

LA CATEGORÍA JURÍDICA DEL «HIJO AFÍN» A LA LUZ DEL NUEVO MODELO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

*Perla Lucía Arellano Rodríguez**

RESUMEN

Las estructuras familiares pueden variar de acuerdo al contexto sociocultural, sin embargo su esencia fundamental es inmutable, ya que la familia es el grupo básico primario en donde las personas satisfacemos necesidades básicas de toda sociedad, radicando allí la importancia de su protección por parte del Estado. Se discurre, así, sobre la existencia de un modelo o modelos de familia protegidos en el sistema jurídico peruano, para analizar con posterioridad si es que dichos modelos merecen el mismo grado de cobertura legal. Asimismo, analizaremos la ampliación del concepto de modelo de familia por obra del Tribunal Constitucional y la incorporación de la familia ensamblada. Luego, se analiza cuál es la concesión de derechos brindados a este nuevo modelo de familia o si es que ya existe una tutela efectiva. En dicho contexto, pretende sustentarse el contenido y alcance del vínculo “padre/madre-afín” con el “hijo/hija-afín” y las figuras jurídicas propuestas derivadas de dicho status.

PALABRAS CLAVE

Familia / Derecho de Familia / Familia ensamblada / Padre y madre-afín / Hijo e hija-afín.

SUMARIO

1. La familia y las nuevas formas de familia en el ordenamiento jurídico. 1.1. La familia y su evolución sociojurídica. 1.2. Los modelos de familia en el ordenamiento jurídico. 1.3. Un nuevo modelo de familia en la interpretación del Tribunal Constitucional. 2. La categoría jurídica del “hijo afín” en el modelo de familia incorporado por el Tribunal Constitucional. 2.1. La familia ensamblada como nuevo modelo de familia. 2.2. El “padre/madre afín” e “hijo/hija afín”: ¿cuál es el contenido y alcance de sus relaciones familiares? 2.3. Figuras jurídicas propuestas derivadas del status jurídico del “hijo afín”. 3. Notas conclusivas.

* Maestrante en Derecho de la Empresa por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque). Docente de los cursos de Derecho de Familia y Sistemas Alternativos de Conflictos de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT).

1. La familia y las nuevas formas de familia en el ordenamiento jurídico

1.1. La familia y su evolución sociojurídica

La familia es considerada una institución natural y núcleo de la sociedad desde tiempos remotos. CORRAL TALCIANI, Hernán citando a Aristóteles define a la familia como “*La comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas*”¹, afirmando con ello que la familia es un elemento natural de la sociedad, y que además conforma un conjunto de personas que pretenden un fin en común.

En la misma línea, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor considera a “La familia, célula primera y vital de la sociedad, no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico – legal. No es una creación del derecho ni de la ley, que solo la regulan, sino obra de la naturaleza humana; y se rige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social. No lo es por su estructura, ni por su funcionamiento, que responden además a exigencias y dinámicas metajurídicas”².

Es así que la familia es una institución netamente social, cuyo concepto que tenemos de ella es cultural y atemporal; y como producto cultural, ha exhibido a lo largo del tiempo una fisonomía de muy diversa naturaleza, por lo que su concepto no es unívoco. Y es que la complejidad del entramado social comenta SILVERINO BAVIO vuelve necesario conocer el concepto cultural de familia presente en una sociedad concreta en un momento determinado, porque de allí derivarán las siguientes consecuencias: la clasificación de grupos familiares, la determinación del modelo que debe aplicarse a la legislación, la ordenación jurídica en base a normas que deben regular la creación y disolución del grupo elegido, a la vez que la conducta del mismo, tanto entre sus miembros como en sus relaciones con el exterior³.

¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de la Familia*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 23.

² La familia es la primera sociedad a la que ingresa el ser humano y es la escuela donde se ponen cimientos de su formación, la familia es un complejo de intrincadas imbricaciones, donde confluyen y se interrelacionan factores étnico – culturales, morales y religiosos, económico – sociales, jurídicos, psicológicos y educativos. Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *El Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2000, p. 07.

³ Cfr. SIVERINO BAVIO, Paula. “Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas”, en *Especial de Jurisprudencia. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de Shcols Pérez*. IUS Jurisprudencia 3/2008. Lima, 2008, p. 71.

Por ende, las relaciones de familia tienden a estar planificadas, pero no por ello hay una rigidez en si en su conformación, sobre todo en estos tiempos, en los que la espontaneidad desplaza a lo rutinario, reorienta la vida de sus integrantes quienes buscan satisfacer sus requerimientos reinventando sus roles en la comunidad que viven. La norma fija pautas de desenvolvimiento que, los integrantes de la familia deben guiarse pero la vida familiar escapa a la estructura normativa. En ese sentido, la realidad familiar, comenta ROSALIA MEJÍA, es diferente a la juridicidad, es cambiante, variable, depende del perfil de los individuos y del estilo de vida. Resulta complicado normar a la familia, es difícil dar forma a un “yeso”; fijar límites, condiciones, pautas al sentimiento, al amor, a las aspiraciones de las personas es simplemente un paso sin huella. La ley reconoce y legitima su componente natural, pero le falta el integrante buscado en la familia: encontrar en ella armonía y paz. La familia es un lugar de afecto y de respeto que todos componemos y aspiramos; es el primer instrumento de socialización porque la persona se desempeña en sociedad pero vive en familia⁴.

La vida familiar escapa a la estructura normativa es por ello que para comprender la dimensión de la familia en la actualidad, resulta necesario avocarnos en un análisis socioevolutivo, pues la familia que conocemos ahora no es la misma que tal vez hace 50 años ¿Qué ha cambiado en su estructura?

Es en la modernidad donde la familia tradicional ocupa protagonismo siendo aquella donde el varón ejercía la jefatura familiar respecto de sus miembros; es así que adquiere importancia la familia nuclear, entendida como un grupo nacido del matrimonio e independiente de la gran familia. A este cambio se une la división sexual del trabajo, siendo el hombre el sostén económico de la estructura familiar y la mujer en una relación de dependencia respecto a este, concentra las funciones relativas al hogar. Trasladando esta realidad social al Derecho refiere ADRIANA N. KRASNOW⁵, el Código de Napoleón consagró: a) El principio de la familia sometida a la autoridad del padre; b) La incapacidad de la mujer en el ámbito social y c) La propiedad privada sin restricción.

⁴ Cfr. MEJÍA ROSADO, Rosalía. *Estipulaciones de autotutela para la propia capacidad incapacidad. La penúltima voluntad*, Lima, Griley, 2009, p. 47.

⁵ Cfr. KRASNOW, Adriana. “El vínculo entre el padre afín y el hijo afín en la familia ensambladas”, en *Especial de Jurisprudencia. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de Shcols Pérez*. IUS Jurisprudencia 3/2008, Lima, 2008, p. 55.

A mediados del siglo XIX comienzan a sentirse los efectos negativos de este sistema jerárquico. Se inicia lentamente un proceso que apunta a reconstruir la familia con el lugar donde se desarrolla la persona para luego vincularse e incluirse en la sociedad.

A partir de la segunda mitad del siglo XX quedan atrás las reglas rígidas y uniformes para dar paso a un sistema más abierto y libre, configurándose **un nuevo modelo de familia** que abre las puertas a la autonomía personal y a la libertad de decisión de cada integrante. Desde un análisis axiológico, se observa un cambio en la escala de valores: se prescinde del valor poder, consolidándose valores como el amor, la cooperación, la solidaridad, la seguridad y la utilidad.

Con el modelo actual, se desatacan como aspectos significativos de su dinámica los siguientes:

- Ruptura de la sociedad disciplinar, se pasa de un individualismo limitado propio de la modernidad a un individualismo total.
- Dominio de la flexibilidad, con el consiguiente crecimiento de la autonomía personal.
- Cambio de paradigma en la estructura familiar; producto de una democratización de las relaciones familiares, destacándose a) El decaimiento de la institución matrimonio y el paralelo crecimiento de la unión libre con su variedad de formas; b) La reducción de la autoridad en el interior de la familia; c) La disminución de la natalidad; d) El ingreso de la mujer al mundo laboral, profesional, social, económico y cultural; y e) La disociación entre reproducción y acto sexual, pasando a ejercer la pareja su sexualidad con plena libertad⁶.

Es así que, si bien en la modernidad las relaciones familiares eran de subordinación, en la posmodernidad, las relaciones familiares son de coordinación con una fuerte tendencia a la privatización de las cuestiones internas de cada estructura familiar. Y es en ese contexto, que el Derecho de Familia sustentado en el orden público familiar, actualmente admite con ciertos límites el ejercicio de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas familiares.

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

⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 57.

es que hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas⁷. A la par de esta idea, LA CRUZ BERDEJO, José Luis, considera que en nuestra sociedad cada vez más libre, individualista y experimentalista, la tipología de variantes familiares aceptadas crece constantemente y tienden a institucionalizarse hasta el punto de que la pretendida garantía constitucional de protección especial de la familia puede dejar de tener sentido jurídico estricto, para abrirse hacia una concepción sociológica de familia⁸.

Esa apertura del Derecho de Familia, señala ADRIANA N. KRASNOW, se traslada al contenido del interés familiar y el interés individual. Es en ese sentido que los intereses de cada miembro de la familia quedarán limitados en cuanto afecten los intereses de los demás integrantes, puesto que resulta inadmisibles menoscabar la autonomía del otro para gozar de mayor autonomía. En definitiva será digno de protección el interés individual que se identifique con el interés familiar, relación que se determinará teniendo en consideración el principio que debe gobernar las relaciones jurídicas familiares: la solidaridad familiar⁹.

1.2. Los modelos de Familia en el ordenamiento jurídico

1.2.1. Los modelos de familia y su protección internacional

Los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, las normas nacionales, los planes y acuerdos reflejan la importancia de la familia, como primer ámbito de protección y desarrollo de la persona siendo obligación del Estado protegerla y prestar asistencia a la familia.

⁷ Este punto crucial, es considerado por la autora Patricia Janet Beltrán Pacheco, como el “primer gran paso que se da respecto al reconocimiento de las diversas clases de familia que existen en la sociedad actual, la misma que ha superado la clásica definición de “familia nuclear”, impidiendo la vulneración o afectación de los derechos de los miembros de la unidad familiar conformada en las familias recompuestas, extensas o reconstruidas protegiéndolos ante la sociedad y el estado”. La autora considera que esto debe dar lugar a una modificación de los textos legales, a fin de incluir esta realidad familiar en la normativa nacional. Cfr. BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. “Análisis de la problemática socio jurídica de los hijos de las familias reconstituidas a la luz del Tribunal Constitucional”, en *Jus Jurisprudencia: Comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 11.

⁸ DE LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Derecho de Familia: Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, 4ta Edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 2010, p. 1.

⁹ Cfr. KRASNOW, Adriana. Ob. Cit., p. 57.

En este sentido, PLÁCIDO, Alex refiere que los derechos relativos a la familia, incorporados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son esencialmente los siguientes¹⁰:

a.- El derecho a fundar una familia: Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen en términos sustancialmente idénticos el “derecho del hombre y de la mujer de contraer matrimonio y fundar una familia”. A partir de ello, se ha sostenido que “este derecho es privativo de personas que tienen edad para ello o que han alcanzado edad núbil”. Complementariamente, el Comité de Derechos Humanos, en su observación general OG N° 19 del 27 de julio de 1990 sobre protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos, ha precisado que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. No obstante, el Comité ha observado que pueden existir diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales.

En cambio, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema regional interamericano se advierte una desviación entre familia y matrimonio. Así, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoce como derecho fundamental de toda persona el de constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y de recibir protección para ella. Siendo así el principio de progresividad del sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos viene a afianzar el avance y a reconocer que el derecho a fundar una familia corresponde a toda persona, el que se ejercerá de acuerdo con la legislación interna de cada Estado; desvinculando la familia del matrimonio. De esta manera, se confirma que el matrimonio si bien es la principal, no es la única fuente de constitución de una familia.

b.- El derecho a la protección de la familia: El reconocimiento de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a la “protección de la sociedad y el Estado” constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La protección presume la existencia de una familia, sin que proceda distinguir entre la familia matrimonial y extramatrimonial. La noción de familia no alude pues, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua

¹⁰ Cfr. PLÁCIDO, Alex. *Familia, niños, adolescentes y Constitución*, Academia de la Magistratura, pp. 30-32.

ayuda que pueda estarlo. Todos los textos internacionales que, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, proclaman que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, sitúan esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de nuevas personas humanas.

Por su parte, La Convención Americana Sobre Derechos Humanos 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”*¹¹. A partir de tal consideración, este aspecto del derecho de protección de la familia impone a los poderes públicos el deber de proteger jurídicamente a la familia, evitando precisamente su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico y más protector que el que se dispense a formas de convivencia contrarias al modelo familiar.

c.- El derecho a la vida en familia: Se refiere el derecho a la vida de familia; esto es, a mantener y desarrollar las relaciones de familiares. Pocas cosas más importantes para la dignidad del ser humano que el modo y circunstancias en que es procreado, dado a luz criado, cuidado y educado hasta que adquiere la capacidad de valerse enteramente por sí mismo. Todas esas frases determinan en altísimo grado la identidad de cada persona humana, su intimidad personal, sus referentes y sus actitudes más básicas para que ninguna persona sea tratada como cosa sino como persona, es precisamente todo ese proceso en el que toda persona humana es especialmente débil, frágil y moldeable.

En ese sentido, los instrumentos internacionales ratificados por el Perú contienen disposiciones de protección a la familia, como: en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- Artículo 23: *“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (...)”*.

En conclusión, los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, las normas nacionales, los planes y acuerdos reflejan la importancia de la familia, como primer ámbito de protección y desarrollo de la persona siendo obligación del Estado protegerla y prestar asistencia a la familia. La propia situación de las familias en el Perú exige que el Estado implemente políticas

¹¹ VEGA MERE, Yuri. *“La familia por venir: entre lo público y lo privado”*, en *Las nuevas fronteras del derecho de familia*, Lima, Normas Legales, 2003, p. 36.

públicas de apoyo y promoción de la familia sin desmedro de los nuevos modelos de familias producto de los cambios que están ocurriendo en el mundo y no se segreganlas o excluirlas por no encajar en el modelo tradicional.

1.2.2. El modelo de familia y su protección en la Constitución de 1993

1.2.2.1. El principio de protección de la familia

En dicho contexto de armonía con 7las fuentes de protección internacional, el Estado peruano tanto en la Constitución de 1979¹² como la Carta Magna de 1993 reconocen el principio de protección de la familia. Sin embargo, existe una sutil diferencia entre ambas cartas magnas, y es que si bien la Constitución de 1979 en su artículo 5^o¹³ recogía el principio de protección del matrimonio, por lo que podía deducirse que la única forma de familia protegida por el ordenamiento jurídico era la de origen matrimonial. Sin embargo y superando esta redacción, la Constitución de 1993 ha precisado que lo que nuestro ordenamiento consagra es el principio de promoción del matrimonio a la par del principio rector de protección de la familia¹⁴.

De esta división, explica PLÁCIDO VILCACHAGUA¹⁵ se aprecian dos grandes cambios:

- a) Mientras que en la Constitución de 1979 matrimonio y familia aparecen vinculados. En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, la familia que se protege es principalmente aquella que nace de un matrimonio aunque no es la única fuente.

¹³ Artículo 5° “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. (El artículo 9 se refiere a las uniones de hecho). Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de gananciales en cuanto es aplicable,”

¹⁴ Artículo 4° “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (El artículo 5 trata el tema de las uniones de hecho). Artículo 5.- “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

¹⁵ Artículo 4° “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (El artículo 5 trata el tema de las uniones de hecho). Artículo 5.- “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

- b) Mientras que en la Constitución de 1979 la unión no es fuente generadora de una familia, en la Constitución de 1993 sí lo es. En la primera, es claro que la unión de hecho es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia. En la segunda, por el contrario, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia¹⁶.

1.2.2.2. El principio de protección a la familia y su concordancia con el principio de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas. Se está, pues, ante la desinstitucionalización del matrimonio, pues este no es la única fuente de la que se genera familia. Por tanto, el modelo constitucional admite otras fuentes de las que se derivan otros tipos de familia.

Esta última afirmación obliga a determinar la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993. Para comprender este tema, resulta útil remitirnos a las STC 03605-2005-AA y STC 09708-PA del Tribunal Constitucional Peruano.

En la primera sentencia, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de amparo por considerar que la pensión de viudez está reconocida solo al cónyuge supérstite. Para ello, en primer lugar declara que “la Constitución (de 1993) ordena la promoción del matrimonio (...) y destaca como ideal que toda familia esté conformada matrimonialmente”. (Fundamento jurídico 3). Luego, señala que “para entender correctamente las normas constitucionales también es importante remitir a los instrumentos internacionales, tal como lo expresa la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución (de 1993)”.

Asimismo, destaca que: “(...) la norma constitucional (se refiere al artículo 5° de la Constitución de 1993) reconoce la relación concubinaria para efectos solo de naturaleza patrimonial, al asemejarlo con el régimen de la sociedad de gananciales propia del

matrimonio, mas no incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario durante la vigencia de la relación y el hereditario entre concubinos (fundamento jurídico 8).

En la segunda instancia, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda por considerar que la pensión de viudez también puede ser reconocida al conviviente supérstite. Para ello, en primer lugar declara que “(...) de conformidad con el artículo 5 de la Constitución de 1993, la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un lugar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. El artículo 326° del Código Civil, que constituye dentro del sistema jurídico nacional la norma de desarrollo y que hace operativa la Constitución vigente, que contiene la misma disposición constitucional vigente, determina que la unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Es decir, de varón y mujer como pareja teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años. (...)”

A partir de ello, destaca que: “(...) tanto la norma del artículo 5° de la Constitución como el artículo 326° del Código Civil, el reconocimiento de la unión de hecho da lugar a la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comporta como cónyuges, asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio. Siendo así, concluye que “(...) de la unión de hecho sustituye a la partida de matrimonio; en tal razón le corresponde la pensión de viudez, además de considerar que las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión”.

Se debe coincidir con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 09708-2006-PA, sobre todo cuando destaca que, en atención a lo previsto en el artículo 5° de la Constitución de 1993, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, lo que vale decir que de la unión de hecho surge una familia que merece protección como la que surge de un matrimonio.

Llegados a este punto, debemos responder: ¿cómo determinar la concordancia entre los principios de protección de la familia, de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993?

El autor PLÁCIDO VILCACHAGUA¹⁷ la propone de la siguiente manera:

- a) La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión de hecho. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le deben reconocer los efectos personales y patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.
- b) El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente.
- c) La unión de hecho por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.
- d) Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho dentro de la jerarquía de valores constitucionales. A partir de ello, es claro que no puede ser.

1.2. Un nuevo modelo de familia en la interpretación del Tribunal Constitucional

La incorporación del concepto y protección de la familia “ensamblada” o “recompuesta” por parte del Tribunal Constitucional es el ápice para que la doctrina analice cuáles son los derechos personas y patrimoniales que de dicha protección derivan.

Es así que mediante Sentencia del 30 de Noviembre de 2007, en la Causa N° 09332-2006-PAICT, el Tribunal Constitucional se ocupó del reclamo de don Reynaldo Armando Shols Pérez, quien, casada en segunda matrimonio con doña María Yolanda Moscoso García, había solicitado al Centro Naval del Perú (del cual era asociado) le otorgue (al igual que al hijo nacido de su segundo matrimonio un carné familiar –en calidad de hija– a su hijastra (Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, hija de su esposa nacida de una anterior unión) y no un pase de invitada especial.

¹⁷ Cfr. PLÁCIDO, Alex. Ob. Cit., p. 92.

El Tribunal ordenó la emisión del carné a su hijastra y la equiparación con una hija biológica para viabilizar el acceso al centro de recreación en cuestión.

De acuerdo con el citado Tribunal, la acepción común de familia alude a aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Usualmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que tienen origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Sin embargo, al encontrarse expuesta la familia a los nuevos contextos sociales, han asomado formas diversas como las uniones de hecho, las familias monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstruidas¹⁸.

Aunque reconoce tal como comenta YURI VEGA que no existe un acuerdo sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Según el Tribunal, son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio¹⁹. La nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

Así, el concepto de identidad de la nueva familia cuando el Tribunal anota que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, la diferenciación entre ellos y los hijos de la familia recompuesta deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia, pues como añade, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Además, en un acertado juicio sostiene la Corte Constitucional que 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.

¹⁸ Cfr. HINESTROZA, Fernando. *Diversas formas familiares, en el Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, T I, pp. 207 y ss.

¹⁹ Cfr. VEGA MERE, Yuri. *La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derecho a la familia de hecho*, Gaceta del Tribunal Constitucional N° 10, Lima Abril-Junio 2008, pp. 3 y ss.

Por lo demás, así como existen requisitos o notas características del matrimonio de la unión de hecho, también la familia recompuesta debe exhibir ciertos rasgos, tales como los de habitar y compartir una vida en familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Para el Tribunal tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín.

Precisamente por esa tutela especial que requiere la familia, sobre todo en el caso de las familias reconstituidas en las que la identidad familiar es de más difícil conformación (más frágil) debido a las propias circunstancias en las que estas aparecen, el Tribunal consideró que la diferenciación de trato entre los hijastros deviene en arbitraria en circunstancias como la planteada en el caso Schols Pérez, reconociendo, de esa manera, que el derecho constitucional de asociación y la autonomía para la autorregulación no puede subordinar el otro principio constitucional de protección de la familia.

2. La categoría jurídica del “hijo afín” en el modelo de familia incorporado por el Tribunal Constitucional

2.1. La familia ensamblada como nuevo modelo de familia

Es a fines de los años setenta que aparece la categoría de “familias monoparentales” que entre los hijos de las “familias disociadas” solo incluye a los que viven con un solo padre; es al término de la década de los ochenta que se propone otra nueva categoría “familias recompuestas”, significado con esta nueva nomenclatura a la convivencia de una pareja donde por lo menos uno de ellos ingresa a esta nueva unión con hijos de alguna relación anterior a la que le precedió el matrimonio, o no necesariamente.

Como bien señala MANUEL CAMPANA citando a Grosman, “[...] estas familias han recibido distintas designaciones como “familia reconstituida”, “familia transformada”, “familia recompuesta”, “familia mezclada” o “combinada” (*blended family*). También se le ha denominado “hogar biparental simple”, donde los niños conviven con sus dos padres. Las

diversas designaciones evidencian la dificultad en encontrar un término que defina a este tipo de familia²⁰.

En circunstancias jurídicas cercanas a la nuestra, es Argentina –con su riguroso debate en materia de Derecho de Familia– el que lleva la delantera en cuanto al estudio, desarrollo y nomenclatura de este sistema familiar, denominándolo casi unánimemente como familias ensambladas. De igual forma, puede observarse que la doctrina uruguaya –siguiendo la corriente argentina– utiliza la misma nomenclatura.

En el caso concreto, la maestra Grosman ensaya una definición de este neosistema familiar sosteniendo que la “(...) familia ensamblada es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa”; a la que por nuestra parte añadiremos: “(...) con la posibilidad de la existencia o procreación de hijo en común”.

En nuestro país, no existe aún ninguna ley, ni proyecto de ley que haya instaurado el concepto de familia ensamblada, tampoco los tribunales ordinarios o la jurisprudencia ordinaria han instaurado este concepto, ni tratado de definir sus alcances. Fue el Tribunal Constitucional en la sentencia del 30 de Noviembre de 2007, que corresponde al expediente N° 09332-2006-PA/TC; quién introduce por primera vez en la jurisprudencia nacional, la definición de familia ensamblada.

El máximo Órgano Jurisdiccional de nuestro país, conceptúa a las mismas, como aquellas 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, siguiendo los lineamientos de juristas como Cecilia Grosman, Irene Martínez Alcorta o Beatriz Ramos Cabanellas, el Tribunal Constitucional afirma que la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”

²⁰ Cfr. CAMPANA VALDERRAMA, Manuel María. “Familia y nuevas formas de familia”, en *Especial de Jurisprudencia. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de Shcols Pérez*. IUS Jurisprudencia 3/2008. Lima, 2008, p. 71.

Autores como VARSÍ ROSPIGLIOSI definen a la familia ensamblada como “la pareja en segundas nupcias con hijos propios y comunes”, el mismo autor hace una subclasificación de las mismas al señalar que: *“Si es una sola parte que tuvo el compromiso se le llama simple; si son las dos, familias ensamblada compleja”*.

Señala CALDERÓN BELTRÁN²¹ que entre los orígenes de la familia ensamblada tenemos a los siguientes a) El divorcio²²: El hecho de que existan más personas divorciadas con hijos provenientes de este precedente compromiso, ha sido determinante para el incremento de las familias ensambladas, el divorcio es pues en la actualidad el principal origen de la familia ensamblada, pues no son pocos los casos en que los padres divorciados con descendencia establecen segundo compromisos, segundas nupcias; b) La viudez: Es el estado que se produce en el cónyuge a consecuencia del fallecimiento de su consorte marital. Quedando solo o sola con sus hijos, el viudo o la viuda al unirse una nueva pareja, conformaran la familia ensamblada, esto debido a factores como el aumento de la tasa de mortalidad durante la segunda mitad del S XX y sobretodo al menor número que experimentaban las tasas de divorcio; c) La familia monoparental: La familia monoparental, conformada por un padre o madre soltera y sus hijos, no necesariamente tiene origen en la pérdida de una relación familiar precedente como sucede con el divorcio o la viudez, he allí la diferencia, pues la madre puede haber procreado a través de un encuentro sexual casual, o incluso puede haber acudido a un centro de fertilidad, concibiendo a través de alguna técnica de reproducción humana asistida. Al unirse este padre o madre soltera a una pareja, conformarán la familia ensamblada

El hecho que no exista una norma expresa al respecto, no significa que los tribunales deban ignorar a las familias ensambladas, pues en materia de familia existen principios orientadores, como es el caso del principio de protección constitucional de la familia, que tienen fuerza normativa y no puede ser dejado de lado bajo ninguna circunstancia por los Órganos Judiciales, pues siendo los principios directrices, es que se impone su obligatoriedad.

²¹ Cfr. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *La familia ensamblada en el Perú. Superando el vacío legal*, Adrus Editores, Lima, 2014, pp. 53-54.

²² Según cifras reportadas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en un estudio realizado en Lima y Callao, informaba que mientras en 1995 se registraron sólo 1,063 (Mil Sesenta y Tres) divorcios, en ambas provincias.

Es pues a partir de los casos concretos, que será posible, merced a la creatividad de los operadores jurídicos, avanzar en una fructífera labor doctrinaria y jurisprudencial que levante el manto del silencio y motorice el cambio legal para ofrecer soluciones que preserven los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes así como los del padre o madre afín –según sea el caso– en concordancia con los derechos y deberes de sus progenitores.

2.2. El “padre/madre afín” e “hijo/hija afín” ¿cuál su contenido y alcance en las relaciones familiares?

Si bien el tema de la familia ensamblada no ha sido tratado en forma explícita por el legislador, ni por la jurisprudencia ordinaria, la existencia de figuras legales como el parentesco por afinidad, determina que en nuestro ordenamiento civil, existan normas que de forma indirecta regulan algunos aspectos referidos a padres e hijos afines, así tenemos:

A.- En el Código Civil (DL 295)

Como hemos expuesto precedentemente, el matrimonio civil genera parentesco por afinidad entre el cónyuge y los hijos propios de su consorte marital. Como consecuencia de este tipo de parentesco se producirán efectos jurídicos que conciernen a padres e hijos afines. Veamos que aspectos referidos al parentesco por afinidad han sido regulados en el Código Civil:

- Libro III, referido al derecho de familia: La parte final del artículo 237 del Código Civil establece que “La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge”. Ciertamente el parentesco por afinidad trae consigo algunos efectos legales como el impedimento matrimonial regulado en el artículo 242 numeral 3 del Código Civil, que a la letra dice: “no pueden contraer matrimonio entre sí: los afines en línea recta”. Impedimento que se mantiene aún después de disuelto el vínculo matrimonial que dio origen al parentesco por afinidad, tal y como lo señala la última parte del artículo 237°. Por tanto, el padre afín se encuentra impedido legalmente para contraer matrimonio con su hija afín y viceversa, en todas las circunstancias, aun cuando el matrimonio que dio origen a la familia ensamblada hubiera sido disuelto.
- Otros Libros del Código Civil: El parentesco por afinidad, además del Libro III referido al derecho de familia, también ha sido recogido por otros libros del Código Civil, así

por ejemplo en el Libro de personas, específicamente en el artículo 107 del Código Civil, se establece la prohibición del administrador de la fundación, así como de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y “segundo de afinidad”, de celebrar contratos con la fundación. En el Libro Segundo referido al Acto Jurídico, específicamente el artículo 215° del Código Civil, señala que: “Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”

B.- En el Código de Niños y Adolescentes (Ley 27337):

En el Código de los Niños y Adolescentes encontramos algunas referencias importantes que de manera indirecta regulan algunos derechos que conciernen a padres e hijos afines, así tenemos: a) Régimen de visitas: El artículo 90 referido a la extensión del Régimen de Visitas, señala que: “El régimen de visitas decretada por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique”; b) La adopción por excepción: En el artículo 128^{o23} de nuestro Código de los Niños y Adolescentes, referido al proceso judicial de adopciones por excepción, se hace una expresa alusión al padre afín, al señalar en su inciso a, que podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado sin que medie declaración de estado de abandono del niño o adolescente.

C.- En el Texto Único Ordenado de la Ley 26260 “Ley de Protección frente a la Violencia Familiar”, aprobado por el D.S. 006-97-JUS.

El Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, establece un concepto amplio de familia, no se ha limitado al restringido concepto de familia nuclear, habiendo ido más allá del concepto de familia extendida, llegando a regular aspectos de la familia compuesta, anteriormente sólo mencionada en la doctrina y obviada por el derecho positivo nacional.

En efecto analizando el artículo 2 de la mencionada ley, veremos que recoge un concepto amplio de familia, al especificarse que: “Se entenderá por violencia familiar, cualquier acción

²³ Artículo 128° del Código de Niños y Adolescentes: “El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológico”.

u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre: a) Cónyuge, b) ex cónyuges, c) convivientes, d) ex convivientes, e) ascendientes, f) descendientes, g) parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, h) quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, i) entre quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia, j) uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho.

D.- En el Código Procesal Civil

La norma adjetiva ha regulado también ciertos aspectos del parentesco por afinidad, así por ejemplo, el artículo 229 referido a las prohibiciones para declarar como testigo establece en su numeral 3, que se prohíbe que declare como testigo: “El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubinato, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria”.

El artículo 827, referido a la legitimidad activa en el proceso de inscripción y rectificación de partida, en sus primeros cuatros numerales hace referencia al parentesco por afinidad, al establecer que la solicitud puede ser formulada por: “1.- El representante legal del incapaz y, a falta de aquél, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la rectificación de la partida de nacimiento”.

2.3. Figuras jurídicas propuestas derivadas del status jurídico del “hijo afín”

A.- La supletoriedad en la patria potestad

La patria potestad, señala BENJAMIN LLANOS, es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos. Este concepto pretende abarcar no sólo los derecho-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de sus hijos que al

recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas²⁴.

Consecuentemente no se puede negar que al interior de la vida familiar de la familia ensamblada, se producen entre padres afines relaciones familiares bastante similares a las parentales, razón por la cual el derecho sería mezquino al obviar todo tipo de mención referido a la autoridad parental de los padres afines respecto de sus hijos afines, pues en determinadas circunstancias sería posible y hasta beneficioso para el hijo afín, que al padre afín ejerza derechos y deberes de la autoridad paterna, que por siempre se consideraron como enteramente exclusivos de la filiación natural.

Como hemos visto el tratar el tema del deber de asistencia conyugal, una vez establecida la familia ensamblada, es un deber del cónyuge apoyar a su consorte matrimonial en el ejercicio de la autoridad paterna, es decir la crianza, cuidado y orientación de sus hijos afines, aún cuando no esté biológicamente emparentado con los mismos.

Dentro de los deberes-derechos regulados por nuestra normatividad sustantiva en materia de patria potestad comenta JAVIER CALDERÓN, por el sólo hecho de conformarse la familia ensamblada y desde el momento en que la misma queda establecida, es que nosotros postulamos como extensivos para el padre afín los siguientes roles parentales²⁵:

- a) Darles a sus hijos afines buenos ejemplos de vida y corregido moderadamente.- Una de las funciones más importantes de toda familia, sea matrimonial nuclear, unión de hecho o ensamblada, es el cuidado y educación de la prole, en razón de ser la familia el elemento más básico y primario de toda sociedad, en donde se forma el ser humano. En una familia ensamblada, uno de los padres biológicos estará ausente, la misma convivencia del núcleo familiar ensamblada, determina que el hijo afín tenga como figuras paternas diarias a la madre o padre biológico con el que convive y simultáneamente a un padre o madre afín, teniéndose además presente que al igual como sucede con todo tipo de familia, la familia ensamblada es también responsable del cuidado, educación y formación de sus miembros, es que no se puede excluir al padre afín del deber parental de brindar a sus hijos afines buenos ejemplos de vida e inclusive corregirlos moderadamente.

²⁴ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 457.

²⁵ Cfr. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo. *Ob. Cit.*, p. 97.

- b) Representar a su hijo afín en ciertos actos de la vida civil mientras que éste último no haya adquirido la capacidad de ejercicio, siempre y cuando que dicha representación sea en beneficio de la vida familiar ensamblada y en respeto de su autonomía”. De la misma forma que por el solo hecho de conformarse la familia ensamblada, debemos hacerle extensivo al padre afín algunos deberes propios de la patria potestad, como recibir ayuda de sus hijos afines atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención.

B.- La subsidiariedad en la obligación alimentaria

El parentesco es la fuente típica de la obligación alimentaria, razones éticas de solidaridad, imponen una obligación a los parientes de prestarse recíprocamente todo lo necesario para vivir en forma digna.

El artículo 474° del Código Civil peruano de 18984, establece una reciprocidad alimentaria entre parientes al normas que: “Se deben alimentos recíprocamente: 1.- Los cónyuges, 2.- Los ascendientes y descendientes y 3.- Los hermanos”.

A diferencia de nuestro derecho positivo donde no se ha hecho mención alguna a la reciprocidad de la obligación alimentaria entre padres e hijos afines en el derecho comparado existen legislaciones que con un discernimiento más amplio, han extendido este criterio y principio ético de solidaridad recíproca más allá de la consanguinidad, haciendo alusiva mención a los miembros de la familia ensamblada, estableciendo este carácter recíproco de derecho alimentario entre padres e hijos afines, manteniendo siempre un carácter de subsidiariedad, así por ejemplo el artículo 368° del Código Civil Argentino establece que: “Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado”. Bossert y Zannoni comentando esta norma manifestaban que entre parientes por afinidad, el artículo 368° del Código Civil obliga por alimentos a quienes están vinculados en primer grado, ello es suegro y la suegra respecto del yerno o la nuera y el padrastro o madrastra respecto del hijastro o la hijastra, sin interesar que sean matrimoniales o extramatrimoniales. La jurisprudencia ha entendido que los parientes por afinidad sólo se deben alimentos ente sí en caso de que no haya consanguíneos en condición de prestarlos. Existen y existirán circunstancias de hecho, en que el padre afín lega a la vejez, incapaz de satisfacer sus necesidades básicas por sí mismo, sin tener parientes consanguíneos que

puedan brindarle lo mínimamente requerido para satisfacer las mencionadas necesidades, en este caso, estará facultado para recurrir a la solidaridad de su hijo afín y peticionarle al mismo la dación de una pensión alimenticia con la cual pueda superar su estado de necesidad; de la misma forma, existirán circunstancias en las que el hijo afín no se encuentre en aptitud de atender a su propia subsistencia por causas de incapacidad física o mental o por causas de discapacidad y al no tener parientes consanguíneas que puedan brindarle alimentos, quedará facultado para recurrir a la solidaridad de su padre afín y peticionarle al mismo la dación de una pensión alimenticia con la cual pueda superar su estado de necesidad.

El carácter de subsidiariedad de la obligación alimenticia comenta EDMUNDO CALDERÓN entre parientes afines, determina que la obligación sea extensiva al obligado alimentario padre y/o hijo afín, únicamente cuando el pariente afín alimentista no pueda reclamar este derecho a sus parientes consanguíneos, sea porque éstos hayan fallecido, se hayan ausentando o simplemente cuando desconozca su paradero²⁶.

Tratándose de menores de edad, el artículo 92° del Código de los Niños y Adolescentes, ley 27337, define al derecho alimentario señalando que: “Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”.

A diferencia del Código Civil, la norma sustantiva en materia de niños y adolescentes, establece el derecho alimentario de estos con un carácter unilateral, no recíproco, surgiendo esta obligación de la patria potestad, en efecto, esta norma señala como obligación de la patria potestad, prestar alimentos a sus hijos menores de edad, estableciendo también un orden de prelación particular, al normar que por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos al niño en el siguiente orden de prelación: 1.- Los hermanos mayores de edad; 2.- Los abuelos; 3.- Los parientes colaterales hasta el tercer grado; 4.- Otros responsables del niño o del adolescente.

El legislador ha destinado el deber de prestar alimentos en los padres biológicos, quienes en razón del parentesco consanguíneo serán siempre los obligados preferentes, extendiendo un

²⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 112 y ss.

orden de prelación para que el niño pueda solicitar la pensión alimenticia a otros parientes y responsables suyos en caso de muerte, ausencia o desconocimiento del paradero de sus padres, siempre atendiendo el carácter tuitivo, inaplazable y urgente del derecho alimentario. En último orden de prelación la norma ha establecido que pueden prestar alimentos, “otros responsables del niño o del adolescente”, respecto de este supuesto, ni la norma, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, han hecho referencia explícita a que otros responsables del niño o adolescentes sea una mención expresa de los padres afines, por el contrario, casi unánimemente existe consenso doctrinario en que se entiende como “otros responsables del niño o del adolescente” a los tutores, quienes bajo el amparo del artículo 502 del Código Civil, son los encargados de cuidar de la persona y bienes del menor que no se encuentra bajo la patria potestad.

Subsistencia de la obligación alimentaria

El Estado de familia y el parentesco son la fuente de la obligación alimentaria, la convivencia humana determina que de forma solidaria se imponga entre los miembros de una familia, el deber de auxiliarse recíprocamente a fin de dar abasto a sus necesidades, al desaparecer este estado de familia, es que por una cuestión de accesoriadad y siguiendo su misma suerte, desaparecerá también la obligación alimentaria, es por ello que por regla general, al disolverse la unión matrimonial o el concubinato que dio origen a la familia ensamblada, es decir al fenecer el estado de la familia ensamblada, correrán la misma suerte todos los derechos y obligaciones que se hubieran instaurado entre el padre y el hijo afín, en los cuales se incluye al deber alimentario.

Si bien el Código Civil ha regulado que el parentesco por afinidad subsiste aún después de disuelto el vínculo matrimonial, la voluntad del legislador con esta disposición, no ha sido preservar algún derecho surgido entre padres e hijos afines, sino que excluyentemente ha sido, la de asentar un impedimento entre éstos.

Para decretare la subsistencia de la obligación alimentaria comenta JAVIER CALDERÓN es que hemos considerado concurrentes lo siguientes supuestos:

- a) Que el alimentista experimente estado de necesidad y se encuentre imposibilitado por razones naturales, razones de incapacidad física o mental, discapacidad o incapacidad temporal o permanente para laborar.

- b) Que durante la existencia de la familia ensamblada, el alimentista haya dependido económica y materialmente del obligado pariente afín.
- c) Que se compruebe que el alimentista no posee parientes biológicos en capacidad de prestarle alimentos, sea por razones de ausencia o por razones de carencia²⁷.

3. Notas conclusivas

1.- La familia es la primigenia célula vital de la sociedad, al no ser propiamente un fenómeno jurídico, sino obra de la naturaleza humana, su estructura y funcionamiento responden a exigencias extrajurídicas. Es en dicho contexto que pueden surgir diversos modelos de familia anclados en la sociedad que merecen una protección legal.

2.- Los modelos de familia que la Constitución dispone proteger son aquellos que emergen tanto del matrimonio como de la unión de hecho, por ende a ambos institutos se les reconoce efectos personales y patrimoniales. Sin embargo al ser el matrimonio promovido por mandato constitucional, es la principal fuente de la que emerge una familia.

3.- El principio constitucional de protección a la familia invoca una tutela especial de protección a todo tipo de familia, es precisamente allí que en el caso de las familias ensambladas en donde la identidad familiar es de más difícil conformación debido a las circunstancias en la que aparecen, el Tribunal consideró que la diferenciación de trato entre los hijastros deviene en arbitraria.

4.- El tribunal Constitucional al reconocer la autonomía de la familia ensamblada preestablece que deben existir ciertos requisitos como que padres e hijos afines convivan bajo supuestos de estabilidad, publicidad y reconocimiento, y reconoce su dinamicidad heterogénea a la de una familia nuclear, por ende, la existencia de algunos deberes y derechos surgidos de la parentalidad de sus miembros debe ser de carácter supletorio.

²⁷ *Ibidem*, p. 113.