Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

mismos derechos y obligaciones de un hijo matrimonial de los adoptantes o simplemente consanguíneo, en nuestro caso los hijos de cualquier clase están equiparados por disposición legal pues confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen o biológica crea un estatus familiar, viene a hacer una equiparación total y sin ninguna restricción de la filiación biológica, de esta manera los adoptados forman parte para todo efecto de la familia del adoptante. Por otra parte el adoptado de manera plena se desvincula de forma total de su familia consanguínea, de cual no le corresponden ni derechos, ni deberes.

#### **2.2.4. Elementos para la filiación**

Como toda figura jurídica, la filiación tiene sus elementos propios que la constituyen, los mismos que determinan si se está ante una filiación o no siempre y cuando concurran.

##### **A. Sujetos**

Aquí encontramos al hijo y el padre y/o la madre. El hijo, es el sujeto activo de la filiación, el pariente consanguíneo en línea recta descendente de primer grado. El llamado padre y/o madre vendría a ser el sujeto pasivo, es el pariente consanguíneo en línea recta ascendente de primer grado.

##### **B. Objeto**

Por objeto podríamos entender que es de donde se origina la filiación ya sea natural o por adopción y debe estar reflejado en la partida de nacimiento.

##### **C. Hechos**

Como dice Magallón Ibarra: “son hechos naturales del hombre que se toman en consideración por el Derecho y tienen relación con la paternidad y la filiación y es que la procedencia de los hijos no es solo

una cuestión que interese a los padres e hijos sino también a la humanidad y al Estado”<sup>44</sup>.

### **2.2.5. Derechos fundamentales en la filiación**

Se debe tener en cuenta que con la filiación se protege derechos fundamentales como es el caso del derecho a la identidad, el derecho a conocer los orígenes, el derecho a la identificación y a la documentación.

#### **2.2.5.1. El derecho a la identidad**

Se encuentra entre los derechos implícitos en nuestra Constitución y expresamente sostenido en los Arts. 7° y 8° de la Convención de los Derechos del niño, de jerarquía constitucional. Ya ha referido este Tribunal que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución, *"entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)"*<sup>45</sup>. *"La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros"*<sup>46</sup>.

De esta forma, cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero aun *"cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por*

---

<sup>44</sup> MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Porrúa, México, pp. 441.

<sup>45</sup> STC 2273-2005- PHC/TC, FJ N°21.

<sup>46</sup> *Ibidem*, FJ N° 22.

*citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral*<sup>47</sup>. El derecho a la identidad deriva de la dignidad del ser humano y así podemos referirnos a la identidad personal, como el derecho de la persona al reconocimiento de parte de los demás de lo que ella es y representa, incluye identidad biológica y de los signos distintivos del sujeto como el de su propia personalidad o manera de ser.

Para llegar a individualizar a una persona como tal, ésta debe estar identificada y eso se logra con el nombre, que es un elemento individualizador de la persona, sin embargo ello no es suficiente, pues esa persona para que pueda reclamar sus derechos fundamentales en el ámbito familiar, debe haber asumido su posición de hijo respecto de sus padres, y esto se llama filiación, en tanto que aquel que no ha logrado establecer su relación paterno y materno filial, será un individuo pero sin derechos familiares para sí, y por lo tanto estaríamos ante un derecho a la identidad disminuido, recortado en cuanto a los derechos que ella encierra. Por ello se hace necesario que la persona haya tomado su posición legal de hijo respecto de sus padres, y así la filiación, es fuente generadora de derechos y también de deberes, y va diseñando el contexto familiar en el cual se desenvuelve.

#### **2.2.5.2. El derecho a relacionarse con la familia de origen**

El derecho a relacionarse con la familia de origen integra también el amplio concepto de derecho a la identidad que estamos analizando. Se revaloriza entonces la preservación de los vínculos o relaciones familiares, aún en los casos en que los padres se encuentren separados o divorciados, o alguno de ellos se encuentre en una institución carcelaria. Esto se relaciona indudablemente con la responsabilidad parental, o mejor dicho "coparental", a los efectos de destacar la importancia del mantenimiento del vínculo con ambos progenitores.

Este derecho a relacionarse con la familia de origen se encuentra conexas pues al principio de la paternidad responsable, al indicar que los

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, FJ N° 23.

padres tienen obligaciones para con sus hijos, obligaciones que se sustentan en la patria potestad. El artículo 18° inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño mantiene dicho criterio.

### **2.2.5.3. El derecho a la identificación y el derecho a la documentación**

Por ello la importancia de que se adopte un procedimiento ágil para la efectiva satisfacción de estos derechos. Aún las personas indocumentadas, tienen derecho a obtener la documentación referida a su documentación.

En cuanto al sistema de identificación, este derecho aparece expresamente recogido en el artículo 7°, numeral 1, de la convención de los derechos del niño, con el siguiente texto: *"El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."*<sup>48</sup>

### **2.3. La Patria Potestad**

Sabemos que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Así, el artículo 418° de nuestro Código Civil establece: *"Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores"*.

Como bien se ha dicho, "es la Convención sobre los Derechos del Niño la que resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño (artículo 18, numeral 1). Por

---

<sup>48</sup> Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

ello, se postula que en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ambos padres atiendan al interés de los hijos”<sup>49</sup>.

Determinada la filiación, la titularidad de la patria potestad corresponde, en principio, a ambos padres. Por ello se puede señalar que la filiación surge del parentesco y la patria potestad de la filiación. A través de esta doble estructura- filiación/ patria potestad- se componen los derechos subjetivos de los padres e hijos y expresa que la posición jurídica de los progenitores con respecto del hijo es compleja y en ella se encuentra la potestad<sup>50</sup>.

Entonces podríamos afirmar que al ser la patria potestad un conjunto completo de obligaciones entre los padres y los hijos, no son independientes ni autónomos, por el contrario requiere de un correlato, de una exigencia debida a la otra parte.

### **2.3.1. Los derechos del Padre**

Nuestro Código Civil recoge estos derechos en el artículo 423° y en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo estos:

- a. A reconocer a sus hijos
- b. A reconocer la patria potestad
- c. Administrar los bienes del hijo
- d. Aprovechar de los servicio de sus hijos (según su edad y condición y sin perjudicar su educación)
- e. Administrar y usufructuar los bienes de sus hijos
- f. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.

### **2.3.2. Los deberes del Padre**

Nuestro Código Civil recoge estos deberes en el artículo 423 y en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo estos:

---

<sup>49</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *La Patria Potestad. En: “El Código Civil Comentado por los 100 mejores juristas”*. Editorial Gaceta Jurídica. pp. 90 Tomo III 2° parte.

<sup>50</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique, *“Tratado de Derecho de Familia, derecho de la filiación”*, Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 1era, mayo del 2013, pp. 73 Tomo IV.

- a. Proveer el sostenimiento y educación de los hijos.
- b. Dirigir el proceso educativo y capacitación de los hijos para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- c. Corregir moderadamente a los hijos, y cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
- d. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- e. Velar por su desarrollo integral
- f. Darles buenos ejemplos de vida
- g. Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil.

### 2.3.3. Derechos de los hijos

El hijo es el beneficiario directo de la filiación y por ello le corresponden derechos inherentes que garantizan su desarrollo en la familia y en la sociedad.

- a. A la vida<sup>51</sup>
- b. A ser reconocidos por los padres.
- c. A que se omita en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad el estado civil de sus padres y la naturaleza de su filiación.
- d. Al nombre.
- e. A heredar.
- f. A los Alimentos.
- g. A la igualdad entre hermanos.
- h. A la nacionalidad-*Iussanguinis*.
- i. A tener una familia y a medida de lo posible a crecer en ella.
- j. A la identidad<sup>52</sup>
- k. A no ser separado de sus padre, a menos que sea por su propio bien<sup>53</sup>.
- l. A opinar de acuerdo con su edad y madurez, y que sea tenida en cuenta cuando las personas adultas vayan a tomar una decisión que los afecten<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>52</sup> Ibídem artículo N° 8.

<sup>53</sup> Ibídem artículo N° 9.

<sup>54</sup> Ibídem artículo N° 12.

m. A la ley más favorable<sup>55</sup>

Sintetizando lo antes manifestado, se puede señalar que la filiación, como eslabón que une las relaciones padre/madre e hijos, es de vital importancia en el desarrollo de cualquier ser humano porque permite un estado de pertenencia de un individuo a una familia, debido a su trascendencia estas relaciones requieren una protección Estatal, es así que en la patria potestad se devela su protección asignándole derechos y obligaciones que se deben cumplir para el mejor desarrollo del ser humano en familia y por ende en la sociedad.

Entonces podríamos afirmar, que cualquier relación no puede ser asemejada a la relación filio-paterna, toda vez que papá y mamá solo tenemos uno, asimismo no sería justo que las obligaciones desprendidas de la patria potestad como los alimentos y la tenencia se la adjudiquemos a quien no es el padre o la madre, pues no se le podría obligar a cumplir con dichas responsabilidades si carece de todo derecho frente al hijo.

#### **2.4. La “Familia Ensamblada” como instituto natural**

Hay que advertir que el artículo 4 de la Constitución afirma que “La familia es un instituto natural y fundamental de la sociedad”, ello significa: “a) que la familia es una realidad exigida por la misma naturaleza del hombre; b) Que el derecho natural impele al legislador a regularla jurídicamente; c) Que la regulación jurídica tiene por objeto proteger y garantizar su estructura fundamental y determinar todos aquellos aspectos concretos que no vienen definidos por los principios naturales.”<sup>56</sup>

Para determinar si la figura de la “familia ensamblada” se encuadra dentro de lo reconocido como familia y en consecuencia ser un instituto natural para gozar de protección estatal como lo señala el TC en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, debemos de recordar que existen muchas definiciones de lo que es una familia y es que cada autor tiene su propia conceptualización de la familia, para este estudio utilizaremos el modelo de familia garantizado por la Constitución que: “Está determinado por la idea de la generación humana y la convivencia de

---

<sup>55</sup> Ibídem artículo N° 41.

<sup>56</sup> Academia de la Magistratura, “*Familia, Niños, adolescentes y Constitución*”. Pp. 73.

parejas heterosexuales. Desvincula la familia del matrimonio. Se adhiere a la corriente de protección integral de la convivencia *more uxorio*. Todo ello significa que el matrimonio no es ya la única fuente de constitución de una familia y que la familia que se protege es una sola, sin considerar su origen matrimonial o extramatrimonial.”<sup>57</sup>

De lo advertido en el apartado de la institución de la familia, podemos traer a colación los pilares del modelo constitucional de la familia siendo estos: a) el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, b) el matrimonio y la unión de hecho propias cuando son generadoras de relaciones de filiación.

Para resolver esta cuestión jurídica: ¿Si las “familias ensambladas” son familia y por ende institución natural? Se deberá revisar su conceptualización en nuestro ordenamiento jurídico, la misma que se revisara en el siguiente apartado.

#### **2.4.1. La “Familia Ensamblada” desde una mirada del TC**

En este apartado se desarrollará la definición de las “familias ensambladas” desde la visión de nuestro Máximo intérprete de la Constitución, posición recogida en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, todo ello para que al final de este apartado se exponga nuestra posición jurídica al respecto, asimismo responder a la cuestión jurídica antes planteada.

##### **2.4.1.1. Concepto y extensión del término “familia ensamblada”**

En el Expediente N° 09332-2006-PA/TC el TC conceptualiza a las “familias ensambladas” como: “(...) 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

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 90.

matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”<sup>58</sup>.

De lo expuesto, se podría deducir las siguientes afirmaciones: a) Es una nueva estructura familiar, b) Surge de un nuevo matrimonio, compromiso o unión concubinaria de una pareja, c) Uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.

Se debe hacer una interpretación de todas las normas legales para comprender lo señalado por el TC en un sentido restringido, toda vez que no hace mención a la orientación sexual de los integrantes de estas nuevas parejas, pero al señalar que surge de un nuevo matrimonio o unión concubinaria, se entiende que es entre hombre y mujer, porque en eso consiste el matrimonio y las uniones de hecho reguladas en nuestro ordenamiento, además de ello, éstos podrían ser progenitores de hijos de relaciones previas y convivir con ellos bajo un mismo techo formando una nueva estructura familiar independiente de la anterior, asumiendo roles simultáneos de padres respecto de sus hijos, y de padrastros y madrastras respecto de los hijos propios de su pareja.

En la mayoría de los países de habla hispana, a excepción de Argentina, donde se las conoce como “familias ensambladas”, y de México, como “familias de segunda vuelta”, no poseen un nombre específico que las designe. Como señalábamos más arriba, se habla de “familias re-compuestas”, “re-constituidas”, “re-construidas”, “re-organizadas”, etc. términos donde el prefijo “re”, más que referirse a una configuración con una identidad propia, pareciera indicar algo que se recompuso luego de haberse roto o destruido. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el prefijo “re” hace referencia a “reintegración” o “repetición”, de modo que “reconstituir” (re-constituidas) quiere decir “volver a constituir” o “re-hacer”; “re-componer” (recompuestas) significa “volver a componer”. Sin embargo, de ninguna manera, la nueva familia es una re-composición, una reparación o un arreglo de la anterior.

---

<sup>58</sup> Expediente N° 09332-2006-PA/TC, F.J N° 8.

#### 2.4.1.2. Características y rasgos

A decir del TC “Por su propia configuración de las “familias ensambladas” tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la “familia reconstituida”, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo”<sup>59</sup>. De ello se podría advertir que las “familias ensambladas” se caracterizan en que: a) tienen una dinámica diferente, b) tienen problemas en los vínculos, deberes y derechos entre sus integrantes.

Cuando el TC señala que procederá a revisar, lo que hace en los siguientes fundamentos es describir la relación entre los padres afines y el hijastro, como si fuese la única relación que surge al interior de las “familias ensambladas” o si fuese ésta la única que necesita una aclaración. Dejando grandes vacíos jurídicos en los apartados subsiguientes, pues más que dar precisiones a esta nueva forma familiar, lo que hace es describir algo en abstracto, no llegando a justificar su afirmación que las “familias ensambladas” son familia.

Pero si realmente se sostienen como una familia, el TC no debió de señalar que presenta problemas en los vínculos, deberes y derechos en su interior, porque al presumirse familia, como instituto natural estas relaciones de filiación son intrínsecas al hombre coberturadas ya de protección y regulación Estatal, entrando en contradicción el TC al sostener que las familias ensamblas son familia pero al mismo tiempo tiene problemas en relación a la filiación.

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

---

<sup>59</sup> *Ibidem* F.J N° 9.

con los hijos de su pareja antes de asumir dicho rol, debiendo contar para ello con el apoyo del cónyuge.

### 2.4.1.3. La Asimilación de los hijastros como hijos

El TC en el expediente N° 09332-2006-PA/TC<sup>60</sup> nos habla de una asimilación de los hijastros como hijos que se lograría con la aplicación de ciertas características como: “habitar, compartir vida familiar con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento”<sup>61</sup>.

La visión de la asimilación de los hijastros a hijos que propone el TC está constituida por rasgos notables que deben desarrollarse al compartir la vida familiar, pero quién sería el encargado de indicar que cierto grupo familiar se ha convertido en una “familia ensamblada”, porque ha cumplido con las características señaladas y si no se cumplieran, este grupo dejaría de ser una familia ensamblada y si fuera así qué sería y quién lo determinaría.

Refiriéndome en especial al rasgo peculiar de la estabilidad, de lo que se evidencia en la realidad pareciera poco posible que una de estas uniones pueda mantenerse en el tiempo de forma estable, aunque no cuento con datos sobre el tema en el contexto nacional, la durabilidad de estas familias es bastante fluctuante, “en tanto que en ocasiones las personas pasan una buena parte de la vida ensayando su proyecto de vida y ensamblan y desensamblan familia con una vertiginosidad pasmosa”<sup>62</sup>.

Y ¿en qué consiste este proceso de asimilación y en qué momento un hijastro se asimila a un hijo o quién es el encargado de darle el estado de hijo al hijastro? Estas son varias de las incógnitas que van apareciendo con las afirmaciones, sin argumento jurídico alguno, que hace el TC en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

Debemos de recordar lo estudiado en los apartados anteriores sobre la institución jurídica de la filiación que puede ser natural con la concepción y jurídica a través de la adopción, y esta nueva propuesta de

---

<sup>60</sup> Ibídem F.J N° 14.

<sup>61</sup> Ibídem F.J N° 12.

<sup>62</sup> PAVAN, Valeria, “La familia ensamblada”, en [www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/ELOO17111.pdf](http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/ELOO17111.pdf), pp. 2.

filiación no encajaría ninguna, por el contrario al aceptarla se estaría vulnerando los derechos de los hijos, porque el estado de hijo no puede ser atribuido a cualquier individuo, toda vez que esta vinculación viene revestida con obligaciones y derechos; la misma que goza de protección constitucional. “La asimilación de los hijastros a los hijos que realiza el TC es preocupante por las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de este criterio establecido por el tribunal. De admitirse que el hijastro y el hijo deben ser tratados de la misma forma, se derivaría que el hijo del cónyuge también podría exigir llevar el apellido de su padrastro o exigirle judicialmente alimentos, más aún, ser considerado heredero forzoso y participar de la legítima o herencia del padre afín como si fuera hijo suyo. Esta situación produciría consecuencias injustas y la discriminación del verdadero hijo”<sup>63</sup>. No podemos olvidar o pasar por desapercibido el hecho que el estado de hijo requiere un reconocimiento ya sea a través de una partida de nacimiento o en una sentencia judicial, esta no puede ser dada por hechos como lo intenta sostener nuestro TC, porque se quebrarían muchos principios y en especial el derecho de los hijos a ser reconocidos como tal y a no ser tratados en desigualdad, además no se necesita una asimilación de los hijastros a hijos porque nuestro Código del Niño y Adolescente en su artículo 128<sup>64</sup> recoge la adopción por excepción, por el cual no se necesita dar más vuelta al asunto, toda vez que si se quiere dar derechos y obligaciones a la relación entre el hijo y el padre afín, éste lo puede adoptar y se configuraría una filiación por adopción, aclarándose así el detalle de los problemas en su vinculación, deberes y obligaciones de las “familias ensambladas”.

---

<sup>63</sup> SANCINIENA ASURMENDI, Camino y GONZALES PEREZ, Maricela en “*La forzada igualdad entre el hijo y el hijastro. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2007*”. Revista de Derecho de la Universidad de Piura. pp. 331.

<sup>64</sup> **Art. 128. Excepciones**

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

- a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantiene los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos.
- b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y
- c) EL que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de dos años.

Con lo expuesto se puede advertir que se va aclarando el camino para dar respuesta a la cuestión jurídica planteada en este capítulo: ¿Si las “familias ensambladas” son familia y por ende institución natural?

Al señalar que uno de los pilares del modelo de la familia constitucional son las relaciones de filiación que surgen a su interior, se puede advertir que para el caso de las “familias ensambladas”, cada progenitor generaría relaciones de filiación con su propio hijo mas no con el hijo de su cónyuge, por lo cual para configurar la entidad de la familia basta que estos nuevos progenitores tengan un hijo en común (vínculo de filiación) o contraigan nupcias (vínculo matrimonial), coexistiendo tres familias en sí mismas.

Entonces la “familia ensamblada” se configuraría en familia en el momento en que los nuevos cónyuges originen nuevas relaciones de filiación comunes para ellos ya sea por la concepción o la adopción, teniendo derecho a la protección garantizada por nuestra Constitución, mientras este hecho no suceda siguen manteniendo protección de forma independiente en relación a la familia que se forma entre cada cónyuge con su hijo respectivamente, porque de esta forma se puede garantizar la efectividad de la protección y además porque deviene en imposible anular o cancelar las relaciones filiales generadas con los progenitores o padres de los hijos por el solo hecho de formar otra familia con otro cónyuge.

Con lo expuesto a este punto, se puede advertir que las consideraciones hechas por nuestro TC han devenido en grandes enredos conceptuales y vacíos legales, quedando en incertidumbre muchas cuestiones jurídicas aperturadas con este expediente materia de este análisis, se advierte que no es el objeto de esta tesis la problemática de las “familias ensambladas” pero es trascendencia explorar este tema de manera referencial para llegar a determinar si la posición del TC ha sido la más idónea o en qué se podría mejorar.

#### **2.4.2. La Problemática jurídica de la “familia ensamblada”**

Con acierto se apunta que: “En estas nuevas familias se da un entramado de relaciones más complejo, dado que no solo interactúan en el escenario familiar el padre, la madre y los hijos sino que uno de los

progenitores vive fuera de ese núcleo pero no por eso deja de ejercer también su influencia, amén de que los integrantes aportan experiencias referidas a su vínculo anterior”<sup>65</sup>, y como entramado de relaciones coexisten varios problemas jurídicos que requieren de atención del derecho para ser resueltos y garantizar la protección de las “familias ensambladas” en su instituto natural.

En los siguientes párrafos se han señalado tres problemas, que obviamente no son los únicos ni mucho menos los más graves, sino que su estudio nos ayudará a comprender la realidad social que vive la implementación de este nuevo concepto de las “familias ensambladas” en nuestra sociedad.

#### **2.4.2.1. Los progenitores afines**

En palabras de Lorena Contreras: “La idea de familias ensambladas es construida para designar familias que se conforman sobre la base de pérdidas y cambios tales como la viudez, la separación o el divorcio, que parten de un segundo matrimonio y van adquiriendo por lo tanto, una dinámica diferente. Uno o ambos miembros de la pareja poseen hijos de una relación anterior: aparecen hijos que anteceden a la relación de pareja, hay un progenitor en otra casa o en la memoria y niños que se trasladan entre dos hogares, ya que hay más de dos adultos en rol *parental*; sus miembros comparten hábitos, costumbres y tradiciones aprendidos en otro hogar”<sup>66</sup>.

Lo cierto es que el estereotipo reinante hasta nuestros días, presenta a las madrastras y a los padrastros como seres crueles e indeseables. Los vínculos madrastra e hijastros/as, padrastro e hijastros/as son el eje alrededor del cual se configura la “familia ensamblada”. Una mirada al contexto en el cual nace y perdura el mito, da cuenta que éste acompaña a una ideología social que propugna el ideal normativo *familia nuclear* (padres e hijos) como la única forma válida de familia. Cotidianamente en la vida familiar, las madrastras y los padrastros son

---

<sup>65</sup> PAVAN, Valeria, “La familia ensamblada”, en [www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/ELOO17111.pdf](http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/ELOO17111.pdf), pp. 5.

<sup>66</sup> LORENA CONTRERAS, Verónica, “Familias ensambladas. Aproximaciones histórico-sociales y jurídicas desde una perspectiva constructorista y una mirada contextual”, en *Portularia*, volumen VI, N° 2-2006, Universidad de Huelva, pp.142.

llamados por su nombre o bien mediante frases en las cuales se mediatiza el vínculo a través de la figura del progenitor: “la esposa de mi papá” o “el esposo de mi mamá”, eludiendo la relación directa.

Con los padres afines se pone fin a la terminología popular que daba el lenguaje cotidiano a estas relaciones familiares, para pasar a denominarse progenitor afín al cónyuge o conviviente con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño adolescente. Designaciones que derivarían del vínculo de afinidad que une a un cónyuge con los hijos del otro. Aun cuando en nuestro país el conviviente de la madre o el padre no se encuentra comprendido en dicho lazo de parentesco, parece razonable, desde el enfoque social, considerarlo incluido por la similar función que cumple en el “hogar ensamblado”.

Ante la ausencia de normatividad positiva, el TC tratando de superar en parte, dicho vacío legal, ha establecido que: “Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237.º del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242.º del CC)”<sup>67</sup>. Es así que se genera entre los padrastros e hijastros, en una familia ensamblada un parentesco por afinidad, originándose los padres y madres afines, al que le resultaría extensivo los derechos, prohibiciones e incompatibilidades previstas en el Código Sustantivo, sin embargo queda como labor para el legislador o la jurisprudencia determinar, si a dicho parentesco podría corresponderle los derechos, obligaciones y prohibiciones, inherentes a un parentesco en línea recta en primer grado. Si se asumiera dicha equivalencia jurídica, el hijastro por ejemplo, se encontraría facultado para reclamar a su padrastro una pensión alimenticia.

#### **2.4.2.2. Los deberes y derechos entre los padres afines a los hijos de su cónyuge**

Aunque estas familias cumplen las funciones habituales de cualquier familia, tienen rasgos propios y problemas particulares. Se trata de una estructura compleja, con nuevos lazos que se agregan y

---

<sup>67</sup> Expediente. N.º 09332-2006-PA/TC. F.J Nº 10.

convivencia de hermanos de distinta sangre que no dejan de ser fraternos. El problema central de estas familias es la ambigüedad en los roles, particularmente en la relación de un cónyuge o conviviente con los hijos del otro. Si los roles de los padres biológicos son claros, en cambio, no hay lineamientos institucionales que legitimen las acciones del padre o madre afín, quienes, a menudo, no saben cómo actuar.

El aspecto más difícil de la vida de la “familia reconstituida” es la crianza de los hijos de tu cónyuge, sin saber cuánto se puede intervenir y si se tiene derecho para opinar en las decisiones relacionadas con la educación, alimentación y recreación de los hijos de tu cónyuge, asimismo cuál es el grado de obediencia que éstos deben a los padres afines y si les es exigible obligaciones frente a ellos.

En una revisión comparada de esta estructura familiar, encontramos el nuevo código Civil y comercial<sup>68</sup> Argentino que regula derechos y

---

<sup>68</sup> **ARTÍCULO 672.- Progenitor afín.**

Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

**ARTÍCULO 673.- Deberes del progenitor afín.**

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.

**ARTÍCULO 674.- Delegación en el progenitor afín.**

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.

**ARTÍCULO 675.- Ejercicio conjunto con el progenitor afín.**

En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente.

Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor.

Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.

**ARTÍCULO 676.- Alimentos.**

deberes de los progenitores e hijos afines, entre los que encontramos: la responsabilidad en la crianza del hijo del otro, la figura de la responsabilidad parental, los alimentos a los hijos del otro. Para el caso nacional es de reconocer que no existe regulación alguna que describa los derechos y deberes que el TC declara de titularidad de los padres afines.

Aquí tenemos una propuesta de solución que brinda el TC en el Exp. 04493-2008-AA, a la inmensa interrogante sobre los derechos y deberes de los padres afines frente a los hijos de su pareja. Al proponerla la enuncia en los términos siguientes: “No obstante, en nuestro país no existe regulación alguna sobre este tipo de estructura familiar. Así, por ejemplo, no se ha determinado si deben existir o no obligaciones y derechos entre los padres afines (progenitores sociales, padres no biológicos) y los hijos afines. Es por ello que el caso referido *supra*, fue resuelto sobre la base de la interpretación de principios constitucionales. Y es que a falta de reglas expresas, a partir de los principios constitucionales pueden inferirse reglas a fin de dilucidar el conflicto intersubjetivo de relevancia jurídico-constitucional”<sup>69</sup>.

En este fundamento el TC nos compele a utilizar la interpretación de los principios constitucionales para resolver el vacío legal advertido, entonces se dejaría abierta la posibilidad de interponer una demanda de alimentos contra el padre afín del hijo, ya quedaría en el criterio del magistrado al hacer su valoración e interpretación de los principios constitucionales para admitirla o no a trámite.

Pero en fundamentos posteriores el TC utiliza la doctrina comparada para señalar que los padres afines pueden compartir la responsabilidad frente a los hijos de su pareja, siendo simples orientaciones para que el juez defina algún tipo de regla para utilizar al caso concreto: “Puesto que en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas, es factible recurrir a la

---

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

<sup>69</sup> Expediente. 04493-2008-AA F.J. N° 18.

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 [FERRANDO, Gilda. “Familias recompuestas y padres nuevos”, en: *Revista Derecho y Sociedad*. N.º 28, Lima, 2007, Año XVIII, p. 318]. Asimismo, a manera de ejemplo, puede apreciarse lo establecido en el artículo 278, numeral 2), del Código Civil suizo, que indica que cada cónyuge debe cumplir recíprocamente con el deber alimentario del niño nacido antes del matrimonio, de manera razonable. Si bien en este ejemplo se circunscribe la figura al cónyuge y no al conviviente, es de recordarse que estas referencias son orientaciones a partir de las cuales el juez puede, en concordancia con los principios constitucionales nacionales, definir algún tipo de regla”<sup>70</sup>. Entonces podríamos resumir que en la idea del TC cabe la posibilidad de obligar a los padres afines a cumplir con la obligación alimentaria de sus hijastros, siempre y cuando sea valorado en cada caso concreto por el Magistrado.

A la luz de la glosada sentencia del TC, la jurisprudencia constitucional y la especializada en familia, se encuentran llamadas a suplir los vacíos de la ley, mediante aplicación de los principios constitucionales, y echando mano además de la doctrina, y la legislación comparada, al resolver controversias derivadas de las relaciones entre los integrantes del modelo familiar materia de análisis.

Por ello, resulta relevante mencionar, que en el ámbito de la legislación comparada, la Corte de Justicia del Estado de Vermont, decidió que los padres afines tienen deber de dar asistencia a los hijastros si éstos viven en la misma casa y los recursos del padre natural o adoptivo son insuficientes.

En Latinoamérica, el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), de Uruguay, en su artículo 51, regula el supuesto por el cual el concubino o concubina, debe asumir el rol de deudor subsidiario respecto de los hijos del otro integrante de la pareja. Asimismo, en su artículo 45, el mismo CNA, establece el deber de asistencia familiar, constituido por

---

<sup>70</sup> *Ibidem* F.J N° 21.

los deberes a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos. También indica que en caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de los padres, éste será prestado subsidiariamente por los ascendientes más próximos y si no existieran o no estuvieran en condiciones, por el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario.

En resumidas cuentas considero que los padres y madres afines no se encuentran legitimadas para cumplir con obligaciones, toda vez que no tienen reconocido ningún derecho frente a los hijos de su pareja, además considero que esto sea así, en parte es muy conveniente, toda vez que estas estructuras familiares están buscando estabilidad, por ello están siempre en transición.

En este punto cabe preguntarse lo siguiente: ¿Cómo se podría asegurar, que no concluirá la convivencia de ésta “familia ensamblada” y se empezará otra?; las obligaciones alimentarias adjudicadas terminarían como es lógico pero, ¿qué sentido se le podría dar a lo aportado económicamente en: la educación, alimentos y vestimenta de hijos que no son propios, si luego de un tiempo se van a ir y tendrán un nuevo padre o madre afín. Situación que no se asimila a la relación filio-paternal porque así los hijos sean malos o buenos, siempre serán hijos propios pese al lugar donde vivan o los años que hayan pasado.

Aunado a ello está el hecho de la pretendida sustitución de la filiación consanguínea o legal por otra afectiva, como escribía Carbonnier “en la constitución de la familia, elemento carnal, biológico ha perdido su importancia en provecho del elemento psicológico, afectivo... La familia ya no es el indivisible sistema tejido *jure sanguinis*, es un medio educativo que solo existe a condición de ser diariamente vivido”<sup>71</sup>.

En todo caso, lo más saludable será que cada padre y madre afín sepa desempeñar el rol que le corresponda, no pudiendo invadir el terreno que le pertenece al padre o a la madre biológica o adoptiva, conviva o no con su hijo, porque no podemos olvidar que la patria potestad de los padres no se ha extinguido.

---

<sup>71</sup> Citado por Rebourg, Les Famillesrecomposées: la prise en charge de l' enfant par son beau-parent pendant la vie commune, Actualitejuridiquefamille, 2007, ob.cit., pp. 290.

En las “familias recompuestas”, donde los padrastros, que son jurídicamente extraños en relación al niño, ocupan funciones de padre, ambos términos aparecen disociados, por ello la ausencia actual de reglas apropiadas pone de manifiesto la inconsistencia en derecho de la noción de padre- madre afín.

#### **2.4.2.3. La legitimidad de los padrastros para la defensa de los derechos de los hijos de su cónyuge**

La cuestión del reconocimiento jurídico de las relaciones entre una persona y los niños de su cónyuge o concubino no es nueva. La viudez estuvo durante mucho tiempo en el origen de las familias reconstituidas; con el paso del tiempo, la introducción y sucesiva liberalización del divorcio y la difusión de la convivencia *more uxorio* y de las familias mono parentales, han aportado en la ampliación de los hechos que originan la creación de estas estructuras.

Ante estas realidades, lo cierto es que, en la práctica, cada vez son más los niños que viven con el cónyuge o la pareja de su padre. Se ha creado un nuevo tipo de relación, acorde con un derecho de familia, ahora más flexible y que trata de adecuarse a la realidad social. Se trataría de una relación que obviamente no hace parientes a los que no lo son, pero convierte en familiares a los que no lo eran<sup>72</sup>.

Pero no hay que olvidar que con todos estos padres afines puestos en escena, se llevaría a plantear una posibilidad de una paternidad múltiple o cuasi-paternidad, es por ello que es de vital importancia que se evalúe adecuadamente el posible reconocimiento de más o menos derechos a un padre “no legal” o afín a partir de la relación especial que este mantiene con el menor y con el padre legal o si, por el contrario, sea más conveniente y adecuado que se mantenga el binomio tradicional : padre y no padre, nada de padre afín.

En otras legislaciones nos encontramos ante la figura de la “autoridad Familiar”<sup>73</sup> que no es equivalente a la institución de la patria

---

<sup>72</sup> DIAZ, Alabart, “*El pseudo estatus familiae en el Código Civil. Una nueva relación familiar*”, Anuario de Derecho Civil, tomo LVIII, fascículo II, abril-junio, 2005, pp.856.

<sup>73</sup> Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, en su exposición de motivos. España.

potestad, y que habitualmente lleva consigo la gestión de bienes del hijo, pero no como esencia del poder paterno, sino como función a la autoridad familiar, puesto que puede corresponder a otras personas distintas de los padres (padrastra o madrastra, abuelos, hermanos mayores), sin darles acceso por ello a la gestión de los bienes. La diferencia entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental conduce a interpretar “cualquier titular” como todo sujeto que ejerce dicha responsabilidad, pudiendo recaer dicho ejercicio sobre un gran número de personas dependiendo de la amplitud concedida en cada ordenamiento, mientras que la atribución de la titularidad suele ser más estricta al corresponder por lo general a los padres desde el nacimiento del niño.

Para el caso de estudio, se puede advertir de lo expuesto en los párrafos anteriores, que no existe ningún reconocimiento de algún derecho del padre afín sobre sus hijastros, por lo cual a falta de este reconocimiento, el padrastra/pareja es un tercero que no tiene ningún derecho sobre el niño, aunque voluntariamente preste cuidados afectivos y económicos, no forma parte de su familia. Estos ligámenes “cuasifamiliares” no tienen ningún reconocimiento jurídico, salvo quizás en caso de mandato o delegación de autoridad parental en algunos ordenamientos y no en el nuestro, donde la patria potestad recae sólo sobre los padres<sup>74</sup> y por ende la representación legal de los mismos recae sólo sobre sus padres. Sólo el establecimiento de un vínculo de filiación permitiría la atribución de la autoridad parental para el padrastra, porque se convertiría en su padre, por lo cual para el caso de autos se podría afirmar que el padre afín no se encontraba legitimado para representar a su hijastra.

En palabras del TC aclara que “la diferenciación realizada por un club privado entre la hija biológica y la hija afín del demandante (quien era socio del club) no era razonable, configurándose un acto arbitrario que lesionaba el derecho de los padres a fundar una familia. Es de precisar que el Tribunal no expresó en ninguna parte de tal sentencia que los hijos afines y biológicos gozaban de los mismos derechos y obligaciones, tan solo se resolvió que la diferenciación no resultaba

---

<sup>74</sup> **Artículo 419Ejercicio común de la patria potestad.**

La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo (...).

constitucionalmente aceptable, dada la finalidad que club tenía, en tanto que afectaba la identidad familiar del demandante”<sup>75</sup>, al verse vulnerado la identidad familiar del demandante en los derechos constitucionales a fundar una familia y el derecho a protegerla, se resolvió dicho conflicto jurídico, sin admitir una igualdad entre los derechos de los hijos biológicos y los hijastros, por lo cual la hijastra no puede ser representada por su padrastro por no gozar del derecho de representación legal que deviene de la patria potestad. Pero hay que señalar que la conjunción de estos dos derechos (derecho a fundar una familia y derecho a protegerla), por tanto, le dan legitimidad a una persona que no tiene vínculo consanguíneo con una tercera persona, a asumir una legitimación procesal válida, no sólo frente al TC sino también ante cualquier autoridad jurisdiccional y administrativa en el contexto nacional, es así que en ese sentido para el TC no le importó la condición sanguínea del demandante, por cuanto observó que existen fines superiores a los que perseguía el demandante, quien sólo planteaba una discriminación en el trato (que nunca llegó a probar o acreditar).

Aunque pueda parecernos algo lejano, ya en Alemania, se posibilita la alteración del nombre del niño por la adición o sustitución del apellido del padrastro/madrastra. En Brasil, la inclusión del apellido del padrastro y/o madrastra en el registro del hijastro ha sido autorizado por medio de aprobación del Proyecto de Ley (PLS) N° 115/07 el 24 de marzo del 2009. Frente a estas posturas tan abiertas, haya autoridades que entienden que lo que hay que hacer es definir los conceptos precisamente para que no se incurra en abusos que acabaran desprotegiendo a los niños.

Estas son algunas de las cuestiones que a mi parecer en poco tiempo se nos irán presentando, y que sin duda originara gran discusión social y jurídica. Además no hay que obviar que la mayoría de estudios psicológicos sobre estas nuevas estructuras familiares concluyen que una fuente común de conflicto en las “familias ensambladas” se refiere al grado de implicación o no que debería ejercer el padrastro o madrastra en la educación y otros aspectos relacionados con la disciplina de sus hijastros.

De lo expuesto en los párrafos anteriores y en resumen de este capítulo, se puede llegar a la conclusión que la “familia ensamblada”

---

<sup>75</sup> Ibídem F.J N° 19.

como lo denomina el TC no es una nueva estructura familiar que merezca protección especial, porque ya goza de protección al momento de originarse la familia, ya sea por el matrimonio o la unión de hecho propia con relaciones de filiación, por lo que carecería darle un tratamiento especial en todo caso lo que se requeriría hacer ante estas estructuras es identificar a las familias que se congregan y protegerlas, sin necesidad de desintegrarla para ensamblarla en una nueva estructura que necesite de protección e implementación en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo para el caso de autos al haberse casado por segundas nupcias, se ha originado una familia que no necesitaba de una sentencia del TC para ser protegida, porque en si misma obliga al Estado garantice su protección.

La relación de afinidad que señala el TC entre los padrastros y sus hijastros, necesita de mayor regulación y determinación, porque como se ha expuesto es tan difícil probar la estabilidad, publicidad y reconocimiento de las relaciones entre los padres afines y sus hijastros si no existe una entidad que este autorizada para determinar cuándo una relación de afinidad se asimila a la de una relación paterno-filial, entidad que carece de sentido su existencia en mi entender , toda vez que está muy claro que la filiación se puede dar de forma natural o adoptiva y no por la mera voluntad de alguien. Además no hay regulación acerca de los derechos y obligaciones que resulten de la relación de afinidad entre los padrastros y sus hijastros.

En el siguiente capítulo se analizará el derecho constitucional de formar una familia y el derecho a la asociación a la luz de los hechos realizados en el caso materia de estudios.

## **CAPITULO III**

### **EL DERECHO CONSTITUCIONAL A FORMAR UNA FAMILIA vs. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN**

En este capítulo se analizará el derecho a formar una familia y el derecho a la asociación, su contenido constitucional protegido y, para el caso de estudios, se dilucidará qué derecho estaba siendo vulnerado que merezca protección y si la actuación del TC fue la más idónea.

#### **3.1. Derecho constitucional de las familias ensambladas desde la perspectiva del TC**

En el primer capítulo se señaló el parecer del TC para ciertas cuestiones jurídicas sobre las “familias ensambladas”, las mismas que serán utilizadas en este apartado como base de nuestra postura. Como se recordará: El TC pretende en la sentencia de análisis, crear una nueva figura jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, y dotarla de protección constitucional al asimilarla con la institución natural de la familia. Así las “familias ensambladas” para el TC son una nueva estructura familiar débil en su formación que requiere de protección, pese a que no tenga reconocido derechos y deberes entre sus miembros, y más aún el TC señala una asimilación de los hijastros a hijos con el cumplimiento de

ciertas condiciones, asimismo advierte que deviene en arbitraria la diferenciación entre los hijos y los hijastros.

A lo largo de este estudio se ha advertido que la configuración de las “familias ensambladas” carece de argumentación jurídica que la sostenga, pues es evidente, que no es necesario un nuevo título o nombre para la familia, pues ésta ya goza de protección constitucional, pese a que se forme otra familia donde los miembros han pertenecido o pertenecen a otra anteriormente, esto en el caso que los cónyuges contraigan nuevas nupcias, tengan un hijo o existan miembros con vínculos de parentesco pues recordemos que la familia surge por medio de la filiación, matrimonio y parentesco, ésta no se disuelve como en el matrimonio con el divorcio, sino que al ser una entidad natural siempre estará intrínsecamente unida al hombre esto lo podemos explicar e ilustrar mejor a través del siguiente ejemplo: existen dos parejas de esposos, ambos con hijos y deciden separarse o divorciarse, cuando estos ex cónyuges vuelven a comprometerse o tengan un hijo con otra persona distinta de su primer compromiso (padre/madre afín) formaran una nueva estructura familiar, sin disolver la familia primigenia, pues estará conformada por ambos esposos o pareja ( en caso de unión de hecho propia) con los hijos de sus primeros compromisos respectivamente y los nuevos hijos comunes de los recién casados o convivientes, en realidad habrían tres familias ( la de cada cónyuge con su hijo antes de la nueva relación y la que se formó con los cónyuges/convivientes nuevos y su nuevo hijo) , lo que se debe hacer en estos casos es identificar cuantas familias hay dentro de una convivencia o grupo familiar, no se debe utilizar el término “ensamblada” “reconstituida” como si se tratase de piezas de rompecabezas o algo que se quiere volver a unir o construir, ya que como dijimos anteriormente la familia es un instituto natural.

Por ello deviene en inadecuado que el TC se esté preocupando en forzar la figura de la “familia ensamblada” a la de una nueva estructura que merezca un trato especial, porque no existe mayor discriminación que la de tratar diferente a lo que es igual. Es por eso que se debe entender que la “familia ensamblada” ya goza de protección constitucional por el hecho de ser una familia siempre y cuando se cumplan los pilares fundamentales de la misma, como son: que se haya originado por el matrimonio, o por la unión de hecho propia con hijos en común y que tengan el sentido de generar lazos de filiación en su interior.

Si no se cumple al menos con uno de estos requisitos, no estaríamos ante una familia constitucionalmente protegida, si en el caso que se esté ante una nueva estructura que no cumpla con estos requisitos, por ejemplo, en el caso que una pareja se una sin haber disuelto sus lazos matrimoniales previamente, intentan unir sus hijos propios en la convivencia, no podrían crear una nueva familia, pero eso no los excluye de la protección constitucional que gozarían por la familia a la que pertenecieron, la que se originó con el matrimonio primigeniamente.

El TC tiene una labor importantísima de control y defensa de la constitucionalidad, por lo cual debe mantenerse al margen de los excesos, pues como se ha advertido se podría estar vulnerando derechos constitucionales como el de la igualdad, al exigir que se le trate de forma especial a las “familias ensambladas” cuando no se le debe dar un trato ni especial ni diferente, toda vez que si se hace un análisis en su interior de las “familias ensambladas”, se encontrarán familias que gozan de protección, cuyos deberes y derechos están recogidos en nuestro ordenamiento Jurídico y en normas internacionales.

Asimismo, no se puede considerar que la filiación se pueda dar por el hecho de meras voluntades de las partes, pues si esto fuera así para un sólo hijo habría tantos padres y parientes afines sin límite alguno, además no se puede privar de los derechos y deberes a los padres biológicos por el solo hecho que su anterior pareja tiene una nueva.

### **3.2. Test de proporcionalidad entre el derecho a formar una familia y la libertad de asociación en aplicación al caso concreto**

En la sentencia materia del presente estudio, el TC hace referencia a una ponderación entre el derecho a formar una familia y la libertad de asociación, la misma que dice: “Evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de auto-organizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes

fundamentales”<sup>76</sup>. Esta respuesta del TC será analizada en este apartado, para lo cual, se empleará conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si el tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio, siendo estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.

### **3.2.1. El principio de razonabilidad y proporcionalidad**

Tiene dicho el TC « La forma de operar de este par conceptual – razonabilidad y proporcionalidad- implica advertir que “(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada”, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.»<sup>77</sup>

El TC ha acogido una comprensión del principio de razonabilidad según la cual “se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.”<sup>78</sup> Y sobre el principio de proporcionalidad el TC señala:« La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso»<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Expediente N° 09332-2006-AA. F.J. N° 17.

<sup>77</sup> Expediente. 00045-2004-AI F.J N° 22.

<sup>78</sup> Expediente. 2235-2004-AA/TC, F.J N°6, segundo párrafo.

<sup>79</sup> Expediente. 00045-2004-AI F.J N° 25.

### **3.2.2. El test de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad también es una estructura, es decir, una técnica argumentativa para resolver conflictos de derechos. Sin embargo, en tanto estructura ya no cabe hablar del principio de proporcionalidad, sino del test de proporcionalidad. Por ello se puede señalar que el objeto del test de proporcionalidad será establecer una correcta relación de preferencia (o precedencia) condicionada entre los principios o derechos. Logrando, una adecuada delimitación de los derechos fundamentales, porque se debe de recordar que los derechos no colisionan uno con otro, sino que por el contrario necesitan de una interpretación armonizadora de su contenido que ayude a su convivencia. “Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la afectación que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de esa afectación. Este principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio, que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio. Ese triple juicio está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad sensu estricto. Para que una medida sea calificada de proporcionada o razonable, debe necesariamente superar cada uno de estos tres juicios. Es decir, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Estos tres juicios no han sido ajenos, al menos no en su enunciación, a la jurisprudencia del TC”<sup>80</sup>.

#### **3.2.2.1. Juicio de idoneidad**

Empecemos con el juicio de idoneidad. Según el TC “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin (...)”<sup>81</sup>. Precisa el Supremo Interprete de la Constitución que: Toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar

---

<sup>80</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. “*El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional Peruano*”. Revista Peruana de Derecho Público. pp. 10.

<sup>81</sup> Expediente. N° 00045-2004-PI/TC. F.J. N° 38.

un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución. Para el Dr. Castillo Córdova este juicio tiene una doble exigencia: “En primer lugar requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin”<sup>82</sup>. Por lo tanto, al hablar de idoneidad se hace referencia a una eficacia y utilidad del medio empleado, que alcance el fin constitucional que persigue.

### 3.2.2.2. Juicio de necesidad

En lo que respecta al juicio de necesidad, tiene establecido el TC que: “(...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental”<sup>83</sup>. El juicio de necesidad supone un proceso de comparación entre el medio elegido y aquellos que hipotéticamente se hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin constitucional; debiéndose entender que los otros medios disponibles al momento de la elección de la medida también deben ser idóneos. Por tanto, el examen de necesidad del medio o medida supone verificar la presencia de otros medios hipotéticos alternativos idóneos y determinar si son menos gravosos que el elegido. Al respecto, cabe precisar que el juicio de necesidad no tiene por objeto seleccionar el medio más eficaz o más idóneo, por el contrario solamente persigue expulsar al innecesario. Por ello se trata de una valoración negativa que sólo enjuicia si el medio elegido es necesario para alcanzar el fin concreto trazado, aquí no se va a determinar si la medida en sí misma es o no necesaria.

---

<sup>82</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. “El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional Peruano”. Revista Peruana de Derecho Público. pp. 11.

<sup>83</sup> Expediente N° 0030-2004-AI/TC F.J. N° 6.

### 3.2.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, y en relación al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el TC ha manifestado que: “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”<sup>84</sup>. Asimismo señala “(...)para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso (...)”<sup>85</sup>. El Profesor Castillo Córdova divide este apartado en relación razonable y juicio complementario. Según lo primero, “Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada”<sup>86</sup>. Y el TC lo afirma al señalar que “el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”<sup>87</sup>. Por el segundo, el profesor Castillo precisa que el juicio complementario: el contenido constitucional de los derechos fundamentales, consiste en que una medida será razonable si su afectación del derecho fundamental es similar al grado de beneficio que se obtenga, pero no se podría aceptar que un supuesto beneficio afecte al derecho constitucional en su contenido esencial, que es la esencia de ese derecho.

---

<sup>84</sup> Expediente N° 045-2004-PI/TC F.J. N° 40.

<sup>85</sup> Expediente N° 0030-2004-AI/TC F.J. N° 9.

<sup>86</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. “*El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional Peruano*”. Revista Peruana de Derecho Público. pp. 14.

<sup>87</sup> Expediente. N. ° 0016–2002–AI/TC, citado, F. J. N° 9.

Ahora que tenemos a la vista en lo que consiste el test de proporcionalidad, hay que dejar en claro que siguiendo al Profesor Castillo Córdova, se ha de sostener que no existe jerarquía constitucional entre los derechos fundamentales ya sea abstracta ni concreta, por lo tanto no se puede concebir un desplazamiento o imposición de un derecho sobre otro, sino que como lo postula el referido profesor se debe dar una “interpretación armonizadora de los derechos fundamentales”<sup>88</sup>. Y en la búsqueda de esta interpretación armonizadora de los derechos fundamentales es que se debe analizar para el caso concreto, cómo podría convivir el derecho a formar una familia con la libertad de asociación y si era necesaria la intervención del TC como lo sostiene en la sentencia materia de estudio.

### **3.2.3. Al caso concreto**

#### **3.2.3.1. La libertad de asociación**

El artículo 2 inciso 13 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a “asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser resueltas por resolución administrativa”.

Nuestro Máximo Intérprete de la Constitución en repetidas sentencias señala que el derecho a la libertad de asociación tiene una doble dimensión una positiva y otra negativa. A la primera dimensión el TC advierte: “que abarca las facultades de conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), la de afiliarse a las organizaciones existentes y la de permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias”<sup>89</sup>. Desde esta perspectiva, el TC considera que el derecho de asociación se materializa en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces para ejercer derechos y contraer obligaciones, a fin de actuar autónomamente con el objeto de alcanzar la satisfacción de un interés u objetivo común que no siempre estará ligado a la obtención de lucro. Asimismo por la dimensión negativa el TC señala: “comprende la facultad de toda persona para negarse a formar parte de una determinada asociación, así como el derecho a no ser obligado a

---

<sup>88</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. “*Elementos para una teoría general*”. Palestra. Lima. pp. 333.

<sup>89</sup> Expediente. N.º 02243-2010-PA/TC F.J. N.º 3.

integrar una asociación o el derecho a no seguir asociado contra su voluntad o retirarse de una, cuando así lo desee (...)”<sup>90</sup>, asimismo esta dimensión negativa también se encuentra reconocida en el inciso 2) del artículo 20.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto señala que “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

De ello se puede concluir que el derecho de asociación garantiza que a ninguna persona se le impida o prohíba asociarse, mientras sea para fines lícitos, asimismo no puede ser forzada u obligada a asociarse. Asimismo, “dentro de ese mismo derecho de asociación o, dicho de otro modo, dentro de su contenido constitucionalmente protegido también se encuentra la facultad de que la asociación creada se dote de su propia organización, la cual se materializa a través del estatuto. Tal estatuto representa el *pactum associations* de la institución creada por el acto asociativo y, como tal vincula a todos los socios que pertenezcan a la institución social”<sup>91</sup>.

Para el caso concreto el recurrente pertenece a una asociación que es el Centro Naval del Perú, cuyo Comité Directivo promulgó el Acuerdo N°05-02 de fecha 13 de junio del 2002, por el cual se aprobó otorgar el pase de invitado especial válido por un año, renovable hasta los 25 años a los hijastros de los socios.

La decisión de la Asociación de otorgar el pase de invitado especial a los hijastros y no a los hijos de los asociados, es fruto del ejercicio regular de su autonomía institucional, toda vez que la Asociación puede decidir quienes tienen la categoría de socios y quienes gozan de los beneficios que se generarían por esta categoría. Asimismo se advierte que la asociación no está llamando ni tratando diferente ni de forma despectiva a los familiares afines, en este caso los hijastros. Por el contrario reconoce que existe una diferencia real entre un miembro de la familia (en este caso un hijo) y los demás seres queridos, diferencia que nuestro ordenamiento jurídico protege cuando se habla de la filiación y la patria potestad, por lo tanto esta asociación no está haciendo distinciones arbitrarias, pues la distinción está basada en la filiación que existe entre los hijos y sus padres, la misma que no se encuentra entre los hijastros y

---

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> Expediente N° 3312-2004-AA F.J N° 11.

padrastrós. Asimismo dentro de la autonomía de la Asociación, ésta pudo dar carnés de hijos a los hijastros y no pases de invitados especiales, y dicho supuesto tampoco hubiera generado discriminación toda vez que no se estaría haciendo algo prohibido por ley. Pero pretender como lo señala el recurrente que se le trate a su hijastra como hija por una pretendida asimilación o por su voluntad atentaría contra la institución jurídica de la filiación y la patria potestad.

Ahora bien, está por otro lado el hecho que el recurrente menciona que a los hijastros de los otros socios sí se les ha dado el pase de hijos y no de invitados especiales. Si el recurrente hubiese acreditado con medios probatorios indubitables tales afirmaciones, sí se podría decir que ha existido un trato discriminatorio a la hijastra del recurrente, toda vez que ante hechos análogos el trato no ha sido el mismo, sino diferente constituyendo una desigualdad y una vulneración al derecho constitucional de no ser discriminado.

### **3.2.3.2. El derecho a fundar una familia**

En la sentencia materia de este estudio, el TC no llega a precisar en qué consiste este derecho de fundar la familia, pero podemos deducir de los fundamentos 18 y 19 que el derecho a fundar una familia consiste en un conjunto de medidas emanadas por el Estado para tutelar la organización familiar de posibles daños y amenazas proveniente ya sea del propio Estado, comunidad y particulares.

El artículo 4° de la Constitución consagra el principio rector de protección de la familia, independientemente de su origen (matrimonial o concubinaria) o de su forma de constitución (ensamblada, monoparental, nuclear, extendida, entre otras formas de constituir las), reconociendo a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En razón de ello es que obliga a la comunidad y al Estado a prestarle protección. Junto a este principio tenemos consagrado en nuestro ordenamiento vigente el derecho a fundar una familia; el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho- sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión – a casarse y fundar una familia, agregando que este es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Por

su parte el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23° que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17° que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

No hay que olvidar, lo sostenido a lo largo de este estudio, es decir, ya ha quedado establecido que la “familia ensamblada”, no es una categoría especial ni distinta de familia, que cuando cumple los requisitos de haberse originado por el matrimonio o la unión de hecho propia y tener lazos de filiación se constituye en una familia, en la connotación que todos conocemos, si no copulan esos requisitos, se mantendría la protección constitucional emanada de las familias primigenias, por lo cual su protección siempre estaría garantizada, porque jamás se dejaría de ser familia. Asimismo todo ser humano tiene derecho a tener una familia y crecer en un entorno familiar de armonía y amor, porque es allí donde él va logrando perfeccionarse en virtud de la dignidad que posee.

#### **3.2.4. Aplicación del test de proporcionalidad al caso concreto**

Ahora que ya tenemos delimitado en qué consiste cada derecho, conviene plantear la siguiente pregunta: ¿la decisión de la asociación, en el ejercicio de su autonomía, de entregar a su asociado un carné de invitado a su hijastra afecta el derecho a fundar una familia?

##### **3.2.4.1. El juicio de idoneidad**

En referencia al juicio de idoneidad se debe de plantear una primera pregunta en los términos siguientes: la medida de la Asociación de entregar un carné de invitada a los hijastros de los socios para que ingresen al Club, ¿tiene un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante? Y si se responde afirmativamente esta pregunta, se precisa formular la siguiente otra: ¿la referida medida es adecuada para lograr ese fin?

Se debe entender que la medida de hacer una distinción entre los asociados y no, es trascendental para cumplir con los fines de una asociación, pues ayuda a la identificación y reconocimiento de sus miembros socios, asimismo permite que los privilegios obtenidos por la membrecía sean disfrutados por sus titulares y por quienes su Estatuto lo señale. Y si por su estatuto una asociación contempla la posibilidad de compartir estos privilegios con los hijos de sus miembros, no se estaría contraviniendo ninguno derecho fundamental, sino que se estaría actuando dentro de su autonomía de organizarse.

Por ello, se puede deducir que el fin que persigue el club es identificar a los socios y sus hijos para que gocen de los privilegios de la asociación, fin que es legitimado en base a su autonomía protegida constitucional, toda asociación tiene libertad para establecer las normas que le sean aplicadas en su interior para alcanzar sus fines propios siempre y cuando no contravenga la ley y la buena costumbre, por lo tanto para el caso de estudios el fin perseguido por el club está legitimado.

Si dentro de su autonomía la Asociación ha decidido conceder carné de hijo a los hijos de sus miembros y un carné de invitado especial a quienes no lo son, no se estaría violentando ningún derecho fundamental, toda vez que no hay un trato despectivo ni diferente, solo se está disponiendo quienes tienen derecho a gozar de los privilegios de la Asociación y quienes no, y no por el hecho de ser hijastro.

Asimismo, si el recurrente no estaba de acuerdo con lo convenido por la Asociación porque dicho acuerdo violaba disposiciones legales o estatutarias, podía impugnar judicialmente dichos acuerdos ante un Juzgado Civil<sup>92</sup> y se tramitaba como proceso abreviado. Siendo un derecho de todo asociado impugnar los acuerdos judicialmente. Es pertinente anotar, que el ejercicio del aludido derecho, se encuentra supeditado al cumplimiento previo de ciertos requisitos, según se den los siguientes supuestos de hecho: a) si se trata de asociado no concurrente a la Asamblea General, b) si el asociado fue privado ilegítimamente de emitir su voto (asistió a la Asamblea pero se le impidió votar), y c) si el asociado concurrió a la Asamblea y se opone al acuerdo.

---

<sup>92</sup> Artículo 92 del Código Civil.

Entonces, la medida ha pasado el primer juicio de idoneidad al evidenciarse que el fin del club de identificar y reconocer a los socios y sus hijos con los privilegios de la asociación es un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante, por lo cual la medida de entregar carné de socio a los socios y sus hijos es una medida idónea para alcanzar dicho fin.

#### **3.2.4.2. El juicio de necesidad**

Por otro lado y en lo que atañe al juicio de necesidad, aquí debemos analizar si la Asociación tenía otras alternativas para la entrega de carnés de los hijos de los miembros socios, considero que no existe otra alternativa, toda vez que se es hijo o no, no hay términos similares, como tampoco hay hijos a medias, por lo cual si se decidió dentro de la autonomía de la Asociación entregar pases de hijo a los hijos de los miembros socios, no pudo ser de otra forma, toda vez que la calidad de hijo sólo se genera con la filiación natural o adoptiva, no existiendo dentro de su clasificación la de hijo afín o hijastro. Asimismo que se le otorgue un carné de invitado especial a un hijastro de los miembros socios, dicha actuación estaría dentro de su autonomía, no deviniendo en arbitraria.

No se debe olvidar, que las asociaciones cuentan con sus normas específicas señalada en sus estatutos, y estas normas se ajustan a Ley General de Sociedades y a la Constitución que regula el derecho fundamental de asociación. La Ley General de Sociedades tiene un carácter supletorio, de forma que aquellos aspectos que no estén regulados en las normas específicas se regirá por lo dispuesto en ella. Por lo cual hay que manifestar que la medida que tomo la Asociación ha sido manifiestamente necesaria para alcanzar su propósito de determinar los beneficiarios de los privilegios de los miembros socios, al actuar dentro de su autonomía de organización, basando su legitimidad en el hecho jurídico que el estatus de hijo sólo se da a quien ha sido concebido o adoptado según lo establece la filiación.

Entonces, la medida ha pasado el segundo juicio de necesidad al advertirse que no existe otras alternativas a la decisión de entregar carné de socio a los hijos de los socios, toda vez que la calidad de hijo se obtiene por la filiación natural o la adoptiva, por lo tanto todos los hijos

naturales o adoptados debían de recibir el carné de socio y quienes no cuenten con dicha calidad no debían de recibir carné de socio.

### **3.2.4.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto**

Ahora la medida debe ser aprobada por un juicio más, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, evaluando si hay una relación razonable entre las ventajas y las desventajas o si existen costos de adoptar dicha medida. Así se puede concluir que la entrega de carné de invitado especial a la hijastra del socio, es una medida que no es discriminatoria, sino que dentro de los términos de la autonomía de organización de las asociaciones es proporcional a su fin legítimo que pretende alcanzar, pues dicha distinción no se basa en circunstancia particulares sino en premisas jurídicas como la filiación y la patria potestad. Sobre el juicio complementario del contenido constitucional de los derechos fundamentales, se advierte que no se ha acreditado la pretendida afectación al derecho fundamental de formar una familia por el hecho de que su hijastra tenga un carné de invitada especial y no de hija, toda vez que no existe una filiación natural ni adoptiva entre el recurrente y su hijastra que sustente que se le dé el reconocimiento de hijo, pese a todos los años que ya viven juntos y han fortalecido sus vínculos afectivos no se ha generado un vínculo de filiación paterno-filial.

Entonces, la medida ha pasado el tercer juicio de proporcionalidad en sentido estricto, al verificarse que la medida genera un afectación proporcional, pero esta afectación no es al contenido esencial del derecho a fundar una familia ni a ningún otro derecho, toda vez que se está haciendo una distinción entre dos supuestos distintos, entre los hijos y los hijastros, y esta diferenciación no vulnera el contenido constitucional del derecho de fundar una familia, o establecer una nueva familia mal llamada por el TC “familia ensamblada”. Por lo expuesto, señalamos que no existe ninguna vulneración, ni colisión de derechos constitucionales, por lo cual al haber aprobado la medida el test de proporcionalidad se puede concluir que la medida es proporcional al resultado pretendido de reconocer, identificar y dotar de privilegios a los miembros socios y sus de su asociación.

Considero que la intervención del TC parece no perseguir un fin constitucionalmente legítimo, pues pretende dotar de *estatus* de hijo a quien no lo es, a través de una asimilación inconcebible. Por otro lado se puede precisar que la medida de intervención del TC para resolver el conflicto jurídico en sí mismo sí es capaz de alcanzar la finalidad que perseguía, como se evidencia de la parte resolutive de la sentencia, en la cual ordena reponerse las cosas al estado anterior a la supuesta afectación producida por la Asociación.

### **3.3. Análisis a la regla jurídica creada por el TC en el caso concreto y las correcciones de las razones que la sustenta**

Se debe recordar que la jurisprudencia constitucional está compuesta por las sentencias del TC, que son un conjunto de orientaciones y criterios que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidos en las resoluciones por el TC, para la aplicación e interpretación de la Constitución, ya sea en el control normativo, en la tutela de derechos o en los conflictos de competencias y atribuciones.

En una sentencia constitucional los fundamentos jurídicos son denominados interpretaciones y se encuentran divididas en *ratio decidendi* y *obiterdicta*. El TC<sup>93</sup> señala que al interior de sus decisiones hay una estructura que se compone por: a) la razón declarativa-axiológica, b) la razón suficiente, c) la razón subsidiaria o accidental, d) la invocación preceptiva y e) la decisión o fallo constitucional.

El fallo (consecuencia o inferencia) de una sentencia constitucional es producto de un razonamiento lógico entre una premisa jurídica y una premisa fáctica, a su vez la premisa o regla jurídica está compuesta por una serie de razones que la fundamentan, y si el conjunto de dichas razones son correctas entonces dará un fallo válido jurídicamente y por tanto constitucional y si por el contrario las razones que la sustentan son incorrectas entonces el fallo será inválido jurídicamente e inconstitucional.

Para el caso de autos tenemos que la premisa fáctica es: La decisión de la asociación de condicionar el otorgamiento del carné a los hijos de

---

<sup>93</sup> EXP. N.º 0024-2003-AI/TC. FJ N.º 03.

sus socios y el de pase especial a los hijastros. Y sobre la premisa/regla jurídica o *ratio decidendi* hay que indicar que es la razón suficiente, que constituye la base de la decisión que adopta el TC, siendo esta decisión específica, precisa o precisable. Es una parte indispensable de la sentencia para justificar la decisión para resolver la *litis*. Esta regla puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o se infiere del análisis de la decisión, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas. La trascendencia de la *ratio decidendi* no solo radica en cuanto a la posibilidad de poder auditar la argumentación jurídica del juez, sino que, adicionalmente, esta puede tener un significado a posteriori, pues lo expresado en la decisión puede constituirse en precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria para todos los jueces en casos análogos. Es así que se convierte en la motivación de la sentencia, es decir, en el conjunto de razones jurídicas que sirven de base y la interpretación correcta de las normas constitucionales y legales aplicable para el caso concreto, no se puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. La existencia de la *ratio decidendi*, en una sentencia, se traduce en la necesidad de impedir el caos en las decisiones judiciales, exigiendo se fundamente en las normas constitucionales y legales, otorgando seguridad jurídica y la unificación jurisprudencial.

### 3.3.1. Las razones del TC

Para el caso de autos, en la sentencia estudiada el TC no ha formulado expresamente la regla jurídica en la que sostiene su decisión, pero esta se deduce del análisis de las razones en que sustenta su fallo, a continuación se pasará a enumerar las razones que fundamenta la regla jurídica del TC para el caso de autos y se determinará con ellas la regla jurídica para con posterioridad analizar y criticar cada una de ellas.

**Razón primera:** Para el TC<sup>94</sup> la familia tiene una perspectiva constitucional que al ser un instituto natural, consecuentemente se halla inevitablemente condicionada a los nuevos contextos sociales y nombra como ejemplo: la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las

---

<sup>94</sup> Expediente N° 09332-2006-PA/TC, F.J N° 7.

ciudades. Todos estos aspectos han generado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, trayendo como consecuencia familias con estructuras distintas a las tradicionales como lo son: las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las “familias reconstituidas”.

**Razón segunda:** El TC<sup>95</sup> establece que los hijastros forman parte de la nueva estructura familiar de las “familias ensambladas”, asimismo le reconoce algunos deberes y derechos especiales porque no reconocerles le traería una afectación a la identidad de las “familias reconstituidas”, situación que se opondría a la protección constitucional que tiene la familia.

**Razón Tercera:** para el TC<sup>96</sup> la relación entre los padres afines y los hijastros tiene que mantener ciertas características como son: habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, que las “familias ensambladas” sean autónomas, y más aún si los menores hijastros dependen económicamente del padre o madre afín.

**Razón Cuarta:** el TC<sup>97</sup> nos hace recordar lo señalado en el artículo 6 de la Constitución, en el cual se establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de identidad.

La regla jurídica que deviene de la razones antes expuesta es la que sigue: las familias ensambladas son un estructura familiar protegida constitucionalmente por lo cual deviene en arbitrario cualquier distinción en el trato entre los hijos e hijastros, toda vez que existe una relación entre padre afín y los hijastros que es estable, pública y de reconocimiento que es determinante en su reconocimiento como núcleo familiar.

Se pasará a criticar las razones dadas por el TC en su sentencia materia de estudio.

---

<sup>95</sup> Ibídem F.J N° 11.

<sup>96</sup> Ibídem F.J N° 12.

<sup>97</sup> Ibídem F.J N° 13.

### 3.3.2. Crítica a las razones del TC

A la **primera razón**, se debe entender que la familia al ser un instituto natural, es intrínseca al hombre, por lo cual no está condicionada a circunstancias sociales exteriores como equivocadamente lo señala el TC, porque no se puede creer que familia será todo lo que a nuestro capricho queramos señalar como familia, pues se estaría trasgrediendo la naturaleza de la familia, dejaría de ser una entidad natural, para convertirse en una institución creada por los hombres, cambiando de vez en cuando según las circunstancias de nuestra sociedad.

A la **segunda razón**, no se puede creer que la única forma de proteger constitucionalmente a las “familias ensamblada” es admitiendo que es en esencia una familia pero con ciertos variantes en su estructura al interior. Situación que no es así, porque la familia no tiene variantes ni condicionamientos, si esta nueva estructura cumple con los pilares del modelo constitucional de familia entonces ya cuenta con protección. No se podría reconocerle ningún tipo de deberes o derechos especiales a los hijastros o los padres afines, porque existe la filiación y la patria potestad, la misma que no ha sido anulada ni suspendida.

A la **tercera razón**, no puede obviar el TC la institución jurídica de la filiación y que esta es originada por la concepción o una adopción, por lo cual no podría señalar que simples hechos como la publicidad, la estabilidad y el reconocimiento sean los generadores de derechos entre los hijastros y sus padres afines. Asimismo la dependencia económica de los menores con sus padres afines no configuraría ninguna obligación, toda vez que la obligación de alimento, vestido, vivienda y otros corresponde a los padres y no a los padrastrós.

A la **razón cuarta**, se debe advertir que el TC señala el artículo 6 de la Constitución que ordena la igualdad de trato entre los hijos sin mencionar el origen de su filiación, nos lleva a preguntar ¿Cuál es el significado de la igualdad entre los hijos del artículo 6 de la Constitución? Mas dicha norma no obliga a tratar igual a los hijos y los hijastros, manifiestamente el TC confunde a los hijos naturales y los hijos adoptados, a los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales con los hijastros, pues la norma hace referencia a los primeros y no a los hijastros, pues se entiende por hijastro, el hijo del cónyuge, por lo cual al

no cumplir con el supuesto de hecho de la norma no le es aplicable la consecuencia jurídica. Entonces para responder a la cuestión jurídica antes planteada, el significado de la igualdad de los hijos del artículo 6 de la Constitución consiste en la obligación de tratar por igual a los hijos sin importar el origen de su filiación ya sea natural, dentro o fuera del matrimonio o adoptiva, mas no se aplica a los hijastros, toda vez que no existe ninguna filiación.

Por ello dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma que obligue al trato igualitario entre los hijastros y los hijos, pero hay que recordar que nadie puede ser discriminado por ninguna situación, derecho constitucional que tampoco viene siendo vulnerado, porque se está haciendo un trato diferenciador entre dos supuestos distintos más no un trato discriminatorio entre dos supuestos iguales. Nos podemos cuestionar ¿Cuál es el criterio diferenciador que hace legítimo o valido el trato diferenciado? El criterio diferenciador que se debe tener presente para aceptar un trato diferenciador entre los hijos y los hijastros es la filiación, que puede ser biológica o jurídica, por lo cual cuando se habla de hijos se está ante una situación distinta, toda vez que el reconocimiento de hijo se origina en la filiación ya sea por una concepción natural o por una adopción mientras los hijastros no ostentan ningún reconocimiento frente al cónyuge de su padre o madre que se traduzca en deberes o derechos.

De lo expuesto se demuestra que el TC se ha equivocado en la configuración de su regla jurídica al sostenerla con razones superficiales y alejadas del derecho al pretender crear nuevas instituciones jurídicas como la filiación por mera voluntad y desnaturalizar otras como la familia, argumentos insostenibles a las críticas antes señaladas, por lo cual dicha regla jurídica establecida del TC deviene en inválida jurídicamente o inconstitucional, por ello al unirse a la premisa fáctica ya antes mencionada el fallo que “Declarar fundada la demanda, debiendo reponerse las cosas al estado anterior a la afectación producida por la Asociación. Por consiguiente, ordena a la demandada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra”<sup>98</sup> también resulta inválida jurídicamente o inconstitucional.

---

<sup>98</sup> Expediente N° 09332-2006-PA/TC. fallo.

Entre los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia constitucional, están los recogidos en el artículo VI y VII del Código Procesal Constitucional, siendo estos al menos tres. El primero referido al fallo y a los fundamentos de la sentencia de inconstitucionalidad (segundo párrafo del artículo VI CP Const.), el segundo referido a los precedentes vinculantes. Sobre el tercer producto interpretativo que se recoge en el tercer párrafo del artículo VI CP Const. se le reconoce tres consecuencias: En primer lugar hay una vinculación de los jueces del Poder Judicial a las razones suficientes o *ratio decidendi* que se expresen en una sentencia de inconstitucionalidad, lo cual se concluía anteriormente del segundo párrafo del artículo VI CP Const. En segundo lugar, tenemos la vinculación a las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes en el resto de procesos constitucionales, que sería el aplicable al caso concreto, toda vez que en la sentencia materia de este estudio tiene una regla jurídica que no ha sido declarada como precedente vinculante pero que igualmente es vinculante y con efecto *erga omnes*. Y en tercer lugar, el tercer párrafo del artículo VI CP Const., está disponiendo no sólo la vinculación de los jueces a las interpretaciones del TC deducidas en las razones suficientes sino también a las contenidas en las razones subsidiarias u *obiter dicta*.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que: "Las sentencias del TC que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo". El mismo TC ha definido al precedente vinculante "como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia y por otro, expone el poder normativo del TC dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del TC"<sup>99</sup>.

Para el caso de autos, se debe advertir que el TC no señaló expresamente la calidad de precedente vinculante de alguno de sus considerandos, pero no debe de olvidarse que las sentencias del TC, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del Máximo Tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el

---

<sup>99</sup> Expediente N° 0024-2003-AI/TC, citado, primera consideración previa.

artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC, N. ° 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el TC a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. Por lo tanto, podríamos señalar que pese a no tener un precedente vinculante en la sentencia materia de este estudio, se ha deducido su regla jurídica, la misma que no ha perdido fuerza vinculante, toda vez que los jueces del Poder Judicial están obligados a sujetarse a las interpretaciones del Máximo Intérprete de la Constitución, según lo ordenado en el tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, en la que se establece que la vinculación no solo es a los precedentes sino también a la *ratio decidendi* no declaradas como precedentes vinculantes<sup>100</sup>.

Como ya ha sido explicado con anterioridad, el TC ha dado una interpretación muy lejana a la realidad, pues no ha tomado en cuenta el hecho que las “familias ensambladas” al cumplir con estar originadas en el matrimonio o en la unión de hecho propia con filiación, se han configurado en el instituto más antiguo y natural, una familia. Por lo tanto no necesita de un trato especial ni diferente. Asimismo la propuesta de asimilación deviene en insustancial al pretender otorgar el estatus de hijo por la mera voluntad de las partes, cuando es de conocimiento que la filiación sólo se logra por concepción y adopción.

En el siguiente capítulo se analizará brevemente el Derecho constitucional a la igualdad de trato entre los hijos e hijastros a la luz del caso materia de este estudio y la doctrina peruana reciente.

---

<sup>100</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. “*El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*”. Palestra. Lima. pp. 141.



## **CAPITULO IV**

### **DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE LOS HIJOS E HIJASTROS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS PARA EL CASO EN ESTUDIO**

Al respecto, conforme ha sido reconocido en la STC N° 0048-2004-AI, el derecho a la igualdad tiene dos fases. La primera de ellas, la igualdad ante la Ley, que está referida a la necesidad una aplicación igualitaria de la Ley a todos aquellos que se encuentren en una misma situación de hecho prevista por la norma; la segunda, es la igualdad en la Ley, que está referida a la imposibilidad de un órgano de modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, por lo que, al apartarse de un precedente, el órgano en cuestión debe necesariamente justificar tal decisión. En el caso de autos la alegación del demandante está referida a la vulneración de su derecho a la igualdad ante la Ley, la misma que fue resuelta en el sentido que el recurrente no llegó a presentar medio probatorio que demuestre el referido trato desigual, no ha acreditado que existan hijastras de otros socios a las que se les haya tratado de manera similar que a la suya. Pero por el contrario el TC nos impone en la sentencia materia de estudios una “igualdad de trato entre los hijos y los hijastros”, toda vez que “la

diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria”<sup>101</sup>.

Pero es pertinente enfatizar que no todo tratamiento desigual constituye un supuesto de discriminación. Más aun, nuestra Constitución admite el tratamiento desigual cuando esté fundamentado en razones objetivas y razonables, lo cual exige además que la desigualdad resulte proporcionada en atención a las circunstancias objetivas que la justifican. De lo contrario se estaría frente a una situación discriminatoria, y por tanto constitucionalmente proscrita.

A efectos de determinar si la medida de la Asociación de entregar pase de invitada especial a la hijastra y no uno de hijo resulta discriminatoria, resulta imprescindible dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los dos primeros criterios pueden ser respondidos sobre la base de lo planteado en el caso, mientras que el último implica un juicio de valoración por parte de quien lo aplique, juicio que en esta ocasión se revisará a la luz de lo señalado en la sentencia materia de este estudio.

En el caso de autos la igualdad que reclama el TC estaría referida al trato entre los hijastros y los hijos en las “familias ensambladas”. Sobre el particular hay que señalar que la figura de los hijastros es diferente en su concepción original al de los hijos, toda vez que las relaciones de filiación que surgen entre los padres y los hijos no pueden ser equiparadas a cualquier relación de afectividad entre la nueva pareja con los hijos propios, y no puede ser equiparada debido a que esta relación está cubierta de derechos y deberes, protegidos constitucionalmente.

Como bien se ha sostenido, “*los hijastros no son hijos*. El hijastro es el hijo del consorte. El matrimonio con el progenitor de un hijo no determina la filiación entre el *padre afín* y el hijastro. El hijo seguirá siendo hijo de su padre y de su madre biológicos. El matrimonio bien sea primeras o ulteriores nupcias del progenitor con otra persona no modifica la determinación de la filiación paterna y materna del hijo. Para que el hijastro gozara de la condición de hijo, debería determinarse su filiación respecto al consorte de su progenitor, bien mediante la adopción o a

---

<sup>101</sup> Expediente N° 09332-2006-AA F.J. N° 23.

través de un reconocimiento. Lo mismo se puede decir respecto a los padrastros. El “padre afín” no es padre. El matrimonio con una madre, no convierte al nuevo cónyuge en padre de los hijos de su consorte, ni hace surgir una relación”<sup>102</sup>.

Por lo tanto al ser la relación de hijastro y padrastro una relación un tanto circunstancial y temporal, como lo hemos advertido en el transcurso de este estudio, no cabría dotar de deberes y derechos a persona distinta al padre biológico, pues sería inconstitucional dotar de obligaciones y derechos en base a hechos como la publicidad, la estabilidad y el reconocimiento como lo pide el TC, en consecuencia tendríamos a un solo hijo con varios padres obligados a dar alimentos y con derecho a visitas, desnaturalizando así la institución de la filiación, la patria potestad y la familia, asimismo se vulneraría los derechos de los reales padres y madres al condicionar tácitamente a estar junto a los hijos para no perder obligaciones y derechos sobre ellos.

Se aprecia entonces que los hijastros no solo no son hijos, sino que además no gozan de tal reconocimiento, toda vez que es sólo por la concepción y la adopción que se tiene el estatus de hijo. Porque “los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar, se integran a la familia, obteniendo la protección propia y específica establecida legalmente para la familia. La protección que concede la ley a la familia no varía, en función de que los hijos que la integren sean o no comunes”<sup>103</sup>. Asimismo “constituiría una atenta discriminación tratar a los hijastros como hijos, en el caso que se aplicara a los hijastros normas propias de los hijos, como la configuración del delito de parricidio del Derecho penal, las incompatibilidades de funcionarios del Derecho administrativo; y en el ámbito civil, el sometimiento a la patria potestad, el cambio de apellidos, la obligación de alimentos a favor del padrastro, o la consideración mutua de herederos forzosos y derecho a la legítima, amén de las normas de nacionalidad”<sup>104</sup>. En atención a lo expuesto el TC no puede concluir que los hijos deben ser asimilados a los hijastros y ser

---

<sup>102</sup> SANCIÑENA ASURMENDI, Camino y GONZALES PEREZ, Maricela en “*La forzada igualdad entre el hijo y el hijastro. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2007*”. Revista de Derecho de la Universidad de Piura. Volumen 9.2008. pp. 330.

<sup>103</sup> *Ibíd.* pp. 331.

<sup>104</sup> *Ibíd.* pp. 332.

tratados de la misma forma porque no se encuentran en una situación análoga, por lo tanto no existirá discriminación si se trata diferente a los hijastros, toda vez que son una situación diferente.

Ahora sí, se pasará a detallar las conclusiones a las que se ha llegado con este trabajo, esto se verá en el siguiente apartado final.

## **Conclusiones**

### **Primero:**

El TC como órgano de control de la constitucionalidad, es el Máximo intérprete de la Constitución y por ello debe ser cuidadoso con los excesos, como se ha podido demostrar en este estudio, ésta sentencia manifiesta una solución rápida y sin lógica que toman los magistrados del TC ante los cambios sociales que se están viviendo en torno a la familia.

### **Segundo:**

El modelo constitucional de la familia tiene como pilares: a) el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, b) el matrimonio y la unión de hecho propias cuando éstas son generadoras de relaciones de filiación.

### **Tercero:**

La familia como entidad natural intrínseca al hombre no está condicionada por circunstancias exteriores para su generación, por el contrario se debe reconocer el modelo constitucional de la familia y, una vez determinados sus pilares, identificarla en cualquier contexto social y cubrir de protección constitucional donde la ubiquemos.

#### **Cuarto:**

Al hablar de “familia ensamblada”, queda claro que no nos referimos a la mera suma de miembros provenientes de dos o más familias anteriores que aportan niños a la nueva familia sino que, además, nos referimos a una configuración familiar específica con roles y reglas propias. Por Ejemplo, no es lo mismo ser padre o madre en una familia ensamblada, que ser padre o madre en una familia nuclear. Las relaciones en la primera no ocurren espontáneamente como sucede en una familia tradicional. En las primeras etapas sólo el padre o madre ejercerá el rol disciplinario y el nuevo miembro deberá desarrollar primero un vínculo con los hijos de su pareja antes de asumir dicho rol, debiendo contar para ello con el apoyo del cónyuge.

#### **Quinto:**

Si bien es cierto, que en otras legislaciones ya se ha regulado la figura de las “familias ensambladas”, se ha demostrado a través de este estudio que no se necesita un trato especial ni diferenciado, toda vez que se está ante una colusión de familias que por sí mismas ya poseen protección constitucional. El tan ansiado primer paso que ha dado nuestro TC al nombrar por primera vez a las “familias ensambladas”, no ha sido el más idóneo, pues como lo hemos demostrado ha dejado más vacíos jurídicos por completar y muchas cuestiones sin solución que aportaciones jurídicas. Asimismo, la superficial interpretación hecha por nuestro TC no ha resuelto ningún conflicto jurídico, por el contrario ha desviado la doctrina al hecho de creer que las “familias ensambladas” necesitan una protección basado en el derecho a fundar una familia. Asimismo nuestro TC erróneamente ha planteado la posibilidad de ser hijos de alguien sin mediar los lazos de filiación, dotando de ciertos deberes y derechos pero sin extinguir la patria potestad que al mismo tiempo recae sobre los padres biológicos.

#### **Sexto:**

No se puede dar derechos y deberes a terceros ajenos a la relación filio- paterna-materna, no es concebible crear una nueva situación jurídica de filiación por el hecho de estar asimilado cumpliendo con requisitos de estabilidad, publicidad y permanencia. Los hijos no merecen ser tratados de forma discriminada al intentar igualarlos a los

hijastros, los hijos tienen derechos y deberes con sus progenitores o adoptantes que no pueden ser trasladados arbitrariamente a las nuevas parejas de sus padres. En aplicación del principio del interés superior del niño, no se le puede obligar a querer a alguien que solo lo ve temporalmente con uno de sus padres, no se le puede obligar a cumplir deberes frente a este extraño, no se puede perjudicar su crecimiento emocional con estas nuevas tendencias exageradas e ilógicas.

**Séptimo:**

No cualquier relación puede ser asemejada a la relación filio-paterna, toda vez que papá y mamá solo tenemos uno, asimismo no sería justo que las obligaciones desprendidas de la patria potestad como los alimentos y la tenencia se la adjudiquemos a quien no es el padre o la madre, pues no se le podría obligar a cumplir con dichas responsabilidades si carece de todo derecho frente al hijo. Considero que los padres y madres afines no se encuentran legitimadas para cumplir con obligaciones, toda vez que no tienen reconocido ningún derecho frente a los hijos de su pareja. Que esto sea así, en parte es muy conveniente, toda vez que estas estructuras familiares están buscando estabilidad, por ello están siempre en transición.

**Octavo:**

Los hijastros, si bien no son hijos, si son parte de la familia, convirtiéndose en familiares afines, los mismos que merecen respeto en base a su dignidad y por ello no se les debe forzar a cumplir obligaciones frente a sus padrastros, ni a ser tratados igual que los hijos, toda vez que ellos tienen sus propios padres que continúan manteniendo la patria potestad. Ahora si bien, es de advertir que existirán muchos casos en los que naturalmente la convivencia entre los hijastros y los padrastro llega a fortalecerse y madurar en una relación saludable de afecto, no se le puede limitar la posibilidad de poder obtener el estatus de hijo a través del proceso de adopción, como camino adecuado y seguro para velar por el interés superior del niño en caso del hijastro y su derecho a crecer dentro de una familia.

**Noveno:**

En todo caso, lo más saludable será que cada padre y madre afín sepa desempeñar el rol que le corresponda, no pudiendo invadir el terreno que le pertenece al padre o a la madre biológica o adoptiva, conviva o no con su hijo, porque no podemos olvidar que la patria potestad de los padres no se ha extinguido.

**Décimo:**

No existe ningún reconocimiento de algún derecho del padre afín sobre sus hijastros, por lo cual a falta de este reconocimiento, el padrastro/pareja es un tercero que no tiene ningún derecho sobre el niño, aunque voluntariamente preste cuidados afectivos y económicos, no forma parte de su familia, pero este hecho no lo deja sin protección constitucional al hijastro, quien conserva la protección como hijo frente a su real padre.

**Décimo primero:**

Las asociaciones cuentan con sus normas específicas señalada en sus estatutos, y estas normas se ajustan a la Ley General de Sociedades y a la Constitución que regula el derecho fundamental de asociación. La Ley General de Sociedades tiene un carácter supletorio, de forma que aquellos aspectos que no estén regulados en las normas específicas se regirá por lo dispuesto en ella. Por lo cual hay que manifestar que la medida que tomo la Asociación ha sido manifiestamente necesaria para alcanzar su propósito de determinar los beneficiarios de los privilegios de los miembros socios, al actuar dentro de su autonomía de organización, basando su legitimidad en el hecho jurídico que el estatus de hijo solo se da a quien ha sido concebido o adoptado según lo establece la filiación.

**Décimo segundo:**

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma que obligue al trato igualitario entre los hijastros y los hijos, pero hay que recordar que nadie puede ser discriminado por ninguna situación. Derecho constitucional de igual de trato ante la ley que tampoco viene siendo vulnerado, porque se está haciendo un trato diferenciador entre dos supuestos distintos más no un trato discriminatorio entre dos supuestos iguales. El criterio diferenciador que se debe tener presente para aceptar un trato diferenciador entre los hijos y los hijastros es la

filiación, que puede ser biológica o jurídica, por lo cual cuando se habla de hijos se está ante una situación distinta, toda vez que el reconocimiento de hijo se origina en la filiación ya sea por una concepción natural o por una adopción mientras los hijastros no ostentan ningún reconocimiento frente al cónyuge de su padre o madre que se traduzca en deberes o derechos.

**Décimo tercero:**

La igualdad que reclama el TC estaría referida al trato entre los hijastros y los hijos en las “familias ensambladas”. Sobre el particular hay que señalar que la figura de los hijastros es diferente en su concepción original al de los hijos, toda vez que las relaciones de filiación que surgen entre los padres y los hijos no pueden ser equiparadas a cualquier relación de afectividad entre la nueva pareja con los hijos propios, y no puede ser equiparada debido a que esta relación está cubierta de derechos y deberes, protegidos constitucionalmente.

**Décimo cuarto:**

El TC se ha equivocado en la configuración de su regla jurídica al sostenerla con razones superficiales y alejadas del derecho al pretender crear nuevas instituciones jurídicas como la filiación por mera voluntad y desnaturalizar otras como la familia, deviniendo en argumentos insostenibles, por lo cual dicha regla jurídica establecida del TC sobreviene en inválida jurídicamente o inconstitucional, por ello al unirse a la premisa fáctica resuelven en un fallo también inválido jurídicamente o inconstitucional.

**Décimo quinto:**

En atención a lo expuesto el TC no debió de interpretar que los hijos deben ser asimilados a los hijastros y ser tratados de la misma forma porque no se encuentran en una situación análoga, porque no existirá discriminación si se trata diferente a los hijastros, toda vez que son una situación diferente.



## **Bibliografía**

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, “Familia, Niños, adolescentes y Constitución”.

AMAYA AYALA, LEONI RAUL, *La discriminación por orientación sexual en las relaciones de consumo*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, Abril 2008, N° 115.

AZPIRI, Jorge O. “LA filiación en el proyecto de Código Civil y Comercial”. En: *Revista de Familia y las Personas. La Ley*, julio de 2012.

BERMÚDEZ VALDIVIA Violeta. “Régimen Constitucional de la Familia”.

CARRASCO BARRAZA, Alejandra, *A la sombra de la Torre De Babel a propósito de recientes reflexiones jurídica sobre la familia*, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 21 N° 2, Mayo-Agosto, 1994.

CASTILLO CORDOVA, LUIS, *Comentarios al código procesal constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2006.

CASTILLO CORDOVA, LUIS, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Grijley, Lima, 2008.

- CASTILLO CORDOVA, LUIS, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, ARA, Piura: Universidad de Piura, Lima, 2004.
- CASTILLO CORDOVA, LUIS, *Estudios y jurisprudencia del código procesal constitucional: análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- CASTILLO CORDOVA, LUIS, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007.
- CASTILLO CORDOVA, LUIS, *Los precedentes vinculantes del TC*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano*. Revista Peruana de Derecho Público. UDEP.2005.
- CASTRO PEREZ TREVIÑO, OLGA MARIA, *El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstruidas. Una mirada desde el TC*, en Jus (Jurisprudencia), Grijley, Lima, Marzo, 3, 2008.
- CASTRO PEREZ TREVIÑO, OLGA MARIA, *El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el TC*, en Jus (Jurisprudencia), Grijley, Lima, Marzo, 3, 2008.
- Corral, HERNAN, *Derecho y Familia*, Revista Chilena de Derecho, Santiago, Chile, vol. 21. N° 2, Mayo-Agosto, 1994.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 71 y Caso Chita y Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso GarciaAsto y Ramírez Rojas vs Perú*- Sentencia de 25 de noviembre de 2005.

- DA CUNHA PEREIRA, RODRIGO, *Familias ensambladas y parentalidad socioafectiva*. En *Dialogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, N° 114.
- DIAZ, Alabart, “El pseudo estatus familiae en el Código Civil. Una nueva relación familiar, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVIII, fascículo II, abril-junio, 2005.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.
- DIEZ-PICAZO, Luis- GULLON, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, derecho de familia*, vol. IV, tomo I, 11ava edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- FRIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Familias*. 2ª edición, 3er tiraje.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2da edición, Porrúa, México, 1994.
- GIL DOMINGUEZ, ANDRES, *El concepto constitucional de familia*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- GILDA Ferrando, *Familias recompuestas y padres nuevos*, en *Derecho & Sociedad*, año XVIII, N° 28, 2007.
- GROSMAN, CECILIA, MARTINEZ ALCORTA, IRENE, *La adopción de integración y la familia “ensamblada”*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- GROSMAN, CECILIA, MARTINEZ ALCORTA, IRENE, *Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padraastro/madrastra) y los derechos del niño*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Grossman, Cecilia Y MARTINEZ ALCORTA, IRENE, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio*, Universidad, Buenos Aires, 2000.

- Grossman, Cecilia Y MARTINEZ ALCORTA, IRENE, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio*, Universidad, Buenos Aires, 2000.
- GUERRA LOPEZ, RODRIGO, *Hacia una perspectiva de familia: ¿Familia o Familias?*, Universidad Panamericana, Departamento de Humanidades, México, 2004.
- HINESTROSA, FERNANDO, *Diversas formas familiares*, en el Derecho de familia y los nuevos paradigmas, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, Tomo I.
- HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO, *Procesos judiciales derivados del derecho de familia*, Iustitia, Grijley, Lima, 2012.
- IGLESIAS DE USSEL, JULIO, *La familia y el cambio político en España*, Madrid, Tecnos, 1998.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis- Ramos, Joaquin, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, vol IV, 3era edición, Dykinson, Madrid, 2008.
- Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, en su exposición de motivos. España.
- LORENA CONTREAS, Verónica, “Familias ensambladas. Aproximaciones histórico-sociales y jurídicas desde una perspectiva construccionista y una mirada contextual”, en *Portularia*, volumen VI, N° 2-2006, Universidad de Huelva.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Porrúa, México, 1988.
- MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “La familia en la Constitución Española”. En, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires – Argentina. Editores Rubinzal – Culzoni.

- MORENO R., J.A., “Derecho De Familia”, Asunción, Paraguay: Ed. Intercontinental, 3ra, 2009, Tomo II.
- MOSQUERA MONELOS, SUSANA, *El derecho fundamental de igualdad: Segundas jornadas sobre derechos humanos*, Palestra Editores, Lima, 2006.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. La Patria Potestad. En: “El Código Civil Comentado por los 100 mejores.
- PLACIDO. VILCACHAGUA. Alex F. “El Modelo Constitucional de Familia , la Orientación Sexual de los padres y los derechos del hijo”.
- Ramos CABANELLAS, BEATRIZ, *Regulación legal de la denominada familia ensamblada*, en Revista de Derecho, Universidad católica del Uruguay, 2006.
- RAMOS CABANELLAS, BEATRIZ, *Regulación legal de la denominada familia ensamblada*, en Revista de Derecho, publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, 2006.
- RIPERT, George y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, vol. I, El estado de las personas, trad. De Delia GarciaDaireux, Buenos Aires, 1956.
- ROCA, ENCARNA, *Familia y cambio social. (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- SANCHEZ MARTINEZ, MARIA OLGA, *Igualdad sexual y diversidad familiar. ¿La familia en crisis?*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2010.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino y GONZALES PEREZ, Maricela en “La forzada igualdad entre el hijo y el hijastro. Comentario a la sentencia del TC de 30 de noviembre de 2007”. Revista de Derecho de la Universidad de Piura.
- SILES C., J. R., “Normativa Y Plazos En Procesos Familiares”, La Paz, Bolivia: San Judas Tadeo, 2012.

Siverino BAVIO, PAULA, *apuntes a la Sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del TC en el caso Shols Pérez*, Jus (jurisprudencia), Grijley, Lima Maro, 2008.

VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique, “Tratado de Derecho de Familia, derecho de la filiación”, Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 1era, mayo del 2013, Tomo IV.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE, *Jurisprudencia sobre derecho de familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE, *Tratado de derecho de familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, tomo 4.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE, *Tratado de derecho de familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, tomo 1.

VEGA MERE, YURI, *¿Qué familia le espera al derecho en el siglo XXI?*, en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Lima, mayo 2001, N° 23.

VEGA MERE, YURI, *Homosexualidad, matrimonio y adopción*, Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Lima, Enero 2008, Tomo 170.

VEGA MERE, YURI, *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, primera edición, 2003, Normas Legales, Trujillo; segunda edición, 2005, colegio de Abogados de La Libertad.

VELA SANCHEZ, ANTONIO, *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2005.

## **JURISPRUDENCIA DEL TC PERUANO**

Expediente N° 045-2004-PI/TC.

Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

Expediente N° 0024-2003-AI/TC.

Expediente N° 0030-2004-AI/TC.

Expediente N° 02974-2010-AA.

Expediente N° 0298-1996-AA/TC.

Expediente N° 03741-2004-AA.

Expediente N° 03744-2007-PHC/TC.

Expediente N° 2868-2004-AA/TC.

Expediente N° 3312-2004-AA.

Expediente. N° 02132-2008-AA.

Expediente. N°04493-2008-AA.

Expediente. N° 2235-2004-AA/TC.

Expediente. N° 02243-2010-PA/TC.

Expediente. N° 0016-2002-AI/TC.

## REVISTAS ELECTRONICAS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2013. *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. Recuperado de dirección electrónica: <http://www.cidh.org>.

HERRERA MARISA. *Sobre familias en plural. Reformar para transformar*. Revista Jurídica UCES. Recuperado de dirección electrónica <http://revistadederecho.ucu.edu.uy/component/search/?searchword=familia+ensambladas&ordering=newest&searchphrase=all>.

MEDINA, GRACIELA, *Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*. Recuperado de dirección electrónica [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com).

PLACIDO ALEX. *El Modelo de familia garantizado en la constitución de 1993*. Revista Jurídica de la Universidad Católica del Perú. Recuperado de dirección electrónica: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8898>.

PAVAN, Valeria, “La familia ensamblada”, en <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/ELOO17111.pdf>.