



Universidad Femenina del Sagrado Corazón

Escuela de Posgrado

Programa Académico de Maestría en Derecho Civil

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ANTE EL VACÍO
NORMATIVO DE LA REGULACIÓN DEL PADRE AFÍN

Tesis presentada por:
URSULA VILMA BAZÁN DOBBERTIN

Para obtener el Grado Académico de
MAESTRA EN DERECHO CIVIL
con mención en Derecho de Familia

Asesora

Azucena Inés Solari Escobedo
Cod. Orcid: 0000-0002-9749-4726

Lima – Perú

2022

Los miembros del jurado han aprobado el estilo y el contenido de la tesis sustentada por:

URSULA VILMA BAZÁN DOBBERTIN

Azucena Inés Solari Escobedo

Nombre(s) y Apellidos, Asesora

Ana Ysabel Cossio Cabrera

Nombre(s) y Apellidos, Miembro

Gloria María Acosta Álvarez

Nombre(s) y Apellidos, Miembro

Rosario Guadalupe Alarcón Alarcón

Nombre(s) y Apellidos, Miembro

Dra. Rosario Guadalupe Alarcón Alarcón
Directora de la Escuela de Posgrado



RESUMEN

Esta investigación tiene como propósito determinar si la falta de regulación respecto a los derechos y deberes del padre afín afecta al Interés superior del niño. De ese modo, se ha planteado la posibilidad de señalar cuáles son estos derechos y deberes que correspondería establecerse en nuestra legislación, así como la viabilidad de delegar al padre afín atribuciones correspondientes a la responsabilidad parental, con la finalidad de ampliar la protección a los integrantes de la familia reconstituida y poder garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes que forman parte de esta estructura familiar. Asimismo, se ha buscado determinar cuáles serían los derechos subsistentes entre padres e hijos afines, luego del quiebre de la relación con la que surgió la familia reconstituida.

En ese sentido se ha tenido en consideración los cambios que se han producido respecto a la concepción de familias a la luz de las transformaciones sociales, analizando cuatro sentencias del Tribunal Constitucional Peruano en las que se ha desarrollado la temática de la familia reconstituida, así como la relación entre padres afines e hijos afines.

Palabras clave: familia, familia reconstituida, padre afín, hijo afín, Interés superior del niño, responsabilidad parental, parentesco por afinidad.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to determine if Child's Best Interest is affected by the absence of regulation about the rights and duties of the related parent. In the same way, the possibility has been raised of indicating which are these rights and duties that would correspond to be established in our legislation, as well as the viability of delegating to the related parent attributions corresponding to parental responsibility, in order to extend the protection to the members of the blended family and to be able to guarantee the integral development of the children and adolescents that are part of this family structure. Likewise, it has been intended to determine what would be the subsisting rights between parents and related children, after the breakdown of the relationship.

In this sense, the changes that have occurred regarding the conception of families in light of social transformations have been taken into consideration, analyzing four judgments of the Peruvian Constitutional Court in which the theme of the blended family has been developed, as well as the relationship related parents and related children.

Keywords: family, blended family, related parent, related child, Child's Best Interest, parental responsibility, kinship by affinity.

DEDICATORIA

A Vladimir, el amor de mi vida, mi impulso y mi motor para salir adelante, recordándome todo aquello de lo que soy capaz.

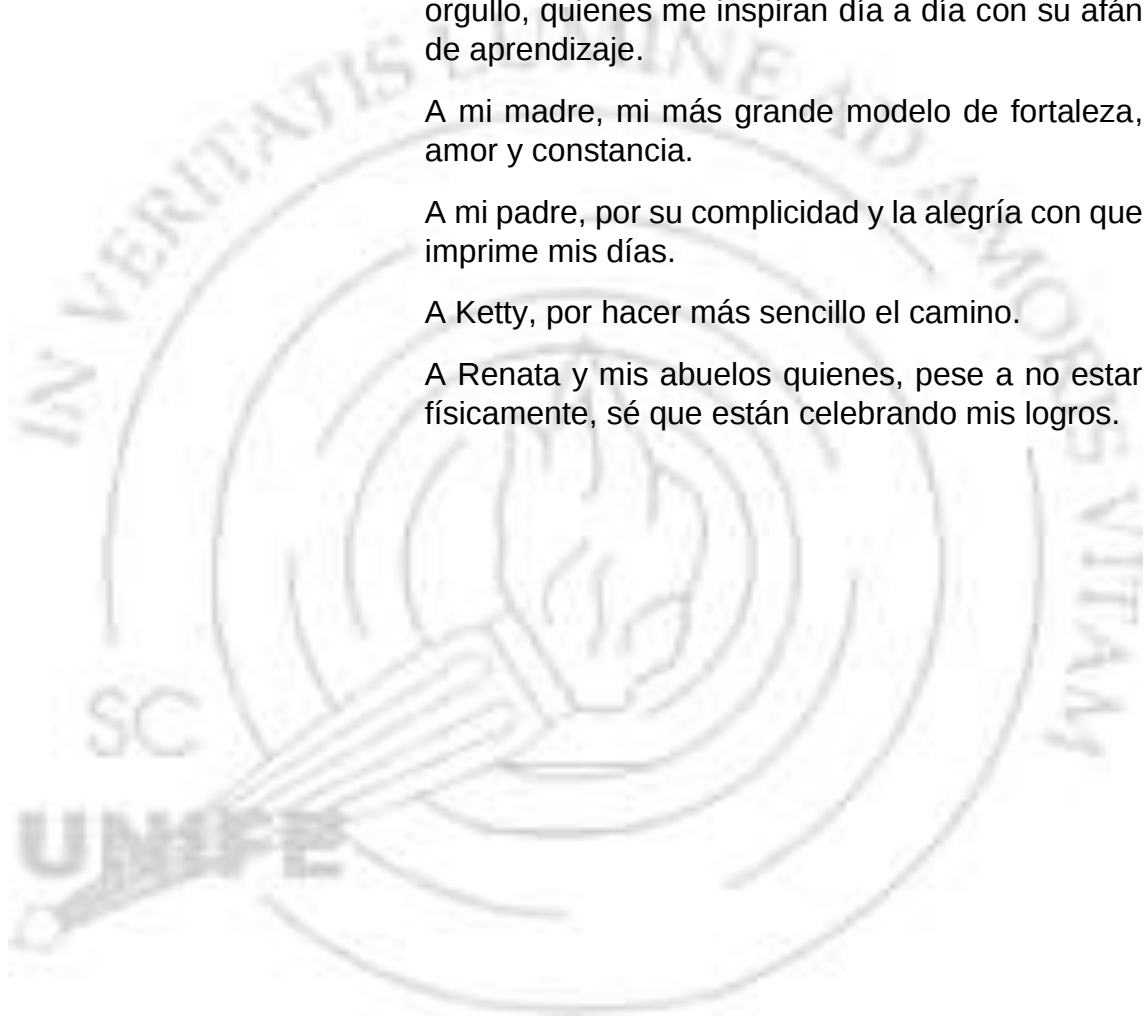
A Daniela y Sebastián, mis hijos y mayor motivo de orgullo, quienes me inspiran día a día con su afán de aprendizaje.

A mi madre, mi más grande modelo de fortaleza, amor y constancia.

A mi padre, por su complicidad y la alegría con que imprime mis días.

A Ketty, por hacer más sencillo el camino.

A Renata y mis abuelos quienes, pese a no estar físicamente, sé que están celebrando mis logros.



ÍNDICE

RESUMEN/ ABSTRACT.....	04
DEDICATORIA.....	05
ÍNDICE.....	06
LISTA DE TABLAS.....	10
LISTA DE FIGURAS.....	12
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	14
1.1 Planteamiento del problema.....	14
1.2 Justificación de la investigación.....	15
1.2.1 Justificación teórica.....	15
1.2.2 Justificación metodológica.....	16
1.2.3 Justificación práctica.....	16
1.3 Delimitación y limitaciones de la investigación.....	17
1.4 Objetivos de la investigación.....	18
1.4.1 Objetivo general.....	18
1.4.2 Objetivos específicos.....	18
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO.....	19
2.1 Antecedentes de la investigación.....	20
2.2 Bases teóricas.....	25
2.2.1 La visión de la familia a través del tiempo y la necesidad de incorporarnuevos paradigmas para acoger la pluralidad.....	25
2.2.2 La regulación de los derechos y los deberes que aparecen de las diferentes formas de familias: las familias denominadas ensambladas.....	38

2.2.3 La necesidad de incorporar la figura del padre afín en la legislación peruana.....	44
2.2.3.1 El padre afín, la parentalidad y los lazos de parentesco dentro la llamada familia ensamblada.....	51
2.2.3.2 El rol que desempeña el padre afín en la familia.....	59
2.2.3.3 El rol del padre afín de acuerdo a la legislación comparada.....	62
2.2.3.3.1 El rol del padre afín en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.....	71
2.2.3.3.2 El rol del padre afín en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay.....	74
2.2.3.3.3 El rol del padre afín en el Código de Derecho Foral de Aragón..	76
2.2.3.3.4 El rol del padre afín en el Código de Leyes Civiles de Cataluña..	78
2.2.3.4 Nuestra posición respecto al rol que debe cumplir el padre afín....	80
2.2.4 El padre afín y la responsabilidad parental.....	81
2.2.5 La relación entre padre afín e hijo afín después de la ruptura.....	96
2.2.6 El Interés superior del niño: los principios y derechos que se debe tomar en cuenta para regular la figura del padre afín... ..	107
2.2.6.1 Breve reseña histórica respecto la evolución de los derechos de la infancia.....	107
2.2.6.2 El Interés superior del niño dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	112
2.2.6.3 Los derechos afectados por la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín en el. Perú.....	115
2.2.6.3.1 La afectación a la igualdad y el derecho a la no discriminación...	116
2.2.6.3.2 La afectación al derecho a ser escuchado.....	117
2.2.6.3.3 El derecho a crecer y vivir en familia.....	118
2.3 Definición de términos.....	121

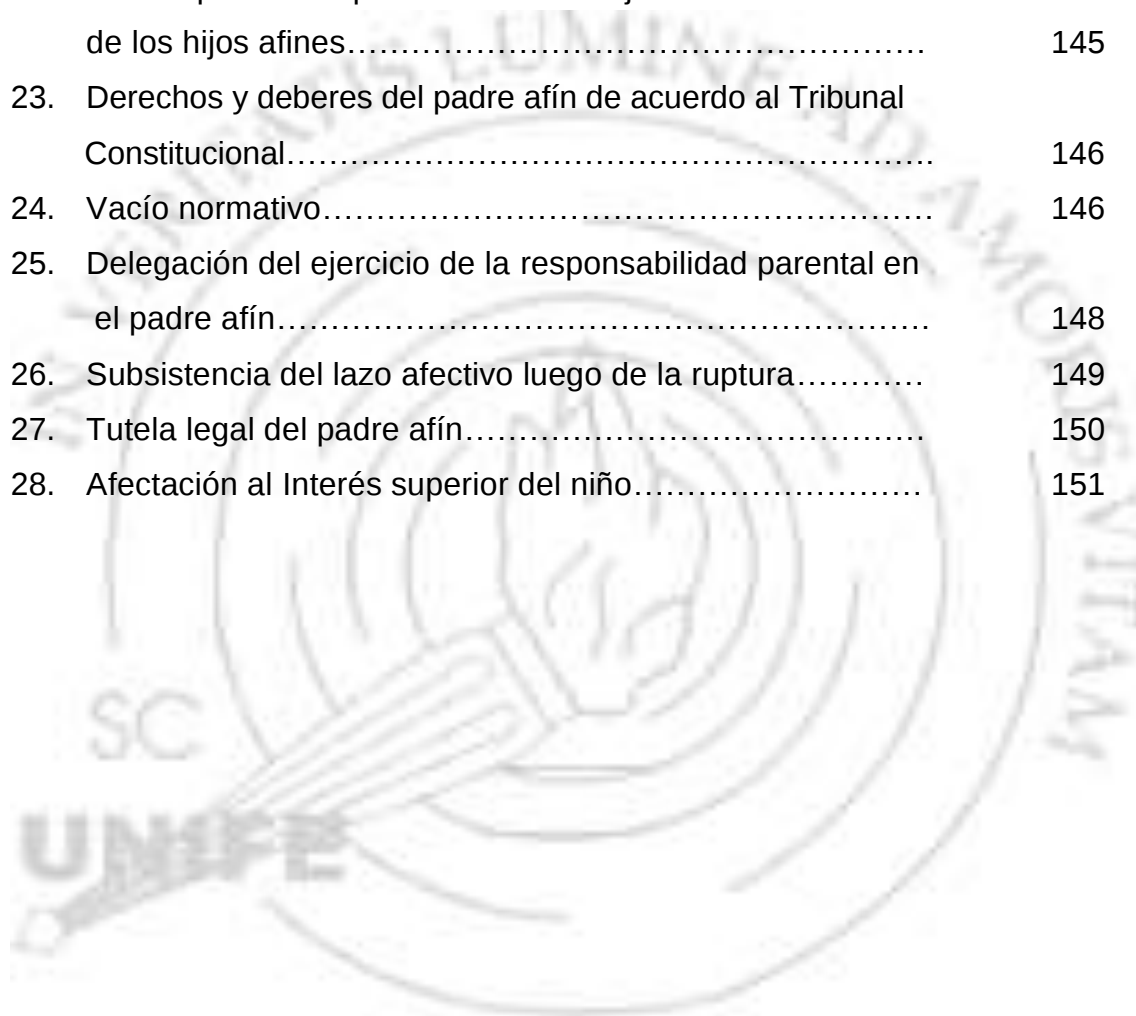
CAPÍTULO III: MÉTODO.....	123
3.1 Diseño de la investigación.....	123
3.2 Muestra.....	123
3.3 Categorías de análisis.....	124
3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	126
3.5 Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	127
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	130
4.1 Reconocimiento de las familias ensambladas a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	131
4.2 Regulación aislada de las familias ensambladas en el ordenamiento jurídico peruano.....	132
4.3 Reconocimiento del Tribunal Constitucional Peruano a las denominadas familias ensambladas.....	134
4.4 Reconocimiento por parte del Comité de los Derechos del Niño de los padres y madres afines.....	137
4.5 Reconocimiento legal aislado de la figura del padre afín en el ordenamiento jurídico peruano.....	139
4.6 El vínculo legal entre padre e hijo afín.....	140
4.7 Requisitos para considerar la existencia de una relación padre afín hijo afín.....	142
4.8 Continuidad de los términos padrastro, madrastra, hijastro e hijastra.....	143
4.9 El rol del padre afín.....	144
4.10 Vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín.....	145
4.11 Afectación al Interés superior del niño.....	151
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	153
5.1 Reconocimiento de las familias ensambladas a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	153
5.2 Regulación aislada de las familias ensambladas en el ordenamiento	

jurídico peruano.....	154
5.3 Reconocimiento del Tribunal Constitucional Peruano a las denominadas familias ensambladas.....	156
5.4 Reconocimiento por parte del Comité de los Derechos del Niño de los padres y madres afines.....	158
5.5 Reconocimiento legal aislado de la figura del padre afín en el ordenamiento jurídico peruano.....	159
5.6 El vínculo legal entre padre e hijo afín.....	160
5.7 Requisitos para considerar la existencia de una relación padre afín hijo afín.....	161
5.8 Continuidad de los términos padrastro, madrastra, hijastro e hijastra.....	163
5.9 El rol del padre afín.....	164
5.10 Vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín.....	167
5.11 Afectación al Interés superior del niño.....	175
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	181
6.1 Conclusiones.....	181
6.2 Recomendaciones.....	187
REFERENCIAS	191
APÉNDICES.....	200
APÉNDICE A: MODELO DE CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	201
APÉNDICE B: MODELO DE SOLICITUD DE JUICIO DE EXPERTOS	202
APÉNDICE C: GUÍA DE ENTREVISTA.....	203

LISTA DE TABLAS

Tabla	Página
1. Denominación del padre afín en Argentina, Uruguay, Cataluña y Aragón.....	63
2. Definición del padre afín en Argentina, Uruguay, Cataluña y Aragón.....	64
3. Rol complementario del padre afín en Argentina, Uruguay, Cataluña y Aragón.....	65
4. Rol sustitutivo del padre afín en Argentina, Uruguay, Cataluña y Aragón.....	67
5. El padre afín y la responsabilidad parental en Argentina, Uruguay Aragón y Cataluña.....	83
6. Efectos del fallecimiento del progenitor biológico o de la ruptura de la relación.....	96
7. Categorías y Sub Categorías.....	124
8. Preguntas por Sub Categoría.....	127
9. Guía de análisis de sentencias del TC.....	128
10. Esquema de análisis de normativa peruana.....	128
11. Esquema de análisis de Opiniones Consultivas y Observaciones Generales.....	129
12. Reconocimiento a las familias ensambladas a nivel Supranacional.....	131
13. Reconocimiento de las familias ensambladas en el ordenamiento jurídico peruano.....	132
14. Familias ensambladas.....	135
15. Reconocimiento del Tribunal Constitucional de las familias Ensambladas.....	136
16. Denominación.....	137
17. Observaciones Generales donde se desprende reconocimiento	

Tabla	Página
al padre afín.....	138
18. Reconocimiento tácito al padre afín en Perú.....	139
19. El vínculo entre padre afín e hijo afín de acuerdo al Tribunal Constitucional Peruano.....	141
20. Características de la relación padre afín – hijo afín.....	142
21. Uso de los términos padrastro, madrastra, hijastra e hijastro .	143
22. Rol del padre afín para favorecer el ejercicio de los derechos de los hijos afines.....	145
23. Derechos y deberes del padre afín de acuerdo al Tribunal Constitucional.....	146
24. Vacío normativo.....	146
25. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el padre afín.....	148
26. Subsistencia del lazo afectivo luego de la ruptura.....	149
27. Tutela legal del padre afín.....	150
28. Afectación al Interés superior del niño.....	151



LISTA DE FIGURAS

Figura	Página
1. Pensión alimentaria subsidiaria de parte del padre afín en el derecho comparado analizado.....	66
2. Pensión alimentaria subsidiaria de parte del padre afín en el derecho comparado analizado.....	66
3. Adopción del hijo afín en el derecho comparado analizado...	69
4. Decisiones de emergencia por el padre afín en el derecho comparado analizado.....	70
5. Tenencia y guarda por el padre afín en el derecho comparado Analizado.....	70
6. “Derecho de relación” entre padre afín e hijo afín en el derecho comparado analizado.....	99
7. Responsabilidad parental del padre afín en caso de fallecimiento del progenitor en el derecho comparado analizado.....	100

INTRODUCCIÓN

El área de la presente investigación es el Derecho de Familia dentro de la línea de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se analizará la afectación al Interés superior del niño ocasionada por el vacío normativo existente en nuestra legislación respecto a los derechos y los deberes del padre afín. Se propone que la legislación peruana deje atrás la nomenclatura patria potestad y la reemplace por la de responsabilidad parental, distinguiendo su titularidad de su ejercicio, para plantear la posibilidad de otorgar al padre afín derechos y deberes propios de la responsabilidad parental.

Como sabemos, las estructuras de las familias vienen cambiando y alejándose del modelo nuclear tradicional, correspondiendo ahora hablar de familias en plural para reconocer a todas las estructuras que no encajan dentro de este paradigma. Dentro de estas estructuras encontramos a la familia ensamblada, constituida por cónyuges o convivientes con hijos a su cargo procreados en una relación anterior, surgiendo así la figura del padre afín, quien participa de la vida cotidiana del niño, niña o adolescente, estableciendo lazos de afecto y, en ocasiones, asumiendo diversas responsabilidades sin que estén reguladas por el ordenamiento peruano.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

Los diferentes cambios que se suscitan en la sociedad constituyen fenómenos a los que sus integrantes debemos adaptarnos, las familias y sus estructuras se van alejando de los modelos tradicionales y el derecho no puede permanecer ajeno a esta evolución.

El número de padres adoptivos, familias homo afectivas, familias que se forman acudiendo a diferentes técnicas existentes de reproducción asistida, ha ido en aumento y con ello surgen interrogantes relacionadas en cuanto a quiénes tienen responsabilidad sobre los niños; en consecuencia, es necesario realizar un replanteamiento respecto de los deberes y derechos que se otorga a los padres o a quiénes debe llamarse padres y es necesario reconocer que existen diferentes formas de familia, las que deben educar al niño tomando en cuenta en cuenta siempre su interés superior (De La Válgoma, 2013).

Una forma de familia que ha venido siendo reconocida en este contexto de cambios es la denominada familia reconstituida, la cual es parte de la realidad en Latinoamérica, quitándole exclusividad a la familia nuclear tradicional (Puentes, 2014). Surge cuando conviven en el mismo hogar los cónyuges o los convivientes junto con los hijos o las hijas de por lo menos uno de ellos, formando un hogar y, precisamente, es en este escenario donde aparece la figura del padre afín, la cual ha venido siendo regulada en diferentes países en los que no se incluye el nuestro.

La doctrina y las legislaciones que regulan los deberes y los derechos del padre afín, coinciden en que se trata de una persona distinta a los progenitores biológicos, que se encarga del cuidado cotidiano de las niñas, los niños o adolescentes extendiéndose en algunos casos el ejercicio de la responsabilidad parental.

Pese a este contexto de cambios y a la evolución de la familia como institución, no existe una regulación legal de los derechos y deberes del padre afín pues, ni el Código de los Niños y Adolescentes ni el Código Civil le han otorgado algún espacio en el que se pueda establecer sus derechos y obligaciones en función del Interés superior del niño, existiendo así un vacío normativo.

Finalmente, la interrogante a plantearnos es la siguiente: ¿De qué manera afecta al interés superior del niño el vacío normativo respecto a los deberes y de derechos del padre afín en el ordenamiento jurídico peruano?

1.2 Justificación de la investigación

Los niños, niñas y adolescentes, por causa de su edad, requieren la presencia diversas condiciones que favorezcan su desarrollo integral. Estas condiciones por el hecho de que sus necesidades materiales básicas sean satisfechas, sino también están compuestas por el entorno afectivo en el que se desenvuelven cotidianamente.

1.2.1 Justificación teórica.

Esta investigación ha analizado los actuales paradigmas del derecho de familia, especialmente los aspectos relacionados al rol del padre afín y la viabilidad de delegarle el ejercicio de la responsabilidad parental,

contrastándolos tanto con cuatro ordenamientos jurídicos extranjeros como con la normativa nacional vigente, llamando a la reflexión al lector y a futuros investigadores respecto a la necesidad de regulación en la legislación peruana de sus derechos y deberes para evitar que el Interés superior del niño sea afectado.

1.2.2 Justificación metodológica.

La presente investigación, revisa el tratamiento del padre afín y las familias llamadas “reconstituidas” o “ensambladas” que hace el Tribunal Constitucional del Perú en cuatro sentencias expedidas en procesos de amparo, en donde se reconoce a estas estructuras familiares como una realidad y se toma posición respecto a los requisitos para su conformación, comparando a dichas sentencias entre sí y contrastándolas con la normativa vigente lo que va a permitir a futuros investigadores tener un instrumento de análisis respecto al rol del padre afín y la necesidad de regular sus derechos y deberes.

En la sentencia del expediente 9332-2006-PA/TC (“caso Shols Pérez contra el Centro Naval del Perú”), por primera vez el Tribunal Constitucional del Perú se pronunció acerca de las características de la relación entre hijos y padres afines, así como de los eventuales derechos y obligaciones que emergen de dicha relación, marcando un precedente respecto al reconocimiento a la igualdad que debe existir entre hijos biológicos e hijos afines.

1.2.3 Justificación práctica.

Nuestros Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, mantienen una regulación de deberes y derechos de padres e hijos, basados en la relación de parentesco por filiación matrimonial, extramatrimonial o adoptiva; sin embargo, ninguno de dichos cuerpos legales ha dedicado artículo alguno en

donde se establezca la relación entre los padres, madres hijos o hijas afines ni los derechos y deberes que surgen de la misma. El padre afín crea lazos de apego en forma recíproca con el hijo y asume una serie de compromisos con éste, pero son sólo de índole moral pues no existe regulación al respecto, aspectos que sí han sido regulados en otros ordenamientos pero que han sido ignorados por el nuestro. Por medio de la presente investigación se expondrá criterios para modificar el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil de 1984 peruanos, con la finalidad de proponer en nuestro ordenamiento una definición de padre afín, el establecimiento de sus deberes y derechos, así como los aspectos concernientes a la posibilidad de delegar en éste funciones o atribuciones de la responsabilidad parental.

1.3 Delimitación y limitaciones de la investigación

El presente trabajo se encuentra delimitado por el análisis de 4 sentencias del Tribunal Constitucional, expedidas entre los años 2007 y 2017 en donde se ha hecho mención a la vinculación entre el padre y el hijo afín, reconociendo que forman parte de una estructura familiar que merece ser protegida por el Estado, entiéndase la familia reconstituida o ensamblada.

Las sentencias analizadas en este trabajo fueron expedidas a raíz de demandas de amparo provenientes de los departamentos de Lima y San Martín, dichas sentencias fueron escogidas para esta investigación porque realizan un desarrollo de algunos aspectos correspondientes al progenitor afín y las relaciones que se entablan dentro de las llamadas familias reconstituidas o reconstituidas.

Asimismo, se ha entrevistado a siete profesionales del Derecho: un vocal supremo, una vocal superior, una fiscal superior, una juez de familia, una fiscal provincial de familia y un docente universitario.

Esta investigación se ha visto limitada principalmente por el estado de emergencia declarado en nuestro país, lo que nos ha impedido acceder a un mayor número de fuentes bibliográficas físicas y, si bien existen bibliotecas virtuales, fue imposible acceder a alguna biblioteca institucional en la que se hubiera podido obtener mayor información para enriquecer el análisis.

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general: Establecer cómo se afecta el Interés superior del niño ante el vacío normativo por la falta de regulación expresa de derechos y deberes del padre afín.

1.4.2 Objetivos específicos:

- 1.4.2.1 Describir los criterios con los cuales el Tribunal Constitucional resuelve cuatro procesos de amparo ante el vacío normativo sobre los derechos y los deberes del padre afín.
- 1.4.2.2 Establecer cuáles vendrían a ser los derechos y los deberes del padre afín que deberían estar expresamente regulados en el ordenamiento jurídico peruano.
- 1.4.2.3 Determinar qué derechos relacionados al Interés superior del niño son vulnerados por la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

Este capítulo se destinará al abordaje de los antecedentes de la investigación, refiriendo investigaciones anteriores relacionadas con nuestra temática. Asimismo, trabajaremos las bases teóricas en que desarrollaremos la transformación de la noción de familia en el Derecho como en la sociedad, haciendo alusión a los paradigmas actuales del derecho de familia, pasando a desarrollar dentro la temática en torno a llamada familia ensamblada en donde se manifiesta la figura del padre afín.

De otro lado abordaremos la necesidad de incorporar la figura del padre y la madre afín en la legislación peruana, para ello distinguiremos la responsabilidad parental y su titularidad de su ejercicio, para luego analizar la factibilidad de delegarle atribuciones correspondientes a la responsabilidad parental. Del mismo modo se analizará la regulación de esta figura en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, el Código de Leyes Civiles de Cataluña, así como en el Código de Derecho Foral de Aragón y, posteriormente, se examinará el tratamiento del Tribunal Constitucional del Perú referente a la figura del padre afín.

A continuación, evaluaremos si en nuestro país existe alguna normativa que acoja a la figura del padre afín, analizaremos el rol que cumple en la familia, señalaremos los derechos y deberes que deben regularse, así como la necesidad de proteger el vínculo afectivo que se ha conformado con los hijos afines luego del quiebre de la relación de pareja.

Finalmente se procederá a determinar los principios y derechos correspondientes al Interés superior del niño para tomar en cuenta al momento

de regular la figura del padre y la madre afín, vale decir, el principio de solidaridad familiar, el derecho a vivir en familia y el derecho a la igualdad de los hijos independientemente de su origen.

2.1 Antecedentes de la investigación

A continuación, indicaremos algunos trabajos de investigación anteriores que abordan parte de la temática tratada en torno al padre afín y las llamadas familias reconstituidas pero con un enfoque distinto, pues algunas de ellas pertenecen a disciplinas diferentes al derecho y, de otro lado, las investigaciones jurídicas examinadas abordan ítems muy puntuales sin analizar la forma en que el Interés superior del niño es afectado por la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín.

Guaraca (2013), en su tesis “La estructura de las familias reconstituidas, su adaptación y conformación como una nueva familia. Casos que llegan al Centro de Protección de Derechos Gualaceo”, para obtener el grado de Maestra en “Intervención Psicosocial y Familiar” por la Universidad de Cuenca, tuvo el objetivo de determinar la adaptación a la estructura de las familias ensambladas por parte de sus integrantes. Se trató de una investigación cualitativa tomando como muestra once familias “reconstituidas” del cantón de Gualaceo (Ecuador), aplicando los instrumentos de las entrevistas y el “genograma y evaluación de la familia con modelo estructural”. En dicha investigación concluyó que estas familias se conforman por dos partes a saber, el progenitor con sus hijos o hijas junto con otra persona a la que la autora llamó “padrastro” o “madrastra”, indicando que su estructura está dividida en un subsistema parental y un subsistema hijos, en donde la comunicación y el establecimiento de límites en

esta familia y la familia extensa son necesarios para el arribo a acuerdos en relación a las normas de convivencia y roles jerárquicos de los padres, hijos e “hijastros”; asimismo, concluyó que la pareja, al encontrarse al centro de estos roles, absorbe la presión del resto familia para relacionarse con ésta por lo que, a mayor cantidad de personas involucradas, mayor será el grado de conflictividad en la relación.

Zumarán (2014), en la tesis de su autoría titulada “El derecho a la salud de los hijos afines en las familias reconstituidas del Perú”, con la finalidad de obtener el grado de Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, realizada en la Universidad Nacional de Cajamarca, planteó como problema cómo resguardar el derecho a la salud en el acceso de manera irrestricta por parte de los derechohabientes de los padres afines en las familias recompuestas en nuestro país. La autora señaló que se trataba de una investigación “dogmática – propositiva”, en donde se analizó la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el expediente N.º 09332-2006-PA/TC; exponiendo la problemática concerniente a la falta de regulación correspondiente a la situación jurídica en que se encuentran hijos afines en el Perú, buscando demostrar que existe una discriminación hacia ellos al no poder ser considerados como derechohabientes en los seguros de salud. Se concluyó que, el no reconocimiento al acceso al seguro de salud de los hijos afines como derechohabientes de los padres afines causaba un perjuicio a los niños y adolescentes, por lo que debería existir un acceso irrestricto a los mismos.

Gonzáles (2016), en la tesis titulada “El progenitor afín y el cuidado personal del menor luego de la ruptura de la convivencia con el progenitor biológico”, para conseguir el título de abogado llevada a cabo en la Universidad

Empresarial Siglo Veintiuno – Buenos Aires – Argentina, se preguntó si era factible que el padre afín solicite el cuidado personal compartido del niño, niña o adolescente después de la ruptura de la convivencia con su progenitor (biológico o adoptivo), analizando los vacíos normativos del Código Civil y Comercial de Argentina, que no ha establecido los derechos que puede reclamar el padre afín una vez que haya concluido su relación con el progenitor biológico. Se trata de una investigación descriptiva que, luego de analizar las normas relativas al cuidado de los hijos biológicos y los pronunciamientos de los juzgados, ha concluido que no existe ningún impedimento para que el padre afín pueda continuar practicando el cuidado cotidiano de su hijo afín, luego de que haya cesado la relación de pareja.

Inchiaqui (2017), en su tesis titulada “Reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo en Perú”, para optar por el título profesional de abogado por la Universidad César Vallejo - Lima, realizó una investigación descriptiva, en la que se planteó establecer en qué medida el reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín incide en el hijo afín que se encuentra abandonado. Dicho trabajo concluyó que, en los casos en que el hijo es abandonado y, en tanto que se cumplan ciertas condiciones especiales, debería reconocerse deberes y derechos concernientes a la patria potestad al padre afín para de garantizar el bienestar integral del niño.

Ormeño (2018), desarrolló la tesis sobre “Obligación alimentaria subsidiaria del padre afín respecto de los hijos afines, en el marco de las familias reconstituidas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas durante los años 2006 – 2016”, para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Civil por la Universidad Católica de Santa María – Arequipa,

realizó una investigación de tipo explicativo, en donde se planteó como objetivo determinar si es que al padre afín le corresponden obligaciones de naturaleza alimentaria hacia sus hijos afines, así como el derecho de éstos de reclamar de sus padres afines obligaciones alimentarias en caso de que el padre biológico se encuentre en imposibilidad de cumplirlas. Para ello analizó sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con la obligación alimentaria del padre afín, así como 120 encuestas aplicadas a profesionales del derecho entre jueces, abogados y fiscales de familia. Dicha investigación concluyó que, en caso de imposibilidad del progenitor biológico, el padre afín podrá asumir subsidiariamente el deber de asistencia familiar, cuyo cumplimiento a la vez originaría derechos correspondientes a la relación paterno filial.

De otro lado, Padilla (2019), en su tesis “Los fundamentos sociales y jurídicos que sustentan el derecho de reclamar alimentos de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú”, para obtener el grado académico de Maestro en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional de Trujillo – Trujillo, llevó a cabo una investigación cualitativa en donde se planteó como problema determinar si existen fundamentos sociales para establecer una obligación de carácter subsidiario de los padres sociales de brindar alimentos a los hijos afines en el Perú. Para ello entrevistó a 50 familias ensambladas en donde uno de los cónyuges o convivientes brindaba alimentos a los hijos afines. La investigación concluyó que los fundamentos de carácter social para sustentar una obligación alimentaria por parte de los progenitores afines vienen a ser los principios tanto de subsidiariedad como de solidaridad y la convivencia que existe en forma permanente entre los padres y los hijos afines.

Castro (2019), en su tesis “Análisis de la naturaleza jurídica de las familias reconstituidas en el Perú: el establecimiento de los derechos y deberes en la relación de los padres e hijos afines y su regulación en el Código Civil”, para alcanzar el grado académico de Maestra en Derecho Civil, por la Universidad San Martín de Porres, concluyó que debe precisarse cuáles son los derechos y los deberes entre padres afines e hijos afines, lo que no excluirá de sus funciones al padre biológico que no ejerce la tenencia; asimismo, se arribó a la conclusión de que la interrelación de los integrantes de las familias reconstituidas deberá establecerse sin distinguir el trato a los hijos de los hijos afines.

De otro lado, Adrianzén (2019) en su tesis “La extensión del derecho alimentario a los hijos afines en la familia reconstituida”, para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Civil, por la Universidad San Martín de Porres, llevó a cabo una investigación cualitativa basada en la recopilación de diversos datos obtenidos del material bibliográfico que utilizó como fuente, se planteando como objetivo principal determinar de qué forma la protección constitucional de la familia puede garantizar el derecho de alimentos de los hijos y las hijas afines. Dicho autor concluyó que, cuando el padre biológico esté ausente, resulta necesario que se regule en forma subsidiaria las obligaciones alimentarias y otras responsabilidades que provienen del ejercicio de la patria potestad al interior de las familias reconstituidas, mientras esté vigente el vínculo matrimonial o la convivencia.

Finalmente, Giraldo (2019), en su tesis titulada “Crianza y Cuidado en Organizaciones Familiares de parejas con hijas e hijos de diferentes uniones”, para obtener el grado de Magister en Trabajo Social con énfasis en Familia y Redes Sociales por la Universidad Nacional de Colombia, a través de una

investigación cualitativa con el abordaje de seis estudios de caso, donde se analizó uniones y rupturas conyugales sucesivas y los cambios en su organización familiar, concluyó que los hijos e hijas de diferentes uniones crean relaciones con la familia de origen de la madre o del padre, y lo que ella denomina “hermanos comunes”, “medios hermanos”, “hermanastros” y/o “padrastrós”, motivo por el cual el trabajo social debe intervenir analizando estas relaciones para poder identificar las ventajas, desventajas y riesgos que deriven de las mismas.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 La visión de la familia a través del tiempo y la necesidad de incorporar nuevos paradigmas para acoger la pluralidad.

El ser humano tiene inclinación a agruparse para satisfacer sus necesidades, cuando nace es sumamente vulnerable requiriendo durante varios años de las atenciones de otros para sobrevivir, en tal sentido, antes de organizarse políticamente para formar Estados, las personas se agrupaban con una finalidad procreativa viviendo en familias (Varsi, 2011). En ese orden de ideas, podemos afirmar con total seguridad que, la familia existe a partir de que el humano está presente en el mundo, siendo la institución con más antigüedad en nuestra historia.

Si nos remontamos a la antigua Roma, encontraremos que las Instituciones de Justiniano ya establecían preceptos que regulaban a la familia señalando, por ejemplo, que los nacidos del ciudadano romano y de su esposa estaban bajo su potestad al igual que los nacidos de sus hijos (nietos, nietas, biznietos, biznietas y demás descendientes), lo que no ocurría con quienes

nacían de sus hijas por estar bajo la potestad de su padre; asimismo se prescribía los requisitos para contraer matrimonio como la edad y la autorización previa del padre así cómo los supuestos en los que no era lícito casarse, tales como los ascendientes con los descendientes, entre otros.

Adicionalmente, Varsi (2011) acertadamente indica que en Roma la familia era jerarquizada, el pater familias tenía un poder absoluto sobre las personas y los bienes que estaban bajo su poder, pudiendo disponer de ellos conforme a sus intereses lo que significaba que sus hijos y descendientes eran de su propiedad cual objetos.

Durante la edad media la familia se regía por el derecho canónico, era la Iglesia Católica la que establecía los requisitos para contraer matrimonio y para la disolución del mismo y, aunque se producían nacimientos de uniones extramatrimoniales, éstas eran consideradas como un pecado mortal siendo clara la distinción entre quienes nacían de un matrimonio religioso de quienes no (Sánchez, 2020). Debido a que la familia estaba sacralizada, haber nacido de una relación extramatrimonial era lo mismo que nacer una unión pecaminosa, por tal motivo las diferenciaciones entre los hijos eran marcadas y la Iglesia Católica establecía quiénes iban a ser los beneficiarios con los derechos propios de la filiación.

Fernández (2005) nos indica que, de acuerdo con el Código de Napoleón, el esposo y padre de familia jugaba un rol predominante, tenía la obligación de mantener a la mujer, quien no podía disponer de sus bienes sin que su marido la autorizara, asimismo, el matrimonio fue extraído de la Iglesia Católica pasando a considerarse como un contrato, permitiendo el divorcio de mutuo acuerdo, por adulterio, crueldad e injuria grave; en lo referente a los hijos, no estaba permitido

que se indague judicialmente la “paternidad ilegítima”, siendo necesario que el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales sea voluntario; del mismo modo, el padre era el único que disponía del “Derecho de “Potestad” que lo facultaba para impedir el matrimonio de sus hijos varones hasta los 25 años y de sus hijas mujeres hasta los 21 años, aunque cuenten con el consentimiento de su madre.

En ese orden de ideas, Fernández (2005) añade que en la época napoleónica la familia estaba organizada de manera patriarcal, no reconocía derechos civiles a las mujeres y marcaba distinciones en torno a los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales, y estos últimos estaban a merced de que sus padres los reconocieran voluntariamente.

Efectivamente, las legislaciones y la doctrina partían de un concepto patriarcal de familia cuyos miembros estaban subordinados a una cabeza que era el padre, concibiendo como modelo ideal o “normal” de familia a la nuclear matrimonial. En cuanto a los modelos de familia que preponderaban desde el siglo XIX hasta los principios del siglo XX, Jelin (2007) señala lo siguiente:

De hecho, coexistían al menos dos modelos de familia: el modelo católico, como norma en las ciudades y en las clases medias (especialmente para las mujeres), y un patrón de uniones conyugales libres e hijos ilegítimos. (p. 97)

Al considerar como “natural” o “normal” a una forma de familia, todas aquellas estructuras que no encajaban dentro de esos parámetros acababan siendo relegadas por ser entendidas como anómalas, subversivas y hasta diabólicas (Jelin, 2007). Estos paradigmas estaban anclados en un modelo de familia parametrizado (madre – padre- hijos-hijas), considerando escandaloso que una mujer fuera madre soltera y por demás impensable, antinatural y pecaminoso que se conformen parejas con integrantes del mismo sexo;

adicionalmente, esos parámetros correspondían a una organización patriarcal en que el jefe de familia dirigía su dinámica.

En lo que a nuestro país se refiere, Aguilar (2014), nos narra que el modelo de familia patriarcal estuvo vigente a partir del Código Civil del año 1852 hasta el Código Civil de 1936 donde el marido ostentaba la llamada “potestad marital” que le daba el poder de decidir el domicilio de la sociedad conyugal, autorizar si la mujer podía o no trabajar, entre otras facultades y, si bien, ambos eran los titulares de la patria potestad con relación a los hijos, era el padre quien tenía la última palabra ante cualquier decisión, asimismo cuando la mujer accedía a la educación, la capacitación que recibía estaba destinada para formarse como buena esposa y buena madre; el autor indica con el devenir del tiempo la mujer fue ganando presencia en las actividades económicas y un mejor nivel de educación, lo que le permitió tener independencia en el hogar y presencia en la sociedad.

La primera Constitución en nuestro país que estableció que la familia debía ser protegida por la ley fue la de 1933, la cual preceptuaba que: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley” (Constitución Política del Perú, 1933, art. 51). En esa línea, en su artículo 52 hacía referencia a la defensa de la infancia por parte del Estado, sin embargo, no existía en ella ningún precepto que se refiera a la igualdad de los hijos.

Debemos tener presente que la Constitución de 1933 fue anterior a la Declaración de los Derechos Humanos y fue promulgada durante el vigor del Código Civil de 1852, el que no regulaba el divorcio y clasificaba a los hijos en legítimos e ilegítimos, siendo los primeros quienes habían nacido dentro del matrimonio y los segundos, fuera de éste. Dicho código en su Título II, Sección

Cuarta del Libro I distinguía, entre los hijos ilegítimos, a los naturales y a los adulterinos, indicando que los hijos naturales eran los concebidos en el momento que sus padres no tenían impedimento matrimonial (artículo 236) y los hijos adulterinos, eran los nacidos de mujer casada (artículo 243).

Ciertamente los hijos no tenían los mismos derechos, por ejemplo, en el caso de los llamados hijos adulterinos procreados por un hombre casado, la obligación de acudirlos con alimentos recaía en la madre (artículo 254); del mismo modo, se establecía que los hijos ilegítimos que no eran naturales no podían heredar del padre ab intestato (artículo 913); por consiguiente no sólo se establecía un arquetipo de familia con un orden patriarcal, donde el hombre tenía el mayor poder decisión, sino que imponía etiquetas despectivas y denigrantes hacia las personas que habían nacido dentro una relación considerada indecorosa.

Tres años después el Código de 1936 mantuvo la diferenciación entre los hijos legítimos e ilegítimos y, aunque no realizaba la clasificación entre hijos naturales y adulterinos, no les reconocía los mismos derechos; así verificamos que, en el aspecto sucesorio, cuando había concurrencia de hijos legítimos e ilegítimos, los últimos podían heredar cada uno la mitad de la parte que correspondiera a cada uno de los primeros (artículo 761). Este cuerpo legal conservaba gran parte de los paradigmas que inspiraron a su predecesor, manteniendo los estigmas que pesaban sobre los hijos cuya concepción se había producido dentro relaciones consideradas inmorales.

Más adelante, los postulados de igualdad y dignidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos tuvieron gran impacto en lo referente a las relaciones familiares y, como bien señalan Lloveras y Salomón (2008), se pasó

a concebir como sujeto de protección ya no a la familia como tal, sino a cada uno de los individuos que la conforman; en ese sentido, se empezó a entender que la familia es el “seno” en donde los individuos se desarrollan y que, por tal motivo, las normas de familia no debían más ser consideradas como normas de derecho privado, sino como normas de derecho público.

Efectivamente, quienes se van a beneficiar de la defensa del Estado son los individuos en tanto son los sujetos de derechos fundamentales, al respecto, Fernández (2013) afirma:

El centro de la protección estatal ha dejado de ser la institución identificada como modelo ideal —protección que muchas veces se traducía en medidas destinadas a la conservación del vínculo matrimonial—, y han pasado a ser los miembros del grupo familiar, en tanto sujetos de derechos fundamentales, los beneficiarios de esta defensa; de alguna manera la realidad social marcada por la diversidad de fórmulas familiares ha empezado a guiar la interpretación constitucional. (p.13)

Lo precitado coincide con lo afirmado por Minyersky (2012), respecto a que las familias no son en sí mismas existencias independientes pues, sin sus integrantes, éstas no tendrían sentido y; para que el Estado logre salvaguardar esta institución esencial de la sociedad, resulta indispensable que se proteja los derechos humanos de las personas que la conforman. Los autores a quienes nos hemos referido hasta el momento reconocen la importancia de la familia para el desarrollo de la persona humana, sin embargo, advierten que no se trata de una persona jurídica o de un sujeto de derecho, sino que los favorecidos con la protección del Estado y de la sociedad son sus integrantes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su preámbulo señala que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables

de todos los miembros de la familia humana”. Lo citado constituye, a nuestro parecer, la idea que mejor refleja el paso de un paradigma centrado en parámetros determinados a una nueva concepción que permita proteger a cada uno de los miembros de la familia. Este documento no señala que la destinataria de la protección sea la familia per sé, sino que los receptores de ello son sus integrantes, independientemente de qué tipo de organización familiar se trate.

Este postulado resulta trascendental por tres razones: en primer lugar, porque, al hacer referencia a la familia humana sin especificar modelo alguno, se está señalando que no existe distinción ni imposición de una determinada estructura; en segundo lugar, se manifiesta que el reconocimiento que se hace respecto de la dignidad e igualdad de derechos está dirigido a sus integrantes, no a la familia como tal y; en tercer lugar, se afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo” se basan en este reconocimiento, pues es desde las familias donde las personas van a adquirir los valores y las guías de comportamiento que van a llevar a la práctica en la sociedad.

De acuerdo con Espejo y Latrop (2019), a fines del siglo XX se llevaron a cabo diferentes reformas constitucionales en Latinoamérica, en donde se incorporó diversos principios, deberes y derechos de aplicación a la familia, tales como la igualdad de los hijos independientemente que hayan nacido o no dentro del matrimonio, el derecho de alimentos, el derecho a la intimidad, entre otros. Con esta tendencia se inició un proceso de “constitucionalización del Derecho de Familia”, para adecuar las normas a los cambios en las estructuras de las familias y las expectativas de sus miembros. En ese sentido concordamos con Sánchez (2020) cuando afirma que “ya no resulta conveniente continuar el camino de adecuación del derecho sobre las bases tradicionales, las que, hasta

ahora, si bien habían sufrido impactos importantes, aún mantenían vigencia” (p.154).

Luego de transcurridos 30 años de la Declaración de Derechos Humanos, se promulgó la Constitución de 1979 que establecía que todos los hijos tienen los mismos derechos, prohibiendo la referencia sobre el estado civil de los padres tanto en los registros civiles como en cualquiera de los documentos de identidad, con ello se rompió con décadas en que la propia legislación propiciaba y amparaba distinciones entre las personas en función de su origen.

No obstante, la Constitución Política del Perú de 1979 señalaba en su preámbulo: “Que la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza (...)” y estableció en su artículo 5 la protección de ésta y el matrimonio, lo que nos permite derivar que la familia matrimonial era la principal beneficiaria de la protección estatal (Meza, M., Nicolás, J. Uchuypuma, D. y López, Y., 2019). Algunos años después fue promulgado el Código Civil de 1984, el cual cambió la nomenclatura de hijos legítimos e ilegítimos por la de matrimoniales y extramatrimoniales, regulando también los aspectos correspondientes a las uniones de hecho como formas de componer familias.

Actualmente, la Constitución Política del Perú de 1993 establece: “ 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” (artículo 4). Así se ampliaba la protección a organizaciones familiares diferentes a la tradicional pues ya no reviste al matrimonio como principal beneficiario de la protección del Estado; sin embargo, nuestro Código Civil no refleja en sus disposiciones la posibilidad de que surjan

derechos y deberes derivados de otras formas de familia distintas al matrimonio, así como a la unión de hecho.

La familia ya no puede ser considerada como una estructura inmutable pues, la realidad ha superado cualquier estándar impuesto por la sociedad y por las legislaciones, dicho esto, podemos señalar que la familia es la organización humana en donde se desenvuelven las relaciones afectivas primigenias de las personas y emprenden un proyecto o plan de vida en común, es el refugio a donde todos retornamos para sentirnos protegidos y el espacio vital en donde nos desarrollamos. “La familia –se afirma con razón- es un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a lo largo de los años” (Vega, 2010, p. 30).

Con relación a ello, Kemelmajer (2014) y Mynersky (2012) concuerdan en que la familia es cambiante, pues se trata de una creación cultural y no de una noción natural.

De otro lado, estamos de acuerdo con Varsi (2011), cuando señala que la noción de familia ha venido evolucionando y, a la par de los cambios, continúa siendo el cimiento de la sociedad, el regazo en que los seres humanos pueden alcanzar su bienestar pleno, el sustento de las relaciones que en ella se desarrollan es el afecto; no existe una única forma de constituir una familia, ésta surge de manera espontánea, de acuerdo a las aspiraciones y expectativas de quienes la conforman y, en ese sentido, no podemos referirnos a la familia de manera singular sino de manera plural, porque ésta es versátil lo que significa que se está apartando de los patrones clásicos.

Las relaciones afectivas, los sentimientos de seguridad y el emprendimiento del plan de vida en común, no siempre van a corresponder a una forma única de organizarse, por el contrario, existen múltiples maneras en que los individuos van a desarrollar sus relaciones, ya sea por elección o por imposición de las circunstancias, formando así familias nucleares propiamente dichas, monoparentales, reconstituidas, homoafectivas, entre otras. Por tal razón, no debemos hablar de familia sino más bien de “familias en plural” y, desde esa perspectiva el derecho debe orientar sus normas, para poder regular eficientemente las relaciones que se desarrollan en las mismas y así brindar protección y soluciones adecuadas a cada uno de los individuos que las integran.

En nuestro país, el “Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021” (2016), que fue aprobado por el Decreto Supremo N.º 003- 2016-MIMP, resalta la importancia de hacer referencia a las familias en plural, toda vez que, para fortalecerlas, el Estado y la Sociedad deben reconocer que concurren diversas formas de organización familiar con distintas necesidades que requieren ser atendidas para que puedan cumplir con sus funciones, independientemente de su forma de organizarse. Por su parte, el Decreto Legislativo N.º 1408 “Ley para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las Familias”, en su artículo 5 señala:

Artículo 5º.- Las familias y el desarrollo integral de sus miembros
Las familias constituyen el primer espacio de transmisión de afecto, seguridad, orientación, formación, educación, solidaridad y valores esenciales para el desarrollo integral de sus miembros, como seres humanos libres y felices, capaces de ejercer plenamente sus derechos, respetando la integridad y los derechos humanos de las demás personas y de ejercer una ciudadanía responsable y productiva. (Decreto Legislativo N.º 1408, 2018, art. 5)

La norma precitada es una muestra de que nuestro país no permanece del todo indiferente a la nueva visión de las familias, pues de su lectura se destaca lo siguiente:

- La referencia a las familias en plural, no en singular, haciéndonos notar que está reconociendo que existen diversas formas de organizarse.
- Señala que las familias son el espacio en donde sus miembros se van a desarrollar en forma integral, es decir, no establece que las familias sean titulares de derechos, sino que dentro de ellas sus integrantes son quienes van a adquirir los valores y aptitudes necesarios para ejercer sus derechos.

De esa manera, la importancia de las familias no radica en la forma en que éstas puedan adoptar, sino que se halla en las funciones que van a cumplir en beneficio de los seres humanos que las componen; en esa línea Ramírez (2019) nos dice que “En el paradigma actual del Estado constitucional de derecho, las familias tienen como finalidad facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales” (p. 122). Esto es acogido en el Decreto Legislativo 1408 (2018) que señala en su artículo 7, como principales funciones de las familias la “formadora”, “socializadora”, “de cuidados y protección”, “seguridad y protección económica y afectiva”.

Resulta interesante lo dispuesto respecto a la función formadora de las familias, la misma “Constituye la transmisión de valores, normas, costumbres y conocimientos orientados al desarrollo pleno de las capacidades y el ejercicio de los deberes y derechos de sus integrantes, para con su familia y la comunidad” (Decreto Legislativo N°. 1408, 2018, art. 7 literal a). En tal sentido, es en las

familias donde los seres humanos van adquirir las herramientas necesarias para poder desarrollarse y ejercer por sí mismos sus derechos y deberes.

Del mismo modo, la familia cumple una función socializadora. Al respecto el literal b) del artículo 7 del Decreto Legislativo N°. 1408 señala lo siguiente:

b) Socializadora: Constituye la promoción y fortalecimiento de la red de relaciones de cada integrante de la familia como persona, así como de las familias como grupo o institución; y del aprendizaje de las formas de interacción social vigentes y los principios, valores y normas que las regulan, generando un sentido de pertenencia e identidad. (Decreto Legislativo 1408, 2018, art. 7 literal b)

Ello corrobora la idea de que las familias son los espacios en que las personas aprenden a interrelacionarse con los demás, lo cual no es algo nuevo, sino que existe desde que empezó la historia de la humanidad, ya que es la primera esfera en que adquirimos pautas de conducta para llevarlas a la práctica en la sociedad.

Además, las familias cumplen una función de cuidados y protección, respecto a esto la normativa señala lo siguiente:

Las familias son el espacio fundamental donde se brindan los cuidados y la protección necesarios a sus integrantes, en especial a las niñas, niños, adolescentes, gestantes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y aquellas con enfermedades crónicas y/o terminales, con la finalidad de cubrir sus necesidades y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos para lograr su desarrollo integral y el derecho a una vida plena. (Decreto Legislativo N°. 1408, 2018, art 7 literal c)

Con ello se deja sentado la especial protección que requieren los niños, las niñas y los adolescentes quienes, debido a su edad, necesitan de los cuidados y la orientación necesarios para poder desarrollarse; asimismo se hace énfasis en otras personas vulnerables como lo son las gestantes y las personas adultas con enfermedades crónicas y terminales; con lo cual se reconoce que

las familias son fundamentales para que los seres humanos reciban las atenciones que requieren para poder no sólo sobrevivir, sino, ejercer sus derechos y llevar una vida plena.

Del mismo modo, está la función de “seguridad y protección económica”, las familias están llamadas a cubrir el sustento de sus integrantes, lo cual queda además corroborado con la tipificación de la violencia patrimonial que establece el artículo 8 literal d) de la Ley N.º 30364, en donde se señala que una forma de violencia es la que se ejerce al evadir las obligaciones alimentarias y al limitar o negar los recursos para llevar una vida digna.

Finalmente, la norma hace referencia a la función afectiva de las familias. “Consiste en transmitir, reproducir y promover vínculos de afecto entre las personas que integran las familias, esenciales para su formación, adquisición de habilidades emocionales, consolidación de su autoestima, autoconfianza y realización personal” (Decreto Legislativo 1408, 2018, art. 7 literal e).

Estos vínculos de afecto no corresponden a una sola manera de formar familias, al respecto Plácido (2013) señala que “Los lazos afectivos y los proyectos de vida se basan en la tolerancia y el pluralismo” (p. 108). Es sobre la base de esta tolerancia que el Derecho debe regular las relaciones humanas para proteger en forma efectiva a las personas; de ahí que el Estado no debe imponer un único modelo de organización familiar, sino que debe abrir el sistema jurídico para que pueda tutelar a las diversas configuraciones de familia, respetando las opciones que las personas asuman de acuerdo con sus convicciones teniendo como límite el respeto a los derechos humanos (Esborraz, 2015), hacer lo contrario resultaría discriminatorio pues las personas no gozarían

de la misma protección de sus derechos fundamentales a partir del tipo de familia a la que pertenecen.

2.2.2 La regulación de los derechos y los deberes que aparecen de las diferentes formas de familias: las familias denominadas ensambladas.

Resulta relevante para esta tesis dedicar un espacio a llamada familia ensamblada, pues en ella aparecen las figuras de padres afines, madres afines, hijos afines e hijas afines; surgiendo derechos y deberes entre sus integrantes, que están pendientes de ser regulados por el ordenamiento jurídico peruano.

Se utiliza también los términos “recompuesta” o “reconstituida” y surge en aquellos casos donde uno o las dos personas que conforman pareja tiene a su cargo hijos, biológicos o adoptados, provenientes de una relación anterior; hacemos alusión al término relación y no al de matrimonio o unión de hecho, pues compartimos la idea de Cáceres (2019), quien señala que el ensamblaje se produce “independientemente de si hubo o no matrimonio, si hubo o no una relación estable de pareja antes o de si la pareja convivió o no” (p. 84); como señala Esborraz (2015), los hijos o hijas de uno o de ambos miembros que conforman la pareja, pueden provenir de una familia monoparental y no siempre se van a originar en la viudez, la separación o el divorcio.

Las familias ensambladas tienen una forma de funcionar diferente a la de otros tipos de familia, pues se produce un proceso de “reconstrucción familiar” adyacente al divorcio, constituyendo ello un problema social debido a las crisis que suelen producirse, como la intromisión de los ex cónyuges, la autoridad que se ejerce con respecto a los hijos, celos de los padres biológicos, etc.; todo ello

hace que su dinámica sea más compleja que en la familia nuclear y requiera que se le otorgue un tratamiento especializado (Puentes, 2014). Dentro de ese orden de ideas Briozzo (2014) señala que esta estructura familiar es compleja, por cuanto dista de lo que comúnmente se considera a una familia “normal”, faltando certeza acerca de la identidad familiar, a la autoridad, entre otros aspectos, que requieren ser atendidos por el Derecho que, a decir de Vega (2008), le corresponde dirimir los conflictos cuyos actores no son capaces de hacerlo.

Adicionalmente, Grosman (2013) señala que el derecho tiene una función trascendental en cuanto a la dinámica de las familias “ensambladas”, creando espacios dentro del ámbito familiar para que el padre afín pueda tener las facultades y el reconocimiento que necesita a fin de cumplir con los compromisos que nacen del matrimonio y la convivencia.

Estos autores coinciden en que las familias reconstituidas mantienen dinámicas y estructuras diferentes a la familia nuclear (pareja e hijos), surgiendo situaciones derivadas de las relaciones de sus miembros que se prestan a confusiones e imprecisiones en los roles que éstos van a cumplir, no hay claridad sobre los derechos y las obligaciones que surgen; por lo que el derecho no puede permanecer indiferente ante ello.

Coincidimos con las ideas expuestas líneas arriba, puesto que una familia reconstituida se forma luego de haber atravesado una experiencia intensa como un fallecimiento, una separación o un divorcio, lo cual provoca que los hijos del anterior compromiso ingresen con una carga emocional proveniente de la situación que les tocó vivir; por tal motivo es necesario que el Derecho responda ante las necesidades particulares de sus integrantes para que estas relaciones

se puedan desarrollar dentro de un marco de protección legal que garantice la dignidad y la igualdad de cada uno de sus miembros.

Si bien nuestra Constitución no se refiere en forma expresa a esta forma de estructura familiar, sí establece la protección hacia la familia como institución, por lo que nuestro Derecho Familiar debe brindar una respuesta a los vínculos jurídicos que surgen entre los miembros de estas familias y señalar cuáles son los diferentes derechos y deberes subjetivos que aparecen entre sus integrantes (Castro, 2012).

La actual Constitución Política del Perú preceptúa la protección por parte del Estado hacia la familia, por tal razón no existe impedimento para que nuestro ordenamiento jurídico establezca y desarrolle los derechos y deberes que corresponden a quienes integran una familia reconstituida, hacerlo no alteraría el orden constitucional, pues nuestra Carta Magna no impone modelo alguno de familia, de modo que debemos entender el precepto constitucional en sentido amplio. El Derecho debe amoldarse a los cambios de la sociedad, por ello creemos necesario que las normas se adecúen a la realidad para proteger a los individuos dentro de las relaciones que establecen a lo largo de sus vidas.

A nivel supranacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado en diferentes sentencias que la familia no debe ser entendida de manera cerrada, señalando que la Convención Americana no contiene una idea restrictiva de familia. Así, en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, señaló que “(...) ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, fundamento 142).

De manera parecida la Corte se pronunció en el caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala indicando que no existe una acepción de familia exclusiva para una pareja junto con sus hijos, sino que la titularidad del derecho a la vida familiar la tienen también otros parientes, tales como abuelos, primos, entre otros, siempre y cuando tengan entre sí vínculos cercanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Dentro de ese razonamiento, la Corte Interamericana de Derechos humanos señaló en la Opinión Consultiva OC-21/14 que no existe un patrón de familia único limitado a la pareja y sus hijos, sino que en muchos casos son otras personas que están a cargo de los niños sin ser sus parientes biológicos, lo que a nuestro entender encaja dentro de las características de las familias reconstituidas, ya que en ellas las madres y los padres afines no detentan un vínculo biológico con los hijos o hijas de su pareja y aun así están a cargo de su cuidado y colaboran con su crianza.

La primera vez que el Tribunal Constitucional peruano se pronunció respecto de las familias llamadas ensambladas fue en la sentencia correspondiente al expediente 9332-2006-PA/TC, donde las definió como aquellas que surgen de un matrimonio o compromiso nuevos, en que una o ambas personas que conforman la pareja tienen hijos que provienen de una relación precedente, destacando que tienen una dinámica distinta cuya problemática está relacionada a diversos aspectos como los derechos, deberes y los vínculos de sus integrantes.

Por su parte, el “Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021” (2016), contiene un esquema con un listado de tipos de familia que incluye

a las familias reconstituidas, haciendo hincapié en que no son las únicas formas de organizarse, clasificándolas de la siguiente manera:

- “Familias monoparentales”: formadas por un padre o una madre con hijos o hijas, que conforma esta familia por la soltería, la viudez, la separación o el divorcio, entre otros aspectos.
- “Familias reconstituidas”: conformada por una pareja en la cual uno o ambos integrantes de la misma tiene uno o más hijos de relaciones previas.
- “Familias adoptivas”: formadas por la medida de protección permanente de integración familiar y que está compuesta por padres, madres, hijos o hijas unidos por un vínculo afectivo.
- “Familia transnacional”: donde uno o más de sus integrantes no vive dentro del país.
- “Uniones tempranas o familias precoces”: que consisten en los matrimonios, uniones de hecho o convivencia entre personas con menos de 18 años de edad.

Por su parte el Decreto Legislativo N.º 1297, “Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales o en Riesgo de Perderlos”, establece tres definiciones de familia:

a) **Familia de origen**

Está definida como aquella familia “Es la conformada por la madre, el padre o uno de ellos, hermanos, hermanas, tutora o tutor. Y además las personas con las que teniendo o no vínculo de parentesco, conviven o hacen vida en común” (Decreto Legislativo N.º. 1297, 2016, artículo 3 literal a). Es decir, tengan vínculo de parentesco o no.

b) **Familia extensa**

La norma señala que está conformada por “los familiares de la niña, niño o adolescente” (Decreto Legislativo N°. 1297, 2016, artículo 3 literal b).

c) **“Comunidad como familia”**

Este concepto hace referencia a las “procedentes de pueblos indígenas u originarios, comunidades campesinas, comunidades nativas o cualquier otra forma organizativa, donde la niña, niño o adolescente haya desarrollado identidad cultural y sentido de pertenencia, se entiende como familia de origen o extensa a los integrantes de éstas, de acuerdo a sus costumbres y bajo un enfoque intercultural” Decreto Legislativo N°. 1297, 2016, artículo 3 literal c).

Si bien el decreto legislativo N.º 1297 no hace referencia manifiesta a las familias reconstituidas, podemos entender que se encuentran aludidas dentro de las familias de origen, dado que en esta definición se encierra a las personas que hagan vida en común incluso a quienes no tengan vínculo de parentesco siendo el presupuesto la convivencia.

Dicho esto, no podemos sostener que no exista regulación alguna en relación con a las familias reconstituidas, sin embargo, están contempladas de manera aislada sin un desarrollo normativo que determine reglas de control social que guíen sus relaciones, más aún, tratándose de espacios con dinámicas complejas que requieren que se establezca tanto los derechos como las obligaciones de sus miembros.

Como bien señala Briozzo (2014), en el “X Congreso Internacional de Familia de 1998”, se utilizó la nomenclatura de “familia reconstituida” para nombrar a este tipo de grupo familiar e incluso desde los años setenta ya se buscaba analizar este fenómeno; nos señala la autora que el acrecentamiento de los divorcios y las uniones que surgen luego de éste, hizo que disciplinas

como la sociodemografía y la antropología se interesen en analizar su organización y estructuras.

Si bien este incremento de los divorcios a que se refiere Briozzo (2014) corresponden a la República de Argentina; en nuestro país también sucede dicha situación, pues, de acuerdo con RENIEC sólo en el año 2019 se ha registrado 16661 divorcios a nivel nacional. Por su parte, en cuanto a estadísticas se cuenta con la siguiente información:

El Censo 2017 da de cuenta 120 mil 214 hogares de padres solos (soltero, divorciado, separado o viudo); de este total, 61 mil 589 (51,2%) tienen al menos un hijo/a menor de 18 años de edad; se incrementaron 16 mil 902 (37,8%). ((Instituto Nacional de Estadística, 2017, p.10)

Esto puede traer como correlato el incremento de familias reconstituidas con toda la dinámica compleja que tienen y, por consiguiente, hace falta un desarrollo normativo que les permita tener claridad en lo que concierne a sus relaciones.

2.2.3 La necesidad de incorporar la figura del padre afín en la legislación peruana.

Coloquialmente, para hacer mención al o la cónyuge así como al conviviente del padre o de la madre a cargo de su hijo o hija, se ha venido utilizando el término “padrastro” o “madrastra”; de la misma forma se recurre a nomenclaturas como “hijastro”, “hijastra”, “entenado” o “entenada” para hacer mención a los hijos e hijas que viven dentro de una familia reconstituida; basta con ver los titulares de los periódicos locales en cuyos titulares se usa estos términos para publicar noticias relativas a estos personajes; ejemplo de ello son los siguientes titulares:

- “Piura: Niño de 3 años agredido por su padrastro se recuperó de sus lesiones y abandonó hospital” (El Comercio, 26 de setiembre de 2020).
- “El padrastro de James Rodríguez asume una salida del Real Madrid” (El Comercio, 15 de julio de 2020).
- “Comas: detienen a hombre acusado de dopar y violar a su hijastra de 15 años” (Expreso, 01 de marzo de 2020).
- “Padre y padrastro de una niña se unen para organizarle la mejor de las sorpresas” (El Comercio, 31 de enero de 2019).

Estos titulares demuestran el arraigo que tienen estas nomenclaturas, ya sea para publicar noticias relativas a delitos, para informar respecto a acontecimientos relativos a personajes públicos, como el futbolista Costarricense James Rodríguez o incluso para narrar dinámicas positivas de los grupos familiares; sin embargo, consideramos que los términos “padrastro”, “madrastra”, “hijastro”, “hijastra”, “entenado” y “entenada” son peyorativos; pues marcan una barrera entre estas personas como si no conformaran una familia, sin tomar en cuenta que de su relación emergen derechos y deberes. Como señalan Calderón (2014) y Grosman (“2008), estos términos están asociados a conceptos de maldad o crueldad.

En ese sentido, a través de esta investigación buscamos que estos términos sean superados y sustituidos por los de “padre afín”, “madre afín”, “hijo afín” e “hija afín”; por ejemplo en Argentina, el padre afín (denominado “progenitor afín” en el Código Civil y Comercial de la Nación), es definido como el cónyuge o el conviviente del padre o de la madre que se ocupa de su hijo o

hija y que, junto con su pareja, participa en su crianza y cuidado cotidiano (Grosman, 2008); Kemelmajer (2014) señala que se trata de las nuevas parejas o cónyuges de los progenitores.

Un caso públicamente conocido de esta relación familiar es el ex futbolista Roberto Martínez y la modelo Melissa Loza quienes formaron una familia junto con la hija de ésta, estableciéndose entre padre e hija afín una estrecha relación, convirtiéndose en su figura paterna desde que ésta tenía dos años de edad (América TV., 2020), vínculo afectivo que se mantiene luego de la ruptura de la relación con su madre, llamándolo a la fecha “papa”, lo que nos invita a reflexionar respecto a la necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico brinde un marco de protección efectivo a estos personajes que habitan la misma casa y la dinámica familiar.

Aunque los padres y madres afines no se encuentran mencionados como tales, en la Observación General N.º 7 del Comité de los Derechos del Niño, sobre la “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” (2005), se reconoce que las relaciones afectivas que establecen los niños aportan en la realización de sus derechos, a la vez que distintas formas familiares se compatibilizan con su bienestar. En dicha Observación General se señala que en ciertos países se han producido cambios de ideas y actitudes en cuanto a la familia, lo cual ha repercutido en la infancia, como ocurre con las separaciones y las reconstrucciones familiares (Comité de los Derechos del Niño, 2005).

Es así que, entre los diferentes modelos de familias beneficiosos para que se puedan realizar los derechos de los niños y niñas, están las que se forman tras las separaciones y reconstrucciones familiares, vale decir las familias

denominadas reconstituidas y, si partimos de la idea que sus protagonistas son los padres, madres, hijos e hijas afines, nos encontramos en condiciones de aseverar que existe un reconocimiento de la contribución que hace su relación en el bienestar de estos últimos.

Además, en la Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” 2013, encontramos que se hace referencia a los cuidadores del niño y la envergadura de la calidad de la relación existente entre ellos, en ese sentido podemos afirmar que estas figuras encajan dentro del término “cuidadores” pues comparten las tareas relativas a la crianza con todo lo que ello implica.

Es necesario agregar que, la Observación General N.º 20 del Comité de los Derechos del Niño (2016), respecto a la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, indica en sus párrafos 17 y 58 que las relaciones robustas con los adultos más significativos de sus vidas y el apoyo de éstos, son factores para promover en la adolescencia la resiliencia así como un desarrollo saludable; es así que podemos entender que, dentro de estas relaciones con adultos importantes, podemos colocar a los padres y madres afines, por cuanto contribuyen al desenvolvimiento de su proceso evolutivo en el día a día.

Si bien no contamos con una definición legal de padre o madre afín en nuestro país, podemos advertir que en las siguientes normas contemplan tácitamente estas:

- a) El Decreto Legislativo N.º 1297 (2016) Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en

riesgo de perderlos; cuyo artículo 3, literal a) incluye en la “familia de origen” a las personas que hacen vida en común o que conviven tengan o no algún vínculo de parentesco.

- b) Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP (2018), Reglamento de la Ley N.º 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.
- c) Ley 31401 (2020), Ley de Urgencia Médica para la Detección Oportuna y Atención Integral del Cáncer del Niño y del Adolescente.

Aunque el Decreto Legislativo N.º. 1297 no se hace mención a los términos “padre afín” ni “madre afín” al interior de la diversidad de familias, incluye en la familia de origen a las personas que hacen vida en común, lo que nos lleva a deducir que las parejas de los progenitores, al convivir con los niños niñas y adolescentes, conforman este sistema familiar.

En lo que respecta al Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, se utiliza el término “cuidadores” de los niños, niñas y adolescentes, de modo que los padres o madres afines, al participar de su crianza y cuidados pueden ser entendidos dentro de este rubro; así, esta norma hace referencia a los cuidadores como se describe a continuación:

- La garantía que deben brindar el Estado, la familia y la comunidad para el establecimiento de un vínculo afectivo y apego seguro entre el niño, niña y adolescente y sus cuidadores, al igual que su perdurabilidad en el tiempo para asegurar su desarrollo integral dentro de un entorno estable (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, 2018, art. 9.4).

- El dentro del derecho que tienen el niño, niña o adolescente “a ser informado” en aquellos procesos que los involucren, se hace referencia a “otros responsables” y “cuidadores” (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, 2018, art. 12.1. literal a).
- Respecto a la representación letrada, se prescribe que los y las defensores públicos deberán “Informar y orientar a las niñas, niños o adolescentes, a sus familiares y cuidadores/as respecto al ejercicio y restablecimiento de sus derechos” (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, 2018, art. 12.5.1).
- “Las niñas, niños y adolescentes y sus familiares y cuidadores reciben por parte del personal de salud que los atiende, información respecto al procedimiento en salud que reciben, en un lenguaje claro y entendible” (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, 2018, art. 15.1).
- Sobre la identificación de diferentes factores de riesgo, se señala que “factores de riesgo en la salud de los niños, niñas y adolescentes” se deberá “garantizar la continuidad de la atención estableciendo la contra referencia con las pautas aplicables en su lugar de origen, involucrando al padre, a la madre o sus cuidadores” (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, 2018, art. 15.3).
- Las instituciones educativas requieren tener en consideración el Interés superior del niño en “La evaluación de situaciones en las que el derecho a la educación entra en conflicto con intereses o derechos de las y los adultos que viven con ellas/ellos (padres o madres de familia, tutores o adultos cuidadores)” (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, 2018, art. 24 literal a).

Desde nuestra perspectiva, cuando el Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP al estipular la importancia de los lazos de afecto y apego en relación a los niños, niñas y adolescentes y sus cuidadores o cuidadoras, así como el papel de éstos para garantizar sus derechos; sin nombrarlos en forma específica, está incorporando a los padres y las madres afines, en tanto partícipes de su crianza y atenciones, como sujetos elementales para su desarrollo integral. Pese a que no se trata de una norma que desarrolle los deberes y los derechos de los padres y madres afines, estas figuras pueden perfectamente encajar dentro de las personas a que denomina “cuidadores”, razón por la cual se está reconociendo su pertenencia a la familia, así como el rol que desempeñan en la protección del interés superior del niño.

A su vez la Ley N.º. 31041 (2020), ley de urgencia médica para la detección oportuna y atención integral del cáncer del niño y del adolescente, dispone que se otorgará un subsidio económico a un trabajador por familia, que tengan un niño o adolescente que haya sido diagnosticado con cáncer. En este aspecto específico la norma no señala que los favorecidos del subsidio sean únicamente los padres del o la paciente con cáncer, sino que alude a los trabajadores que tengan en su familia a un niño o adolescente diagnosticado con dicha enfermedad, sin que nada impida que dentro de este beneficio se incluya a los padres o las madres afines u otros responsables de su cuidado.

Además, contamos con una norma que hace mención expresa a las parejas de los y las progenitoras, nos referimos a la Ley N.º. 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en el literal b del artículo 7 señala entre los sujetos de protección a las “madrastras”, “padrastrós”, en tanto miembros de la familia y;

pese a que se trata de términos que pretendemos superar, resulta relevante destacar que dicha norma incorpora en su cobertura a los padres y madres afines.

La referencia a estas normas no significa que exista un desarrollo normativo de los derechos y deberes de los padres y madres afines, como tampoco implica que contemos con una nomenclatura que haga referencia específica a estas figuras, sin embargo, no podemos soslayar que cuando menos hacen cierto grado de reconocimiento hacia aquellas personas que, sin tener algún vínculo consanguíneo son responsables respecto del cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.3.1 El padre afín, la parentalidad y los lazos de parentesco dentro la llamada familia ensamblada.

Según Fernández (2013) los términos paternidad o maternidad apuntan a un rol social que, aunque se espera que recaiga sobre los progenitores, ello no necesariamente va a ser así, como, por ejemplo, en casos de abandono o en caso de que se haya recurrido a técnicas de reproducción asistida utilizando el material genético de una tercera persona; de modo similar Rivas (2012) no se puede dar por indiscutible el hecho que los progenitores vayan siempre a asumir las funciones en cuanto al cuidado y a la formación de las hijas y los hijos. El resultado de ello es que en el hogar de las familias reconstituidas no se materializa la dualidad “procreación – crianza”, sino la que consideramos una relación de “afectividad – crianza”; pues los cuidados habituales de los hijos serán ejercidos por una persona distinta a su progenitor o progenitora.

De acuerdo con Pereira (2003), citado por Varsi y Chaves (2018), la paternidad es una función orientada al desarrollo de los individuos, donde la condición de “padre” puede ser ejercida por diferentes personas tales como el padre biológico, el cónyuge de la madre, el abuelo, la persona que cría, el que lo registra con su apellido, el adoptante, en otras palabras, quien desee asumir ese papel. Aunque Rodríguez (2016) utiliza el término “padrastrós” y “madrastras”, acierta en señalar que éstos desarrollan relaciones afectivas con el niño y que las relaciones de amor que pueden sentir son muy parecidas o hasta iguales a las de los padres biológicos, en ese sentido es necesario que se les atribuya derechos para poder proteger su relación familiar y que la responsabilidad que han asumido con ellos sea materia de legislación.

Al participar el padre afín o la madre afín en la crianza y cuidados del hijo o hija de su pareja, está ejerciendo la función social de la parentalidad que, aunada al vínculo afectivo, se convierte en “parentalidad socioafectiva” que, a decir de Bravo (2018) es aquella que se desempeña en beneficio de las hijas e hijos, y que se da en la convivencia en el mismo lugar, sin que exista un vínculo biológico. Si bien Varsi y Chaves (2018) analizan parentalidad socioafectiva cuando se ha acudido a la ciencia mediante las técnicas de reproducción asistida, es relevante trasladar dicho concepto a esta investigación, pues resulta interesante que hagan hincapié en que se trata de una función que se elige y se siente, recalando que los niños necesitan de afecto y cuidados mucho más que semejanzas biológicas.

En palabras de ambos autores la socioafectividad se configura con la concertación de dos elementos que son lo social y el afecto. Así pues, podemos indicar como Krasnow (2019), que la socioafectividad no se basa en el

parentesco, sino en el componente social y afectivo cuyo desarrollo responde al apego que se establece entre las personas con independencia de que exista algún vínculo biológico.

Ciertamente progenitor (a) y padre o madre no son conceptos idénticos, pues mientras el primero alude al hecho de procrear, el segundo refiere a la función social de la parentalidad, en donde se asume el cuidado cotidiano de las hijas o hijos sin que necesariamente se comparta un vínculo biológico, pero sí afectivo; la parentalidad se ejerce por elección y no por la imposición del material genético, se trata un compromiso asumido, por esta razón, nos encontramos en condiciones de señalar que el papel desempeñado por los padres y madres afines no puede ser invisibilizado por la legislación, en tanto su ejercicio está dirigido al desarrollo adecuado del niño, niña o adolescente.

Por ello es necesario distinguir entre parentesco y parentalidad, pues el primero apunta a una condición de padres, mientras que el segundo alude a las actividades propias de los cuidados y la formación o crianza de los niños, tareas que pueden ser delegadas o ejercidas junto con otras personas (Alesi, 2015), máxime porque se trata de funciones relacionadas con los procesos de socialización y que les brindan seguridad psíquica (Piella y Uribe, 2019); en ese sentido, debemos considerar que en lo que respecta a los padres y madres afines, la parentalidad se construye en la cotidianeidad y de forma dinámica.

La importancia del componente afectivo se encuentra reconocida internacionalmente, así en la Observación General N.º 7 del Comité de los Derechos del Niño (2006), sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, que refiere que esta etapa está comprendida hasta los 8 años de edad, se señala lo siguiente:

- “Los niños pequeños crean vínculos emocionales fuertes con sus padres u otros cuidadores, de los que necesitan recibir cuidado, orientación y protección” (Párr. 6, literal b). Así pues, si consideramos como cuidadores a los padres y madres afines, podemos decir que sus lazos emocionales con los hijos de sus parejas están reconocidos por el Comité.
- Los niños pequeños, al ser agentes sociales, dependen de las relaciones estrechas, “(...) relaciones mantenidas normalmente con un pequeño número de personas clave, muy a menudo los padres, miembros de la familia ampliada y compañeros, así como con cuidadores y otros profesionales que se ocupan de la primera infancia” (Comité de los Derechos del Niño, 2006, Párr. 8). Con lo que nuevamente el Comité de los Derechos del Niño deja sentado que, aunque muy a menudo los niños y niñas dependen de relaciones estrechas con sus padres, también estas relaciones pueden ser establecidas con otras personas como sus cuidadores y, por ende, con los padres y madres afines.
- Que debe respetarse las opiniones y los sentimientos del niño, indicando que “Los niños pequeños son extremadamente sensibles a su entono y adquieren con rapidez comprensión de las personas, lugares y rutinas que forman parte de sus vidas, además de conciencia de su propia y única identidad” (Comité de los Derechos del Niño, 2006, Párr. 14). Siendo que padres o madres afines son personas que forman parte de su día a día en su proceso de crianza y desarrollo, queda claro que los niños y niñas en el transcurso de su primera

infancia van a responder emocionalmente a las dinámicas que establezcan con aquéllos. Al mencionar los sentimientos de los niñas y niños, el Comité está reforzando la importancia del vínculo afectivo que éstos van a entablar con las personas de su entorno, como parte de su desarrollo y su identidad.

- El Comité da razón de la multiplicidad de las tendencias en el tamaño de las familias en la actualidad, en la diversidad de funciones parentales y formas de ejercer la crianza, explicando que el desarrollo de los niños está atendido de mejor manera con un número pequeño de relaciones afectuosas, las mismas que son entabladas junto con la madre, el padre, los hermanos, miembros de la familia ampliada y profesionales especializados (Párr.19), por ende, los padres y madres afines pueden ser considerados entre de las personas con las que los niños y niñas desenvuelven relaciones afectivas, más aún cuando atienden a sus necesidades y participan en su desarrollo físico y mental.

Es necesario destacar que el Comité de los Derechos del Niño (2006), en la citada Observación General N.º 7, resalta la incidencia de las relaciones afectivas en el desarrollo y bienestar de los niños y niñas durante su primera infancia, de manera que para efectos de esta investigación resulta necesario destacar estas relaciones no van a establecerse necesariamente con los padres, aunque sería lo ideal, sino que pueden desenvolverse con otros adultos que forman parte de su entorno cotidiano, es decir, con los padres o madres afines.

De igual forma, como hemos mencionado anteriormente, los párrafos 17 y 58 de la Observación General N.º 20 del Comité de los Derechos del Niño

(2016), señala que la relación de los adolescentes con adultos clave es importante para el fomento de su resiliencia y su adecuada salud mental; así, estando la resiliencia relacionada con el equilibrio emocional, no cabe duda que se está reconociendo a la afectividad como elemento importante para el “desarrollo armónico” de los y las adolescentes.

Al ejercer la parentalidad a partir de la afectividad, los padres y madres afines están asumiendo responsabilidades directamente relacionadas con el desarrollo de seres humanos, lo que merece ser regulado por nuestra legislación no sólo a partir de una nomenclatura, sino también en cuanto a los derechos y deberes correspondientes a la relación que establecen con sus hijos o hijas afines y determinar el nivel de parentesco que surge entre ellos.

Para comprender ello, debemos tener en consideración que el parentesco tiene tres elementos: “tronco”, “línea” y “grado”. Rodríguez (2018) al respecto señala que “ (...) ‘tronco’ es la persona a quien reconocen como ascendiente común las personas de un mismo parentesco. Luego, ‘línea’ es la sucesión ordenada y completa de las personas que proceden de un tronco. Finalmente, ‘grado’ es la distancia entre dos parientes” (p.21).

Nuestro Código Civil, respecto al parentesco, señala que puede ser consanguíneo, por afinidad o por adopción. “El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común” (Código Civil, artículo 236). De otro lado, “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad” (Código Civil, 1984, artículo 237). Finalmente “La adopción es fuente de parentesco dentro de los

alcances de esta institución” (Código Civil, 1984, artículo 238). Para efectos de esta investigación nos referiremos al parentesco por afinidad, pues es el que nace de la relación entre padres o madres afines e hijos o hijas afines.

Si bien no tenemos una regulación expresa ni una nomenclatura precisa en nuestra legislación, de acuerdo con Castro (2012) se puede deducir que entre padres afines e hijos afines se produce un parentesco por afinidad derivado de los artículos 237 y 242 de nuestro Código Civil, el cual configura parte de los impedimentos matrimoniales; en ese sentido podemos señalar que los hijos, hijas y padres o madres afines tienen una relación de parentesco en primer grado por afinidad en línea recta; de otro lado, el artículo 242 del Código Civil, al establecer los impedimentos matrimoniales, señala que los afines en línea recta no pueden contraer matrimonio entre sí, dejando sentado que esta relación es relevante para el Derecho.

Habiendo quedado claro que el matrimonio produce parentesco por afinidad en primer grado y en línea recta entre el o la cónyuge de la madre o padre legal que tiene a su hijo o hija a cargo, corresponde ahora establecer cuál sería el tipo de parentesco que surge entre estas personas dentro de una unión de hecho, máxime cuando nuestro Código Civil no hace mención al respecto.

No obstante, encontramos que la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, señala “son sujetos de protección, los parientes colaterales de los convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad” (Ley N°. 30364, 2015, art. 7 literal a). Lo que nos lleva a afirmar que; si bien esta norma se refiere a los parientes colaterales de los convivientes sin hacer mención expresa a los parientes en línea recta, como hemos señalado anteriormente, hace mención

también a los “padrastros” y “madrastras” sin distinguir en función a la existencia o no del vínculo matrimonial; lo cual nos permite válidamente afirmar que la citada norma está ampliando el parentesco por afinidad a los hijos e hijas afines.

De otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha expresado que “ (...) la familia ensamblada puede definirse como da estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (expediente 2478-2008-PA/TC, fundamento 4). En este caso específico reconoce la legitimidad del conviviente de la madre de dos escolares para que pueda participar en la APAFA (“Asociación de Padres de Familia”) de su centro educativo.

Con ello el Tribunal Constitucional ha reconocido que las uniones de hecho pueden conformar una familia ensamblada y, en consecuencia, desde nuestra perspectiva, se puede hablar de un parentesco especial por afinidad entre padres e hijos afines; pues si se negara esta relación de parentesco en las uniones de hecho se estaría haciendo una distinción entre los hijos e hijos afines que se encuentran o no dentro de un matrimonio

Como hemos señalado, la estructura en donde aparece la figura del padre afín es la familia llamada ensamblada, motivo por el cual para que pueda establecerse una relación de padre e hijo afín, no debe ser necesaria la existencia de vínculo matrimonial, sino que también puede originarse a partir de la unión de hecho, por lo tanto nuestra posición es que el Código Civil se modifique de tal modo que se incluya dentro del parentesco por afinidad a los familiares de quienes conforman la unión de hecho, especialmente, a los hijos

de sus integrantes procedentes de una relación anterior y, en consecuencia, se regulen sus derechos y deberes.

2.2.3.2 El rol que desempeña el padre afín en la familia.

Resulta relevante para esta investigación reflexionar respecto al rol o papel que juega el padre o madre afín en relación a los hijos o hijas de su pareja, así, cabe preguntarnos, si va a ser una persona que va a reemplazar totalmente al progenitor, si va a ser un colaborador o si simplemente no va a detentar algún derecho o deber.

Para ello revisaremos las estrategias con que se conforman las llamadas familias reconstituidas y analizaremos la regulación respecto a la figura del padre afín en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, el Código de Derecho Foral de Aragón y el Código de Leyes Civiles de Cataluña.

Rivas (2012) describe tres tipos de estrategias que se despliegan al constituirse las denominadas familias reconstituidas:

- a) “Estrategias de sustitución”: Son aquellas que se aplican cuando el padre o madre o biológico no cohabitante no desempeña las funciones parentales y es el padre o madre afín quien las asume, lo que es reconocido por los hijos o hijas afines. Ello significa que se suplanta la posición de parentesco, reconociendo que el padre o la madre afín tiene la condición de padre o madre propiamente dicha. De acuerdo a la autora estas estrategias tienen lugar en los casos en que la separación o el divorcio han sido altamente conflictivos y los hijos o hijas tienen corta edad.

- b) “Estrategias de duplicación”: Son las estrategias en las que, de manera indistinta, tanto madre como padre afín como madre y padre biológicos cumplen las funciones parentales con independencia que exista convivencia con los hijos o hijas. La autora hace referencia a un “pluriparentesco jerarquizado” en el cual al padre o madre afín se le otorga la posición de “segundo padre” o “segunda madre”, produciéndose muchas veces una “duplicación de funciones parentales” la que podría ser descoordinada e incluso confrontada.
- c) “Estrategias de evitación”: Estas estrategias implican que el padre o madre biológicos siguen desempeñando sus funciones parentales, evitando que el padre o madre afín las asuman, en este tipo de casos se niega que tengan algún “estatus de parentesco”. La autora nos indica que gran parte de estos casos corresponden a familias donde la separación o el divorcio ha sido desarrollado de común acuerdo y la restructuración familiar ha tenido lugar cuando los hijos han sido adolescentes.

Según nos refiere Rivas (2012), la estrategia que se lleve a cabo dependerá de la situación de cada individuo dentro de la familia y de quién cumple las funciones correspondientes al padre o la madre. Asimismo, de acuerdo con Oliva y Villa (2014) cada familia distinta y única, tanto por los roles y la cantidad de integrantes que las conforman, como por su forma de organizarse y las actividades que realizan.

Entendiendo que la familia no es un concepto unívoco, podremos comprender que no en todos los grupos familiares se va a concebir de la misma forma el rol del padre afín, pues no va cumplir la misma función en todos los casos, ya que cada integrante va a tener distintas necesidades y distintas

expectativas y, aunque tenemos claro que el derecho no puede regular al detalle cada aspecto de la vida de los individuos, sabemos que tiene la función de dar claridad a los derechos y las diferentes obligaciones de quienes conforman los grupos familiares para garantizar su bienestar.

Basset (2015) señala que podemos hablar de dos tipos de rol del padre afín, un “rol sustitutivo” en donde ocuparía el lugar de uno de los progenitores biológicos o adoptivos, compartiendo de forma indistinta todas o algunas funciones propias de la responsabilidad parental, lo cual se acomoda a las situaciones en que uno de ellos está ausente, ha fallecido o se encuentra privado de la responsabilidad parental y; un “rol complementario” en que los progenitores biológicos comparten con el padre afín “funciones parentales”, pudiendo ello significar que exista una jerarquía en la distribución de funciones o que se comparta indistintamente todas o algunas de las funciones correspondientes a la responsabilidad parental.

De acuerdo con Basset (2015), la tendencia de la legislación comparada es optar por un rol complementario del padre afín más que por un rol sustitutivo, que implicaría “suplantar” al progenitor o progenitora biológicos, mientras que el rol complementario significa que el progenitor biológico o adoptivo comparta funciones con el padre o la madre afín y la manera de hacerlo es determinada por cada legislación, la autora indica que ello puede conllevar a una repartición de “funciones primarias y subsidiarias” o, permitir que todos los progenitores cumplan funciones de la responsabilidad parental en forma indistinta; este rol complementario no va a significar que el padre afín o la madre afín vaya a reemplazar al padre o la madre biológicos (o adoptivos) pero sí que va a desempeñar un papel de apoyo en la crianza de los hijos o hijas (Briozzo, 2014).

Concordamos con Grosman (2013) citada por Briozzo (2014), quien con toda razón nos dice que el rol complementario implica que, no obstante el padre o la madre se encuentren presentes, el padre afín o la madre afín va a colaborar en la formación y crianza de los hijos o hijas sin que se produzca una suplantación; por ello consideramos además que las estrategias de evitación, las cuales niegan cualquier estatus de parentesco a los padres y madres afines están dirigidas a “evitar” que cumplan funciones parentales deben ser descartadas, pues no corresponden a la realidad, por cuanto éstos por el hecho de convivir con los hijos o hijas de su pareja y al estar inmersos dentro de la misma dinámica familiar, están colaborando con su crianza y compartiendo la tenencia (o guarda), lo cual requiere una regulación legal para que exista claridad respecto a los derechos y deberes que se originan.

2.2.3.3 El rol del padre afín de acuerdo a la legislación comparada.

En esta parte del trabajo pasaremos a analizar la manera en que el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, el Código de Derecho Foral de Aragón y el Código de Leyes Civiles de Cataluña abordan el rol que va a cumplir el padre, los derechos y deberes que le confieren, su participación en el ejercicio de la responsabilidad parental, junto con los efectos de la ruptura de su relación con el progenitor a cargo del hijo o hija.

Empezaremos señalando que estos cuerpos legales no utilizan la misma denominación para referirse a la pareja (ya sea casada o conviviente) del progenitor o progenitora que vive con el hijo o hija, así encontramos lo siguiente:

Tabla 1

Denominación del padre afín en Argentina, Uruguay, Cataluña y Aragón

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina	Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay
Progenitor afín	No figura
Código de Derecho Foral de Aragón	Código de Leyes Civiles de Cataluña
Padrastra / madrastra	No figura

Fuente: elaboración propia

Como podemos observar que no existe consenso en los cuatro códigos al referirse al padre afín, pues mientras el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina usa el término “progenitor afín” y el Código de Derecho Foral de Aragón mantiene los términos “padrastra” o “madrastra”; el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay y el Código de Leyes Civiles de Cataluña no emplean algún término para su mención; sin embargo todos coinciden en que el requisito para la existencia de la figura del padre afín es la convivencia con el hijo o hija de su pareja.

En cuanto a la definición del padre afín, encontramos diferencias en los cuatro cuerpos legales analizados, tal como mostramos a continuación:

Tabla 2

Definición del padre afín en Argentina, Uruguay, Cataluña y Aragón

Código Civil y Comercial de Argentina	Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay
“Cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a cargo el cuidado personal del niño o adolescente” (Artículo 672).	No aparece expresamente, pero se menciona obligaciones alimentarias en diversos artículos: - Del “cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario”. (artículo 59, inciso 2) - “del concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho”. (artículo 59, inciso 3)
Código de Derecho Foral de Aragón	Código de Leyes Civiles de Cataluña
“El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos” (Artículo 85 numeral 1). Fuente: elaboración propia	“Ccónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo” (Artículo 236-14 numeral 1).

Como se aprecia, del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay y el Código de Leyes Civiles de Cataluña (aunque no coinciden en el término) se desprende que padre afín es cónyuge o conviviente de quien tiene al hijo o hija a su cuidado, en tanto el Código de Derecho Foral de Aragón indica que debe existir un vínculo matrimonial de por medio, pues indica que “El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos” (Código de Derecho Foral de Aragón, 2011, art. 85 numeral 1). Por otro lado, en las cuatro normas estudiadas aparece el “rol complementario” del padre afín, pues establecen supuestos en los cuales va a colaborar con la crianza sin reemplazar al progenitor, como pasamos a mostrar en el siguiente cuadro:

Tabla 3

Rol complementario del padre afín en Argentina, Uruguay, Cataluña y Aragón

Código Civil y Comercial de Argentina	Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay
- Cooperación en la crianza y educación - “Realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico”. (Artículo 673) - Obligación alimentaria subsidiaria”. (Artículo 676)	- Obligación alimentaria subsidiaria (Artículo 51 numeral 2).
Código de Derecho Foral de Aragón	Código de Leyes Civiles de Cataluña
- “La autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo”. (Artículo 64)	- “participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria”. (Artículo 236-14 numeral 4)

Fuente: elaboración propia

Vemos entonces que los cuatro códigos bajo análisis han destinado parte de su articulado para legislar el rol complementario del padre afín, así el Código de Leyes Civiles de Cataluña y el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina establecen claramente su participación en los actos cotidianos del hijo o hija de su pareja; asimismo, este último comparte con el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay la presencia de una obligación alimentaria de tipo subsidiario y; en lo que refiere al Código de Derecho Foral de Aragón reparamos en que al señalar que no se excluye a otras personas diferentes a los padres en el “ejercicio de la autoridad familiar” (artículo 64), abre la puerta a su intervención en su dinámica habitual del hogar. Lo señalado en este párrafo se puede graficar de la siguiente forma:



Figura 1. Pensión alimentaria subsidiaria de parte del padre afín de acuerdo con el derecho comparado analizado

Fuente: elaboración propia



Figura 2. Pensión alimentaria subsidiaria de parte del padre afín en el derecho comparado analizado

Fuente: elaboración propia

Ahora bien, así como los códigos que estamos analizando regulan el rol complementario del padre afín, también contienen artículos en donde se aprecia la existencia del rol sustitutivo, como se ilustra en el cuadro siguiente:

Tabla 4

Rol sustitutivo del padre afín en Argentina, Uruguay, Cataluña y Aragón

Código Civil y Comercial de Argentina	Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay
- “Adopción de integración”. (Artículo 620) - Tomar decisiones en situaciones de urgencia. (Artículo 673) - “Otorgamiento de la guarda a un pariente”. (Artículo 657) - “Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental”. (Artículo 674) - “Ejercicio conjunto de la responsabilidad en caso de muerte, incapacidad o ausencia del otro progenitor”. (Artículo 675)	“Se permitirá la adopción plena por parte del nuevo cónyuge o concubino del padre o madre del hijo habido dentro del matrimonio o habido fuera del matrimonio reconocido del otro cónyuge o concubino, siempre que el niño, niña o adolescente haya perdido todo vínculo con el otro progenitor”. (Artículo 139) - Tenencia por terceros (Artículo 36).
Código de Derecho Foral de Aragón	Código de Leyes Civiles de Cataluña
- Comparte el ejercicio de la autoridad familiar con su cónyuge (Artículo 85 numeral 1) - “Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar”. (Artículo 85 numeral 2)	- La adopción de los hijos de su cónyuge o pareja estable (Artículo 235 numeral 1, literal a). - Tomar las medidas necesarias en favor del hijo en caso de riesgo inminente (Artículo 236-14 numeral 2). Temporal. - “La autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto (...)”. (Artículo 236-15 numeral 2)

Fuente: elaboración propia

Vemos que tanto el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, el Código de la Niñez, Adolescencia de Uruguay y el Código de Leyes Civiles de Cataluña tienen en común la viabilidad de que el padre afín pueda adoptar al hijo de su cónyuge o conviviente, mientras que no encontramos ese aspecto en el Código de Derecho Foral de Aragón. Como señala Basset (2015), la adopción “es la forma más intensa de emplazar al hijo afín respecto del progenitor afín: sería un hijo real y no ya un hijo afín” (p.4); en ese caso claramente se suplanta al progenitor, y el padre o madre afín dejaría de ser tal para ser padre o madre adoptivo (a).

Por otra parte, observamos que la legislación argentina y catalana otorgan al padre o madre afín la posibilidad de tomar decisiones en casos de emergencia,

consideramos que en este aspecto el rol que se va a cumplir es sustitutivo pues, en el momento en que se produce la situación urgente, el padre o madre afín va a encontrarse en la posición de adoptar decisiones en salvaguarda de su hijo o hija afín sin tener tiempo de consultar a cualquiera de los progenitores; entendemos que dichas normas hacen referencia a contingencias en las cuales esté en riesgo la salud o la vida del niño, niña o adolescente, debiendo tomar decisiones inaplazables y, aunque se trate de un momento aislado o de corta duración, está produciendo una sustitución al desempeñar o ejercer la función parental.

De otro lado, los cuatro códigos analizados dan cuenta de que es viable que el padre o madre afín pueda ejercer la tenencia (o guarda) de sus hijos o hijas afines. Cabe detenernos en este punto para anotar que la palabra “tenencia” debe ser desplazada, porque expresa la posesión de un objeto, como señala Grosman (2006) citada por Fernández (2013), las legislaciones modernas han optado por llamarla “cuidado personal del hijo” o la “convivencia con el hijo”, o lo que Fernández (2013) llama un “rol de cuidado” de los hijos; efectivamente, lo que se denomina tenencia implica una función de cuidado cotidiano del niño, niña o adolescente, desde brindarle sus alimentos diarios, llevarlos al colegio, enseñarles a desenvolverse en el hogar, entre otros aspectos que se desarrollan dentro del ámbito de la convivencia.

Si bien, tradicionalmente se considera a la tenencia como un atributo de la patria potestad cuyo ejercicio es personalísimo de los progenitores, encontramos que el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina permite que la guarda sea ejercida por otro pariente (artículo 657) y el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay indica que la tenencia puede ser ejercida por terceros

(artículo 36) y, aunque no hagan referencia expresa al padre afín en este aspecto, al permitir que personas distintas a los progenitores la ejerzan, dan cabida a que el padre afín cumpla esta función. Por su parte el Código de Derecho Foral de Aragón y el Código de Leyes Civiles de Cataluña expresamente establecen que al padre o madre afín pueda reconocérsele la “guarda” o “tener en su compañía” a sus hijos o hijas afines.

Ahora bien, sostenemos que la “tenencia” o mejor dicho rol de cuidado que establecen estos códigos corresponde a un rol sustitutorio porque los supuestos a que hacen referencia, implican necesariamente que quien la ejerce va a sustituir al otro progenitor (que no está presente a diario) en los cuidados habituales y cotidianos de los hijos o hijas afines, ya sea porque no le sea posible hacerse cargo o haya fallecido.

Entonces, los cuatro códigos analizados establecen (aunque sin mencionarlo expresamente) el rol sustitutivo del padre afín, como pasamos a graficar:

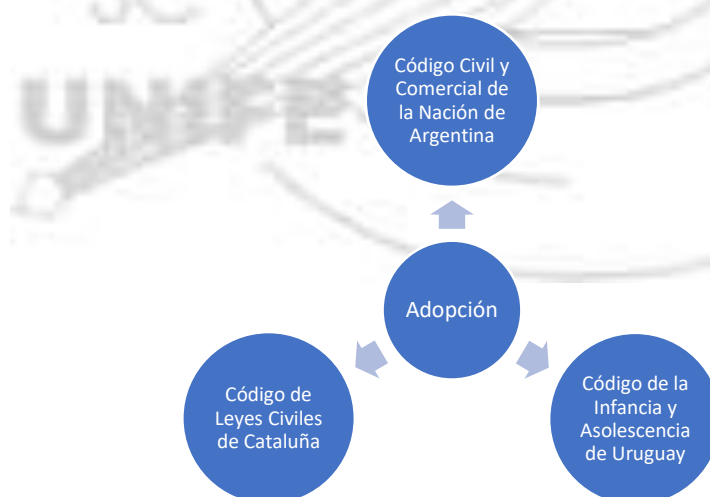


Figura 3. Adopción del hijo afín en el derecho comparado analizado

Fuente: elaboración propia

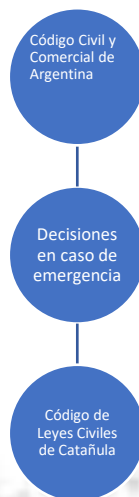


Figura 4. Decisiones de emergencia por el padre afín en el derecho comparado analizado

Fuente: elaboración propia

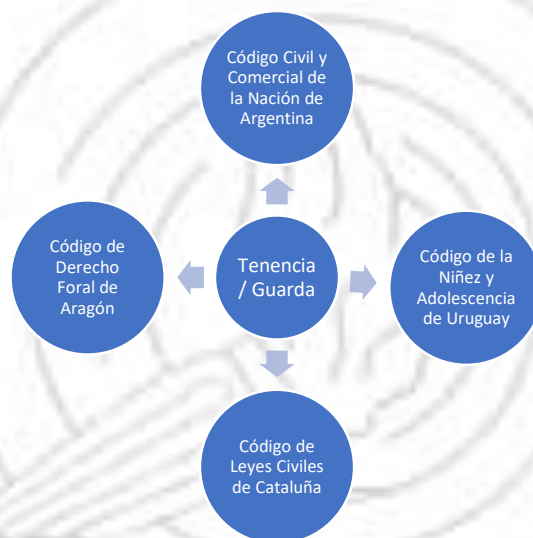


Figura 5. Tenencia y guarda por el padre afín en el derecho comparado analizado

Fuente: elaboración propia

Por otra parte, el rol sustitutivo de los padres y madres afines tiene una importante manifestación al permitirles que ejerzan la responsabilidad parental, advertimos que tanto el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, el Código de Derecho Foral de Aragón y el Código de Leyes Civiles de Cataluña regulan (con sus propios términos esta posibilidad) y, aunque el Código de la

Niñez y Adolescencia de Uruguay no lo establece expresamente, al posibilitar la tenencia a terceros (donde se puede incluir al padre o madre afín), ya le estaría encomendando su desempeño; esto merece un acápite aparte en este trabajo como analizaremos más adelante.

2.2.3.3.1 El rol del padre afín en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina regula la figura del padre afín su desde su artículo 672 hasta su artículo 676 llamándolo “progenitor afín” (ver tabla 1) y, aunque no consideramos adecuado el uso de la palabra “progenitor” pues la misma se refiere al hecho de procrear (aportar material de ADN para la formación del nuevo ser, mientras que el ser padre o madre implica el cumplimiento de las funciones parentales como la crianza y el cuidado cotidiano), saludamos que dicho ordenamiento haya acogido a este personaje y regule sus derechos y deberes.

Esta norma señala que “Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, art. 672). Esta definición implica que, para ser reconocido “progenitor afín” en la legislación argentina, no basta con sea el cónyuge o conviviente de la persona a cuyo cargo estén los cuidados del niño o adolescente, sino que el primer requisito es la convivencia, de tal modo que la pareja del progenitor que no viva con su hijo o hija no tendrá la calidad de padre o madre afín.

En cuanto al rol que cumple el padre afín, podemos encontrar que el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina en algunos de sus artículos

constituye un rol complementario y en otros un rol sustitutivo, como pasaremos a desarrollar en esta parte de la investigación.

Respecto al rol complementario, debemos indicar en primer lugar que, el artículo 673 de dicho Código establece que el padre afín tiene un deber de cooperación en la crianza y en la realización de actos habituales que corresponden a la educación del hijo o hija en el ámbito del hogar, así como adoptar diferentes decisiones en coyunturas de urgencia, lo cual denota que el padre afín (“progenitor afín”) va a colaborar con su pareja en el cumplimiento de las funciones parentales relativas a la educación del niño, niña o adolescente sin que se establezca en este punto que vaya a suplantar al otro progenitor con quien no hay convivencia.

En este caso es el progenitor a cargo quien está compartiendo con su pareja el desempeño de sus funciones parentales dentro de una dinámica familiar diaria sin que se silencie al progenitor que no habita con el hijo o hija y sin que se le libere de sus responsabilidades o se le prive de sus derechos.

Al respecto Solari (2017) nos dice que “el cónyuge o conviviente, en las condiciones de la norma, ejerce un rol activo y diario con el hijo afín, pues dadas las circunstancias fácticas, muchas veces debe decidir en la toma de decisiones que involucran al menor de edad” (p.1). En esa misma línea, Grosman (2013), señala que la cooperación “significa acompañar, asistir y favorecer la formación y educación de los vástagos de su pareja” (p.93). Consideramos que estos planteamientos describen perfectamente la finalidad de la norma citada.

De otro lado, el artículo 676 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina regula una “obligación alimentaria subsidiaria” del padre afín y este término “subsidiaria” sin lugar a dudas se encuentra dentro de los parámetros de

lo que significa un rol complementario, pues no se está sustituyendo al otro progenitor biológico en sus responsabilidades en materia de derecho alimentario.

Ahora bien, en lo referente al rol sustitutivo del padre afín, éste es más evidente en el caso de la adopción de integración (artículo 620 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina), que se configura respecto del hijo o hija del cónyuge o conviviente, como oportunamente indica Grosman (2013), esta figura se limita a los supuestos en que el otro progenitor biológico haya fallecido, esté ausente o se le haya apartado de la responsabilidad parental. La adopción es una fuente de filiación y, aunque puede ser revocable, implica la titularidad en el desempeño de las funciones propias de la parentalidad, aplicándose las estrategias de sustitución a las que Rivas (2012) nos hace referencia y que explicáramos líneas arriba.

La siguiente situación en que se puede deducir un rol sustitutivo del padre afín en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, consiste en que el Juez conceda la guarda del niño, niña o adolescente en casos de gravedad a otro pariente (Artículo 657) y, aunque como señala Basset (2015) no se hace referencia textual al padre afín, se puede entender que se encuentra dentro de este grupo de parientes; es decir, quien ejerza la guarda estará encargado del cuidado y la atención personal cotidiana del niño o niña y podrá tomar decisiones relativas a su vida diaria y, si bien se dispone ello sin menoscabo de la responsabilidad parental de los padres, lo cierto es que el guardador va a ser el protagonista en la crianza del hijo o hija por lo que el rol que va a cumplir mientras ejerza esta función será indefectiblemente de carácter sustitutivo, pues se va a producir una verdadera suplantación aunque sea temporal.

El siguiente postulado en donde el rol del padre afín es sustitutivo lo encontramos en el artículo 674 señala lo siguiente:

El progenitor a cargo del hijo puede delegar en 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. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, art. 674)

La norma en referencia señala la necesidad de que se homologue judicialmente, salvo que el otro progenitor haya mostrado su asentimiento de manera irrefutable. En este supuesto el padre afín o la madre afín va a reemplazar a su pareja en el ejercicio de las funciones parentales lo cual implica una sustitución en su desempeño mientras dure.

Finalmente, el rol sustitutivo se encuentra reflejado en el artículo 675 que establece que “En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, art. 675). Ello supone claramente el reemplazo o suplantación del padre biológico o adoptivo (fallecido, ausente o privado de la responsabilidad parental) en el ejercicio de las funciones parentales.

2.2.3.3.2 El rol del padre afín en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay.

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay establece en su artículo 51 quiénes están obligados a brindar alimentos, indicando en sus numerales 2 y 3 a las personas que cumplirán con dicha obligación en forma subsidiaria en caso de “insuficiencia o de imposibilidad del servicio pensionario de los padres”:

- “2) El cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario.
- 3) El concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho.”

Al leer esta norma podemos apreciar que la misma, aunque no haga mención expresa a los términos “padre afín”, “madre afín” o similares, está reconociendo a estas figuras dentro de la estructura familia por cuanto establece una obligación alimentaria subsidiaria que, además, tiene como requisito la convivencia con la persona beneficiaria; lo que significa que no basta con ser cónyuge, concubino o concubina, sino que es ineludible que convivan en el mismo hogar con el hijo o hija, con lo que está reconociendo a las llamadas familias reconstituidas; de acuerdo con Ramos (2016), en este aspecto el padre afín tiene un mayor orden jerárquico respecto de otros parientes (consanguíneos) debido a los lazos y la cercanía en el vínculo que tenga con los hijos de su pareja.

En cuanto al rol del padre o la madre afín en la familia, observamos como primer punto un rol complementario con el establecimiento de la obligación alimentaria subsidiaria, pues la misma va a “completar” la insuficiencia o la imposibilidad de la prestación del padre biológico o adoptivo del niño, niña o adolescente, sin que se mencione una suplantación o reemplazo del padre o madre biológicos o adoptivos.

Asimismo, el Código en mención (aunque no expresamente) establece supuestos en los cuales el padre o madre afín puede cumplir un rol sustitutivo, como por ejemplo en la adopción “por parte del nuevo cónyuge o concubino del padre o madre del hijo habido dentro del matrimonio o habido fuera del matrimonio reconocido del otro cónyuge o concubino” (Código de la Niñez y

Adolescencia de Uruguay, 2004, art. 135). De otro lado, en los casos de tenencia a favor de terceros normada en el artículo 36.

Como señalábamos al analizar el tema de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, de la misma forma la norma uruguaya permite que el hijo o hija afín pueda convertirse en un “hijo o hija propiamente dicho” mediante filiación adoptiva, con lo que la obligación alimentaria ya no sería subsidiaria, sino que se convertiría en recíproca (Artículo 137, numeral 4 literal a) “como primeros obligados” (Artículo 137, numeral 4 literal b).

A su vez, “Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste” (Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay , 2004, art. 36). Esta norma no indica textualmente que el padre o madre afín pueda solicitar la tenencia, sin embargo, el permitir que cualquier interesado pueda hacerlo brinda al padre o madre afín la posibilidad de que le sea otorgada y, aunque ello no signifique la titularidad de la responsabilidad parental, de todas formas, va a conllevar a que quien ejerza la tenencia sea el principal partícipe en el cuidado cotidiano del niño, niña o adolescente, dando lugar a un rol claramente sustitutivo.

2.2.3.3.3 El rol del padre afín en el Código de Derecho Foral de Aragón.

Corresponde en este punto analizar el rol del padre afín en el Código de Derecho Foral de Aragón, para lo cual empezaremos señalando que la nomenclatura que utiliza es la de “madrastra” o “padrastro”, así en la sección 4º del Capítulo II del Título II se rige la autoridad familiar de personas distintas a los padres, señalando dentro de este grupo al “cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos” (Artículo 85 numeral 1).

Partiendo del enunciado de esta norma, observamos que un primer requisito para ejercer la autoridad familiar como “padrastro” o “madrastra” es estar casado con el único titular de la misma, excluyendo de dicho ejercicio a las parejas convivientes; consideramos que ello se debe a que de acuerdo al Derecho Foral Aragonés la unión convivencial no genera parentesco (Artículo 314). El segundo requisito que podemos extraer de la norma es la convivencia, pues se señala expresamente que la autoridad familiar ejercida por el padrastro o la madrastra es la convivencia.

Por otra parte, en cuanto al rol del padre o madre afín, podemos encontrar normas en el Código de Derecho Foral de Aragón que encuadran en el rol complementario y otras que encajan dentro del rol sustitutivo. Así, el artículo 64 establece que “La autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo” (Código de Derecho Foral de Aragón, 2011, art. 64). Lo que a nuestro entender incluye en el rubro “otras personas” a los padres y madres afines como colaboradores en la crianza, formación y los cuidados de los hijos o hijas; queda claro en este aspecto que no se está planteando la relegación de los progenitores, sino que se determina que van a contribuir con su formación, lo que nos lleva a determinar que se trata de un rol complementario.

De otro lado, el Código de Derecho Foral Aragonés también contempla el ejercicio de un rol sustitutivo del padre o madre afín, como ocurre con el artículo 85 numeral 1, que indica que el “padrastro” o la “madrastra” comparte el ejercicio de la autoridad familiar con su cónyuge (Artículo 85 numeral 1) y este compartir va a tener lugar cuando el progenitor que vive con el hijo o hija sea el único que ejerce la autoridad familiar, ya sea que el otro progenitor haya sido privado de

esta o haya fallecido, ya que, debemos tener en cuenta que el requisito que señala la norma para ser considerado “padrastro” o “madrastra” es estar casado con el único titular de la autoridad familiar. En este caso no nos encontramos dentro del supuesto de una colaboración con el cuidado diario, sino que se está produciendo una suplantación del otro progenitor que ya no goza de la autoridad familiar.

Finalmente, en caso de fallecimiento de su cónyuge (que era el “único titular de la autoridad familiar”), el padre o madre afín puede mantener en su compañía a sus hijos, lo que definitivamente constituye un rol sustitutivo pues, supone la convivencia y el ejercicio de su cuidado cotidiano sin que exista otro titular de la autoridad familiar.

2.2.3.3.4 El rol del padre afín en el Código de Leyes Civiles de Cataluña.

El Código de Leyes Civiles de Cataluña no establece algún término específico para referirse al padre o la madre afín, sin embargo, lo describe como “Cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo” (Artículo 236-14 numeral 1).

Al igual que en Argentina y Uruguay, el Código de Leyes Civiles de Cataluña dispone que el padre afín puede adoptar a “Los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en pareja estable” (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, 2010, art. 235-32 numeral 1, literal a). Para que ello debe ocurrir cualquiera de los siguientes supuestos (Artículo 235-32, numeral 1 literal a):

- Que no esté establecida la filiación respecto del otro progenitor,
- Que el otro progenitor hubiese fallecido
- Que el otro progenitor se encuentre privado de la potestad

- Que el otro progenitor incurra en alguna causa para la privación de la potestad
- Que el otro progenitor haya asentido

Sólo en esos supuestos, de acuerdo al Código de Leyes Civiles de Cataluña el padre afín podría adoptar a los hijos de su cónyuge o “conviviente en pareja estable”, sin embargo, el adoptado mantendrá el apellido de su “progenitor de origen”. Al igual que en los casos argentino y uruguayo, estaríamos ya no frente a una relación de parentesco por afinidad sino por adopción.

De otro lado, el rol sustitutivo se evidencia en la autorización que brinda la norma al padre afín a tomar decisiones en favor del hijo cuando corra un riesgo inminente (Artículo 236-14 numeral 2) y, aunque pueda hacerlo de maneral temporal, el hecho de estar el hijo o hija en peligro inminente no cabida a consultar al otro progenitor o incluso a su pareja y, por tanto, está reemplazando en este momento a cualquiera de los progenitores.

Finalmente, el rol sustitutivo del padre afín se aprecia cuando se dispone que “La autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo lo requiere” (Libro Segundo del Código de Cataluña, 2010, art. 236-15 numeral 2).

Siendo la guarda lo que conocemos también por “tenencia”, vale decir, una función y un atributo que tiene la persona que convive con el niño, niña o adolescente y se encarga de su cuidado cotidiano; estamos frente a una persona

que está sustituyendo al progenitor que no cohabita con su hijo o hija y va a cumplir con todas las obligaciones que esa convivencia implica.

2.2.3.4 Nuestra posición respecto al rol que debe cumplir el padre afín.

Si bien hemos mencionado algunas normas que, al menos en forma aislada proporcionan algún reconocimiento a los cuidadores de los niños, niñas y adolescentes que no sean sus progenitores; lo cierto es que ni nuestro Código Civil ni el Código de los Niños y Adolescentes han amparado esta figura y no han prestado atención integral a su rol dentro de la familia, menos aún se ha regulado la posibilidad de delegarle ejercicio la responsabilidad parental.

Ahora bien, para determinar cuándo el padre afín debe cumplir un rol sustitutivo o un rol complementario es necesario tener en cuenta que, así como cada individuo es diferente y tiene necesidades diferentes, lo mismo ocurre con las familias y; en el caso particular de las familias que se conforman tras el quiebre de una relación precedente y existen hijos de esa relación, debemos distinguir las situaciones en que el padre o la madre biológico ha fallecido, esté ausente o haya desatendido la parentalidad, de aquellos en que ambos progenitores cumplen sus funciones parentales.

En el primer caso podríamos plantear un rol sustitutivo (solamente si ello va a ser beneficioso para Interés superior del niño) en tanto no hay otro progenitor ejerciendo la parentalidad y es totalmente posible realizar una suplantación, sin embargo, en el segundo planteamiento requerimos de un mayor análisis, para lo cual es necesario revisar lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que el niño tiene derecho a “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (Convención sobre los Derechos del Niño , 1989, art. 7). Asimismo, se establece

“el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (Convención sobre los Derechos del Niño , 1989, art. 8).

Ello significa que este tratado internacional otorga a los progenitores la preferencia para ejercer las funciones parentales, por lo que podemos señalar que el padre o madre afín ejercerá en estos escenarios un rol complementario.

2.2.4 El padre afín y la responsabilidad parental.

Una vez analizado el rol del padre afín dentro de la familia, en esta parte del trabajo procederemos a analizar si es posible delegarle el ejercicio de la responsabilidad parental.

Como primer punto, debemos tener presente que el término “responsabilidad parental” ha venido reemplazando al de “patria potestad”, institución que data desde Roma donde el “pater familias” era el centro de la estructura de la familia, Amunátegui (2006) explica que el título de pater familias correspondía a todo aquel hombre que no dependía de la potestad de otra persona, con independencia de que tenga o no hijos; generalmente era el integrante de mayor edad en la familia y su estatus estaba sustentado en la “patria potestas”. En el Título IX del Libro I de las Instituciones de Justiniano encontramos que la patria potestad (patria potestas) era detentada sobre los hijos y sus esposas, así como de los nietos nacidos de los hijos varones.

Amunátegui (2006) indica además que la patria potestad era un poder vitalicio que terminaba con la muerte del pater, este dominio incluía el “vitae necisque potestas” que era el poder respecto de la vida y muerte, el “iusvendidio” que les permitía vender a sus hijos, entre otros; se trataba

entonces de un dominio absoluto y perpetuo sobre los hijos, sus esposas y los descendientes de sus hijos varones, estando todos ellos a su merced. Siglos más tarde, con la Revolución Francesa se eliminó el poder de los padres sobre los hijos mayores de edad, es decir que hayan cumplido 21 años de edad (Jiménez, 2004).

A medida que los derechos de los niños niñas y adolescentes cobraron mayor injerencia a nivel mundial y al ser concebidos como sujetos de derecho, empezó a buscarse superar la denominación “patria potestad” y suplirlo por el de responsabilidad parental, considerando que no debe entenderse la relación o vínculo entre padres e hijos como de “autoritarismo”, sino que se asume una posición democrática de la familia, empero sin dispensar a los padres de su función de guiar y apoyar a sus hijos e hijas durante el desarrollo de sus competencias conforme a su edad y su nivel de madurez (Araúz, 2018).

En efecto, “patria potestad” alude al hombre que es el propietario de la casa y es el proveedor de la mujer y los hijos como “jefe del hogar”, sin embargo, si preguntamos a una persona si realmente considera que tiene una potestad sobre sus hijos o hijas, lo que diría es que tiene una gran responsabilidad; así la responsabilidad parental incluye a los deberes y derechos que surgen del vínculo que existe entre los padres y los hijos (Herrera, 2013).

Ciertamente, el término “patria potestad” no corresponde a la teoría de la protección integral que surge con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que considera al niño como sujeto de derecho, sino más bien corresponde a su antecesora, la doctrina de la situación irregular que concebía a los niños como “objetos de protección” o, como acertadamente señala Barletta (2018) objetos de “compasión o represión” (p.12). Creemos que no se trata simplemente

de un tema de locución o terminología, sino que refuerza en los padres la idea de un poder respecto de sus hijos e hijas.

Así como hemos analizado la manera en que está regulado el rol del padre afín de acuerdo al Código Civil y Comercial de Argentina, el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, el Código de Derecho Foral de Aragón y el Código de Leyes Civiles de Cataluña, corresponde en esta parte del trabajo dilucidar si permiten que el ejercicio de la responsabilidad parental sea delegado en el padre afín, lo que puede ser graficado de la siguiente forma:

Tabla 5

El padre afín y la responsabilidad parental en Argentina, Uruguay Aragón y Cataluña

Código Civil y Comercial de Argentina	Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay
- El progenitor que esté a cargo de su hijo o hija, "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". (Artículo 674) - "Ejercicio conjunto con el cónyuge o conviviente en caso de ausencia o de muerte del otro progenitor". (Artículo 675) - Se extingue con el divorcio o la separación, así como cuando el otro progenitor recupera la capacidad plena. (Artículo 675)	- Usa el término "patria potestad". - No establece expresamente la "delegación del ejercicio de la responsabilidad parental". - En caso de adopción plena, asume la "patria potestad". (Artículo 139)
Código de Derecho Foral de Aragón	Código de Leyes Civiles de Cataluña
- Se utiliza el término "Autoridad Familiar". - Comparte con su cónyuge la "autoridad familiar" del hijo o hija que viva con ambos. (Artículo 85 numeral 1)	- Otorgamiento de "la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo lo requiere" (Artículo 236-15), el requisito

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - En caso de fallecimiento del “único titular de la autoridad familiar”, su cónyuge puede asumirla (Artículo 85 numeral 2). - Asume automáticamente la autoridad familiar en caso de muerte del progenitor único titular de la misma (Artículo 88 numeral 1). - En caso del punto anterior “no se extiende a la gestión de los bienes del menor” (Artículo 88 numeral 2) | <p>es que “haya convivido con el menor” (literal a) y que se escuche al otro progenitor y al menor” (literal b)</p> |
|--|---|

Fuente: elaboración propia

Como se observa, cada uno de los códigos mencionados utiliza una denominación distinta para referirse a la amalgama de derechos y obligaciones que tienen los padres en favor de los hijos e hijas, así el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina la denomina propiamente responsabilidad parental, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay la llama “patria potestad”, el Código de Derecho Foral de Aragón utiliza la expresión “autoridad familiar”, mientras que el Código de Leyes Civiles de Cataluña alude a “responsabilidades parentales”.

Un buen ejemplo de legislación latinoamericana en donde se utiliza el término “responsabilidad parental” lo encontramos en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, que la define como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, art. 638). Además, en el artículo 639, establece que la misma se rige por tres principios que son el interés superior del niño, la autonomía progresiva y, por último, el derecho que tiene el niño a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta de acuerdo a la edad y su nivel de madurez.

En el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina la responsabilidad parental es entendida como un compromiso supremo que tienen

los padres para conseguir que sus hijos se desarrollen plenamente y, de esta forma, estén adecuadamente capacitados para llevar una vida digna (Puigbó, 2015).

De la redacción de la norma se puede establecer que la responsabilidad parental tiene como titulares a los progenitores y está planteada en provecho de los hijos e hijas. Si bien este código indica que la titularidad de la responsabilidad parental corresponde a los progenitores, permite que su ejercicio sea delegado a otros parientes, el artículo 643 señala que es posible que los progenitores deleguen en otros parientes el ejercicio de la responsabilidad parental y, en el artículo 674 se establece específicamente que, en caso de imposibilidad, el progenitor que está encargado del hijo puede delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a su cónyuge o conviviente.

En ese sentido, a decir de Alesi (2015), la normativa argentina que esta intrasmisibilidad de la responsabilidad parental corresponde únicamente a su titularidad más no al ejercicio de los diversos derechos y deberes, siempre que ello sea beneficioso para el interés del hijo. Para que esta delegación sea posible, el artículo 674 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina establece que el otro progenitor debe estar en imposibilidad de ejercer la responsabilidad parental o que no sea conveniente que la desempeñe.

Por otro lado, hemos encontrado que el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay utiliza el antiguo término de “patria potestad” y su definición la hallamos en el Código Civil de dicho país, donde señala que “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad” (Código Civil N°. 16603, 1994, art. 252). De acuerdo con la legislación uruguaya, la patria potestad tiene

como titulares a los padres y no prevé que su ejercicio sea delegado al padre afín y la única forma en que podrá asumirlo sería a través de la adopción, con lo que dejaría de ser padre afín para convertirse en padre adoptivo y titular de la responsabilidad parental, en ese sentido, de la norma se entiende que debe existir coincidencia entre su titularidad y su ejercicio.

Por su parte, el Código de Derecho Foral de Aragón no alude a la responsabilidad parental sino a la “autoridad familiar”, señalando en su preámbulo que ésta no equivale a la “patria potestad”, más bien es una función que cumplen los padres para que puedan cumplir con sus obligaciones concernientes a la educación, formación y la crianza de sus hijos resaltando así su carácter instrumental en beneficio de estos últimos; en palabras de Duplá (2010), esta figura si bien tiene un doble contenido tanto personal como patrimonial al igual que la patria potestad, únicamente el componente personal se encuentra ligado a la autoridad familiar lo cual permite que sea ejercida por personas diferentes, de tal modo que se trata de “una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo” (artículo 64).

Aunque la legislación aragonesa deslinda a la autoridad familiar de la patria potestad, no podemos desconocer que es equiparable a la noción de responsabilidad parental, en tanto el Código de Derecho Foral Aragonés en su preámbulo indica que la “autoridad familiar” incluye también la gestión de bienes de los hijos, pero no como una manifestación del “poder paterno” sino más bien “como función aneja a la autoridad familiar (artículo 9) que no esencial a la misma”, señalando además en su artículo 64 que su ejercicio se realiza en pro

de los hijos, lo que corresponde a un enfoque del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho apuntando a su protección.

Más aún, la autoridad familiar del Código de Derecho Foral de Aragón encierra el deber de educación y crianza de los hijos que, de acuerdo con el artículo 65 significa tenerlos en su compañía, proporcionarles sustento, educarlos y encaminarlos a una “formación integral”, lo que hace notorio que su finalidad es procurar su bienestar.

En cuanto a la delegación de la autoridad familiar, el Código de Derecho Foral de Aragón señala que “El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad” (Código de Derecho Foral de Aragón , 2011, art. 85 numeral 1). En opinión de Duplá (2010) esto no significa que se le atribuya su titularidad. Entendemos nosotros que, compartir el ejercicio de la “autoridad familiar”, comporta apoyar y acompañar su desempeño de la mano con el titular sin que exista propiamente una delegación.

Sin embargo, el panorama es distinto cuando fallece el titular de la autoridad familiar, pues el Código de Derecho Foral de Aragón establece que será el “padraastro” o la “madrastra” quien tenga la prioridad para asumirla (artículo 85 numeral 2) y, en tal sentido, podrá mantener a los hijos en su compañía y ser quien se encargue de su crianza y su educación. En este caso en particular no estamos ante la simple delegación del ejercicio la autoridad familiar, sino más bien ante la asunción de su titularidad con los deberes y derechos que trae consigo, por ello, Duplá (2010) no duda en expresar que el “padraastro” o la “madrastra” tendría una posición privilegiada con respecto otros

parientes tales como los hermanos mayores o los abuelos, sin que ello se extienda a los aspectos patrimoniales.

De otro lado, el Código de Leyes Civiles de Cataluña no utiliza el término “responsabilidad parental” sino que alude a la “potestad parental”, definiéndola como “una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo” (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, 2010, art. 236-2). Asimismo, se establece que sus titulares son los progenitores (artículo 236-1), pudiendo extenderse a los hijos mayores de edad con discapacidad. Duplá (2011) nos aclara que la “potestad parental” es un término neutro que ha sustituido al de “potestad de la madre” o “potestad del padre”, para no aludir a un género específico, considerando a los supuestos de parejas del mismo sexo.

Al igual que la “autoridad familiar” a que se refiere la legislación aragonesa, la “potestad parental” del Código de Leyes Civiles de Cataluña es una función que se va a desempeñar en favor de los hijos, lo cual va de la mano de la idea del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho, en lo referente a la delegación del “ejercicio de la potestad parental” en el padre o la madre afín, la norma no señala que se pueda producir la delegación del mismo, pues el artículo 235-14 numeral 1, establece que va a intervenir en las decisiones de la vida cotidiana del hijo o hija mientras el progenitor o progenitora viva pues, en caso de su fallecimiento se prevé que en forma excepcional el padre o madre afín pueda asumir la guarda del hijo o hija así como las demás responsabilidades parentales.

En este último caso, no estamos frente a la delegación de la “potestad parental” de un progenitor a otro sino que, como expresa Duplá (2011) se establece que la autoridad judicial otorga al cónyuge o conviviente que no es progenitor facultades mortis causa, debiendo para ello cumplirse una serie de requisitos que, conforme al artículo 236-14 numeral 1 del Código de Leyes Civiles de Cataluña son la convivencia previa entre el hijo o hija con “el cónyuge o conviviente en pareja estable” del progenitor fallecido y que tanto el hijo o hija y el progenitor no conviviente sean escuchados.

Debemos empezar señalando que ninguno de los códigos civiles que han estado vigentes en Perú ni el Código de los Niños y Adolescentes alude al término “responsabilidad parental”, sino que nuestra legislación siempre ha hecho mención a la patria potestad, cuya definición ha tenido ciertas variaciones en el tiempo.

El Código Civil Peruano de 1852 definía a la patria potestad en su artículo 284 como “la autoridad que las leyes reconocen en los padres sobre persona y bienes de sus hijos”, indicando en su artículo 285 que los hijos legítimos, legitimados así como los “hijos naturales”, reconocidos y adoptivos se encontraban bajo la autoridad del padre y, en todo caso de la madre; haciendo un listado de derechos que se les atribuía, tales como el castigo moderado a los hijos, servirse de ellos y mantenerlos en su poder, entre otros. Se puede notar que la patria potestad estaba regulada como una jefatura de los padres sobre los hijos estableciendo una marcada jerarquía. Asimismo, el Código Civil de 1852 extendía la patria potestad hasta que los hijos cumplieran 21 años de edad, pudiendo mantenerla en supuestos de fatuidad o locura de los hijos.

El Código Civil de 1936 precisaba que “Los padres, por la patria potestad, tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (Código Civil, 1936, art. 390). A diferencia de su predecesor, este cuerpo legal no definía a la patria potestad como una autoridad sobre los hijos, sino que establecía un deber y derecho de cuidado; no obstante se prescribía su ejercicio por parte del padre y la madre, se mantenía la estructura patriarcal de la familia al determinar la prevalencia de la opinión paterna en caso de disenso (Artículo 391) así como el deber y el derecho de aprovechar del servicio de los hijos y hacer suyos los frutos de sus bienes, usufructo que se mantenía una vez que se cumplía la mayoría de edad cuando el hijo contrajera matrimonio sin que sus padres lo autoricen.

Por otro lado, nuestro actual Código Civil de 1984 que “por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (Código Civil, 1984, art. 418). A diferencia del Código Civil de 1936, establece su ejercicio conjunto por ambos padres sin determinar que la opinión de alguno de ellos debiera prevalecer.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes señala en el artículo 74 una lista de deberes y derechos que ostentan los padres en virtud a la patria potestad, tales como “tenerlos en su compañía”, “darles buenos ejemplos”, “proveer a su sostenimiento”, “dirigir su proceso educativo”, “tenerlos en su compañía” entre otros; del mismo modo, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la patria potestad corresponde exclusivamente a los padres quienes la ejercen conjuntamente y sólo pueden ser privados de ella por razones establecidas en la ley,

Nuestro Código Civil y nuestro Código de los Niños y Adolescentes mantienen el término patria potestad, empero, si revisamos el artículo 74 de este último, podremos comprobar que los deberes y derechos que establece respecto de los padres coinciden con la esencia del concepto de responsabilidad parental pues están orientados a los cuidados, la crianza, educación y desarrollo de los hijos.

Sin embargo, consideramos que se debería modificar ambas normas y sustituir la denominación “patria potestad” por el de “responsabilidad parental” y así entrar en consonancia con la nueva visión de la infancia y la adolescencia que surgió con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, pues el término utilizado actualmente en el derecho peruano refleja aún la idea de que los niños, niñas y adolescentes se encuentran bajo el arbitrio de sus padres cuando de lo que se trata es que estén protegidos por ellos, todo esto sin contar además la utilización del término “menor” (por demás peyorativo) empleado no únicamente por los padres, sino además por autoridades administrativas y judiciales en las diversas resoluciones que emiten.

Es indiscutible que son los padres los titulares de la responsabilidad parental y los primeros llamados a ejercerla, sin embargo, el derecho no puede permanecer ajeno a aquellas situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes que viven dentro de una familia en la que uno de los progenitores no está presente, ya sea porque vive en otro lugar, ha fallecido o se ha desentendido de sus obligaciones y es otra persona que, sin compartir un vínculo biológico es quien ha asumido su cuidado cotidiano y las obligaciones correspondientes a su crianza.

Lamentablemente, pese al evidente incremento de divorcios y la cantidad de familias que se forman a raíz de ello, el derecho peruano no ha acogido expresamente en su normativa los derechos y deberes del padre afín y menos aún se ha establecido la posibilidad que le sea delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, pues creemos que no se ha diferenciado la titularidad de su ejercicio. Con relación a ello Notrica y Rodríguez (2014) señalan lo siguiente:

“debemos distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. Mientras que la titularidad refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquéllos”. (p. 138)

Habiendo aclarado ello, podremos analizar si al padre o a la madre afín se le puede delegar el ejercicio de la responsabilidad parental; para ello resulta interesante citar a Beltrán (2018) quien a pesar de utilizar el término patria potestad, indica que, aunque las nuevas parejas no se encuentren en ejercicio de la patria potestad, sí desempeñan funciones de cuidado, orientación y protección respecto de los hijos de su pareja conformando toda una familia recompuesta, pudiéndose evidenciar una dependencia material y también emocional respecto a la persona que no es el padre o madre biológico.

Dentro de nuestro razonamiento se ubica lo expuesto por García y Guerrero (2014) quienes sostienen que, si se considera a la patria potestad (entendiéndola nosotros como responsabilidad parental) como un poder indelegable mientras que el cuidado de los niños, niñas y adolescentes es una función que se puede delegar, quedarían en el limbo las relaciones entre los niños, niñas y adolescentes y sus cuidadores aunque sus progenitores

estuvieran ausentes, quedando así postergada la toma de decisiones que podrían afectar su formación.

En ese orden de ideas, Calderón (2014) afirma que la carencia de un vínculo biológico entre padre e hijo afín, no implica que exista una apatía respecto a las necesidades de este último, indicando que la legislación debe fortalecer a la familia ensamblada y reconocer papeles parentales al padre afín para favorecer la unidad familiar y salvaguardar el desarrollo integral del niño o el adolescente.

Como contraparte, la expresión “responsabilidad parental” hace referencia a las obligaciones de los padres y madres en torno a los diversos cuidados, formación y crianza de sus hijos e hijas para que alcancen su desarrollo integral. En cuanto a delegar el ejercicio de la responsabilidad parental al progenitor afín, como adelantamos páginas atrás, ésta constituye un rol sustitutivo pues, como señala Alesi (2015), cuando se produce esta delegación en el padre afín, ya no va a desempeñar únicamente funciones de apoyo con su pareja en la crianza del hijo, sino que en forma directa va a ejercer la responsabilidad parental que corresponde a uno de los progenitores.

Debemos ser enfáticos y señalar que, de ejercer el padre afín la responsabilidad parental de uno de los progenitores, va a poder asumir en beneficio de los hijos uno o varios de los derechos y deberes que aquélla supone, por tal razón consideramos que, la falta de regulación expresa puede impactar en su desarrollo, por ejemplo, el Código de los Niños y Adolescentes dispone que, los padres que están en ejercicio de la patria potestad deben velar por su desarrollo integral (Código de los Niños y Adolescentes, 2000), derecho-deber que implica vigilar el proceso evolutivo tanto físico como mental de los niños,

niñas y adolescentes, prestando atención a la adquisición de destrezas y habilidades de acuerdo a su edad, así como identificar cualquier dificultad que pueda presentarse en dicho proceso.

Pongamos el supuesto de una familia constituida por un padre afín, un niño y la madre de éste, la madre viaja con regularidad por motivos de trabajo y el padre biológico del niño se encuentra viviendo en extranjero desatendiéndose por completo a su hijo; el padre afín ha observado que el niño cojea al caminar y que su cadera emite chasquidos cuando levanta la pierna, el traumatólogo le practica una evaluación y se determina que presenta displasia de cadera y requiere ser operado cuanto antes, de lo contrario con el tiempo sentirá dolor intenso al caminar y ello va a devenir en un cuadro de artrosis (desgaste de los cartílagos).

En este ejemplo, el padre afín por sí mismo, no podría autorizar a que se le practique el procedimiento quirúrgico que necesita el niño pues, la Ley General de Salud precisa que “Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo” (Ley N°. 26842, 1993, art. 4). Ello significa que, dada la redacción de la norma, el padre afín no podría velar por su desarrollo motor.

En supuestos como este, resultaría necesario que nuestro ordenamiento jurídico permita que se delegue a los padres y madres afines el ejercicio de derechos y deberes que les permitan efectivamente garantizar su desarrollo. Otro ejemplo es el derecho - deber de “ proveer su sostenimiento y educación”, pues parte del mismo está constituido por los alimentos, los cuales suponen brindar a los hijos o hijas todo lo que necesiten para poder subsistir y se relaciona

también con lo señalado en el inciso b) del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes referente a “proveer su sostenimiento y educación”, así como con lo dispuesto respecto del orden de prelación para brindarles alimentos en ausencia de los padres está conformado por “los hermanos mayores de edad, los abuelos, los parientes colaterales hasta el tercer grado y otros responsables” (Código de los Niños y Adolescentes, 2000, art. 93).

Observamos que la norma no hace mención al padre afín dentro de este orden de prelación y, aunque se señala en último lugar a “otros responsables”, no encontramos jurisprudencia alguna que nos dé algunas luces respecto a que el padre afín esté obligado brindar alimentos, más aún, el Tribunal Constitucional señaló nuestro país no tiene regulación respecto a las obligaciones en las familias denominadas como reconstituidas y que, aunque no existen impedimentos para que los padres afines acudan a sus hijos afines, ello sería únicamente manifestación del valor constitucional de solidaridad (expediente 4493-2008-PA/TC).

Así vemos, que en nuestro país no se ha establecido una obligación expresa del padre afín para acudir con alimentos al hijo de su pareja, siendo necesario que sea incorporado dentro los obligados en forma subsidiaria pues, la alusión a “otros responsables” que alude el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes resulta insuficiente.

Nos explicamos, el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes peruano, cuando se refiere a “otros responsables” para brindar alimento, es susceptible a diversas interpretaciones por parte de la judicatura respecto a quiénes son estos “otros responsables” y respecto a si el padre afín debiera estar considerado en este rubro; en primer lugar, porque la figura del padre afín como

tal no está normada en nuestro Código Civil ni en el Código de los Niños y Adolescentes, lo cual ya constituye un problema para que la judicatura determine si debe entrar o no dentro de los obligados subsidiarios y, en segundo lugar, porque esta falta de regulación expresa puede conllevar a que el Poder Judicial realice múltiples interpretaciones para situaciones similares, requiriendo un largo desarrollo jurisprudencial para que sea reconocido por los y las jueces.

2.2.5 La relación entre padre e hijo afines después de la ruptura.

De la misma forma en que la relación de padre e hijo afín surge a raíz de una relación previa, ya sea por un divorcio, una separación o un fallecimiento, la nueva relación de pareja que da origen a la nueva familia no está exenta de disolverse, lo cual puede repercutir en el vínculo afectivo que haya podido desarrollarse entre sus integrantes. En la legislación comparada, el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, el Código de Derecho Foral de Aragón y el Código de Leyes Civiles de Cataluña, encontramos lo siguiente:

Tabla 6

Efectos del fallecimiento del progenitor biológico o de la ruptura de la relación

Código Civil y Comercial de Argentina	Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay
- Cesa la obligación alimentaria subsidiaria (Artículo 675). - Puede ser fijada en forma transitoria una cuota asistencial (Artículo 675). - El juez define la duración de la cuota asistencial transitoria en función al tiempo de convivencia y las necesidades del beneficiario (Artículo 675)". - Derecho de comunicación "en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo" (Artículo 556).	- No establece expresamente los efectos de la ruptura. - Se incluye dentro de las visitas "a otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos afectivos estables" (Artículo 38).

Código de Derecho Foral de Aragón	Código de Leyes Civiles de Cataluña
- Se contempla textualmente el supuesto de fallecimiento del progenitor “único titular de la responsabilidad parental”. - Se señala el derecho de los “menores” a poder relacionarse “con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja (Artículo 60 numeral 1) - Orden preferente de asumir la autoridad familiar en caso de fallecimiento del único titular de la misma (Artículo 85 numeral 2). - En caso de muerte del progenitor único titular de la autoridad familiar asume los derechos y las obligaciones de los padres, salvo gestión de bienes (Artículo 88 numeral 2).”	- Se hace referencia expresa al caso de “muerte del progenitor a cargo” del hijo o hija. - Derecho de los hijos a relacionarse con personas próximas (Artículo 235-4 numeral 2) - Si así lo requiere el interés superior del hijo o hija se puede “atribuir excepcionalmente la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto” (Artículo 235-15 numeral 2). - Los requisitos para otorgar la guarda y responsabilidades parentales son que haya existido convivencia con el hijo o hija y que se escuche a estos últimos y al otro progenitor (Artículo 236-15 numeral 2).

Fuente: elaboración propia

La tabla arriba mostrada nos revela que el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, como primer punto establece el cese de la obligación alimentaria subsidiaria del padre afín, pero permite que brinde una cuota asistencial de carácter transitorio en circunstancias en que el niño, niña o adolescente se encuentren en un riesgo grave ocasionado por el cambio de situación. Según Grosman (2013) si el padre afín ha sido la única persona que ha brindado el sustento del hogar donde habita el niño, niña o adolescente, un cambio súbito puede perjudicar al hijo y, por esa razón, sobre la base del principio de la solidaridad familiar se hace la excepción y se establece una pensión alimentaria.

En cuanto a la preservación de la relación afectiva entre padre e hijo afín, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina no establece expresamente el derecho de comunicación entre padres e hijos afines, sin

embargo, el artículo 556 reconoce este derecho en terceros que acrediten interés afectivo.

En esa misma línea, el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, no hace mención expresa a un derecho de relación o de visitas entre padres e hijos afines después de la ruptura de la relación de pareja, sino que, en forma similar al código argentino, establece que “otras personas” pueden acceder a las visitas cuanto mantienen vínculos afectivos establecidos con el niño, niña o adolescente; en ese sentido podría también colocarse en ese rubro a los padres afines.

El Código de Derecho Foral de Aragón regula este aspecto señalando que, en caso falleciera el “único titular de la autoridad familiar” de un “menor de edad”, será su cónyuge quien la asuma junto con los deberes y derechos de los padres a excepción de la gestión de sus bienes; esta norma coloca al padre afín en el primer orden de preferencia para asumir las responsabilidades del hijo o hija de su pareja fallecida, otorgando así un reconocimiento pleno a su rol en la familia.

No obstante, este código no contempla en forma textual qué derechos de relación podrían tener padres e hijos afines en caso de que la ruptura de la relación se haya producido por un divorcio o una separación, sin embargo, dispone que el “menor de edad” puede vincularse con sus demás parientes y otros “allegados” si esto ello es favorable para su interés superior.

Finalmente, el Código de Leyes Civiles de Cataluña nos ofrece una regulación semejante a la aragonesa al contemplar el fallecimiento del progenitor que estaba a cargo de su hijo o hija, sin embargo, no lo coloca en el mismo orden de prelación para asumir su cuidado, sino que prescribe que de manera

excepcional se le puede atribuir la guarda siempre que su interés superior así lo requiera.

De otro lado, si bien no se establece la preservación de los lazos emocionales entre padres e hijos afines luego de la ruptura por separación o divorcio ni en los supuestos en que no sea aplicable la excepcionalidad en la atribución de la guarda, el código catalán señala que los niños tienen derecho a relacionarse con “personas próximas”, dentro de las cuales se podría incorporar al padre afín pues, al haber mantenido una convivencia son personas cercanas.

Lo hasta aquí señalado puede ser graficado de la siguiente forma:



Figura 6. “Derecho de relación” entre padre e hijo afines en el derecho comparado analizado

Fuente: elaboración propia

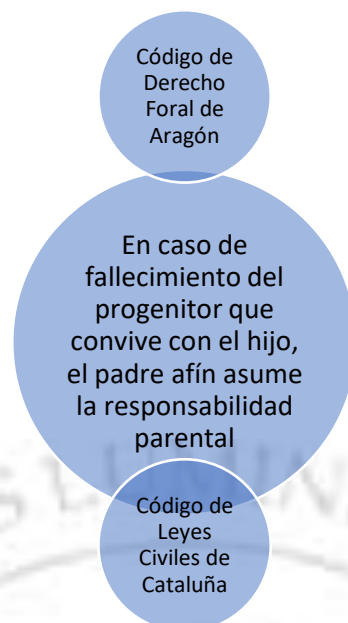


Figura 7. Responsabilidad parental del padre afín en caso de fallecimiento del progenitor en el derecho comparado analizado

Fuente: elaboración propia

Podemos observar que, a diferencia del código aragonés, que coloca un orden de prelación para otorgar la autoridad familiar al padre afín, el Código de Leyes Civiles de Cataluña establece los requisitos que se debe cumplir para que la guarda le sea otorgada al padre afín, vale decir que hayan convivido y que se escuche al hijo o hija y al otro progenitor. Por su parte el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina y el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay no indican que el padre afín pueda pedir la tenencia (o guarda) o un régimen de visitas, situándose esta posibilidad en el derecho de comunicación o de visitas de terceros.

Lo que conocemos como “régimen de visitas” o, como se denomina en Argentina “régimen de relación y comunicación”, es una figura legal que permite que padres e hijos que no viven juntos puedan relacionarse; en palabras de Bravo (2018), “es el derecho que asiste a padres e hijos para mantener una vinculación recíproca, un trato o contacto periódico y estable, en el más amplio

sentido” (p. 224). Este derecho se ejerce, en la mayoría de casos, cuando ocurre la ruptura de la relación de pareja, resultando indiscutible su exigencia cuando se trata de hijos y progenitores, claro que con las excepciones que atañen a algún tipo de riesgo para el Interés superior del niño y, entre los códigos analizados, únicamente el aragonés y el catalán establecen expresamente que el padre aún puede encargarse de su cuidado.

En cuanto a la denominación, parte de la doctrina señala que el término “régimen de visitas” debiera ser sustituido por el de “régimen de comunicación” o “régimen de relación”, por cuanto el primero hace alusión a que el padre únicamente acuda al domicilio del hijo o hija para poder frecuentarlo, mientras que los otros dos términos resultan más amplios, pues aluden no sólo al hecho de “visitar” sino de interrelacionarse y frecuentarse ya sea en el lugar donde reside el hijo o hija como fuera de este, incluyendo las diferentes formas de comunicación que puedan tener a su alcance. Concordamos con esta postura pues la amplitud de los términos “comunicación” y “relación” no abarcan únicamente el contacto físico, sino también un trato continuo a través de diferentes canales como lo son las herramientas tecnológicas con que contamos en el mundo actual.

En el caso peruano, de la misma forma que no existe regulación expresa sobre los derechos y deberes del padre aún, tampoco encontramos precepto alguno que señale manifiestamente los efectos de la separación de la familia reconstituida y su repercusión en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, lo que a nuestro modo de ver requiere ser legislado para garantizarles un adecuado desarrollo físico y mental.

Lo señalado en el párrafo anterior, encuentra sustento en la Observación General N.º 7 sobre Realización de los derechos del niño en la primera infancia (Comité de los Derechos del Niño, 2006) que, si bien no hace mención expresa al padre afín, en su párrafo 19 establece que los modelos de familias son variables y que globalmente existe la tendencia a una enorme variedad en el tamaño de las familias, de las funciones parentales así como de los sistemas de crianza, recalcando que el desarrollo del niño tendrá una mejor atención con pocas relaciones afectivas y estables, las cuales podemos inferir que pueden corresponder con las entabladas con los padres afines, en tanto han convivido y ha existido una participación en su proceso evolutivo, generando así vínculos afectivos que merecen ser resguardados.

El párrafo 18 de la Observación General N.º 7 del Comité de los Derechos del Niño, aunque enfatiza en la obligación de los Estados partes de no separar a los niños de sus padres, señala también que “Los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores” (Comité de los Derechos del Niño, 2005, párr. 36), y que tienen menor capacidad para entender las circunstancias en que se haya producido cualquier separación. Así como se produce la separación de los progenitores y se tiene claro que debe garantizarse la preservación de sus relaciones, en caso del rompimiento de la relación de pareja que originó a la familia reconstituida, el niño se verá obligado a someterse a una nueva ruptura cuyas repercusiones negativas deben ser en la medida de lo posible contrarrestadas.

En dicha Observación General se reconoce que cada una de las relaciones que se estable “puede hacer una aportación específica a la realización

de los derechos del niño consagrados por la Convención y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar del niño” (Comité de los Derechos del Niño, 2005, párr. 19). En ese sentido el Comité manifiesta que las actitudes cambiantes en la sociedad ante la familia, la paternidad y el matrimonio influyen en las experiencias de los niños en su primera infancia como ocurre luego de las separaciones y las reconstrucciones familiares.

Además, la Observación General N.º 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (Comité de los Derechos del Niño, 2016), subraya en su párrafo 17 que, entre los factores que promueven el desarrollo saludable y la resiliencia en los adolescentes están las relaciones sólidas con los adultos más importantes en sus vidas y apoyo por parte de ellos, destacando que el aprovechamiento de dichas relaciones les brindará un mayor número de oportunidades para la realización de sus derechos, ya que, les permitirá conservar una adecuada salud mental y física, evitando comportamientos que sean riesgosos, sobreponerse a las adversidades, mantener un buen rendimiento académico, entre otras ventajas.

Al mismo tiempo, la Observación General N.º 20 señala que “las relaciones sólidas con adultos clave y el apoyo de estos” (Comité de los Derechos del Niño, 2016, Párr. 58) constituyen uno de los factores que propician la resiliencia y previenen una inadecuada salud mental, por lo tanto, dada la relevancia y el nivel de participación de los padres afines en la crianza, consideramos que pueden estar incluidos dentro de este grupo de ‘adultos clave’

Las observaciones generales citadas nos demuestran que existe un reconocimiento a nivel supranacional de la importancia de las relaciones de los

niños, niñas y adolescentes con las figuras adultas significativas en su vida y, al ser los padres afines personas con las que han construido un vínculo socioafectivo, estamos en condiciones de afirmar que la protección de este vínculo es importante para su desarrollo integral. Como hemos señalado en este trabajo, el padre afín va a ejercer una “parentalidad socioafectiva” que, de acuerdo con Varsi y Chaves (2010), tiene sustento en sentimientos de amor más allá de cualquier imposición de la ley.

Como hemos indicado, nuestro ordenamiento jurídico no precisa los efectos del quiebre de la relación de pareja con que surgió la familia reconstituida ni reconoce explícitamente el derecho de padres e hijos afines de relacionarse; únicamente encontraríamos una salida en el Código de los Niños y Adolescentes cuando establece la posibilidad de extender el régimen de visitas que ha sido resuelto por el Juez a “terceros no parientes, siempre que el Interés superior del niño lo justifique” (Código de los Niños y Adolescentes, 2000, art. 90). Pese a ello, consideramos que ello no es suficiente para que se efectivice este derecho pues, al igual que en el caso del derecho alimentario, la judicatura puede interpretar en forma diversa situaciones análogas y podrían pasar años antes de que se pueda uniformizar la jurisprudencia para otorgar regímenes de visita (o relación) en beneficio de quienes lo requieran.

Por consiguiente, opinamos que el Código de los Niños y Adolescentes debe contemplar una norma expresa que el padre afín pueda solicitar que se establezca un régimen de relación y comunicación, con la finalidad de proteger el lazo afectivo que lo une con sus hijos afines, lo cual va a repercutir en beneficio de la salud mental de estos últimos, lo que encuentra justificación plena en el

Interés superior del niño y está sustentado en las Observaciones Generales N.º 7 y N.º 20, respectivamente, del Comité de los Derechos del Niño.

Por su parte, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes tampoco contemplan de manera expresa que el padre afín, luego del fallecimiento del progenitor conviviente, pueda encargarse del cuidado de su hijo o hija afín y, si bien está regulada la institución de la tutela que, desde el punto de vista de Varsi (2012) su finalidad es que se nombre a una persona que se encargue de cuidar de la persona y los bienes del niño, niña o adolescente que no tiene padres; es decir, no se establece algún orden de prioridad en cuanto a las personas que pueden asumirla.

La tutela viene a ser una institución supletoria para proteger a aquellos niños, niñas y adolescentes que no se encuentran en el ámbito de la responsabilidad parental ya sea por fallecimiento de los progenitores o por que hayan sido privados de ella, en esos casos, nuestro Código Civil dispone que el nombramiento de los tutores se realiza por testamento o por escritura pública y que, a falta de dichos documentos, opera la figura del “tutor legal” (artículo 505) que estaría a cargo de los “abuelos y demás ascendientes” y que se preferirá “el más próximo al más remoto” y, entre los de igual grado, prevalecerá el “más idóneo”.

Comprobamos entonces que, en nuestro sistema jurídico, las únicas personas reconocidas como tutores legales para hacerse cargo del niño, niña o adolescente son los ascendientes, sin que el padre afín se encuentre mencionado dentro de los llamados a encargarse de su cuidado y; aunque, el Código Civil peruano regula la tutela dativa que procede cuando no hay parientes llamados legalmente para desempeñar el cargo de tutor o, si los hay, por

diferentes circunstancias no lo asumen (Varsi, 2012). El nombramiento del tutor dativo está a cargo del consejo de familia.

A nuestro parecer la tutela dativa no es una solución inmediata para aquellos niños, niñas y adolescentes que tienen un padre afín y que carecen de progenitores que ejerzan la responsabilidad parental pues, para que el consejo de familia pueda nombrar un tutor, primero aquél debe estar conformado a través de un trámite judicial y, recién luego de dicha conformación se podrá designar al tutor dativo, lo que constituye a nuestro criterio una valla para poder ser reconocido como la persona que se va a hacer cargo del cuidado y protección.

Por lo tanto, en las circunstancias en que el niño, niña o adolescente que no se encuentre dentro de la protección de la responsabilidad parental, debe permitirse que el padre afín pueda convertirse en su tutor para que pueda continuar siendo protegido por la persona que ha coadyuvado a su cuidado cotidiano evitando así apartarlo de su entorno, con ello se va a garantizar su derecho a vivir en una familia y a tener un hogar.

Sostenemos que la tutela legal puede ser una fórmula correcta para garantizar que el niño, niña o adolescente pueda quedar a cargo de su padre afín, en tanto esta figura de amparo familiar suple a la responsabilidad parental y, a la vez, se encuentra sujeta a controles legales establecidos en nuestro Código Civil tales como la posibilidad de impugnación de su nombramiento (artículo 516) así como los requisitos previos a su ejercicio (Artículo 520), que van a proteger los intereses del tutelado.

2.2.6 El Interés superior del niño: los principios y derechos que se debe tomar en cuenta para regular la figura del padre afín.

En esta parte final de nuestras bases teóricas vamos a narrar la evolución de los derechos de la infancia y adolescencia, pasando a reflexionar respecto a cuáles son los principios y de derechos que deben ser tenidos en consideración para que en nuestro país sea regulada la figura del padre afín para no afectar al Interés superior del niño.

2.2.6.1 Breve reseña histórica respecto la evolución de los derechos de la infancia.

Rea- Granados (2016) nos refiere que en el transcurso del siglo XX se inició la materialización de instrumentos internacionales que reconocían como sujeto de derechos a la niñez, en lugar de ser concebidos como sujetos de compasión, de tutela e incluso de represión. De acuerdo con Plácido (2016), hasta el siglo pasado se consideraba a los niños fuera de las exigencias de derechos y no existía una respuesta efectiva por parte de los ordenamientos jurídicos.

Si nos remontamos al Derecho Romano, el pater familias era el titular de los derechos de los niños y, al mismo tiempo, el único con capacidad de goce y de ejercicio en la familia, de tal modo que “el infante era considerado un ser vulnerable y sin uso de razón durante los primeros años” (Rea- Granados, 2016, p.151). En otras palabras, los niños eran concebidos como propiedad de terceros y no como titulares de derechos.

De otro lado, durante la Edad Media, la dignidad humana no era parte de las preocupaciones del derecho, pues éstas estaban orientadas al

fortalecimiento del Estado y de su soberanía, por ende los derechos humanos se encontraban relegados, especialmente se dejaba de lado los derechos de la infancia, pues se consideraba que los niños cumplían un rol en la economía de la familia (Rea- Granados, 2016); lo que significaba que la infancia y el reconocimiento de sus derechos carecía de relevancia para la sociedad.

En ese orden de ideas, de acuerdo con Rea – Granados (2016), en el siglo XVIII, surgió en Inglaterra el concepto de “welfare principle” o “bienestar del niño” como consideración importante junto con otros aspectos tales como la voluntad de los progenitores; sin embargo, este principio se circunscribía al derecho privado y aún se consideraba que la relación entre padres e hijos correspondía al derecho de propiedad, apartando los deseos y opiniones de éstos.

El Interés superior del niño no ha surgido el siglo pasado, sino que fue deslizado en la sentencia Blissets en el año 1774 en donde se afirmó que, si las partes están en desacuerdo, la Corte hará lo que considere preferible para el niño (Torrecuadra, 2016); en dicha sentencia, el juez Lord Mansfield, dispuso que un niño de seis años de edad quede al cuidado de su madre, pues el padre había abandonado a su familia de tal manera que no puede afirmarse que se trate de un principio reciente (Torrecuadra, 2016).

Más adelante, en el siglo XIX, el sistema de producción de las fábricas textiles y el de obtención de carbón experimentaron transformaciones, ello generó condiciones laborales que ocasionaron daño a los “menores de edad” que laboraban en dichas actividades, motivo por el cual se aprobaron diversas leyes que regulaban el trabajo precario que se realizaba en esas industrias, sin

embargo, ello no afectó las relaciones entre progenitores e hijos (Rea – Granados, 2016).

Igualmente, el Código de Napoleón contenía algunos preceptos para la infancia, sin embargo, según Rea-Granados (2016) “la relación de los infantes continuó siendo competencia del derecho privado, pero, además, debido a que este cuerpo jurídico es de inspiración del derecho romano la relación del progenitor con los hijos continuaba teniendo una connotación patriarcal” (p. 156).

Recién en el siglo XX con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, se señala por primera vez que “la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma” (Declaración de Ginebra, 1924) y que, “por encima de toda consideración de raza, nacionalidad” tiene el deber de brindar al niño las condiciones necesarias para que pueda desarrollarse, aceptando entre sus obligaciones la de brindar alimentos al “niño hambriento”, salud al niño que se encuentre enfermo, entre otras; por tanto, consideramos que este documento reconoce la importancia de brindar al niño el entorno necesario para su desenvolvimiento físico y espiritual. Sin embargo, esta declaración ha sido materia de crítica pues se le considera como un bosquejo respecto a los derechos de los niños al no recoger derechos tales como a tener padres o su concepción como sujetos de derecho. (Dávila y Naya, 2006).

Como bien señala Plácido (2016), la Declaración de Ginebra o “Carta de los Derechos del Niño”, nació con la pretensión de librar a los niños de los sufrimientos ocasionados por la Primera Guerra Mundial, a lo cual se sumaban movimientos sociales que perseguían el reconocimiento de la sociedad para que sean protegidos; luego de más de tres décadas, surgió en 1959 la Declaración

de los Derechos del Niño, la cual era igual de sencilla que su predecesora pues no contemplaba vías efectivas para exigir a los Estados firmantes que respeten los principios que se había reconocido.

Luego de que se aprobara la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se inician las actividades de las Naciones Unidas, se empieza a proteger a los niños en forma indirecta con diversos documentos tales como los que buscaban reprimir la prostitución y la esclavitud, al igual que la protección de la maternidad por su importancia en la vida del niño (Plácido, 2016).

Después, el 20 de noviembre de 1989 se suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocida como el instrumento internacional que mayor cantidad de ratificaciones ha tenido y que “tradujo en derechos y garantías encaminados a realizar específicamente los derechos de los menores, en el sentido más amplio del término” (Picontó, 2016, p. 140), instituyendo la doctrina de la protección integral que entiende a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no como objetos de protección como su antecesora la doctrina de la situación irregular, pudiendo ser calificada como “un intento de definir los derechos sustantivos de los niños, reconociéndolos como ciudadanos del mundo” (Plácido, 2016, p.26) y titulares de derechos.

Plácido (2016) señala que la Convención de los Derechos del Niño comparte las características especiales de los tratados de derechos humanos que son: la “auto aplicabilidad”, que no es otra cosa que la posibilidad de que sus disposiciones sean aplicadas de manera directa en el derecho interno sin que exista un desarrollo legal anterior, debiendo ser adoptadas por los jueces en la toma de decisiones; la “progresividad” que significa que los Estados se

encuentran en la obligación de tomar las medidas necesarias para el ejercicio pleno de los derechos que el tratado contiene y, la “subsidiariedad” toda vez que el sistema internacional es subsidiario, en tanto previamente a su funcionamiento se presume que en cada país existe un “sistema de protección interna” que reconozca derechos y cuente con un mecanismo eficiente y rápido para que sean reparadas las violaciones a los derechos humanos.

Ciertamente, la Convención sobre los Derechos del Niño adopta como principio fundamental el Interés superior del niño lo que, de acuerdo con Picontó (2016) lo que significó la búsqueda del aseguramiento del bienestar de la infancia y adolescencia, así como un reconocimiento internacional de sus derechos tanto en el plano estatal como en el regional, siendo suscrita por nuestro país el 26 de enero de 1990, y luego aprobada a través de la Resolución Legislativa N.º 25278, publicada el 4 de agosto de 1990, para entrar en vigencia el 4 de octubre del mismo año.

Al haber suscrito el Estado Peruano la Convención sobre los Derechos del Niño, forma parte del derecho interno en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política que establece lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Constitución Política del Perú, 1993).

Siendo la Convención sobre los Derechos del Niño un tratado relativo a derechos humanos, en concreto de seres humanos menores de 18 años, se encuentra dentro de los tratados internacionales que deben ser interpretados de conformidad de la Declaración de los Derechos Humanos y, de acuerdo con lo

que Plácido (2016) nos recuerda, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional donde señala que los tratados internacionales que han sido suscritos por el Estado Peruano se encuentran dentro de la categoría de normas constitucionales o de rango constitucional (expediente N.º 047-2004-AI/TC), con lo que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene rango constitucional.

2.2.6.2 El Interés superior del niño dentro de la Convención sobre los

Derechos del Niño.

La Convención Sobre los Derechos del Niño señala lo siguiente:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Artículo 3).

Como se aprecia, este importante instrumento internacional no contiene una definición exacta de lo que es el Interés superior del niño, por tal motivo es considerado por algunos juristas como un “concepto jurídico indeterminado”, puesto que la Convención sobre los Derechos del Niño “se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea apreciado luego en el momento de su aplicación” (Plácido, 2016, p.92).

Núñez (como se citó en Belloso, 2017), define a los conceptos jurídicos indeterminados de la siguiente forma:

Es un término jurídico que, debido a la ductibilidad del derecho, está presente en toda estructura y rama de lo jurídico puede adoptar forma de valor o de principio jurídico, de derecho subjetivo, de deber u obligación jurídica, o simplemente estar incluido como una palabra más –sin definir de una manera concreta– en la norma, sea ésta de carácter nacional o internacional y, cuya presencia en el Derecho, tiene por causa o las características propias de la vaguedad y ambigüedad que presenta

el lenguaje común, a las que no es ajeno el lenguaje jurídico, o la intención premeditada del legislador de redactar de esta manera imprecisa la norma a modo de técnica de normación (p.6).

Si aplicamos la teoría lo señalado por la Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), el Interés superior del niño es un triple concepto a saber, se trata en primer lugar de un “derecho sustantivo”, un “principio interpretativo fundamental” y una “norma de procedimiento”; lo que nos lleva efectivamente a encuadrarlo dentro de la citada definición de los conceptos jurídicos indeterminados.

Efectivamente, la Observación 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) se señala que el Interés superior del niño es un triple concepto, es decir, se trata en primer lugar de un “derecho sustantivo” pues será “una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”, siendo aplicable de manera inmediata; en segundo lugar, es “un principio jurídico interpretativo fundamental”, por cuanto, en caso que una norma sea pasible a más de una interpretación, prevalecerá aquella “que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño” y; en tercer lugar, es una “norma de procedimiento”, porque, cada vez que se deba tomar decisiones que atañen a los niños y niñas, es indispensable que se evalúe todas las repercusiones que dichas decisiones vayan a tener en ellos.

Según expresa Plácido (2016), uno de las consecuencias de la indeterminación del concepto de Interés superior del niño es la exigencia de una doble labor al momento de ser aplicado es decir que, por un lado, es necesario precisar cuál es su significado y su contenido para, después, verificar en qué

escenario y situaciones específicas se establece qué es lo más conveniente para un niño en concreto. Señala el autor que la prerrogativa de ser un “concepto jurídico indeterminado” consiste en que se trata de un enunciado general y multicomprendivo “que permite, ante la dificultad general y objetiva de determinación del valor que pretende captar la norma, una inicialmente sencilla definición del concepto, que responde a valores de justicia y razonabilidad referidas a situaciones empíricas” (p.93).

Sin embargo, el autor precisa que esta indeterminación también trae dificultades pues la generalidad que acompaña a este concepto va a remitirse a los criterios valorativos y la experiencia personal de quien lo vaya a aplicar lo cual que trae consigo un componente subjetivo que no brinda mucha seguridad para el justiciable (Plácido, 2016). De otro lado Torrecuadra (2016) señala que “la naturaleza de concepto jurídico indeterminado produce un margen de apreciación que puede avocarnos a un riesgo real de subjetividad por parte del órgano decisor, recordemos que el margen de apreciación no es discrecionalidad”.

A su vez, este principio está relacionado con distintos principios tales como el de “supervivencia y desarrollo”, que preceptúa no puede prescindirse de ninguna de las necesidades del niño y que todas deben ser atendidas, ya que estamos frente a una persona en formación que requiere la debida atención para llegar a su pleno desarrollo como ser autónomo. Las necesidades pueden ser físicas (techo, alimentación, etc.), educativas que pueden ser formales (instituciones educativas) o no formales que están relacionadas con la personalidad del padre con quien viva (aspectos culturales, religiosos, etc.).

Asimismo, se relaciona con el principio de “no discriminación”, lo que quiere decir que los niños deben tener las mismas oportunidades para poder mantener una vida digna. En ese sentido, independientemente de su filiación, el niño tiene derecho a medidas para su protección que deben ser brindadas por su familia, el Estado, así como la sociedad. En tal sentido, todo niño tiene el derecho de crecer con sus padres, descontando situaciones extraordinarias, en las que por decisión judicial deba ser separado de ellos (Vallejos, 2015).

El Interés superior del niño implica respetar plenamente los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, es considerado como derecho, principio general y regla de procedimiento, en tal sentido si su interés está en conflicto con el de un adulto, el juez o los responsables de adoptar decisiones tomarán como consideración primordial el derecho del niño, niña o adolescente (Torre, 2018).

2.2.6.3 Los derechos afectados por la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín en el Perú.

Para finalizar nuestras bases teóricas consideramos trascendental explicar cuáles son los derechos relacionados con el Interés superior del niño que resultan afectados por la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín.

Como hemos señalado en el presente trabajo el Interés superior del niño es el cimiento del derecho de la infancia y la adolescencia y, como tal, está relacionado con diversos principios y derechos para la protección especial que requieren los sujetos a los que ampara.

2.2.6.3.1 La afectación a la igualdad y el derecho a la no discriminación.

Según Eguiguren (1997) la igualdad tiene una “doble dimensión” vale decir, por una parte, es un principio rector y una característica fundamental en un estado democrático de derecho y, de otro lado, tiene una dimensión o plano subjetivo que implica que toda persona debe de ser tratada con “igualdad ante la ley” y a no ser discriminada.

Como sabemos, la discriminación es toda diferenciación de trato que se realiza sobre la base de motivos injustificados y, aplicando ello al derecho de la infancia y adolescencia concordamos con lo siguiente:

El Principio de No Discriminación es aquel, por el cual ningún niño por alguna condición que lo diferencie por su identidad, pueda ser discriminado. Como se sabe las personas somos diferentes, pero esa diferencia que pueda existir en razón del sexo, nacimiento, lengua, raza, entre otras; no puede generar una discriminación hacia nuestros derechos fundamentales (Barletta, 2018, p. 57).

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos consagrados en dicho instrumento serán aplicados a todos los niños sin que exista alguna diferenciación, en tal sentido, la Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) señala que se encuentra relacionado con el Interés superior del niño y que “que también exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención” (p.11).

A esto se suma que la Constitución Política del Perú establece en su artículo 6 que “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes” y en este punto cabría preguntarse si este precepto constitucional podríamos incluir a los hijos e

hijas afines. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que, cuando el hijo afín se ha asimilado a la nueva organización familiar, resultaría arbitrario que se haga alguna distinción en el trato (expediente 09332-2006-PA/TC).

Sin embargo, debido a que no existe una regulación expresa respecto a los derechos y los deberes del padre afín, el Estado está vulnerando el derecho a la igualdad y a la no discriminación en tanto los hijos afines no cuentan con un marco legal eficiente que les permita su ejercicio en forma plena pues, por ejemplo, al no establecerse la posibilidad de delegarle el ejercicio de la responsabilidad parental no se benefician de la protección propia que ésta implica, de la que sí gozan los hijos biológicos y adoptivos.

2.2.6.3.2 La afectación al derecho a ser escuchado.

La Convención sobre los Derechos del Niño recoge el derecho del niño de “expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten” (artículo 12), siendo un deber de los Estados brindarle la posibilidad de ser escuchado en “todo procedimiento judicial o administrativo” que le atañea, por su parte la Observación General N.º 12 del Comité de los Derechos del Niño (2012) señala que “El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención” (Párr. 2).

Desde esa perspectiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) en el caso “Atala Rizzo e hijas Vs. Chile”, señala que no es suficiente que se escuche al niño, sino sus opiniones requieren ser tomadas seriamente en consideración desde que es capaz de formar un juicio propio (fundamento 200), debiendo ser evaluadas sus opiniones caso por caso.

En ese orden de ideas el Comité de los Derechos del Niño (2013) en su Observación General N.º 14 señala que el Interés superior del niño se encuentra relacionado con el derecho que tiene el niño para ser escuchado, indicando que “a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.” (Párr. 44).

Como hemos señalado en esta investigación, en nuestro país no existe una regulación explícita de los derechos y deberes del padre afín como ocurre en legislaciones como la argentina, catalana, aragonesa e incluso la uruguaya; lo cual perjudica el derecho a ser escuchados de los hijos afines, en tanto no brinda la oportunidad de opinar respecto a los asuntos que los afecten en cuanto a sus relaciones con su grupo familiar reconstituido, más aún, al no existir la posibilidad de delegación de la responsabilidad parental con homologación judicial o por no estar establecida la tutela legal del padre afín en los casos previstos para niños, niñas o adolescentes que no están dentro del ámbito de la responsabilidad parental, ni si quiera tienen el acceso directo al órgano jurisdiccional para que brinden su parecer sobre estos aspectos.

2.2.6.3.3 El derecho a crecer y vivir en familia

Ser parte de una familia es un referente de seguridad afectiva para los niños, donde se sienten queridos, resguardados y apoyados (Pradilla, 2011), este derecho se consagra en la Convención sobre los Derechos del Niño en cuyo preámbulo se reconoce que “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer bajo en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” y que tiene derecho a “preservar su

identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” (artículo 9).

Pero, ¿qué es este derecho a vivir y crecer en una familia?, tradicionalmente se habría señalado que consiste en desarrollarse en una familia nuclear la que, bajo un punto de vista conservador, sería “perfecta”, “funcional”, o “adecuada”; sin embargo, ya hemos detallado en esta tesis que los tiempos han cambiado y con ello la noción de familia, o, mejor dicho, de familias. Si bien es cierto la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce con toda razón el derecho de los niños “a no ser separado de sus padres” (artículo 9), es cierto que también surgen situaciones en las cuales el niño no conoce o no vive con uno o ambos padres (sea por algún fallecimiento, discapacidad o simple desinterés) o que cuenta con personas distintas a sus que velan por su bienestar en la cotidianidad.

En las familias en que se conforma la relación padre – hijo afín se producen diversos tipos de situaciones, de las cuales señalaremos dos de las más resaltantes:

- Una madre o padre a cargo de su hijo o hija que convive con su nueva pareja y el otro progenitor (que no convive) participa activamente en la crianza del niño o niña y está presente en su vida.
- Una madre o padre a cargo de su hijo o hija que convive con su nueva pareja y el otro progenitor ha fallecido, tiene discapacidad absoluta, o simplemente está ausente.

En la primera situación planteada no habría mucha discusión respecto a la permanencia con cualquiera de sus padres y, de ocurrir el fallecimiento de

cualquiera de ellos, se podrá recurrir directamente a señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto al derecho “a ser criado por sus padres”, invocando además los derechos inherentes a la responsabilidad parental (“patria potestad” en nuestro ordenamiento jurídico).

Sin embargo, el problema surge en el segundo caso que hemos propuesto pues, de producirse el fallecimiento del padre o la madre que asume los cuidados del hijo o hija, no existe normativa expresa que autorice al padre o madre afín a solicitar la tenencia (o guarda) y para convertirse en tutor tendría que realizarse previamente la formación del Consejo de Familia junto con el trámite que ello implica; más aún, de existir un progenitor supérstite que ha estado siempre ausente, las normas en cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental podrían determinar que pase a vivir con el hijo o hija.

Es precisamente en el segundo caso que la ausencia de regulación de derechos y deberes del padre afín afecta el derecho a vivir en una familia, entendida ésta no como una relación consanguínea, sino como aquella organización humana en donde desarrolla sus relaciones primigenias, en donde se refugia, comparte un proyecto de vida, ese lugar seguro de amor y protección; en donde se encuentra su centro de vida.

En cuanto al centro de vida, de acuerdo con Feldstein, (2000) citada por Cataldi y Notrica (2019), es un punto de enlace “diferente al domicilio y a la simple residencia o habitación, que implica la presencia, el asentamiento e integración del menor en un determinado medio. Quizás la definición más acertada sea el lugar donde se encuentra el centro de los afectos del niño” (p. 3).

El padre o madre afín reside en el centro de los afectos del hijo o hija, por lo tanto la falta de previsión normativa respecto a los supuestos en que se trate de la figura adulta más significativa para el niño, niña o adolescente que no se encuentra en el ámbito de la responsabilidad parental o, en todo caso, su progenitor esté ausente por diversos motivos, afecta a su derecho a vivir y crecer dentro de una familia y afecta su centro de vida, pues no existe garantías legales de que pueda mantenerse dentro de la organización familiar en la que se ha criado y se encuentra asentado.

2.3. Definición de términos

- a) **Familia:** Organización humana primigenia en donde se despliegan las relaciones sociales y afectivas de las personas y donde comparten un plan de vida.
- b) **Familia ensamblada:** También recibe la denominación de familia recompuesta o familia reconstituida. Es una forma de familia en que una o ambas personas que viven en pareja tiene hijos que hayan sido concebidos o nacidos de una relación anterior, y cohabitan el mismo hogar.
- c) **Padre afín:** Es el cónyuge o el conviviente en unión de hecho del progenitor que se encuentra a cargo de sus hijos formando una familia reconstituida y, para ser considerado como tal debe cumplir con requisitos tales como la convivencia y la participación en su crianza.
- d) **Hijo afín / hija afín:** Es el hijo o la hija del cónyuge o conviviente proveniente de una relación precedente, habitando el mismo hogar con el padre afín, quien participa en su crianza y cuidado cotidiano.
- e) **Responsabilidad parental:** Es una institución del Derecho de Familia dirigida a la protección de los niños, niñas y adolescentes, que consiste en el

conglomerado de obligaciones y derechos que tienen los padres respecto de sus hijos, para que logren su desarrollo integral y alcancen sus potencialidades.

- f) **Titularidad de la responsabilidad parental:** Es el status jurídico de los padres referente al conjunto de deberes y derechos respecto de sus hijos mientras sean niños, niñas o adolescentes.
- g) **Ejercicio de la responsabilidad parental:** Es la aptitud para ejercer los derechos y deberes correspondientes a la responsabilidad parental, pudiendo ser materia de delegación a terceros.
- h) **Interés superior del niño:** Es el principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño para garantizar que los niños, niñas y adolescentes gocen plenamente sus derechos y se desarrollen en forma integral; constituye un triple concepto a saber pues, es un derecho sustantivo en tanto es una consideración primordial cuando exista conflicto entre los derechos del niño con los derechos de un adulto, un principio interpretativo fundamental por cuando, en caso de que alguna norma se preste a más de una interpretación, se optará por aquella la que sea más favorable al niño y, una norma de procedimiento en tanto contiene garantías procesales que deben ser tomadas en cuenta cada vez que se necesario adoptar alguna decisión que concierna al niño.

CAPÍTULO III: MÉTODO

3.1 Diseño de la investigación

El nivel de la presente investigación es descriptivo, por cuanto se ha buscado identificar las características del fenómeno que se está estudiando (Sánchez, H. Reyes, C. y Mejía, K., 2018). En este caso, las características que debe tener la relación entre padre e hijo afín y se diagnosticará cuál es el estado actual de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico.

El tipo de investigación es cualitativo, pues los datos que se va a procesar son cualitativos y no se va a recurrir a la estadística ni a técnicas de carácter cuantitativo al procesar la información; en nuestro caso los procedimientos de análisis e interpretación de la información serán hermenéuticos (Sánchez, H. Reyes, C. y Mejía, K., 2018).

El diseño de la investigación es no experimental, por cuanto no se va a manipular variables en forma deliberada ni se tendrá control sobre las mismas (Hernández, Fernández y Baptista, 2010); en esta tesis se analizará 4 sentencias expedidas por el TC en un período de 10 años (2007 a 2017) respecto a la evolución del concepto de familias ensambladas, padres e hijos afines, así como la posición de dicho órgano colegiado respecto a su naturaleza, derechos y deberes; asimismo, se entrevistará a especialistas con conocimientos en Derecho de Familia.

3.2 Muestra

Se ha realizado un muestreo no probabilístico en tanto los participantes han sido seleccionados por criterio de conveniencia, conformados por siete especialistas en Derecho de Familia que han sido entrevistados y por cuatro sentencias en Procesos de Amparo emitidas por el Tribunal Constitucional

peruano que contienen las variables de familia ensamblada, padre afín y/o hijo afín.

3.3 Categorías de análisis

Las categorías de análisis de la presente investigación y las respectivas subcategorías son las siguientes:

Tabla 7

Categorías y sub categorías

CATEGORÍAS	SUB CATEGORÍAS
Familias ensambladas / reconstituidas Son las familias en que, al menos uno de los que conforman la pareja tiene uno o más hijos o hijas concebidos o nacidos, haciendo todos ellos vida en común.	- Reconocimiento de las familias ensambladas a nivel supranacional Las sentencias analizadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Atala Riffo e hijas Vs. Chile” y “Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, así como en la Opinión Consultiva OC-21/14; dicho órgano reconoce la existencia de distintas formas de organización familiar que no se limitan a la estructura clásica de una pareja con los hijos de ambos. - Regulación aislada de las familias ensambladas en el ordenamiento jurídico peruano Aunque no se ha desarrollado en forma específica los derechos y deberes que surgen de estas formas de familia, en el “Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021”, Decreto Legislativo 1408, “Ley para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las familias” y el Decreto Legislativo N.º 1297, “Decreto Legislativo para la protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales o en Riesgo de Perderlos”, existe un reconocimiento a todas las formas de familia y su trascendencia para el desarrollo adecuado de los individuos que las componen. - Reconocimiento del Tribunal Constitucional Peruano a las familias denominadas ensambladas El Tribunal Constitucional hace pleno reconocimiento a las familias ensambladas como organizaciones con identidad familiar propia en las sentencias expedidas en los expedientes 09332-2006-PA/TC, 02478-2008-PA/TC, 04493-2008-PA/TC Y 01204-2013-PA/TC
Padre afín Persona que conforma una relación matrimonial o una unión de hecho, donde su pareja tiene a su cuidado hijos o hijas concebidos y/o nacidos de una relación previa.	- Reconocimiento por parte del Comité de los Derechos del Niño de los padres y madres afines Pese a que no se señala expresamente los términos padre afín o madre afín; de las Observaciones Generales N.º 7, 20 y 14 del Comité de los Derechos del Niño, respectivamente, esta figura puede ser incluida como adulto clave en la vida del niño, niña o adolescente o como cuidador.

- **Reconocimiento legal aislado de la figura del padre afín en el ordenamiento jurídico peruano**

No encontramos una definición expresa o específica de padre o madre afín en el Decreto Legislativo N.º 1297, “Decreto Legislativo para la protección de niños y niñas sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”; el Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, Reglamento de la Ley 30466, “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés superior del niño” y la Ley 31041, “Ley de urgencia médica para la detección oportuna y atención integral del cáncer del niño y del adolescente.”; sin embargo, de dichas normas se infiere que reconocen que el cuidado del niño, niña o adolescente puede estar a cargo de personas distintas a sus progenitores.

De otro lado la Ley 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.”, hace referencia a los términos “padrastras” y “madrastras”.

- **El vínculo legal entre padre e hijo afín**

El vínculo legal entre padre e hijo afín puede surgir del matrimonio, en virtud al parentesco por afinidad mencionado en el artículo 237 del Código Civil o, de la unión de hecho conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional.

- **Requisitos para considerar la existencia de una relación padre afín-hijo afín**

Estos requisitos son la vida en común, la estabilidad, la notoriedad y la permanencia.

- **Continuidad de los términos padastro, madrastra, hijastro e hijastra**

Son términos que subsisten en la sociedad y, pese a que se pretende superarlos conforme a los cambios de paradigma del Derecho de Familia, su enraizamiento conlleva a que continúen siendo empleados por la ciudadanía en general, el legislador, los operadores de justicia e incluso el Tribunal Constitucional.

- **El rol del padre afín**

Existen dos tipos de rol que puede cumplir el padre afín: un “rol sustitutivo” en el que reemplaza por completo al padre legal y cumple todas sus funciones y, un “rol complementario” en que participa y coadyuva en el cuidado de los hijos o hijas de su pareja.

- **Vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín**

Consiste en la falta de regulación expresa en nuestra normativa de los derechos y deberes del padre afín.

Interés superior del niño

Eje fundamental del Derecho de la Infancia y Adolescencia que está dirigido al desarrollo integral y el bienestar del niño, niña y adolescente.

Afectación al Interés superior del niño

Se trata de la vulneración que ocasiona el vacío normativo respecto a los derechos y deberes del padre afín, a los derechos del niño que están relacionados al Interés superior del niño, como lo son su derecho a ser escuchado, al desarrollo integral y a “vivir y crecer dentro de una familia”.

3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En la investigación se ha recurrido a la técnica de la entrevista semiestructurada a siete profesionales del Derecho con la finalidad de recabar su opinión respecto al problema planteado, así se ha contado con la participación de una vocal supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República, una vocal superior de la Segunda Sala de Familia de Lima, una juez de familia de la Corte de Justicia de Lima, una fiscal superior de la Fiscalía Superior del Lima, una fiscal provincial de familia del Distrito Fiscal del Callao y un docente universitario de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Una vez identificado el entrevistado o entrevistada, se le contactó vía correo electrónico y WhatsApp para solicitar su participación, para ello se elaboró una guía de entrevista que les fue enviada junto con el consentimiento informado, señalándoles que la conversación sería grabada y que la información recababa utilizada para la presente investigación, a los cual accedieron gustosos. Las entrevistas se realizaron a través de las plataformas Microsoft Teams, Zoom y Google Meet, y las preguntas de la guía de entrevista, al tratarse de entrevistas semi estructuradas, se contó con una guía de entrevista y en el decurso de las conversaciones se plantearon preguntas y comentarios nuevos que permitieron un diálogo fluido y el manejo de mayor información.

Asimismo, se ha utilizado la técnica análisis documental, con la finalidad de analizar 4 sentencias del Tribunal Constitucional que contienen las categorías de padre afín y familia ensamblada o reconstituida; dichas sentencias fueron seleccionadas en base al tema de fondo del proceso, se extrajo las consideraciones de dicho colegiado respecto a la problemática planteada en esta investigación.

3.5 Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Para poder desarrollar las entrevistas se plantearon las preguntas de acuerdo a las categorías y sub categorías que corresponden a los objetivos de esta investigación, tal como se puede advertir en la siguiente tabla:

Tabla 8

Preguntas por sub categoría

CATEGORÍA	SUB CATEGORÍA	PREGUNTA
FAMILIAS ENSAMBLADAS /RECONSTITUIDAS	Reconocimiento de las familias ensambladas por el Tribunal Constitucional	¿Cuál es su opinión respecto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la necesidad de regular a las familias reconstituidas?
		¿Qué denominación le daría a este tipo de familias?
PADRE AFÍN	Requisitos para considerar la existencia de una relación entre padre afín e hijo afín	¿Qué características considera deberían estar presentes para considerar la existencia de una relación padre – hijo afín?
	Continuidad de los términos padrastro, madrastra, hijastro e hijastra	¿Qué opinión le merece el uso de la nomenclatura padrastro, madrastra, entenado, enteneda?
	Vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín	- Desde su punto de vista ¿cuáles son los derechos y deberes del padre afín que deberían estar expresamente reconocidos en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes? - ¿En qué supuestos considera que se podría delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en el padre afín? - ¿De qué forma considera que nuestro ordenamiento jurídico debería garantizar la subsistencia del vínculo afectivo entre padre e hijo afín, en el supuesto de la ruptura de la relación con la que se formó esta familia reconstituida?
	Rol del padre afín	¿Qué rol considera que debería cumplir el padre afín para facilitar el ejercicio de los derechos de sus hijos afines?
	Afectación al Interés superior del niño	¿De qué forma considera usted que se afecte a el Interés superior del niño por la falta de regulación de los derechos y deberes del padrea afín?
Interés superior del niño		

Fuente: elaboración propia

Una vez recabadas las opiniones de los entrevistados se procedió a triangular la información obtenida contrastando sus posturas, con lo cual se logró obtener los resultados de la investigación.

De otro lado, se empeló la técnica del análisis documental para examinar cuatro sentencias del Tribunal Constitucional expedidas en procesos de amparo, una vez identificadas las resoluciones se realizó en Word una guía de análisis en donde se colocó el número de expediente, y se identificó los fundamentos esgrimidos por nuestro máximo intérprete de la Constitución en cuanto a las categorías “familias ensambladas” (sub categoría “reconocimiento por el Tribunal Constitucional a las familias ensambladas”) y “padre afín” (sub categorías “requisitos para considerar la existencia de una relación padre afín – hijo afín”, “vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín” y “vínculo entre padre afín e hijo afín”) , y se desarrolló el siguiente esquema:

Tabla 9

Guía de análisis de sentencias del TC

Número de expediente	Fundamento
En este rubro se colocó el número de expediente correspondiente a la sentencia	Se extrajeron fragmentos de la sentencia correspondiente a las categorías y subcategorías de análisis.

Fuente: elaboración propia

Asimismo, se empeló la técnica del análisis documental para estudiar si existe un reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de las familias ensambladas y de la figura del padre afín conforme al siguiente esquema:

Tabla 10

Esquema de análisis de normativa peruana

Norma	Categoría	Reconocimiento
En este rubro se señaló la norma que, de acuerdo a nuestro criterio reconoce a las familias ensambladas	Familias ensambladas	Se indicó de qué forma se realiza el reconocimiento de las familias ensambladas
En este rubro se señaló la norma que, de acuerdo a nuestro criterio reconoce a la figura del padre afín	Padre afín	Se indicó de qué forma se realiza el reconocimiento del padre afín

Fuente: elaboración propia

Del mismo modo, se recurrió a la técnica del análisis documental para evaluar dos sentencias y una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la categoría de “familia ensamblada” y, finalmente, se utilizó esta misma técnica para examinar tres Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño en cuanto a la categoría “padre afín”:

Tabla 11

Esquema de análisis de Opiniones Consultivas y Observaciones Generales

Documento	Categoría	Reconocimiento
En este rubro se detalla el documento indicando si se trata de una sentencia, una Opinión Consultiva o una Observación General	Familias ensambladas	Se indicó de qué forma se realiza el reconocimiento de las familias ensambladas
	Padre afín	Se indicó de qué forma se realiza el reconocimiento del padre afín

Fuente: elaboración propia

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

En este capítulo pasaremos a mostrar los resultados de la presente investigación, los cuales conciernen a las categorías y subcategorías correspondientes a los objetivos planteados.

Estos resultados pudieron obtenerse gracias las entrevistas realizadas a siete profesionales del Derecho, quienes con la mejor disposición compartieron sus conocimientos y experiencia:

- Carmen Julia Cabello Matamala, presidenta de la Cuarta Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, profesora principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú;
- Patricia Janet Beltrán Pacheco, vocal superior, presidenta de la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima y docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú;
- Rita Figueroa Vásquez, fiscal superior de la Segunda Fiscalía Superior de Familia de Lima;
- Ana Ysabel Cossio Cabrera, fiscal provincial de Familia del Distrito Fiscal del Callao, docente de la Escuela de Posgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón;
- Rosa Yanina Solano Jaime, jueza titular del Décimo Primer Juzgado de Familia de Lima y;
- Olga María Castro Pérez Treviño, presidenta del Instituto de la Familia, en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

- José Julio Goicochea Elías, abogado instructor en la APCI, profesor asociado en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Asimismo, los presentes resultados fueron obtenidos al analizar cuatro sentencias expedidas en procesos de amparo donde los derechos vulnerados estaban directamente vinculados con las relaciones entre los padres y los hijos afines, sus derechos y obligaciones así las estructuras de las llamadas familias ensambladas.

De igual manera se cuenta con datos respecto al tratamiento de las familias denominadas ensambladas, así como los derechos y deberes del padre afín, a nivel supranacional y en el ordenamiento jurídico peruano.

4.1 Reconocimiento de las familias ensambladas a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hemos encontrado dos sentencias y una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde se reconocen a las familias ensambladas:

Tabla 12

Reconocimiento a las familias ensambladas a nivel supranacional

Documento	Categoría	Reconocimiento
Sentencia Atala Riffo Vs. Chile	FAMILIAS ENSAMBLADAS	Fundamento 142: la Convención Americana no impone un “modelo taxativo” de familia.
Sentencia Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala		Fundamento 163: no se restringe la idea de familia a la pareja con sus hijos
Opinión Consultiva OC-21/14		Párrafo 272: no existe un “único modelo de familia”.

Fuente: elaboración propia

A nivel regional, tenemos como ejemplo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile” del año 2012, en cuyo fundamento 142 precisó que la Convención Americana

no impone un concepto taxativo de familia y que no protege un único modelo o única forma de organización familiar, motivo por el cual puede incluirse a la familia ensamblada en ese ámbito de protección.

De igual modo, en el año 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos volvió a pronunciarse en relación al tema, en la sentencia emitida dentro del caso “Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala” precisó en su fundamento 163 que la idea de familia no debe estar restringida a la idea “tradicional” de una pareja junto con sus hijos, sino que el “derecho a la vida familiar” también puede tener como titulares a otros parientes como los abuelos, primos, tíos en la medida que existan entre ellos lazos personales.

De la misma forma dicho órgano emitió la Opinión Consultiva OC-21/14 señaló que no existe un modelo único de familia que se restrinja a la pareja con sus hijos, sino que en diversos casos son otras personas quienes están a cargo de los niños son ser sus parientes biológicos.

4.2 Regulación aislada de las familias ensambladas en el ordenamiento jurídico peruano

En la presente investigación hemos encontrado que existe un reconocimiento aislado y sutil de las familias ensambladas en nuestro ordenamiento jurídico:

Tabla 13

Reconocimiento de las familias ensambladas en el ordenamiento jurídico peruano

NORMA	CATEGORÍA	RECONOCIMIENTO
Constitución Política del Perú	FAMILIAS ENSAMBLADAS	Artículo 4 sobre protección a la familia
“Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021”		Referencia a las “familias en plural”
Decreto Legislativo 1408, “Ley para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las familias”		Artículo 2 en cuanto a la consideración de “las necesidades y los intereses todas/os sus integrantes”.
		Artículo 5 sobre la importancia de las familias (en plural) en la transmisión de afecto

Fuente: elaboración propia

Notamos que, aunque el artículo 4 de la Constitución Política del Perú consagra el principio de protección a la familia sin establecer que ésta debe ser de un tipo específico, nuestro ordenamiento jurídico no contempla una regulación desarrollada respecto a las familias denominadas ensambladas (o reconstituidas, o recompuestas), sino que tenemos esta regulación se encuentra aislada en normas específicas pero que no consagran derechos y obligaciones concretos que emerjan de dichas estructuras familiares.

Hemos encontrado que el “Plan Nacional de Fortalecimiento a la Familia 2016-2021” ha considerado importante hacer referencia a las familias en plural, ya que, para su fortalecimiento y el cumplimiento de sus funciones se debe reconocer que existen diferentes maneras de organización familiar, definiéndolas este documento como familias “reconstituidas”, indicando que están conformadas por una pareja donde uno de los integrantes o ambos uno o más hijos de relaciones precedentes.

Asimismo, la “Ley para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las familias”, hace referencia a las familias (en plural) y destaca su importancia como espacio donde se transmite afecto, seguridad y orientación, entre otros aspectos trascendentales en la vida de los individuos, señalando en su artículo 5 las familias son “el primer espacio de transmisión de afecto, seguridad, orientación, formación, educación, solidaridad y valores esenciales para el desarrollo integral de sus miembros, como seres humanos libres y felices,

capaces de ejercer plenamente sus derechos” (Decreto Legislativo N.º 1408, 2018).

De otro lado, el “Decreto Legislativo para la protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales o en Riesgo de Perderlos”, Decreto Legislativo N.º 1297 (2018), define tres tipos de familia: “familia de origen”, “familia extensa” y “comunidad como familia”; de acuerdo a lo que hemos revisado, la familia ensamblada encaja en la definición de “familia de origen” definida en el artículo 3-a como “la conformada por la madre, el padre o uno de ellos, hermanos, hermanas, tutora o tutor. Y además las personas con las que teniendo o no vínculo de parentesco, conviven o hacen vida en común.” y, aunque no se hace mención al término “familia ensamblada” o “familia reconstituida”, hace referencia a la vida en común de personas en el mismo hogar, independientemente de la existencia de vínculo de parentesco.

4.3 Reconocimiento del Tribunal Constitucional Peruano a las denominadas familias ensambladas

En la presente investigación se ha analizado cuatro sentencias del Tribunal Constitucional peruano en las que se pronuncia respecto a las familias ensambladas y la relación entre padres e hijos afines, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 14

Familias ensambladas

Número de expediente	Fundamento
09332-2006-PA/TC	- No existe acuerdo en doctrina sobre su nomen. - Se conforman “a partir de la viudez o el divorcio”. - Surgen a raíz de un nuevo compromiso en que “uno o ambos integrantes de la pareja” tiene hijos procedentes de su relación previa. - Dinámica diferente, problemas respecto a los deberes y a los derechos de las personas que las integran. Identidad familiar frágil
02478-2008-PA/TC	- Surgen “a partir de la viudez o del divorcio”. - Surgen como “consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso”. - Uno de los integrantes o ambos tienen hijos de una relación anterior
04493-2008-PA/TC	- Originada en un matrimonio o “concubinato” en que uno de las dos personas que integran la pareja tiene hijos de una anterior relación. - Reconocerse una identidad familiar autónoma. - Los jueces deben interpretar la legislación en función a la realidad. - No existe regulación expresa.
	- Se debe reconocer un amplio concepto de la familia sobre la base de los cambios sociales. - Uno de los integrantes de la pareja o ambos tienen hijos de una relación anterior. - Compuesta por parientes con vínculos cercanos que se encargan voluntariamente de los cuidados, la atención y el desarrollo del niño o niña de manera habitual. Se originan, por lo general, en la viudez, el divorcio o la separación en caso de las uniones de hecho. - Vida en común de sus integrantes con “cierta estabilidad”, reconocimiento y publicidad.
01204-2017-PA/TC	- Se debe reconocer un amplio concepto de la familia “a la luz de los cambios sociales”. - Pareja en la que sus integrantes unen sus proyectos de vida, y uno de ellos o ambos tienen hijos de una relación anterior. - También compuesta por parientes con “lazos cercanos” que se encargan voluntariamente de los cuidados, la atención y el desarrollo del niño o niña de manera habitual. - Aparecen, por lo general, de la viudez, el divorcio o la separación en caso de las uniones de hecho. - Vida en común de sus integrantes con “cierta estabilidad”, reconocimiento y publicidad.

Fuente: elaboración propia

Como se aprecia en la tabla, el Tribunal Constitucional hace un reconocimiento expreso de las familias “ensambladas” o “reconstituidas”, igualmente, resulta de gran utilidad las opiniones de los siete especialistas entrevistados respecto a su opinión respecto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las familias ensambladas, lo cual ha sido plasmado conforme a la siguiente tabla:

Tabla 15

Reconocimiento del Tribunal Constitucional de las familias ensambladas

Pregunta: ¿Cuál es su opinión respecto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la necesidad de regular a las familias reconstituidas?	
ESPECIALISTA 1	“(…) el Tribunal Constitucional ha dado un paso importante que nos ayuda a nosotros a tener también nuevas luces sobre lo que es el tema de las familias reconstituidas o reensambladas”.
ESPECIALISTA 2	“En el caso Shols (…) reconoció que la existencia de la familia nuclear (…) está totalmente desfasada”. “(…) empiezan a conceptualizarse y definirse una serie de fórmulas familiares y surge el concepto de las familias ensambladas entre otras.”
ESPECIALISTA 3	“(…) nuestro Código Civil ni nuestro Código de los Niños y Adolescentes toman en cuenta su regulación, entonces le ha tocado al Tribunal Constitucional hacerlo en reemplazo de estas normas” “(…) tiene que ser el Tribunal Constitucional el que da la salida a estas familias para que sean reconocidas.”
ESPECIALISTA 4	“(…) trajo al debate constitucional un tema prácticamente ignorado en la realidad” “(…) da las bases para el tratamiento de las familias ensambladas (…)” “(…) lanza el reto: la sociedad tiene la obligación de generar las condiciones que la favorezcan y no entorpezcan el libre desarrollo de este grupo familiar” “Extiende esta perspectiva y dice: ‘por si acaso, la familia ensamblada no sólo es matrimonial (…)’”
ESPECIALISTA 5	“(…) son muy importantes estos pronunciamientos porque responden a la realidad que venimos viviendo, las familias se separan, se divorcian cuando están casados o se separan cuando son uniones de hecho y había que pronunciarse al respecto” “(…) me parece importante que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado porque los jueces y fiscales necesitamos parámetros y pautas para poder resolver mejor los casos”
ESPECIALISTA 6	“En principio hay que reconocer que hay otro tipo de familia (…) y tomar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es vinculante (…) pero sí me parece que es correcta en cuanto a que define conceptos (…)”
ESPECIALISTA 7	“Totalmente de acuerdo (…) considero que es muy necesario regularlas (…)(…)”. “(…) nuestra regulación es súper importante, porque justamente está en juego el Interés superior del niño (…)”. “(…) la regulación debe darse porque hay un padre o una madre biológica, entonces, no debemos esperar que se genere el conflicto, tanto en roles de crianza como en obligaciones, deberes y derechos.”
CONTRASTE:	
Seis de los siete especialistas es importante que el Tribunal Constitucional reconozca a las familias ensambladas o reconstituidas.	
Tres de los siete especialistas coinciden en que, ante la ausencia de normativa, el Tribunal Constitucional se pronuncie y dé una salida.	
Los siete especialistas coinciden que es adecuado y correcto que el Tribunal Constitucional defina a estas familias	
Fuente: elaboración propia	

Por otro lado, cuando consultamos a los especialistas cuál es la nomenclatura que darían a este tipo de familias, obtuvimos los siguientes resultados:

Tabla 16

Denominación

Pregunta: ¿Qué denominación le daría a este tipo de familia?	
	"(...) le llamaría también afín (...) pues muchas veces nosotros olvidamos que todos los mensajes van a la comunidad, a la sociedad, a las personas que no saben del Derecho, entonces cuanto más sencillo sea el término, cuanto más sencillo sea el mensaje yo creo que va a tener un mejor efecto para la sociedad y para la entidad también (...)."
ESPECIALISTA 2	"(...) quien más podría dar un concepto y una definición (...) tendría que ser un psicólogo (...) pero especialista en terapia familiar (...)" "(...) creo que el afecto es lo que vincula más a las personas que los vínculos legales (...)" "(...) si tenemos una familia que se denomine reensamblada o reconstituida siempre se va a quedar con esa denominación (...) si yo hablo de algo que está reconstituido, no es algo nuevo (...) porque está vinculada por lazos de afecto, ya no puede ser más una familia reconstituida o reensamblada, es una nueva familia."
ESPECIALISTA 3	"el tema de reconstituidas no creo (...) me parece algo peyorativo (...) destruir a las familias (...) familias ensambladas (...) que se junta, que sea menos lesivo al oído (...)."
ESPECIALISTA 4	"(...) reconstituidas me parece algo que ha sido destrozado y se va (...) ensambladas me suena algo mecánico (...)" "(...) yo me permitiría llamarlas familias integradas (...) porque incluso yo no pierdo la relación con la familia de mi padre, no vivo con ella, pero yo vivo con esta familia integrada, que originalmente fue la mía con mi madre y ahora viene mi afín, me integro a él (...)"
ESPECIALISTA 5	"No lo he pensado durante mucho tiempo, pero me parece bien que se llamen familias reconstituidas o reensambladas. Me gusta más el término como familias afines que represente lo que tú estás proponiendo (...)"
ESPECIALISTA 6	"(...) darle a mi entender una denominación ya sería entrar en un concepto discriminatorio, porque todas las familias entendidas como célula básica fundamental del grupo social son reguladas por conceptos como cariño (...) entonces regularla me parece que no solamente sería subjetivo sino discriminatorio."
ESPECIALISTA 7	"(...) entre reconstituidas o ensambladas (...)" "(...) unes un grupo con otro grupo que se ensambla (...)" "y forma esta familia (...), aunque hay personas que piensan que la palabra ensamblada va más para cuestiones mecánicas (...)" "(...) como un rompecabezas que se ha ensamblar y va a pegar un núcleo familiar, o una familia o una entidad familiar diferente (...)"
CONTRASTE:	
Dos de los siete especialistas las llamarían "familias afines".	
Uno de los especialistas las llamaría "familias integradas"	
Dos especialistas coinciden en que no se les puede colocar un nombre, porque las familias se forman por lazos de afecto.	
Cuatro especialistas coinciden en que el término "reconstituida" es inadecuado.	
Dos especialistas prefieren el término "ensambladas".	

Fuente: elaboración propia

4.4 Reconocimiento por parte del Comité de los Derechos del Niño de los padres y madres afines

Si bien en las Observaciones Generales N.º 7, 20 y 14 del Comité de los Derechos del Niño no se hace mención expresa a los padres y madres afines, sí puede deducirse su reconocimiento conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Tabla 17

Observaciones Generales donde se desprende reconocimiento al padre afín

Documento	Categoría	Reconocimiento
Observación General N.º 7 sobre "La realización de los derechos del niño en la primera infancia" (2005)	PADRE AFÍN	"(...) existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños." (Párr. 19) "El Comité reconoce que cada una de estas relaciones puede hacer una aportación específica a la realización de los derechos del niño consagrados por la Convención y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar del niño." (Párr. 19) "En algunos países y regiones, las actitudes sociales cambiantes hacia la familia, el matrimonio y la paternidad están repercutiendo en las experiencias de primera infancia de los niños pequeños, por ejemplo, tras las separaciones y reconstituciones familiares" (Párr. 19)
Observación General N.º 14 "sobre el derecho del niño a que si interés superior sea una consideración primordial"		"Para la evaluación y determinación del Interés superior del niño", entre otros aspectos, es necesario tener en cuenta "(...) la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores" (Párr. 48) "Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable" (Párr. 72).
Observación General N.º 20, "sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia" (2016)		"Se sabe que determinados factores promueven la resiliencia y el desarrollo saludable de los adolescentes, como, por ejemplo: a) relaciones sólidas con los adultos más importantes en sus vidas y apoyo por parte de ellos" (Párr. 17) "Entre los factores que reconocidamente fomentan la resiliencia y el desarrollo saludable y previenen la mala salud mental conviene señalar las relaciones sólidas con adultos clave y el apoyo de estos, los modelos positivos, un nivel de vida adecuado" (Párr. 58)

Fuente: elaboración propia

Las Observaciones Generales 7, 20 y 14, respectivamente, del Comité de los Derechos del Niño no mencionan expresamente a los padres y madres afines, sin embargo, reconocen la importancia de adultos distintos a los progenitores en la formación y la vida de los niños, niñas y adolescentes; con lo que no existe ningún impedimento para considerar que los padres y madres afines están reconocidos en dichos documentos.

4.5 Reconocimiento legal aislado de la figura del padre afín en el ordenamiento jurídico peruano

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla los términos padre afín o madre afín, como tampoco establece una definición legal expresa, sin embargo, encontramos que en las siguientes nomas existe un reconocimiento tácito:

Tabla 18

Reconocimiento tácito al padre afín en Perú

Norma	Reconocimiento
Decreto Legislativo N.º 1297, "Decreto Legislativo para la protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos"	Incluye a las "personas que hacen vida en común" en la familia de origen, aunque no hace referencia a los términos "padre afín" o "madre afín".
Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, "Reglamento de la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés superior del niño".	- Artículo 9.4, respecto a que el Estado, la familia y la comunidad deben brindar garantía para el establecimiento del vínculo afectivo del Niño, Niña y Adolescente con sus cuidadores - Artículo 12.1, que hace referencia a los cuidadores como responsables de "garantizar el derecho del niño, niña y adolescente a ser informado" (literal a) para proteger su derecho de opinión. - Artículo 12.5.1, que establece que los defensores públicos "deberán informar y orientar a la niñas, niños o adolescentes, a sus familiares y/o cuidadores/As respecto al ejercicio y restablecimiento de sus derechos" - Artículo 15.1, que señala que "Las niñas, niños y adolescentes y sus familiares y cuidadores reciben por parte del personal de salud que los atiende, información respecto al procedimiento en salud que reciben, en un lenguaje claro y entendible." - Artículo 15.3, en caso de "factores de riesgo" en la salud de niña, niños y adolescentes se deberá "garantizar la

	continuidad de la atención estableciendo la contra referencia con las pautas aplicables en su lugar de origen, involucrando al padre, a la madre o sus cuidadores.” - Artículo 24 literal a), que las instituciones educativas deben tener en consideración del Interés superior del niño en “La evaluación de situaciones en las que el derecho a la educación entra en conflicto con intereses o derechos de las y los adultos que viven con ellas/ellos (padres o madres de familia, tutores o adultos cuidadores).”
Ley 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.”	En su artículo 7 señala que los “padrastrros” y “madrastras” son sujetos de protección.
Ley 31041, “Ley de urgencia médica para la detección oportuna y atención integral del cáncer del niño y del adolescente.”	En el artículo 6 establece subsidio oncológico “al trabajador por familia que tenga un niño o adolescente menor de 18 años que sea diagnosticado con cáncer.”

Fuente: elaboración propia

Al revisar estas normas, podemos comprobar que la Ley 30364 utiliza las nomenclaturas “padrastro” y “madrastra” como sujetos de protección ante la violencia de las mujeres y los integrantes del grupo familiar; lo que constituye un reconocimiento expreso a los padres y madres afines como integrantes de éste.

En las demás normas ubicadas en la tabla 18, no encontramos mención textual, sin embargo, podemos situar a los padres y madres afines en las familias de origen (Decreto Legislativo N.º 1297), como cuidadores (Decreto Supremo 002-2018-MIMP) y como familiares que están a cargo de un niño, niña o adolescente diagnosticado con cáncer (Ley 31041).

4.6 El vínculo legal entre padre e hijo afín

El artículo 237 del Código Civil establece que “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad”.

Aunque no existe mención expresa, de acuerdo con nuestro Código Civil el padre afín tiene con el hijo afín una relación de parentesco de afinidad en primer grado en línea recta, lo que se corrobora con el artículo 242 inciso 3 de dicho cuerpo legal que establece el impedimento matrimonial entre parientes afines en línea recta.

El Tribunal Constitucional, al hacer referencia a los hijos afines señala lo siguiente:

Tabla 19

El vínculo entre padre afín e hijo afín de acuerdo al Tribunal Constitucional Peruano

Número de expediente	Fundamento
09332-2006-PA/TC	- Se infiere parentesco por afinidad (Artículo 237 del Código Civil). - El “hijastro” es parte de la nueva estructura familiar.
02478-2008-PA/TC	- No son hijos biológicos.
04493-2008-PA/TC	- Inferir reglas y principios constitucionales. - Acudir a la doctrina y derecho comparado.
01204-2017-PA/TC	- El “hijastro” forma parte de la nueva estructura familiar. - OP-21/14 de la ColDH sobre derecho de otros parientes a la vida familiar, reconoce que muchas veces el cuidado de niños y niñas está a cargo de otros parientes. - El hijo afín tiene obligación de atender al padre afín en su vejez.

Fuente: elaboración propia

Se aprecia que en la sentencia del expediente 9332-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional, reconoce expresamente que se infiere el parentesco por afinidad entre padre e hijo afín a que se refiere el artículo 237 del Código Civil y; del mismo modo, en el expediente 2478-2008-PA/TC reconoció específicamente que el conviviente de la madre de dos escolares puede participar en la APAFA, dejando zanjado con ello el reconocimiento del parentesco por afinidad de los padres afines en las uniones de hecho.

4.7 Requisitos para considerar la existencia de una relación padre afín hijo afín

El Tribunal Constitucional, al pronunciarse respecto a la relación entre padres e hijos afines establece cinco características fundamentales:

- “Habitar y compartir la vida en común”;
- “Cierta estabilidad”;
- “Publicidad”;
- “Reconocimiento”;
- “Identidad familiar autónoma”

Al consultar a los especialistas al respecto, obtuvimos las siguientes respuestas:

Tabla 20

Características de la relación padre afín – hijo afín

Pregunta: ¿Qué características considera deberían estar presentes para considerar la existencia de una relación padre – hijo afín?	
ESPECIALISTA 1	“(…) la responsabilidad, que no va a ser la misma que la responsabilidad parental (…) entre un padre afín y un padre biológico, el padre biológico va a tener la palabra de mayor peso, pero sí la responsabilidad paterno materno filial dentro del grupo familiar afín.” “(…) de parte de los hijos a los padres afines el respeto.”
ESPECIALISTA 2	“(…) lo que vincula a las personas que pueden ser consideradas familia, es el afecto, el tener propósitos comunes, tener aspiraciones de uno respecto a otros (…) hacer una vida en un determinado lugar, afincarse en un determinado lugar, tener un criterio de permanencia (…)” “(…) puede a esta persona atribuirse derechos y obligaciones.”
ESPECIALISTA 3	“(…) la convivencia, la notoriedad, la notoriedad de que estén juntos y haya una, como en las uniones de hecho, una posesión de estado de familia y que compartan eso como familia, que estén juntos.” “(…) así se parte de un lazo afectivo fuerte, de una dinámica cotidiana (…)” “(…) yo no considero, por ejemplo (…) parejas de enamorados, por ejemplo, que están viviendo aparte, no son familia (…)”
ESPECIALISTA 4	“(…) la convivencia es un eje que debe atravesar la relación dinámica, el lazo afectivo, (…) la convivencia genera el lazo afectivo, pero si nosotros le ponemos como requisito que haya convivencia, podríamos desproteger relaciones que hemos comentado deben ser protegidas y es la de los que han dejado de ser padre o madre afines, (…) diríamos la convivencia, el lazo afectivo, el lazo socioafectivo que haya generado esta convivencia, (…)”
ESPECIALISTA 5	“(…) tener una convivencia, no de un año sino de dos años por lo menos, donde se afiancen las relaciones materno filiales o paterno filiales; (…) debe haber armonía en esa relación, si son relaciones donde hay violencia (…) no podemos entender de que haya una familia armoniosa (…)”

	“(…) en la evaluación psicológica debe dar como resultado que hay apego o que hay vínculo afectivo (…)” “(…) por el derecho que tiene el niño a ser escuchado (…) podría partir del interés del niño o de la niña de que se le dé esa denominación.”
ESPECIALISTA 6	“(…) al no haber un vínculo sanguíneo se va a dar un vínculo afectivo, que de repente es más importante, entonces la característica obviamente va a tener que estar determinada por un vínculo afectivo.”
ESPECIALISTA 7	“(…) se crea una nueva entidad familiar, diferente a las familias de donde procedían (…)” “(…) van a formar una entidad familiar distinta con nuevas características que las van a identificar (…), familia implica roles, implica permanencia, una estabilidad (…)”

CONTRASTE:

Cinco de los siete especialistas coinciden en que un requisito es el afecto.

Cinco de los siete especialistas indicaron la convivencia.

Uno de los especialistas señaló la responsabilidad y respeto mutuo.

Uno de los especialistas mencionó la notoriedad.

Dos especialistas señalaron permanencia o estabilidad (uno de ellos refirió al menos dos años)

Uno de los especialistas señaló el interés del niño para que esta persona sea su padre o madre afín.

Fuente: elaboración propia

4.8 Continuidad de los términos padrastro, madrastra, hijastro e hijastra

Aunque nuestro ordenamiento jurídico no hace mención expresa al padre afín y, pese al reconocimiento tácito que hemos encontrado, la Ley 30364 utiliza en su artículo 7 los términos “padrastro” y “madrastra”, incluso en dos de las sentencias analizadas del Tribunal Constitucional, vale decir, las que corresponden a los expedientes 9332-2006-PA/TC y 1204-2017-PA/TC.

Asimismo, fue útil consultar a los entrevistados sobre su opinión respecto al uso de estos términos y obtuvimos las siguientes respuestas:

Tabla 21

Uso de los términos padrastro, madrastra, hijastra e hijastro

Pregunta: ¿Qué opinión le merece el uso de la nomenclatura padrastro, madrastra, entenado, entenada?	
ESPECIALISTA 1	“(…) deben ser desechados del lenguaje coloquial familiar (…)” “(…) si tienes una imagen de una persona con una denominación o una definición peyorativa o negativa, eso no te va a ayudar a ser feliz, siempre vas a sentir temor (…) aquí lo que queremos es darle a ese niño, niña o adolescente la posibilidad de que (…) más allá de sus padres biológicos, más allá de sus parientes consanguíneos tiene un núcleo familiar que siempre va a estar sosteniéndolo (…)”
ESPECIALISTA 2	“(…) corresponden a una época del derecho que se mantienen en el tiempo por un tema cultural, inclusive han sido incorporados a las Ley 30364 (…).” “(…) son términos en realidad socialmente peyorativos (…) se asume que es una figura maquiavélica, un elemento nocivo para la familia (…).”

	“(…) me llega una denuncia por violencia contra una niña y la denunciada es la madrastra, un operador de justicia, policía, fiscal o juez podría asumir que, porque es la madrastra va a tratar mal a la niña, (…)”
ESPECIALISTA 3	“Ese es otro término peyorativo, que también creo que, no solamente viene de la gente en común en realidad (…), muchas veces los jueces utilizan esa terminología peyorativa (…), como si fuese la mala de la película o el padre nefasto de los cuentos que antes nos contaban (…)”
ESPECIALISTA 4	“Mira que son usos y costumbres (…) a los chicos en las clases de familia yo les decía ‘esta forma de organización familiar es antiquísima’, porque imagínese, si yo en mi infancia me contaban cuentitos ‘La cenicienta’ son familias efectivamente ensambladas (…).”
ESPECIALISTA 5	“Son palabras muy duras y que siempre han estado ligadas a maltrato, a desapego, (…), cuentos de ‘La Cenicienta’ donde la madrastra es mala (…).” “(…) en la vida real (…) por lo general los padrastros o los esposos de las mamás, las parejas son los que por lo general tocan o violan a las niñas, es despectiva (…).” “(…) como una madre que no se quiere, o un padre que no se quiere, o alguien como un hijastro, alguien que no representa lo que uno quiere (…).” “Qué pena que la Ley 30364 se haya considerado esas palabras (…).”
ESPECIALISTA 6	“(…) este problema no es hablar de padrastro o madrastra, sino de la concepción que se le da al término (…); el problema, así como no es la ley sino la gente que va a operar sobre la ley.” “(…) cuando hablamos de padrastro o hablamos de madrastra, estamos hablando de personas que se portan mal (…), la figura tendría que darse por concepto de afecto, por concepto de sentimiento, por concepto de cariño (…).”
ESPECIALISTA 7	“(…) es como un rezago, donde antes no se veía bien esto de que el papá se volviera a casar o la mamá (…) ha caído en el desprestigio (…), como que se da una sensación que no fuera lo ideal (…), cuando se habla también con cierto desprecio al padrastro, a la madrastra (…).”

CONTRASTE:

Cinco de los siete especialistas señalan que son términos peyorativos o negativos.

Cinco de los siete especialistas señalan que hacen referencia a una persona malvada que inspira temor o hace daño.

Tres especialistas señalan que se trata de un término cultural, que viene de tiempo atrás.

Fuente: elaboración propia

4.9 El rol del padre afín

Se consultó a los especialistas sobre el rol que debería desempeñar el padre afín para facilitar el ejercicio de los derechos de los hijos afines, obteniendo las siguientes respuestas:

Tabla 22

Rol del padre afín para favorecer el ejercicio de los derechos de los hijos afines

Pregunta: ¿Qué rol considera que debería cumplir el padre afín para facilitar el ejercicio de los derechos de sus hijos afines?	
ESPECIALISTA 1	“(…) va a depender mucho de la situación en que te encuentres, porque puede ser un padre afín con padre biológico que ya no existe, entonces tu rol sería principal, pero si el padre biológico vive, tu rol es complementario (…).”
ESPECIALISTA 2	“(…) hay que considerar la opinión del niño. Puede darse el caso que tenga un padre legal que cumple en parte el rol (…) el padre trabaja en Japón y la madre (…) tiene una nueva pareja y el padre afín cumple determinados roles (…) pero el padre legal nunca dejó de preocuparse por el hijo (…).” “(…) en qué medida en casos concretos tendría que haber una declaración para que el padre afín opere de una forma complementaria o de una forma sustitutiva (…).”
ESPECIALISTA 3	“(…) si existe un padre biológico debería ser compartido, (…) los dos padres pueden hacer los roles muy bien de papás, y el niño tiene más oportunidades de ganar que perder (…).”
ESPECIALISTA 4	“(…) es el que emerge de la convivencia, el cuidado de la persona (…) la palabra subsidiario y complementario creo que son las dos que deben graficar la contribución en este rol de padre afín, porque no puede irrogarse digamos derechos y deberes propios de la patria potestad (…).” “(…) el tema del Interés superior del niño juega un rol preponderante y la forma de evaluar este rol es a partir de su derecho de opinión (…) tú no puedes imponer un padre a un niño (…).”
ESPECIALISTA 5	“(…) sería básicamente como el de un padre; esta figura jurídica del padre afín podría ser un paso previo a la adopción (…).”
ESPECIALISTA 6	“(…) el rol que debe cumplir es el rol de un padre biológico, lo que hace el padre biológico por extensión, pero previa voluntad, previa aceptación, no por imposición sino por cariño.”
ESPECIALISTA 7	“(…) si el padre biológico y el padre afín tienen una muy buena relación (…) se deberían complementar (…) más bien si hay rivalidad del padre biológico que desautoriza al padre afín (…) por un tema de desarrollo integral tendría que ser el padre afín el que dirija, o la madre obviamente, una coparentalidad la educación de este hijo afín, porque finalmente quien está en rol de crianza diario es el padre afín (…).”

CONTRASTE:

Cuatro de los siete especialistas señalaron que, si no hay padre biológico o legal, o está ausente sería principal (o sustitutorio) y; en caso de que esté presente el padre biológico y cumpla su papel, sería complementario o subsidiario.

Uno de los especialistas señaló que el rol es subsidiario.

Dos especialistas señalan que hay que considerar la opinión del niño.

Un especialista señaló que debe ser complementario cuando existe una buena relación entre el padre afín y el padre biológico y, en caso contrario, debe dirigir la educación del hijo afín por ser quien cumple a diario el rol de crianza.

Un especialista señaló que es el mismo rol del padre biológico y debe ser voluntario.

Fuente: elaboración propia

4.10 Vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín

El Tribunal Constitucional ha señalado que existe un vacío normativo respecto a los derechos y deberes del padre afín, motivo por el cual el reconocimiento que básicamente realiza es una obligación alimentaria como

manifestación del principio de solidaridad, de la revisión de las sentencias que hemos analizado, podemos extraer lo siguiente:

Tabla 23

Derechos y deberes del padre afín de acuerdo al Tribunal Constitucional

Número de expediente	Fundamento
09332-2006-PA/TC	- El “hijastro” tiene eventualmente derechos y obligaciones sin que los padres biológicos pierdan la patria potestad. - No hay tratamiento normativo.
02478-2008-PA/TC	Derecho a ser elegible para presidente de la APAFA del colegio de los hijos a afines.
04493-2008-PA/TC	- No existe impedimento para que el padre afín acuda con atenciones y alimentos al hijo afín, pero como manifestación de solidaridad. - No ha señalado que tengan los mismos derechos de los hijos biológicos. - No se ha determinado si debe existir derechos entre padres e hijos afines.
01204-2017-PA/TC	- El padre afín tiene obligaciones que derivan del reconocimiento de la familia reconstituida. - Brindar mínimamente asistencia inmediata: sobrevivencia en condiciones dignas, atención, cuidado y desarrollo. - No excluye al padre biológico de sus obligaciones legales. - Brindar apoyo en función a la solidaridad y afectividad. - Atención y cuidado. - Considerando el Interés superior del niño se prefiere la prestación económica que beneficie más al niño cuando el padre biológico se sustraiga de sus deberes.

Fuente: elaboración propia

Ante este vacío normativo, hemos preguntado a los especialistas cuáles son los derechos y deberes del padre afín deberían estar reglados en nuestro Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes, de donde hemos podido rescatar lo siguiente:

Tabla 24

Vacío normativo

Pregunta: Desde su punto de vista ¿cuáles son los derechos y deberes del padre afín que deberían estar expresamente reconocidos en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes?	
ESPECIALISTA 1	“(…) la mayoría de los que están en responsabilidad parental, sino sería lo mismo, son realmente lo mismo, o sea la dirección, la protección, la orientación, el consejo, el cuidado (...) con la salvedad de que, si hay conflicto entre la opinión de él con la del padre biológico, obviamente prima del padre biológico (...)”

ESPECIALISTA 2	“(…) los mismos derechos que el padre biológico, del padre legal que no cumple el rol por múltiples circunstancias (…) pero tendría que haber una declaración que es el único candidato por ausencia de quien tiene la obligación legal y no puede cumplirla.” “(…) tendría que haber una forma de declarar esa paternidad del padre afín para efecto que cubra el ejercicio de la patria potestad (…)”
ESPECIALISTA 3	“(…) el derecho de alimentos (…) en el caso de que precisamente el padre biológico no pueda o se encuentra imposibilitado, o no esté, o no exista el padre biológico (…) igual el régimen de visitas también, inclusive daría puerta abierta al tema de la tenencia (…) un tratamiento muy parecido al del padre biológico.”
ESPECIALISTA 4	“(…) esto es vinculado al tema de la denominación y los derechos y deberes en la regulación expresa de la afinidad para extenderla, no solamente a las relaciones matrimoniales sino extramatrimoniales e incluir algunos aspectos regulados por la propuesta argentina (…) primero definir de qué se trata esta relación por afinidad y cómo funciona la subsidiariedad en el ejercicio de derechos y deberes”
ESPECIALISTA 5	(…) por ejemplo el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes establece los deberes que tienen los padres frente a sus hijos (…) si voy a fungir de madre afín, tendría que velar por desarrollo integral de mi hija o mi hijo afín, (…)” “(…) en representarlos en los actos de la vida civil (…) sería necesario hacer este pedido a través de un procedimiento no contencioso (…) en esa resolución establecer que el padre afín va a representar al menor (…)”
ESPECIALISTA 6	“(…) Las obligaciones y derechos deberían ser los mismo que el padre biológico (…)”. “Depende el tema de las obligaciones y derechos del padre de la voluntad de este último, (…) y qué pasa si después la mamá termina esta relación y el niño tiene otro padrastro y otro padrastro.” “(…) no se le puede obligar (…) tendría que asumir y decir públicamente legalizando su firma o el procedimiento que establezca que él asume el tema del padre afín, (…)”
ESPECIALISTA 7	“(…) una obligación alimentaria, yo no sé decir subsidiaria o complementaria, no lo sé (…) lo que es clarísimo es que no se suspende las obligaciones para el padre y la madre biológica (…) de repente estoy pensando que el padre podría cubrir universidad nacional y de repente el padre afín una particular, entonces esas diferencias, creo yo que si estamos hablando de una entidad familiar se podrían complementar.”

CONTRASTE:

Seis entrevistados coinciden en que los derechos y deberes del padre afín debieran ser iguales o parecidos a los del padre biológico o del padre legal.

Un entrevistado señaló que debe ser una obligación alimentaria subsidiaria o complementaria.

Fuente: elaboración propia

En esa línea se preguntó a los especialistas en qué supuestos sería posible que se le delegue el ejercicio de la responsabilidad del padre afín, en tanto de ella derivan los derechos y deberes de los padres legales, recabando las ideas que se muestran en la siguiente tabla:

Tabla 25

Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el padre afín

Pregunta: ¿En qué supuestos se podría delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en el padre afín?	
ESPECIALISTA 1	“(…) cuando fallezcan los padres (…), cuando éstos caigan en discapacidad absoluta que no le permite ejercer su responsabilidad parental, que la responsabilidad parental se extinga por alguna razón(…)”.
ESPECIALISTA 2	“(…) por distintas razones y están establecidas las causales inclusive la extinción y suspensión de la patria potestad en el propio Código (…)” “(…) en el escenario que un padre desobligado no quiera cumplir su rol, y el padre afín lo cumple de manera integral porque quiere y porque puede, los derechos y obligaciones deberían ser mucho más amplios, un ejercicio de la patria potestad plena. Supuestos en los cuales, por otras razones ajenas al padre, que supongamos sufrió un accidente que no le permite cubrir los alimentos del niño, pero el padre afín es el cumple el tema de carácter económico, tendrían que morigerarse esas situaciones. Es un tema complejo pero que creo que la regulación normativa ayudaría mucho a tener casos típicos, los más frecuentes, pueden suceder supuestos frecuentes y esos que tenemos que tener una fórmula abierta para que, bajo el sustento sobre todo de la opinión del niño en la medida de su madurez, ayude a poder atribuir al padre afín más o menos derechos y también obligaciones.”
ESPECIALISTA 3	“(…) cuando no está el padre físicamente, cuando no es responsable en nada ni psicológicamente ni físicamente, ni económicamente, sí se puede (…) pero te diré que muchos jueces no tienen esa idea, podría pedir una tenencia un padre afín y al final lo cierran porque no tiene legitimidad (…)”. “(…) sí estaría muy bien que lo aceptemos y que lo tramitemos, pero no hay hasta el momento (…)”
ESPECIALISTA 4	“Cuando haya disposición del padre legal o ante su ausencia, haya también disposición del otro, de la madre legal y consentimiento del padre afín, con el derecho de participación del niño, niña o adolescente (…)” “Y dejar un margen amplio para que, si hay discrepancia, pueda decidir, bueno, la autoridad judicial, pero, es más, estos temas debían ser conciliables.” “(…) no pueden seguir tomando decisiones por él (…) si no es con la participación del niño, niña o adolescente”
ESPECIALISTA 5	“De acuerdo a los derechos y deberes de los padres porque lo que está reclamando esa persona es ser padre, pero por afinidad, por cariño, por la convivencia, entonces tendría que tener prácticamente las mismas obligaciones de los padres biológicos (…)”
ESPECIALISTA 6	No se le hizo la pregunta, sin embargo, en la parte final de la entrevista señaló que “introducir el concepto de padre afín de veras lo veo complicado, porque estaríamos hablando de un legislador hiperactivo, imagínate las figuras que se quedarían en la práctica, un régimen de visitas del padre afín (…)”
ESPECIALISTA 7	“(…) los casos en que la familia formal, la familia afín vida fuera del lugar donde vive el padre biológico, o sea, ni modo, va a tener que delegarse de todas maneras (…) quien va a elegir el colegio son el padre afín y la madre (…)” “(…) el tema es el justo medio (…) cuando hay conflicto ahí está el problema, para eso la necesidad de la normativa.”
CONTRASTE:	
Cuatro de los siete entrevistados señalaron que la delegación se debe realizar en caso de muerte, ausencia o imposibilidad por parte del padre biológico o legal.	
Uno de los entrevistados señaló que se delegaría el ejercicio siempre que haya disposición del padre y madre lega. así como del padre afín, pero escuchando la opinión del niño sin imponerle la relación.	
Uno de los entrevistados señaló que debería tener las obligaciones del padre biológico.	

Fuente: elaboración propia

Considerando que los lazos de afecto de los niños, niñas y adolescentes con determinados adultos forman parte de su derecho al desarrollo integral y su bienestar psicológico y, teniendo en cuenta que la familia ensamblada tampoco está exenta de experimentar una ruptura, se consultó a los especialistas de qué manera consideraban que nuestro ordenamiento jurídico podría preservar dicho lazo de afecto frente a una separación; al respecto hemos obtenido las respuestas que se observan en la siguiente tabla:

Tabla 26

Subsistencia del lazo afectivo luego de la ruptura

Pregunta: ¿De qué forma considera que nuestro ordenamiento jurídico debería garantizar la prevalencia del vínculo afectivo entre padre e hijo afín, en el supuesto de la ruptura de la relación con la que se formó esta familia reconstituida?

ESPECIALISTA 1	“(…) el régimen de visitas, (…) va a depender mucho de la relación real que exista (…) y en casos muy extremos incluso podría generarse un cambio de tenencia, en casos extremos: me refiero a que el niño o niña, el o la adolescente no se encuentren realmente protegidos dentro de su familia biológica.” “Lo que yo haría es establecer expresamente el régimen de vistas a favor de los padres o madres afines, que no se quede dentro de la interpretación.”
ESPECIALISTA 2	“(…) en un artículo (del Código de los Niños y Adolescentes) se establece que un tercero puede tener un régimen de visitas (…). El Código le ha dado una salida para que se pueda mantener la relación paterno filial por así decirlo”. “Ahora, el reto es que con la regulación normativa actual ese padre afín pida una tenencia compartida, ese es el kit. si no está regulado, yo he visto resoluciones “si no está en el Código, no lo concedo” “(…) en el caso de la tenencia que podría ser solicitada por el padre afín asumo que es más probable que en el caso que alguien lo plantee el no estar regulado de manera supletoria, como sí lo está el régimen de visitas, desestimen la demanda.”
ESPECIALISTA 3	“Regulando, como te vuelvo a decir, los temas de régimen de visitas, alimentos para el hijo afín, tenencia para que puedan asegurar, si es que la mamá o papá no tienen la posibilidad de tenerlo, posibilidad de tenerlo en todo sentido, que esté regulado en la norma; porque, si bien es cierto el Tribunal Constitucional nos está dando la apertura para estos casos (…) en los jueces de familia todavía no está tan publicitado o tan abierto, entonces no quieren reconocer este derecho”
ESPECIALISTA 4	“(…) se prescinde de su opinión, del ejercicio del derecho de participación que tiene en las decisiones que se tomen respecto a él, entonces, ahí es la primera afectación.” “Otro aspecto (…) es el derecho sucesorio (…) porque las legítimas se están acortando, a mí me parece saludable, porque me das mayor posibilidad para que yo pueda ejercer mi autonomía de voluntad (…)”
ESPECIALISTA 5	“(…) en el caso dramático de que este niño, esta niña (…) hayan sido huérfanos (…) se podría utilizar mientras que tú hagas una modificatoria en el Código Civil y puedas incluir esta forma de parentesco (…) podría ser pedir un acogimiento familiar a la Unidad de Protección Especial mientras

	se va canalizando el pedido formal de padre afín. Porque necesitamos de todas maneras como Estado hacer un seguimiento (...)”
ESPECIALISTA 6	“Ahí me remito a mis respuestas anteriores, porque no pierda de vista algo, termina la relación y el padre afín se va a olvidar del hijo, si le dura, le dura 3 meses, no le dura más por lo general; entonces estaríamos imponiendo una obligación y no me parece correcto.”
ESPECIALISTA 7	“(…) el derecho a la relación, este derecho que llamamos régimen de visita (…) ese derecho no debe variar, debe mantenerse (…).” “(…) tendríamos que hablar de una tenencia del padre afín tal como es el caso de los padres biológicos, cuando hay establecida la filiación.” “(…) se generó una relación fuerte con la pareja y se acaba y ya es doble ruptura, etc.”

CONTRASTE:

Cinco entrevistados coinciden en que debe establecerse un régimen de visitas.

Los que señalaron régimen de visitas coinciden también con la tenencia en casos extremos.

Uno de los entrevistados señala que, en caso de niños sin padre o madre biológicos, entrarían en acogimiento familiar a cargo del padre afín.

Uno de los entrevistados señaló que, terminada la relación de pareja, se acaba la relación con el padre afín.

Fuente: elaboración propia

Sin embargo, la separación y el divorcio no son las únicas formas en las que una relación llega a su fin, puede ocurrir también el fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja y uno de los especialistas, como se aprecia en la tabla 26, señala que mientras se modifique el Código Civil, el padre afín podría solicitar el acogimiento familiar. Dado que los demás especialistas no contemplaron esta situación, consultamos a tres de ellos si la tutela legal para el padre sería una forma de solución para proteger al niño, niña o adolescente, obteniendo las siguientes respuestas:

Tabla 27

Tutela legal del padre afín

Pregunta: En caso que el niño, niña o adolescente no esté dentro del ámbito de la responsabilidad parental, ¿podría incluirse al padre afín dentro de los llamados a ser tutores legales?	
ESPECIALISTA 1	“Claro, si no hay papá y mamá y hay un padre o madre fin que esté dispuesto realmente tenga pues todas las prerrogativas, que haya demostrado que va a cuidar o tutelar al desarrollo integral del, niño, niña y el o la adolescente, y que hay ese nexo emocional, yo creo que sí, que sería muy viable, sería una prioridad incluso antes que, a cualquier otro familiar, se le dé la prioridad de poder tener pues la responsabilidad respecto al menor como un tutor .”
ESPECIALISTA 2	“Sí, me parece una buena salida, eso exige una reforma legal; creo que esta tesis la impulso, la promuevo, la invito a que la publique cuando ya sea aprobada y usted tenga el grado de magister, va ayudar mucho para poder tener una orientación académica respecto a cómo solucionar estos casos.”

ESPECIALISTA 3	“Claro va a depender de eso, porque lo que estamos comentando, por ejemplo, los abuelos pueden convertirse... Ahí lo que tienes que integrar en la relación de los llamados por ley, yo creo que no es darle un orden preferente per se, ¿Por qué yo voy a preferir al padrastro o a la madrastra que al abuelo?”
CONTRASTE: Los tres especialistas señalaron que es factible que se nombre tutor al padre afín. Uno de los especialistas señaló que debería tener prioridad respecto de otros parientes. Uno de los especialistas indicó que debe integrarse a los llamados por ley, pero no que esté en primer orden de prelación.	
Fuente: elaboración propia	

4.11 Afectación al Interés superior del niño

Finalmente, hemos considerado importante consultar a los especialistas sobre su opinión respecto a si el vacío normativo en cuanto a los derechos y deberes del padre afín afectaba al Interés superior del niño, y recabamos las siguientes respuestas:

Tabla 28

Afectación al Interés superior del niño

<i>Pregunta: ¿De qué forma considera usted que se afecta el Interés superior del niño por la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín?</i>	
ESPECIALISTA 1	“(…) no es que se afecta el Interés superior del niño, yo creo que si lo dejamos en manos de ellos jueces y fiscales no todos opinamos igual (…) hay algunos jueces o fiscales que podrían no coincidir con realmente proteger el Interés superior del niño, hay prejuicios sociales todavía en torno a ello (…)”
ESPECIALISTA 2	“(…) no solamente se atenta contra el Interés superior del niño (…) sino también el principio de no discriminación, porque hay normas para niños que tienen padres legales con deberes y derechos sí hay fórmulas de solución y, para niños que están en esta situación, no.” “Entonces, este principio de no discriminación ha sido transversal para variar una serie de nomenclaturas, ya no hay hijos legítimos o ilegítimos, los “ilegítimos”, los no reconocidos o los nacidos fuera del matrimonio ya heredan la mitad de lo que heredan los hijos nacidos en el matrimonio, todos heredan igual. Entonces, hablar de hijos de relaciones reconstituidas, con padres afines que no tengan regulación normativa atenta contra el principio de no discriminación, el hijo es hijo y tiene la calidad de padre.” “Si está cumpliendo el rol (…), si lo cumple a cabalidad y en el marco de una familia, una relación permanente (…) aspiraciones comunes (…) esa es la familia que tiene que ser protegida por el Estado.”
ESPECIALISTA 3	“Totalmente se afecta (…) puede ser que este niño esté con la idea de querer vivir con su padre afín o una madre afín, entonces no se le reconoce el derecho, no se le escucha, no se logra escuchar por el órgano jurídico nacional (…) afecta su derecho a ser oído, entonces al no presentar la demanda, nadie lo escucha (…)”
ESPECIALISTA 4	“(…) se prescinde de su opinión, del ejercicio del derecho de participación que tiene en las decisiones que se tomen respecto a él, entonces, ahí es la primera afectación.”

	“Otro aspecto (...) es el derecho sucesorio (...) porque las legítimas se están acortando, a mí me parece saludable, porque me das mayor posibilidad para que yo pueda ejercer mi autonomía de voluntad (...)”
ESPECIALISTA 5	“Por la inestabilidad emocional que puede sufrir un niño que ya perdió a un padre, en el caso que la mamá viuda se casó con otro señor, entonces ya perdió a su padre, ya perdió a su madre y, al perder a su otro progenitor, se va a sentir en la nada y se va a sentir desarraigada o desarraigado; yo pienso que lo afecta directamente en su salud física, emocional, mental, o se lo afecta integralmente, definitivamente es una afectación integral.”
ESPECIALISTA 6	“Lo primero que tienes que ver ahí es si se pueden establecer derechos y deberes, o derechos y obligaciones con el padre afín, eso, es lo primero que tienes que ver, si se puede o no se puede, de eso depende de la respuesta.”
ESPECIALISTA 7	“(...) estabilidad, desarrollo armonioso de su personalidad cuando hay estas rupturas y no se ha establecido régimen de visitas (...) porque nuestra norma, la norma del Código de los Niños hace referencia más bien al entorno, este, o sea, está muy mezclado con abuelos, hasta cuarto grado de consanguinidad, o sea, hay un tema ahí, de parentesco por ahí de repente, una persona ajena, pero, no sé si se abrían apertura para eso, claro, podría normarse, pero ya utilizando mecanismos como de repente, control de convencionalidad.”

CONTRASTE:

Si bien un entrevistado señaló que “no es que se afecte”, indicó que el problema es la posibilidad de falta de conceso entre operadores de justicia respecto a la protección del Interés superior del niño.

Dos entrevistados coinciden en que se afecta su derecho a ser escuchado.

Un entrevistado señaló que se afecta el principio de no discriminación.

Una entrevista indicó que todo depende de sus derechos y obligaciones asumidos.

Fuente: elaboración propia

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 Reconocimiento de las familias ensambladas a nivel de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos

Del análisis de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Atala Riffo e hijas Vs. Chile” y “Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, así como en la Opinión Consultiva OC-21/14; se observa que, aunque no hacen mención textual a la familia “ensamblada” (o “recompuesta”, o “reconstituida”), tienen en común el énfasis realizado respecto a que la Convención Americana de Derechos Humanos no protege un solo tipo de organización familiar limitado a la pareja con sus hijos (familia nuclear), entendiendo así que las familias llamadas ensambladas están reconocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este reconocimiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos va de la mano con los procesos de cambio de paradigmas que se están desarrollando en el derecho de familia y que, de acuerdo a la doctrina que hemos analizado, responden a la realidad actual de los individuos, quienes optan por diferentes formas de organizarse y constituir familias, que no necesariamente se ubican dentro del modelo tradicional de madre – padre – hijos; surgiendo así familias monoparentales, ensambladas, extensas, homoparentales, entre otras.

En ese sentido, debemos tomar en cuenta que la familia por sí sola no va a ser sujeto de protección, sino que es el individuo que la conforma quien es el beneficiario del amparo que brinda la sociedad y el Estado; por ello, al acoger a las diversas formas de familia, estaremos finalmente salvaguardando

la integridad y los derechos fundamentales de quienes son parte de ellas y sólo así llegaremos a una verdadera constitucionalización del Derecho de Familia.

5.2 Regulación aislada de las familias denominadas ensambladas en el ordenamiento jurídico peruano

Las familias a las que llamamos “ensambladas” (o “reconstituidas” o “recompuestas”) son aquellas conformadas por una pareja en donde uno o ambos miembros que la integran tiene hijos concebidos o nacidos en una relación anterior y, además, estos hijos conviven con esta pareja conformando una familia nueva poseedora una identidad propia y distinta a la que tiene la organización de la que provienen.

Si realizáramos una evaluación apresurada y superficial de nuestras normas, diríamos que en nuestro país no existe una regulación respecto a esas formas de familia, sin embargo, cuando analizamos la Constitución Política del Perú junto con otras normas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que sí existe cierto grado de reconocimiento, aunque insuficientemente desarrollado pues aún está pendiente que se legisle para dar claridad a las relaciones que se desenvuelven entre sus integrantes y, de ese modo, protegen a cada individuo.

Aunque no encontramos que estas normas concretamente hagan referencia a las familias ensambladas (o términos similares), resulta interesante observar que la protección a la familia a que se refiere la Constitución Política del Perú sin especificar alguna forma específica, nos permite entender que este tipo de familia está dentro del ámbito de protección de la Carta Magna.

El artículo 4 de nuestra Carta Magna es claro cuando señala que “el Estado protege a la familia y promociona el matrimonio”, un aparente “juego de

palabras” que guarda ciertamente gran envergadura pues, lo que se está determinando es que el matrimonio no es la “forma de familia por excelencia” o la única que merezca ser amparada, sino que nos permite inferir y entender que la protección es amplia y que abarca a las distintas maneras que tienen los individuos de organizarse sobre la base del afecto y un proyecto de vida en común.

El “Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021” acoge claramente la idea de las “familias en plural”, comprendiendo que el Estado y la sociedad deben admitir que existen diferentes tipos de organización familiar y que cada una de ellas tiene diferentes maneras de funcionar, presentando necesidades distintas que requieren ser atendidas pues, como hemos indicado, de ello depende que se salvaguarde de los derechos de los individuos.

En cuanto a los Decretos Legislativos 1408 y 1297, respectivamente, tampoco utilizan los términos “ensamblada”, “reconstituida” o similares, sin embargo, la mención a las familias en plural y la definición de las familias de origen (cuyos miembros habitan en el mismo hogar), nos permiten establecer que están regulando a las familias ensambladas y reconociendo que deben ser protegidas y fortalecidas.

Consideramos que estos visos de regulación no significan que nuestro país cuente con un adecuado o suficiente desarrollo normativo que permita proteger a los integrantes de estas formas de familia, pues no brindan claridad en cuanto a las relaciones en las que se desenvuelven como tampoco ofrecen certeza sobre sus derechos y obligaciones.

5.3 Reconocimiento del Tribunal Constitucional Peruano a las familias denominadas ensambladas

El mayor desarrollo en cuanto al tema de familias ensambladas lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, expresamente, las menciona y las reconoce como organizaciones familiares con identidad propia, señalando que es necesario protegerlas.

En las cuatro sentencias que hemos analizados se aprecia que el Tribunal Constitucional define a estas familias como aquellas compuestas por una pareja en la que, al menos uno de sus integrantes, tiene hijos que provienen de una relación previa; desprendiéndose que su existencia no está supeditada al matrimonio sino que también puede provenir de una unión de hecho; en ese sentido el Tribunal Constitucional es consecuente con los nuevos paradigmas del Derecho de Familia, sobre todo cuando menciona que la pareja que conforma las familias ensambladas está integrada por personas que unen sus proyectos de vida, lo que finalmente junto con el afecto constituye la base de toda organización familiar.

Es necesario resaltar que existe consenso en los especialistas entrevistados al indicar que es adecuado que el Tribunal Constitucional haya definido a estas familias, más aún, seis de ellos coinciden en la importancia de estos pronunciamientos en tanto consideran necesario acoger otras formas de familia distintas al modelo tradicional; lo que significa que existe entre ellos una preocupación en cuanto a la necesidad de que nuestro ordenamiento aborde esta problemática.

Asimismo, el Tribunal Constitucional señala en las sentencias analizadas que no existe consenso en cuanto al nomen de estas familias y que la doctrina

las llamas ensambladas, recompuestas, o reconstituidas, sin embargo, no hace alguna observación en cuanto a estas denominaciones; no obstante, cuando consultamos a los entrevistados respecto a cómo llamarían a este tipo de familias, resultan especialmente interesante las siguientes respuestas:

- Que la denominación debiera brindarla un psicólogo especialista en terapia familiar, para evitar que esta familia se quede anclada en la denominación de “ensamblada” o “reconstituida”, toda vez que se trata de una nueva familia cuya base es el afecto.
- Que, el darle una denominación resultaría discriminatorio porque las familias son la “célula básica de la sociedad” y se fundan en el cariño.
- La respuesta de dos especialistas que indicaron que deberían llamarse “familias afines”, por considerar que ello proyectaría un mensaje más sencillo a la sociedad y un mejor efecto en los integrantes de las familias.
- Un especialista prefiere llamarlas “familias integradas”, dado que el hijo afín no está perdiendo su relación con la familia con la que vivía anteriormente, sino que ahora forma parte de una familia en que se integra con el padre afín.

En lo referente a los términos tradicionales de “ensamblada”, “reconstituida” o “recompuesta”, coincidimos con que deben ser superados pues; la palabra “ensamblada” nos lleva a realizar un símil entre la familia y las piezas de un rompecabezas o de mecánica que se unen y, en definitiva, pensamos que no es adecuado equiparar a un grupo de personas con un objeto; por su parte las denominaciones “reconstituida” o “recompuesta”, como señalaba uno de los especialistas, aluden a algo que estuvo roto o deshecho y

que luego se ha compuesto o reparado, con lo que descartamos la utilización de este tipo de nomenclatura.

En efecto, si las familias tienen como cimiento el afecto y el emprendimiento de un proyecto de vida en común para sus integrantes, no podemos etiquetarlas con palabras que en cierto sentido las deshumanizan, pues a diferencia de las familias llamadas “monoparentales”, “extensas” u “homoparentales” que tienen denominaciones que aluden a su funcionamiento y al cuidado de los hijos (por un progenitor, por dos padres del mismo sexo o por otros parientes); el usar palabras como “ensamblada” o “reconstituida” resulta peyorativo por no aludir necesariamente a un grupo de personas.

Es por ello que consideramos pertinente el usar el término “familias afines” como plantearon dos de los entrevistados pues es un término que, al mismo que alude al parentesco por afinidad, incluye a las estructuras familiares en donde los padres afines acompañan la crianza de los hijos.

5.4 Reconocimiento por parte del Comité de los Derechos del Niño de los padres y madres afines

Se aprecia que, pese a no hacer mención expresa a los padres y madres afines, las observaciones del Comité de los Derechos del Niño reconocen su trascendencia en la crianza de los niño, niñas y adolescentes tal como se demuestra a continuación:

- La Observación General N.º 7 reconoce la diversidad existente respecto de las funciones parentales y la estructura de crianza de los niños, indicando que las separaciones y reconstrucciones familiares repercuten en las experiencias de la primera infancia; lo cual demuestra que existe un reconocimiento implícito del Comité de los Derechos del Niño del papel

del padre afín en la crianza y como referente afectivo del niño, niña o adolescente.

- La Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño, en diferentes párrafos de su texto, además de los padres, hace mención a los “cuidadores” y su papel en la “evaluación y determinación del Interés superior del niño” y la importancia de las relaciones afectivas que construyen.
- La Observación General N.º 20 reconoce la importancia que tienen las relaciones sólidas entabladas por los adolescentes con los adultos “clave” en su vida, dentro de los cuales calza la relación con el padre afín quien, dada la convivencia y el lazo afectivo, contribuye con su proceso evolutivo.

5.5 Reconocimiento legal aislado de la figura del padre afín en el ordenamiento jurídico peruano

Del análisis realizado de las normas descritas en la tabla 18, la única que incorpora textualmente a los padres y madres afines es la Ley 30364, aunque utiliza los términos de “padrastro” y “madrastra” que pretendemos superar.

Por otro lado, si bien el Decreto Legislativo 1297 no usa los términos “padre afín”, “madre afín” o similares, al incluir a las familias de origen como aquellas cuyos integrantes hacen vida en común, se puede señalar que dentro de los miembros de estas organizaciones familiares están incluidos los padres y madres afines, en tanto conviven con los hijos o hijas de su pareja.

En cuanto al Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, encontramos que los padres y madres afines pueden ser incluidos dentro del término “cuidadores/as”, como participantes de la crianza y cuidados de los niños, niñas

o adolescentes y, por ende, sujetos activos que deben garantizar la realización de su Interés Superior.

Finalmente, la Ley 31041, al establecer el subsidio oncológico “al trabajador por familia que tenga un niño o adolescente menor de 18 años diagnosticado con cáncer”, no restringe este beneficio a los padres y madres, sino que puede incluir a los padres y madres afines en tanto responsables de su atención y cuidado dentro de la familia.

Por tales razones podemos señalar que sí existe un reconocimiento legal del padre y la madre afín en nuestro ordenamiento jurídico, pero de manera aislada y, en la mayoría de los casos, tácita.

5.6 El vínculo legal entre padre e hijo afín

Como hemos indicado en los resultados de la investigación, el artículo 237 establece que “El matrimonio produce parentesco por afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro.”, con lo que claramente se deduce que el matrimonio origina parentesco por afinidad entre los padres e hijos afines en primer grado, ello se encuentra corroborado en la en la sentencia del expediente 9332-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional, reconoce expresamente que se infiere el parentesco por afinidad entre padre e hijo afín conforme al artículo 237 del Código Civil.

Nuestro Código Civil no hace un reconocimiento al parentesco por afinidad en el caso de las uniones de hecho, por lo que a primera vista podríamos pensar que no sería posible hablar de este vínculo entre padres e hijos afines en estas uniones; sin embargo, ello queda aclarado por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia emitida en el expediente 2478-2008-PA/TC, donde reconoció específicamente que el conviviente de la madre de

dos escolares puede participar en la APAFA, reconociendo del vínculo por afinidad de los padres afines en las uniones de hecho.

No obstante el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia del vínculo entre padres e hijos afines en el contexto de una unión de hecho este reconocimiento resulta insuficiente pues, no en todos los casos las entidades administrativas y judiciales van a admitir solicitudes concernientes a supuestos que no están expresamente contemplados en las normas, lo que finalmente va en desmedro de los derechos de las personas que requieren atención; por ello es necesario que se modifique el Código Civil y cuando menos se acoja el parentesco por afinidad entre padre e hijo afín dentro de la unión de hecho.

5.7 Requisitos para considerar la existencia de una relación padre afín – hijo afín

La doctrina que hemos revisado en esta investigación establece que, para considerar que existe una relación entre padre afín e hijo afín, en primer lugar, debe haber convivencia; lo que coincide con lo expresado por el Tribunal Constitucional en las sentencias analizadas y con lo afirmado por cinco de los siete especialistas a que hemos entrevistado; en tal sentido, no estamos frente a la figura del padre afín cuando no habita el mismo hogar con el hijo de su pareja, dado que en ese caso no hay una participación ni colaboración con su crianza.

Para entender la convivencia como requisito, debemos partir del hecho que la parentalidad es la función social que idealmente cumplen los progenitores que involucra la crianza y el cuidado cotidiano de los hijos y que esa cotidianeidad implica la convivencia en el mismo hogar; en ese sentido, para considerar la existencia de una relación padre afín – hijo afín, debe estar

presente el ejercicio de una parentalidad socio afectiva en donde se participe directamente en la crianza y cuidado diario del niño, niña o adolescente en el día a día. En esa línea, cinco de los siete entrevistados coinciden con lo establecido por el Tribunal Constitucional señalando como requisito la convivencia, refiriendo uno de ellos que “se parte de un lazo afectivo fuerte, de una dinámica cotidiana” (ver tabla 20).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional hace referencia a que debe existir “cierta estabilidad”, lo que concuerda con lo indicado por dos de los entrevistados que hacen referencia a la estabilidad o la permanencia (ver tabla 20); lo que tiene sentido pues, justamente uno de los requisitos que indicaron cinco de los especialistas y que no es mencionado expresamente por el máximo intérprete de la Constitución es el afecto, el que a nuestro entender se genera con la permanencia, la estabilidad y la convivencia.

La publicidad y el reconocimiento también son mencionados por el Tribunal Constitucional para establecer la existencia de esta relación, lo cual a nuestro criterio está relacionado directamente con la parentalidad como función social y afectiva, que no se ejerce a puerta cerrada sino más bien de cara a la sociedad; así, uno de los especialistas a los que consultamos indicó también que la notoriedad y la “posesión de estado de familia” eran elementos necesarios para la configuración de un vínculo entre padres afines e hijos afines. La publicidad o notoriedad nos remite también a la parentalidad socio afectiva toda vez que al ser una función social (valga la redundancia), no puede ser concebida en el anonimato.

Un último requisito que encontramos en las sentencias del Tribunal Constitucional que hemos analizado es que padres e hijos afines deben

reconocerse como parte de una “identidad familiar autónoma”, vale decir, distinta de la que provienen, como bien señala uno de los especialistas entrevistados, “van a formar una entidad familiar distinta con nuevas características que las van a identificar”.

5.8 Continuidad de los términos padrastro, madrastra, hijastro e hijastra

Se ha desarrollado paradigmas negativos para las ideas de padrastro, madrastra, hijastro (a), hermanastro (a), relacionándolos con las madrastras de “Blancanieves” o “La Cenicienta”, por ello, la doctrina ha convenido en utilizar término madre afín, padre afín, hijo o hija afín para destacar el parentesco por afinidad (Calderón, 2014).

Al respecto, cinco de los entrevistados señalaron que se trata de términos peyorativos y, al mismo tiempo, cinco de los especialistas indicaron que concretamente las denominaciones “padrastro” o “madrastra” denotan a una persona malvada o maquiavélica y que están relacionados con alguien que hace daño, que ejerce violencia y que incluso “toca o viola” a los niños o niñas (Ver tabla 21). De acuerdo con los especialistas la imagen que proyectan puede conllevar a que el operador de justicia asuma que la “madrastra” o el “padrastro” por la sola condición de tales van a ocasionar un daño al hijo o hija de su pareja, teniendo como características más saltantes las siguientes:

- Persona malvada
- Imagen peyorativa
- Persona que viola
- Maltratador o maltratadora
- Madre o padre a quien no se quiere

Estas características son contrarias a todo aquello que implique afecto, apego, crianza, cuidado y bienestar, y contienen en sí mismas un estereotipo negativo que no logra ser erradicado o superado ni en el uso coloquial ni en nuestro ordenamiento, muestra de ello es la Ley 30364 que los incluye en su texto y, más aún, el Tribunal Constitucional los emplea en las sentencias que ha emitido para proteger los derechos de padres e hijo afines; por ello, de la misma manera que se desea sustituir el término “menor” (que corresponde a la doctrina de la situación irregular) por el de niño, niña o adolescente; debemos también dejar de utilizar los términos “padrastro”, “madrastra”, “hijastro” o “hijastra” que pertenecen a una época de la historia que los nuevos paradigmas del Derecho de Familia deben superar.

Sin embargo, concordamos con Basset (2015) cuando señala que los mitos sobre la madrastra y el padrastro no van a quedar atrás solamente por un cambio de nombres, sino porque las ciencias como derecho, la sociología y la psicología busquen y encuentren maneras para que los adultos puedan conducir sus elecciones a formas de vida más estables en favor de la estabilidad emocional de los niños; pues no es extraño que un niño se encuentre expuesto a más de una relación de pareja de sus progenitores biológicos independientemente que conviva con ellos o no, por tal razón el derecho deberá establecer cuáles son las relaciones se les debe otorgar derechos y deberes y por cuánto tiempo.

5.9 El rol del padre afín

La doctrina señala que el padre afín puede cumplir un rol sustitutivo donde va a suplantar al progenitor biológico o, un rol complementario en el que comparte o complementa funciones de este último. Cuando hemos analizado

legislación comparada, concretamente la Argentina, Uruguay, Catalana y Aragonesa, pudimos identificar en qué supuestos el padre afín está cumpliendo un rol complementario y en qué supuestos un rol sustitutivo; sin embargo no es fácil ubicar en nuestro ordenamiento jurídico qué rol va a desempeñar, en tanto se presenta un vacío normativo que no regula sus derechos y deberes, lo que no permite que encontremos en la legislación peruana el papel que va a desempeñar en la familia.

Al contrastar la doctrina revisada con las respuestas obtenidas en las entrevistas, vemos que existe consenso de cuatro especialistas respecto a que el rol que el afín va a desempeñar depende de la situación de cada familia y de la existencia o no de un padre legal o un padre biológico; como señalaba Rivas (2012), ello está supeditado a la posición que cumple cada integrante de la familia y a quién es la persona que ejercita funciones de padre o de madre.

Efectivamente, si examinamos lo señalado por autores como Basset (2015) y lo cotejamos con las respuestas obtenidas en las entrevistas, podemos señalar que el rol sustitutivo es acorde con las situaciones en las que el padre biológico no existe, está ausente o está impedido de ejercer la responsabilidad parental y; el rol complementario, corresponde con aquellas circunstancias en que el padre legal (o biológico) continúa ejerciendo la responsabilidad parental y cumple con sus obligaciones; observamos también que uno de los especialistas ha señalado que el rol es subsidiario.

Dos entrevistados indicaron que es necesario considerar la opinión del niño y, la cual a nuestro criterio debe ser tomada en cuenta al momento de determinarse qué rol se le va a permitir desempeñar sin afectar sus derechos ni hacer imposiciones.

Debemos señalar que, al ser el rol sustitutivo una suplantación del progenitor biológico o adoptivo, en donde el padre afín va a cumplir las funciones que correspondían a este al mismo tiempo que va a ejercer derechos y deberes propios de la parentalidad; no bastará únicamente que en esta familia no exista padre legal o que este esté impedido de ejercer la responsabilidad parental, sino que es necesario que se escuche al niño, niña o adolescente y se evalúe su idoneidad para asumir ese papel, garantizando así su desarrollo integral.

En lo referente al rol complementario del padre afín, éste va a consistir en un acompañamiento en la crianza del hijo o hija de su pareja teniendo en cuenta que existe un progenitor que está en ejercicio de la responsabilidad parental, de las respuestas se colige que su grado de colaboración va a estar determinado por la participación del padre legal en la crianza del niño y de la relación que detente con el padre afín; pues, tomando una de las respuestas a las entrevistas, puede existir un padre legal que vive en Japón pero que nunca dejó de preocuparse por su hijo quien, a la vez tiene un padre afín que cumple con otras funciones.

Otro factor a tomar en cuenta en el desempeño del rol complementario es la presencia de hijos del padre afín con quienes también se convive así como de hermanos nacidos de la nueva relación de pareja, pues debe asegurarse que los hijos afines como los hijos biológicos que habitan el mismo hogar ejerzan los mismos derechos y cuenten con las mismas ventajas sin discriminación, es decir, que tengan la oportunidad de ir a los mismo clubes, asistir a colegios de similar categoría o que se les compre ropa de la misma calidad y, si el padre biológico no pudiera asumir estos costos, el padre afín deberá complementarlos; por ello consideramos que la complementariedad no radica solamente en la crianza sino

también en las prestaciones económicas que garanticen la equidad entre los hijos de la familia.

Es necesario por tanto enfatizar en que se debe evaluar cada caso concreto para poder otorgar al padre afín el rol que le corresponda desempeñar de acuerdo a las necesidades concretas del niño, niña o adolescente.

5.10 Vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín

El Tribunal Constitucional reconoce que existe un vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín, indicando en dos de sus sentencias que los eventuales derechos y deberes del hijo afín no significan que el padre biológico sea privado de la responsabilidad parental (patria potestad) o que sea excluido del cumplimiento de sus obligaciones; lo cual a nuestro criterio calza dentro de lo que significaría el ejercicio del rol complementario.

Este rol complementario se evidencia con mayor claridad en la sentencia del expediente 09332-2006-PA/TC en que se plantea el derecho de la hija afín a que se le otorgue el carnet familiar en el Club del Centro Naval, y en el expediente 02478-2008-PA/TC, en que se señala que el padre afín puede ser elegido como presidente de la APAFA; no obstante, cuando se hace referencia a los derechos de los hijos afines en cuanto a las prestaciones económicas, el Tribunal Constitucional ha señalado que son manifestaciones de solidaridad y que no significa que los hijos afines tengan los mismos derechos de los hijos biológicos y que, cuando menos se les debe proporcionar condiciones de vida dignas; de lo que se desprende que en estas sentencias se está reconociendo únicamente aspectos básicos relacionados a la supervivencia y desarrollo.

En este aspecto consideramos que, si bien los fundamentos del Tribunal Constitucional aluden a un rol complementario del padre afín con relación a

asuntos generales como los recreativos y de cuidado diario (incluso monitoreo escolar), no señala que debiera extenderse este rol a prestaciones económicas que puedan equiparar las condiciones de desarrollo que tienen los demás hijos que habitan el mismo hogar; únicamente en la sentencia del expediente 01204-2017-PA/TC, se señala que en los casos que el padre biológico se sustraiga de sus obligaciones se va a preferir la prestación económica que beneficie más al niño, pero sin precisar que esta pueda ser exigible.

Ante este vacío normativo, consultamos a los entrevistados respecto a qué derechos y deberes del padre afín deberían estar reconocidos en nuestro Código Civil y en Nuestro Código de los Niños y Adolescentes, pudiendo determinar que la mayoría de ellos consideran que deberían ser iguales o parecidos a los del padre biológico o padre legal; lo que nos permite colegir que existe una posición uniforme respecto a la necesidad de su regulación.

Para poder garantizar un adecuado ejercicio de los derechos de los hijos afines, es necesario que se reconozca expresamente en nuestro ordenamiento los derechos y deberes que va a cumplir el padre afín dentro de la familia, pues lamentablemente, los operadores de justicia tienden a rechazar las solicitudes que contienen pretensiones que no están contempladas en las normas.

Como adelantamos en nuestro marco teórico, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha señalado que el padre afín tenga una obligación alimentaria y, si bien el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes hace referencia a “otros responsables” de brindar alimentos, esta falta de precisión es pasible de discrepancias entre los operadores de justicia al momento de determinar quiénes son estos “otros responsables”; en cambio, si el padre afín estuviera considerado dentro de los obligados a brindar alimentos, sería mucho más factible que las

pretensiones relacionadas sean amparadas con mayor celeridad y sin numerosos cuestionamientos.

La figura del padre afín como tal no se encuentra establecida ni mencionada en el Código Civil o en el Código de los Niños y Adolescentes, lo que ya es una barrera para que la judicatura sea uniforme para considerar si debe o no ser incorporado como obligado subsidiario en materia de alimentos y; al igual que con los demás derechos, tales como “velar por su desarrollo integral” y “dirigir su proceso educativo”, entre otros, la ausencia de regulación expresa conllevará a que los operadores de justicia realicen una miscelánea interpretaciones para situaciones similares, con lo que se requeriría un extenso desarrollo jurisprudencial para que las pretensiones relacionadas con estos derechos y deberes no sean rechazadas de plano.

Al no estar contemplada la figura del padre afín en el Código de los Niños y Adolescentes ni en el Código Civil, evidentemente no se ha considerado la posibilidad de que le sea delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, cuando hemos consultado a los entrevistados sobre su posición en relación a este tema, pudimos verificar que hay consenso respecto a que esta delegación es posible, así, más de la mitad dijo que se debería realizar en caso de ausencia, muerte o imposibilidad del progenitor biológico o padre legal, mientras que uno de ellos opinó que el ejercicio se podría encomendar con la condición que tanto el padre como la madre legal y el padre afín tengan la disposición de hacerlo, escuchando la opinión del niño.

Si bien nuestro Código de los Niños y Adolescentes mantiene la denominación de “patria potestad”, en su artículo 74 verificamos que los derechos y deberes que contiene son consonantes con la noción de

“responsabilidad parental” que consiste en el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres en beneficio de sus hijos para garantizar su desarrollo pleno.

Si los padres y madres afines participan del cuidado cotidiano de los hijos o hijas de sus parejas, están ejerciendo tareas propias de la responsabilidad parental, por ello resulta contradictorio que no se pueda delegar su ejercicio pues, si partimos de la idea que la responsabilidad parental no se encuentra al servicio de los padres, sino que existe para bien de los hijos, la delegación de la que hablamos favorecería el ejercicio de los derechos de estos últimos.

Los casos más evidentes en los que se debería posibilitar la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental son aquellos en los que uno de los progenitores ha fallecido, está ausente o imposibilitado, con ello concuerda la mitad de los especialistas consultados, sin embargo, consideramos también que esto deberá concretizarse mediante un procedimiento en el que se escuche la opinión del niño, dado que se trata de una situación que va a repercutir directamente en su vida y desarrollo integral.

Si el padre afín está participando en la crianza del hijo o hija de su pareja va a conocer sus diversas necesidades para poder atenderlas; siendo ello así, ¿acaso no está en aptitud de velar por su desarrollo integral? si, por ejemplo, lleva a sus hijos o hijas afines al colegio, a sus consultas médicas entre otras actividades, ¿no está siendo partícipe de su proceso evolutivo? Es innegable que el padre afín en la praxis cumple con este derecho-deber y el gran problema que existe en nuestra legislación es que no hay un reconocimiento pleno de esta realidad, si fuera necesario que tome algún tipo de decisión en beneficio del

desarrollo del hijo o hija de su pareja, no estaría legalmente autorizado para ello lo que iría en detrimento de su desarrollo.

Como adecuadamente señala uno de los entrevistados, muchos jueces se cierran ante las situaciones no previstas en las normas y, si por ejemplo, un padre afín solicitara la tenencia, la demanda sería rechazada por no tener legitimidad para obrar; complementando ello, otro de los especialistas señala acertadamente que la regulación normativa ayudaría en gran manera a que los jueces resuelvan en forma similar situaciones típicas, tales como aquellas en que el padre legal no cumple su rol y quien lo ejerce cabalmente es el padre afín y que por tanto, los derechos y obligaciones debieran ser considerados de una forma más extensa o, los casos en que el padre legal no está en condiciones de aportar para las necesidades de su hijo o hija y es el padre afín quien solventa las necesidades.

De otro lado consultamos a los especialistas de qué forma debería garantizarse la subsistencia del lazo afectivo entre padres e hijos afines en el supuesto de la ruptura de la relación de pareja que dio origen a la nueva familia, a lo que más de la mitad respondió que debería establecerse un régimen de visitas y que, en casos extremos debería poder otorgarse al padre afín la tenencia.

En lo referente al régimen de visitas, o mejor llamado régimen de relación, sostenemos que aunque el artículo 90 reconoce que éste puede extenderse a “terceros no parientes”, esta falta de mención expresa del padre afín puede conllevar que los operadores de justicia interpreten de forma diferente situaciones similares o, sin llegar a judicializar el tema, si estuviera regulado el régimen de relación entre padres afines e hijos afines luego de la ruptura de la

relación, podría incluso permitirse que éste pueda conciliarse extrajudicialmente de la misma manera que ocurre en el caso de las separaciones o divorcios.

Lo señalado encuentra sustento en lo establecido por el párrafo 18 de la Observación General N.º 7 del Comité de los Derechos del Niño, sobre la “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” (2006) donde, si bien se señala que los Estados Partes tienen la obligación de no separar a los niños de sus padres, indica que “Los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación”; en consecuencia, si el padre afín es una figura importante en el entorno afectivo del niño o niña, es indispensable que se garantice en la normativa la subsistencia del vínculo de apego para evitar así que la separación impacte negativamente en su proceso evolutivo.

De la misma forma, este vínculo afectivo resulta de trascendencia para el desarrollo de los adolescentes, lo que ha sido reconocido en la Observación General de los Derechos del Niño, sobre la “Efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia” (2016), en donde se señala “determinados factores promueven la resiliencia y el desarrollo saludable de los adolescentes, como por ejemplo: a) relaciones sólidas con los adultos más importantes en sus vidas y apoyo por parte de ellos” (Párr. 17) y que “Entre los factores que reconocidamente fomentan la resiliencia y el desarrollo saludable y previenen la mala salud mental conviene señalar las relaciones sólidas con adultos clave y el apoyo de estos, los modelos positivos” (Párr. 58).

Desde la perspectiva de los adolescentes, si el padre afín se ha convertido en un “adulto clave” o importante en la vida de la o el adolescente, la normativa debe asegurar que se mantenga la relación y el lazo afectivo que se ha

construido durante la convivencia, siendo una de las formas idóneas para lograrlo, el establecimiento del derecho de relación (o régimen de visitas) que, al igual que con los niños pequeños, pueda exigirse judicialmente o incluso sea conciliable.

Otro aspecto resaltado por más de la mitad de los especialistas, es que en la práctica se producen escenarios en los cuales los padres biológicos no se encuentran en aptitud para ocuparse del cuidado de sus hijos o hijas y, en esos casos, el reto es que se establezca en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que el padre afín pueda solicitar la tenencia; lo que debería ser regulado en nuestro ordenamiento jurídico, pues para garantizar que el niño, niña o adolescente pueda ejercer plenamente sus derechos y logre alcanzar el desarrollo, requiere estar bajo los cuidados de una persona idónea.

Como ya hemos señalado anteriormente y que fue ratificado por los especialistas que hemos entrevistado, los operadores de justicia tienden a rechazar solicitudes que no se encuentran reguladas en la norma, con lo que una demanda de tenencia interpuesta por el padre afín tiene altísimas probabilidades de ser declarada improcedente de plano; lo que nos lleva a indicar que es necesario que se establezca en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que se otorgue la tenencia al padre afín.

Por último, pueden suscitarse casos en que el niño, niña o adolescente no se encuentre dentro del ámbito de la responsabilidad parental ya sea porque los progenitores han fallecido (motivo de fin de la relación de pareja) o porque ésta se haya suspendido o extinguido; y sólo uno de los especialistas contempló este supuesto indicando que el padre afín podría solicitar el acogimiento familiar, ante esta inquietud consultamos a tres de los entrevistados sobre su opinión sobre la

posibilidad de que se modifique el Código Civil y se lo incluya entre los llamados a ejercer la tutela legal. Si bien los especialistas expresaron estar de acuerdo con esta propuesta, uno de ellos señaló que no debía colocarse como primero en un orden de prelación, sino que debería ser incluido entre los llamados a ejercerla, pues consideraba que el niño, niña o adolescente podría tener mayor apego con otros parientes como los abuelos.

En este aspecto, dada la trayectoria de los especialistas consultados quienes, aunque con especificaciones diferentes sobre la prelación, concuerdan con nuestra propuesta de incluir al padre afín como candidato a ejercer la tutela legal, corroboramos que es factible que se modifique el artículo 506 del Código Civil y que se comprenda al padre afín como llamado a ejercerla.

Como adelantamos en las bases teóricas de esta investigación, la tutela es una institución destinada a proteger a los niños, niñas y adolescentes que no se encuentren dentro del ámbito de la responsabilidad parental, ya sea porque los progenitores han fallecido, o porque han sido privados de ella; por lo que consideramos que la tutela legal es una fórmula de solución para asegurar el hijo o hija pueda quedar bajo la protección del padre afín.

Si bien es cierto el artículo 508 del Código Civil establece la tutela dativa “A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo”, ésta se ejerce a través del nombramiento de tutor por parte del consejo de familia, lo que implicaría que éste sea previamente instalado, constituyendo una barrera legal para que el padre afín pueda directamente solicitarla, retrasando así el nombramiento de la persona que se va a responsabilizar del cuidado del niño, niña o adolescente.

5.11 Afectación al Interés superior del niño

La sociedad y el Estado tienen el deber de garantizar la realización de los derechos de la infancia y la adolescencia, por ello el Interés superior del niño es el horizonte al que debe apuntar su actuar, no sólo en la resolución de conflictos en los que esté involucrado un niño, una niña o adolescente, sino también en la elaboración de normas y políticas públicas que favorezcan a su desarrollo; de acuerdo con Plácido (2016), el Interés superior del niño es un criterio de control “para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado” (p. 89) y un criterio de solución que “implica que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución” (p.89).

De las respuestas obtenidas en las entrevistas, podemos advertir que la mayoría de entrevistados considera que el Interés superior del niño se ve afectado por el vacío normativo en cuanto a los derechos y deberes del padre afín. Si bien la pregunta formulada para conocer la opinión de los especialistas era de qué forma consideran que se afecta el Interés superior del niño por esta falta de regulación, hemos podido verificar en algunas respuestas a otras preguntas, una preocupación en cuanto que los operadores de justicia van a desestimar pretensiones que no se encuentran reguladas expresamente en las normas.

En ese sentido, el Especialista 1 indicó directamente que no consideraba que el Interés superior del niño se afecte por la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín, sin embargo, afirmó que no todos los jueces o fiscales pensaban de la misma forma y que “podrían no coincidir con realmente

proteger el Interés superior del niño”; por lo que, de acuerdo a nuestra opinión, en el desarrollo de su respuesta se aprecia que sí considera que se produce esta afectación.

Por su parte, aunque no fue en esta pregunta específica, cuando consultamos al Especialista 2 acerca de la preservación del lazo afectivo luego de la ruptura de la relación, señaló que en ocasiones la falta de regulación puede promover situaciones injustas y que, por ejemplo, “en el caso de la tenencia que podría ser solicitada por el padre afín, asumo que es más probable que en el caso que alguien lo plantee, al no estar regulado de manera supletoria como sí lo está el régimen de visitas, desestimen la demanda de todas maneras”.

Ese razonamiento es compartido por el Especialista 3, quien señala que el vacío normativo materia de esta investigación afecta al Interés superior del niño, lo que se observa en su respuesta a la pregunta 2, señala que en caso que el padre afín solicite la tenencia, los jueces se cierran en sus criterios y rechazan las demandas por considerar que no hay legitimidad.

Igualmente, el Especialista 7, cuando respondió a la pregunta referente a la preservación del lazo afectivo luego de la ruptura señaló que “inclusive habiendo, por ejemplo, muy buena relación con los abuelos, por ejemplo, no te dan el régimen de visitas extendido si no lo pides, cuando realmente debería estar escrito hasta tal grado de consanguinidad, entonces, para que extiendan el régimen hay que pedirlo, porque no está, está regulado de tal forma, que no es como que fuera una cuestión de pedido, los jueces, se atienen al texto, a la norma (...)”.

Los planteamientos hasta aquí expuestos nos llevan a la reflexión en torno a la indeterminación del Interés superior del niño pues, como hemos señalado,

al ser un concepto jurídico indeterminado tiene como ventaja el ser “multicomprendido” para ajustarse a distintas situaciones que lo requieran, sin embargo, la desventaja es que los llamados a interpretarlo van a basarse en sus creencias y experiencias personales y, por qué no decirlo, en sus propios prejuicios, por tal motivo; es altamente probable que un Juez rechace una demanda de tenencia interpuesta por el padre afín por falta de legitimidad para obrar o que ésta, o la petición de un régimen de visitas, no sea materia de conciliación extrajudicial.

Entonces, se vulnera el derecho del niño, niña o adolescente a crecer y vivir en familia, en nuestras bases teóricas planteábamos el caso en que un hijo es criado por su madre y el otro progenitor ha fallecido, tiene discapacidad absoluta o está ausente; ¿qué ocurre si la madre fallece?, ¿podría solicitar la tenencia?, si los jueces optaran por aplicar control de convencionalidad podrían dar trámite a esa demanda, sin embargo, como señalan los especialistas, los jueces y fiscales en muchas ocasiones rechazan solicitudes que no están expresamente reguladas en la normativa.

A propósito de ello, dos de los especialistas compartieron casos de la vida real manteniendo el anonimato de las partes:

- Caso 1

Una familia conformada por una madre viuda, su hija y su segundo cónyuge, procrean una segunda hija y la madre fallece durante el parto.

Fallecida la madre, el padre afín cumplía un rol sustitutivo, se hacía cargo de los cuidados de su hija, pagaba el colegio, el seguro de salud y atendía todas sus necesidades, desarrollándose un fuerte vínculo afectivo que era incluso reconocido por los abuelos maternos.

El padre afín fue trasladado al extranjero por motivos de trabajo y no le fue otorgado el permiso de viaje necesario para poder llevar a su hija afín fuera del país viéndose obligada a separarse de su figura paterna y de su hermana, quedando a cargo de los abuelos maternos quienes daban fe de que lo mejor para la niña era estar a cargo de su padre afín.

Esta suerte de “batalla legal” inició cuando la niña tenía aproximadamente 12 años de edad y, cuando llegó a los 17 años el órgano jurisdiccional no otorgó el permiso de viaje que necesitaba para poder vivir con su familia en el extranjero y, finalmente se le recomendó al padre afín que la adopte.

- Caso 2

Aunque, no se trata del tema concreto de esta investigación, una madre embarazada vive con el padre de su bebé en casa de la abuela materna y, dado que esta última se encontraba en condiciones de proveer a la familia, el padre trabajaba solo eventualmente.

A los pocos meses de nacido el niño, le detectan un cáncer muy avanzado a la madre, y en este proceso de la enfermedad, el padre abandonó la casa, negándose a ayudar a la y atenderle.

Fallecida la madre biológica el niño quedó bajo el cuidado de su abuela materna, mientras que el padre no se hizo responsable ni afectiva ni materialmente del niño; motivo por el cual, cuando finalizaba el niño, ella lo demanda por alimentos; pretensión que fue desestimada por el Juzgado de Paz Letrado por considerar que no tenía legitimidad activa, señalando que en primer lugar debía solicitar la tutela de su nieto.

En ambos casos expuestos por los especialistas se aprecia que en ocasiones, los jueces rechazan las demandas que contienen pretensiones no

contempladas expresamente en las normas y; aunque el segundo ejemplo no versa precisamente sobre el tema de investigación de esta tesis, son muestra de las situaciones injustas que se suscitan ante los vacíos normativos, lo que constituye una afectación al Interés superior del niño, pues se vulnera en primer lugar su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que es

(...) derecho que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expediría una resolución fundada en Derecho con probabilidad de ejecución (Priori, 2003, p. 280).

En efecto, por cada resolución que se rechaza una pretensión que no esté estipulada de forma expresa en la normativa, afectado el derecho del niño, niña o adolescente no acceda a la tutela jurisdiccional efectiva y, por lo tanto, se habrá perjudicado su interés superior.

Por su parte, el Especialista 2 señaló que la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín afecta el principio de no discriminación, ya que, existen normas y fórmulas de solución legales para niños que tienen padres legales con deberes y derechos, lo que no ocurre con los niños que no se encuentran en esa situación. Respecto a este punto podemos señalar que este vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín constituye una afectación al derecho de igualdad y a la no discriminación, entendiendo a la igualdad como el derecho a “ser tratado igual que los demás en función de hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por tal, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades.” (García, 2008, p. 114).

En ese sentido, el vacío normativo respecto a los derechos y deberes del padre afín afecta la igualdad entre los hijos consagrada en el artículo 6 de la

Constitución Política del Perú que, además, constituye un incumplimiento de la obligación que tiene el Estado a tomar medidas adecuadas para garantizar que los niños tengan una efectiva igualdad de oportunidades como lo establece la Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño no consiste en la sola prohibición de las formas de discriminación sino, que igualmente les exige adoptar medidas idóneas “para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención. Ello puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real” (Párr.41).

¿Qué ocurre en el caso peruano?, al no existir un marco legal adecuado, los hijos e hijas afines se ven limitados en el ejercicio de sus derechos, lo que se ve reforzado por los prejuicios sociales como el caso del padre afín a quien se le cuestionó la posibilidad de conformar la APAFA de lo colegio de los hijos de su pareja (Expediente 02478-2008-PA/TC) o el despedir a un trabajador por incluir a su hija afín en la EPS (Expediente 01204-2017-PA/TC), hasta la tutela jurisdiccional efectiva que incluye el derecho a ser escuchado.

Respecto al derecho a ser escuchado, concordamos con lo señalado por el Especialista 3, quien señala que al no ser posible presentar una demanda como por ejemplo de tenencia, al niño, niña o adolescente no se le va a escuchar en un proceso judicial; con ello coincide el Especialista 4 que afirma que se prescinde de su opinión y, por ende, de su derecho de participación en las decisiones que se adopten en asuntos que le conciernen.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Culminada la presente investigación, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

6.1 Conclusiones

1. El impacto de los postulados sobre la igualdad y la dignidad contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha motivado a que la familia en sí misma no sea concebida como titular de derechos; sin embargo, la familia es el seno donde las personas se desarrollan y son éstas quienes se van a beneficiar con la protección del Estado y la sociedad; tan es así que dicho documento reconoce que la paz y la justicia en el mundo están basadas en el respeto a la dignidad y a los derechos “iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, es decir, que no se señala que la familia como institución sea sujeto de derecho sino que lo son sus integrantes, lo que tiene sentido, pues sin sus miembros la familia no existiría.
2. La familia no es una organización con una estructura inalterable, sino que es versátil y, al tener los seres humanos diferentes formas de organizarse basándose en sus afectos y proyectos de vida en común, no es posible continuar hablando de “familia en singular” sino de “familias en plural”.
3. Dada la fragilidad de la estructura de las llamadas familias ensambladas por haberse constituido a raíz de una experiencia dolorosa como lo puede ser la viudez, un divorcio, una separación o el abandono (entre otros motivos), el Estado debe impulsar normas claras que permitan

esclarecer los derechos y deberes de sus integrantes, para evitar la imprecisión en cuanto a los roles que van a cumplir, respondiendo a las necesidades de los sujetos que las conforman.

4. Los términos “familias ensambladas”, “familias reconstituidas” o similares son peyorativos y deben ser reemplazados por “familias afines”, el que denota la relación que se conforma entre padres e hijos afines como lo han sugerido dos de los especialistas entrevistados.
5. Cuando la Corte Interamericana, en sus sentencias y sus Opiniones Consultivas, señala que la Convención Americana de Derechos Humanos es un instrumento vivo que debe aplicarse “a la luz de los cambios sociales” y que no protege un único modelo de familia, podemos afirmar que está realizando un reconocimiento de las familias afines.
6. La Constitución Política del Perú establece que “el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio” (artículo 5), lo que nos lleva a concluir que no impone un solo tipo de organización familiar, por ende, debe entenderse un concepto amplio de la misma que dé cabida a otras formas de organización familiar entre ellas a las familias afines, lo contrario sería discriminatorio para sus integrantes.
7. Aunque en el “Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021”, la ley N.º 28542 y el decreto legislativo N.º 1297, respectivamente, hacen mención a las “familias reconstituidas”, las “familias en plural” las “familias de origen”; nuestro ordenamiento jurídico contempla a las familias afines de manera aislada e insuficiente, sin un desarrollo normativo que determine las pautas de control social que van a guiar las relaciones entre sus integrantes.

8. El Tribunal Constitucional peruano, al reconocer expresamente a las familias afines como estructuras familiares con una identidad propia, es consecuente con los nuevos paradigmas del derecho de familia y con la idea de que las familias no son estructuras inmutables sino que, más bien, son cambiantes conforme evoluciona la sociedad; indicando además que la existencia de estas familias no se encuentra supeditada al matrimonio, sino que igualmente se pueden constituir a partir de una unión de hecho en donde al menos uno de los integrantes de la pareja tenga uno o más hijos de una relación anterior.
9. Se deduce del artículo 237 del Código Civil que entre padres e hijos afines existe parentesco por afinidad en primer grado y línea recta y, en caso de las uniones de hecho, la Ley 30364 señala como sujetos de protección a los “padrastrós” y “madrastras” sin hacer referencia a que se trate de un matrimonio o un concubinato, por tal motivo se deduce de dicha norma que el reconocimiento del parentesco por afinidad entre padres e hijo afines en estas uniones.
10. El Tribunal Constitucional peruano reconoce el parentesco por afinidad entre padres e hijos afines conforme al artículo 237 del Código Civil y, de la misma forma, se infiere el reconocimiento de este parentesco en la unión de hecho en la sentencia emitida en el expediente 2478-2008-PA/TC donde afirma que las familias ensambladas surgen del matrimonio o de las uniones de hecho.
11. El Tribunal Constitucional peruano aporta en las sentencias analizadas los requisitos que deben estar presentes para considerar la existencia de una relación padre afín – hijo afín, los que, en concordancia con lo

expresado por los entrevistados, son la convivencia, “cierta estabilidad”, publicidad, reconocimiento y pertenencia a una unidad familiar autónoma.

12. Los términos “padrastro” y “madrastra” connotan a personas malvadas que maltratan de diversas formas, o en todo caso carecen de interés y afecto por los hijos o hijas de sus parejas, lo cual conlleva a que el sentido que se les da sea contrario al afecto, los cuidados y la crianza de los niños, niñas o adolescentes y que, perduran en el tiempo y continúan siendo empleados en nuestro ordenamiento jurídico (Ley 30364), por los operadores de justicia e incluso por el Tribunal Constitucional; siendo ello así y, estando de acuerdo con la doctrina mayoritaria, deben ser reemplazados por las denominaciones “padre afín” o “madre afín” que denotan el parentesco por afinidad que surge con los hijos de su pareja conformando una familia afín.

13. El rol del padre afín depende de la situación de cada familia, este rol será sustitutivo cuando el padre legal haya fallecido, se encuentre ausente o impedido de ejercer la responsabilidad parental para que de esa forma el padre afín cumpla con las obligaciones que correspondían a aquél y; será complementario en aquellos contextos en los que el padre legal está presente en la vida de los hijos y cumple sus obligaciones; en este caso, su nivel de colaboración va a depender del grado de participación del padre legal en la crianza del hijo o de la hija.

14. En el Perú existe un vacío normativo sobre los derechos y deberes del padre afín, únicamente se vislumbra cierto reconocimiento de esta figura en el Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP cuando alude a los

cuidadores y cuidadoras de los niños, niñas y adolescentes, en la ley 30364 que incluye a los “padrastrós” y “madrástras” como sujetos de protección en situaciones de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar y, en la Ley 31041 que establece un seguro oncológico al “trabajador por familia que tenga un menor de 18 años que sea diagnosticado con cáncer” sin especificar que tenga que ser su hijo biológico. Sin embargo, no tenemos una norma que establezca cuáles son los derechos y deberes del padre afín ni el rol que va a cumplir dentro de la familia en beneficio de los hijos o hijas de su pareja.

Este vacío normativo está reconocido por el Tribunal Constitucional peruano que, en las sentencias emitidas a propósito de los expedientes 09332-2006-PA/TC Y 04493-2008-PA7TC y, dada la falta de regulación únicamente se ha pronunciado respecto al cumplimiento de obligaciones como la alimentaria, pero como una manifestación de la solidaridad y no por un deber legal como miembro de la familia.

15. La figura del padre afín no se encuentra mencionada ni regulada en el Código Civil peruano como tampoco en el Código de los Niños y Adolescentes, lo que constituye un obstáculo para que los operadores de justicia den trámite o amparen solicitudes cuya finalidad sea defender o salvaguardar diversos derechos de los hijos o hijas afines, toda vez, que existe una tendencia a rechazar de plano solicitudes que no estén expresamente contempladas en las normas.

16. Los derechos y deberes del padre afín que deben ser expresamente reconocidos son los mismos que figuran en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes.

17. Es necesario diferenciar la “titularidad de la responsabilidad parental” de su ejercicio, dado que aquélla corresponde a los progenitores mientras que su ejercicio podría ser delegado a otras personas como el padre afín para que pueda ejercer los derechos y deberes que supone en favor de los hijos e hijas; al no estar establecida en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en el padre afín, se limita su actuación para facilitar el cumplimiento de los derechos y deberes de sus hijos e hijas afines, toda vez que, si tuviera que tomar una decisión en pro de su bienestar y desarrollo integral no podría hacerlo.
18. De acuerdo con la doctrina actual, la responsabilidad parental se ejerce en favor de los hijos, permitiendo que los padres puedan garantizar su desarrollo integral, por tal razón, al participar el padre afín en la crianza y proceso evolutivo de los hijos de su pareja, resulta contradictorio que este ejercicio no pueda ser delegado.
19. Nuestro ordenamiento jurídico no protege el lazo afectivo generado entre padre e hijo afín luego de la ruptura de la relación con que se conformó la familia afín, siendo insuficiente la regulación de la extensión del régimen de visitas a terceros contemplada en el artículo 90 del Código de los Niños y Adolescentes; en tanto los operadores de justicia pueden interpretar la norma de forma diferente en situaciones parecidas y, además, el no estar contemplado expresamente impide que sea materia de conciliación extrajudicial.
20. El vacío normativo respecto a los derechos y deberes del padre afín afecta al Interés superior del niño, en primer lugar, en su derecho a la

tutela jurisdiccional efectiva, en tanto los operadores de justicia tienden a rechazar solicitudes que no están contempladas expresamente en la normativa; en segundo lugar, en su derecho a la igualdad y no discriminación porque no se garantiza que los hijos que conforman la familia afín ejerzan o puedan exigir los mismo derechos, como por ejemplo, ir al mismo colegio; en tercer lugar, el derecho a ser escuchado pues, al no contemplarse legalmente pretensiones como por ejemplo la tenencia o el régimen de visitas (que implican a su vez el derecho a vivir y crecer dentro de una familia), el rechazo liminar por el órgano jurisdiccional conllevará a que el hijo o hija afín no pueda exponer su opinión y ejercer este derecho.

21. Al ser el Interés superior del niño un concepto jurídico indeterminado, pese a la ventaja que implica su flexibilidad, la falta de regulación expresa de los derechos y deberes del padre afín conlleva a que los operadores de justicia actúen de acuerdo a su criterio personal y, por qué no decirlo, con sus prejuicios, pudiendo generar situaciones injustas.

6.2 Recomendaciones

1. Resulta necesario que en nuestro ordenamiento jurídico se abandone la idea de la familia matrimonial nuclear como modelo ideal de organización familiar, debiendo adoptarse la noción de familias en plural conforme a los nuevos paradigmas del Derecho de Familia, a luz de los Tratados de Derechos Humanos que ha ratificado el Estado Peruano.

En ese sentido, aunque consideramos que existe un avance en la propuesta del anteproyecto de Reforma del Código Civil cuanto hace referencia a las diversas maneras de constituir familia, es indispensable

que se señale que la regulación de las familias tiene como objetivo la realización de los derechos de sus integrantes, por tanto, sugerimos que artículo 233 del Código Civil sea modificado de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 233.- Finalidad de la regulación de las familias.

La regulación jurídica de las familias y las diversas formas de constituir las tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, así como a la realización de los derechos de cada uno de los individuos que las integran, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú y en los Tratados de Derechos Humanos que han sido ratificados por el Estado Peruano.

2. Modificar el artículo 237 del Código Civil de acuerdo con la propuesta del Anteproyecto de Reforma, donde se plantea el reconocimiento del parentesco por afinidad en las uniones de hecho que cumplan con las condiciones que establece el artículo 326 de dicho cuerpo legal.
3. Incorporar la figura del padre y la madre afín dentro del Código Civil, por lo tanto, recomendamos que, dentro del parentesco por afinidad se incluya el artículo 237-A con el siguiente texto:

Artículo 237 – A.- Es padre afín o madre afín, el o la cónyuge o conviviente en unión estable de acuerdo a las condiciones del artículo 326, del padre o madre que se encuentra a cargo del cuidado personal cotidiano de su hijo o hija, niño, niña o adolescente.

El padre afín o la madre afín tiene el deber de cooperar con la crianza, cuidado y educación del hijo o hija de su cónyuge o conviviente, así como actuar en situaciones de urgencia. En casos de discrepancia con los titulares de la responsabilidad parental, prevalecerá el criterio de éstos.

4. Modificar el artículo 418 del Código Civil, sustituyendo el término “patria potestad” por el de “responsabilidad parental” y variar su texto conforme planteamos a continuación:

Artículo 418.- La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres y madres para el

cuidado y la protección de la persona y los bienes de sus hijos que no hayan alcanzado los dieciocho años de edad, para su desarrollo integral y la realización plena de sus derechos.

5. Modificar el artículo 419 del Código Civil de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 419.- La responsabilidad parental tiene por titulares en forma conjunta el padre y la madre, a quienes corresponde la representación de sus hijos.

Asimismo, el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser delegado en el padre afín, la madre afín u otro pariente cuando el Interés superior del niño lo requiera, para lo cual se requerirá homologación judicial siendo indispensable que el hijo o hija sea escuchado. El plazo máximo de delegación será de un año, pudiendo ser renovado por acuerdo con los padres homologado por el juez de familia escuchando al hijo o hija.

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental no implica la pérdida de su titularidad para los padres.

6. Incorporar en el Código de los Niños y Adolescentes los derechos y deberes del padre afín, incluyendo el artículo 74-A conforme al siguiente texto:

Artículo 74-A.- Son deberes y derechos de los padres afines y las madres afines:

- a) “Velar por su desarrollo integral”;
- b) “Proveer a su sostenimiento y educación” en condiciones de equidad con los demás hijos que conforman la familia afín;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Cuando el Interés superior del niño lo requiera, “tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuese necesario para recuperarlos”;
- e) “Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil”, para lo cual deberá previamente el ejercicio de la responsabilidad familiar de conformidad con el establecido por el artículo 419 del Código Civil (de acuerdo a nuestra propuesta de modificación).
- f) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieren, previa autorización del juez de familia en vía de proceso no contencioso, previa delegación de la responsabilidad parental de acuerdo a lo señalado en el artículo 419 del Código Civil;
- g) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en los artículos 419 y 1004 del Código Civil.

7. Modificar el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes conforme a lo que se sugiere a continuación:

Artículo 93.- Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos.

Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. El padre afín o la madre afín;
2. Los hermanos mayores de edad;
3. Los abuelos;
4. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y
5. Otros responsables del niño, niña o del adolescente.

8. Agregar un segundo párrafo al artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes con la finalidad de que al padre afín o la madre afín puedan solicitar judicialmente la tenencia:

Artículo 83.- (...)

En caso de fallecimiento, ausencia o imposibilidad de ejercicio de uno de los titulares de la responsabilidad parental y, siempre que el Interés superior del niño lo requiera, el padre afín o la madre afín podrá solicitar la tenencia, interponiendo la demanda respectiva acompañando las pruebas que sean pertinentes.

9. Señalar expresamente en el Código de los Niños y Adolescentes que el padre afín o la madre afín puede solicitar un régimen de visitas en caso de separación o divorcio, motivo por el cual sugerimos que se modifique el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes añadiendo el siguiente párrafo:

Artículo 88.- Los padres afines e hijos afines que dejen de convivir y, siempre que el Interés superior del niño lo requiera, tienen derecho a que se establezca un régimen de visitas, para lo cual se podrá interponer la demanda correspondiente con las pruebas pertinentes.

10. Modificar el artículo 506 del Código Civil conforme a la siguiente propuesta:

Artículo 506.- En caso que no exista tutor nombrado en testamento por medio de escritura pública, desempeñarán el cargo las siguientes personas, prefiriendo al que sea más idóneo:

1. El padre afín o la madre afín;
2. Los abuelos,
3. Los ascendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto.

REFERENCIAS

- Adrianzén, G. (2019). *La extensión del derecho alimentario a los hijos afines en la familia ensamblada* (tesis de maestría), Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú.
- Aguilar Llanos, B. (2014). Las nuevas tendencias del Derecho de Familia. *Foro Jurídico*, (13), 228-235. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13789>
- Alesi, M. (2015). Deberes y derechos de los padres (progenitores) e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada). *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental*, mayo, Buenos Aires, La Ley, 2015, 197-218. Recuperado de <http://marcelamascotena.com.ar/documentos/15.pdf>
- América Noticias. (5 de agosto de 2020). *Melissa Loza: Su hija Flavia le deja tierno mensaje a Roberto Martínez*. Obtenido de <https://www.america.tv.com.pe/noticias/espectaculos/melissa-loza-su-hija-flavia-le-deja-tierno-mensaje-roberto-martinez-n422276>
- Araúz, M. J. (2018). La autoridad parental de tránsito hacia la humanización de los derechos de la niñez y la adolescencia, cambio de paradigma. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 29 (1), 69-108. doi: 10.15359/rldh.29-1.4
- Amunátegui, C. (2006). El origen de los poderes del "Paterfamilias" I: El "Paterfamilias" y la "Patria potestas". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (28), 37-143. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100002>
- Barcia, R. (2018). La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres. *Ius et Praxis* (07172877), 24 (2), 469-512. doi: 10.4067/S0718-00122018000200469
- Basset, U (17 de agosto de 2015). La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín. *Revista Código Civil y Comercial*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/ursula-basset-responsabilidad-parental-frente-figura-progenitor-afin-dacf160462-2015-08-17/123456789-0abc-defg2640-61fcanirtcod?&o=1&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Document&t=86844>
- Basset, U. (2012). La "responsabilidad parental" del Código Argentino Proyecto. *Prudentia Iuris*. 74, p.88-97, Buenos Aires. Recuperado de <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2659/1/responsabilidad-parental-codigo-argentino-proyecto.pdf>

- Beltrán, P (2008). Análisis de la problemática socio jurídica de los hijos de las familias reconstituidas a la luz del Tribunal Constitucional. *JUS: Jurisprudencia* (3), 11-19.
- Belloso, N (2017). La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿idoneidad? de la mediación familiar. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. (X), 1-42. Recuperado de <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#WW/vid/769616429>
- Briozzo, M (2014). La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: ¿Superó la falta de lineamientos institucionales que determinan sus acciones? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio I. Gioja*”. 8(12), 26-46. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/viewFile/75/56>
- Bravo, D (2018). Relación directa y regular entre hijos y progenitores afines en caso de la ruptura de la familia reconstituida. En C. Domínguez. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia III*. Thomson Reuters. (p. 219-235). Santiago, Chile: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Recuperado de https://www.academia.edu/33650011/Relaci%C3%B3n_directa_y_regular_entre_hijos_y_progenitores_afines_en_caso_de_ruptura_o_t%C3%A9rmino_de_la_familia_reconstituida
- Cáceres, C (2019). Honrar la complejidad de las parejas reconstituidas. un mapa comprensivo y una propuesta terapéutica. *De Familias y Terapias*, 46, 83–106. doi: 10.29260/DFYT.2019.46E
- Calderón, J (2014). *La familia reconstituida en el Perú. Superando el vacío legal*. Lima, Perú: Adrus DL.
- Castro, O. (2012). Una ley para los tuyos los míos y los nuestros. *Lumen*, (8), 23-32.
- Castro, K. (2019). *Análisis de la naturaleza jurídica de las familias reconstituidas en el Perú: el establecimiento de los derechos y deberes en la relación de los padres e hijos afines y su regulación en el Código Civil* (tesis de maestría), Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú.
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2015). Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Argentina.
- Comas: detienen a hombre acusado de dopar y violar a su hijastra de 15 años (1 de marzo de 2020). *Expreso*. Recuperado de <https://www.expreso.com.pe/actualidad/comas-detienen-a-hombre-acusado-de-dopar-y-violar-a-su-hijastra-de-15-anos/>
- Comité de los Derechos del Niño. (Noviembre de 2005). Observación General N.º 7 Sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia. Recuperado de <https://plataformadeinfancia.org/wp->

content/uploads/2018/09/observacion-general-7-realizacion-derechos-nino-primer-infancia-2005.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (Mayo de 2013). Observación General N.º 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Recuperado de <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. (Diciembre de 2011). Observación General N.º 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. Recuperado de <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-20-aplicacion-derechos-nino-nina-durante-la-adolescencia-2016.pdf>

Comunidad de Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Dávila, P., y Naya, L. (2006). La evolución de los derechos de la infancia: una visión internancional. *Encuentros de educación*. (7), 71-73. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188>.

Decreto Legislativo N.º 1295. (25 de julio de 1984). Código Civil. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.

Decreto Legislativo N.º 1297. (30 de diciembre de 2016). Decreto Legislativo para la protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidado parentales o en riesgo de perderlos. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.

Decreto Supremo N.º 10-2012-ED. (3 de junio de 2012). Reglamento de la Ley N.º 29719, Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.

Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP. (1 de junio de 2018). Ley que establece parámetros y garantías procesales para consideración primordial del interés superior del niño. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.

De La Válgoma, M. (2013). *Padres sin derechos, hijos sin deberes. EL laberinto jurídico de la infancia*. Barcelona, España: Planeta.

Duplá, M. (2010) La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (717), 61-91. Recuperado de https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#search/*//la+autoridad+familiar+del+padras+tro+o+la+madrstra+en+la+legislaci%C3%B3n+aragonesa+dupla/WW/vi+d/81767262

Duplá, M. (2011). Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente. En N. Ginés

(Ed.), *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña* (735-746). Barcelona, España: J.M. Bosch Editor. Recuperado de <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#WW/vid/381987978>

El padrastro de James Rodríguez asume una salida del Real Madrid: "No le van a faltar ofertas". (15 de julio de 2020). *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/deporte-total/futbol-mundial/real-madrid-james-rodriguez-tendra-ofertas-aseguro-el-padrastro-del-volante-colombiano-nczd-noticia/>

Esborraz, D. (2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. *Revista de Derecho Privado*, (29), 15-55. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n29/n29a02.pdf>

Fernández, J. (2005) El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del Segundo Centenario. En: E. Febres (Ed.), *El derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda* (p. 151-190). Mérida, Venezuela: Universidad de los Andes. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/6554/>

Fernández, M (2013). *Manual de derecho de familia: Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo Editorial.

García, V (2008). El derecho a la igualdad. *Revista Institucional*, (8), 109-127. Recuperado de <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/260/el-derecho-a-la-igualdad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gobierno de Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Gonzalez, J (2016). *El progenitor afín y el cuidado personal del menor luego de la ruptura de la convivencia con el progenitor biológico* (tesis de pregrado). Universidad empresarial Siglo21, Buenos Aires, Argentina.

Grosman, C (2008). Los hijos en las familias reconstituidas. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/06/19/los-hijos-en-las-familias-reconstituidas/>

Grosman, C (2013). Sumar realidades familiares: la familia reconstituida en la reforma del Código Civil. *Revista Derecho Privado*, (6), 85-108. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140074-grosman-sumar_realidades_familiares_familia.htm

Hernández, Fernández y Baptista (2010). *Metodología de la investigación* (5° ed.). México: McGrawHill.

Herrera, M (2013). La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. formar para transformar. *Revista de Derecho Privado*, (6), 109-145.

Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/revistas/DERECHO_PRIVADO_A2_N6.pdf

- Inchiaqui, F. (2017). *Reconocimiento jurídico de la patria potestad del padre afín frente al hijo en Perú*. (tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo, Lima, Perú.
- Instituto Nacional de Estadística (2017). *Características de los hogares de madres y padres solos con hijos/as menores de 18 años de edad*. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1660/libro.pdf
- Jelin, E. (2007). Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales. En I. Arriagada (Coord.), *Familias y políticas públicas en América Latina: Una historia de desencuentros* (p. 93-124). Santiago de Chile: CEPAL, 2007.
- Jiménez, J. (2004). Evolución de la patria potestad en el derecho mexicano a partir del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 a la actualidad. *Revista de derecho privado* (8), 3-61. México. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=951043&orden=22140&info=link>
- Kemelmajer, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino. En A. Kemelmajer, D. Borillo, & J. Flores, *Los nuevos desafíos del derechos de familia* (p. 93-124). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni
- Krasnow, A (2019). La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(1), 71-94. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100071>
- Ley N.º 17823. Código de la infancia y la adolescencia. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay
- Ley N.º 27337. Aprueba el Nuevo Código *ruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.o de los Niños y Adolescentes. (21 de julio de 2000). *Diario Oficial El Pe*
- Ley N.º 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. (23 de noviembre de 2015). *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.
- Ley N.º 31041. Ley de urgencia médica para la detección oportuna y atención integral del cáncer del niño y del adolescente. (2 de setiembre de 2020). *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.
- Lloveras, N. y Salomón, M (2008). Los derechos humanos y el derecho de familia – Los nuevos paradigmas del siglo XXI. *Revista Escuela Judicial*. (6), 75-102. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/revs_ej/rev_ej_n6.pdf

- MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES (2016). *Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021*. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf>
- MYNERSKY, N (2012). El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia. *Pensar derecho*, (0), 69-116. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-impacto-del-proyecto-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-instituciones-del-derecho-de-familia.pdf>
- Notrica, F., & Rodríguez, M (2014). Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. En M. Graham, & M. Herrera, *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* (p. 133-155). Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/DERECHO%20DE%20LAS%20FLIAS%20compl%20digital%20\(3\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/DERECHO%20DE%20LAS%20FLIAS%20compl%20digital%20(3).pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf
- Ormeño, M. (2018). *Obligación alimentaria subsidiaria del padre aún respecto los hijos afines, en el marco de las familias reconstituidas en el Perú, conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas durante los años 2006-2016* (tesis de maestría). Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú.
- Padilla, A (2019). *Los fundamentos sociales y jurídicos que sustentan el derecho de reclamar alimentos de los hijos afines en las familias reconstituidas en Perú* (tesis de maestría). Universidad Nacional de Trujillo, La Libertad, Perú.
- Padre y padrastro de una niña se unen para organizarle la mejor de las sorpresas. (21 de enero de 2019). *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/redes-sociales/facebook/facebook-viral-padre-padrastro-nina-amistad-familia-amor-fb-face-fotos-nnda-nnrt-noticia-601762-noticia/>
- Picontó, T. (2016). Fisuras en la Protección de los Derechos de la Infancia || Cracks in the Protection of the Rights of the Child. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (33), 133-166. doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.33.8258>
- Piura: Niño de 3 años agredido por su padrastro se recuperó de sus lesiones y abandonó hospital. (26 de setiembre de 2020). *El Comercio*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/peru/piura-nino-de-3-anos-agredido-por-su>

padraastro-se-recupero-de-sus-lesiones-y-abandono-hospital-pnp-nnpp-noticia/

- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*, (71), 77-108. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8898>
- Plácido, A. (2016). El principio del interés superior del niño. Material auto instructivo. *Academia de la Magistratura*. Recuperado de [http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/588/MANUAL%20CURSO%20INTER%20C3%89S%20SUPERIOR%20DEL%20NI%C3%91O%20\(1\).pdf?sequence=4](http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/588/MANUAL%20CURSO%20INTER%20C3%89S%20SUPERIOR%20DEL%20NI%C3%91O%20(1).pdf?sequence=4)
- Pradilla, J. (2011) Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. *Estudios Socio-Jurídicos*. 13(1), 329-348. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1509/1411>
- Priori, J (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *IUS ET VERITAS*, 13 (26), 273-292. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248>
- Puentes, A (2014). Las familias reconstituidas: un acercamiento desde el derecho de familia. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*. (6), 58-82. Recuperado de http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef6_4.pdf
- Puigbó, M. (18 de agosto de 2015). La responsabilidad parental y la concepción de los niños como sujetos de pleno derecho. Un acertado y esperado cambio de paradigma expresado en la terminología legal del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Tu espacio jurídico*. Obtenido de <https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2015/08/18/doctrina-destacada-sobre-responsabilidad-parental-y-la-concepcion-de-los-ninos-como-sujetos-de-pleno-derecho/>
- Ramos, B. (2016). Regulación legal de la denominada familia reconstituida. *Revista De Derecho*, (1), 189-207. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i1.861>
- Ramírez, B. (2019). Derecho de familia y procesos constitucionales: apuntes teóricos y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. *Pensamiento Constitucional*; 23(2018); 119-155. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20950/20642>
- Rea-Granados, S. (2016). Evolución del derecho internacional sobre la infancia. *International Law*, (29), 147-192. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il14-29.edis>

- Rivas, A (2012). El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas. *Portularia: Revista de Trabajo Social*, 12(2), 29–41. Recuperado de <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.5218/PRTS.2012.0042>
- Rodríguez, K (2016). El reconocimiento de las relaciones jurídicas entre padrastros o madrastras con sus hijastros o hijastras. *Revista de Derecho Puertorriqueño*. (1), 169-190.
- Rodríguez, R. (2018). *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170691/34%20Instituciones%20del%20derecho%20familiar%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sánchez, H. Reyes, C. y Mejía, K (2018). Manual de términos en investigación científica, tecnológica y humanística. Lima, Perú: Universidad Ricardo Palma. Recuperado de <https://www.urp.edu.pe/pdf/id/13350/n/libro-manual-de-terminos-en-investigacion.pdf>
- Sánchez, S (2020). Cambio de paradigmas en el derecho de familia. *Cuadernos Del Claeh*, 39(111), 153-165. <https://doi.org/10.29192/claeh.39.1.8>
- Solari, N. (2017). La figura del progenitor afín. *La Ley*(2017 E), 696-703. Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2019/08/Doctrina4325.pdf>
- Torre, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (18), 117-137. <https://dx.doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- Torre Cuadra, S (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(16), 131-157. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2016.16.523>
- Tribunal Constitucional. (30 de noviembre de 2007). Sentencia recaída en el expediente N ° 09332- 2006-PA/TC - Lima. Reynaldo Armando Shols Pérez. Lima, Perú: Tribunal Constitucional.
- Tribunal Constitucional. (11 de mayo de 2009). Sentencia recaída en el expediente N ° 02478-2008-PA/TC – Lima Norte. Alex Cayturo Palma. Lima, Perú: Tribunal Constitucional.
- Tribunal Constitucional. (30 de junio de 2010). Sentencia recaída en el expediente N ° 04493-2008- PA/TC – San Martín. Leny de la Cruz Flores. Lima, Perú: Tribunal Constitucional.
- Tribunal Constitucional. (01 de octubre de 2018). Sentencia recaída en el expediente N ° 01204-2017- PA/TC – Lima. Manuel Andrés Medina Menéndez. Lima, Perú: Tribunal Constitucional.

- Varsi, E. (2011). Tratado de derecho de familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia (t.1). Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Recuperado de https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5230/Varsi_nueva_teor%C3%ADa_institucional_jur%C3%ADdica_familia.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Varsi, E. (2011). Tratado de derecho de familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia (t.3). Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Recuperado de https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5256/Varsi_derecho_familiar_patrimonial.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Varsi, E. y Chávez, M. (2010). Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *Actualidad jurídica*, (200), 57-64. Recuperado de <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/3289>
- Varsi, E. y Chávez, M (2018). La multiparentalidad – la pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico. *Revista de derecho y genoma humano* (48), 133-157. Recuperado de <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#WW/vid/757681205>
- Vega, Y. (2008) La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia reconstituida y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho. *Gaceta del Tribunal Constitucional* (10). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/df0f1b8046e11e799caa9d44013c2be7/La+ampliaci%C3%B3n+del+concepto+de+familia+por+el+Tribunal+Constitucional.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=df0f1b8046e11e799caa9d44013c2be7>
- Vega Mere, Y (2010). El nuevo rostro de la familia. Cuadros de una exposición. *Foro Jurídico*, (11), 26-38. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18571>
- Oliva, E., Villa, V (2014) Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20. Recuperado de [file:///C:/Users/Daniela/Downloads/Dialnet-HaciaUnConceptoInterdisciplinarioDeLaFamiliaEnLaGl-5995439%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Daniela/Downloads/Dialnet-HaciaUnConceptoInterdisciplinarioDeLaFamiliaEnLaGl-5995439%20(2).pdf)
- Ventanilla: Sentencian a padrastro por tocamientos indebidos a hijastra de 9 años. *Perú 21*. Recuperado de <https://peru21.pe/lima/policiales/ventanilla-sentencian-a-padrastro-por-tocamientos-indebidos-a-hijastra-de-9-anos-nczp-noticia/>
- Zumarán, M (2014). *El derecho a la salud de los hijos afines en las familias reconstituidas del Perú* (tesis de maestría). Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, Perú.

APÉNDICES

- A : MODELO DE CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO
- B : MODELO DE SOLICITUD DE JUICIO DE EXPERTOS
- C : GUÍA DE ENTREVISTA



APÉNDICE A

MODELO DE CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

La presente investigación es conducida por Ursula Vilma Bazán Dobbertin. El objetivo de este estudio es establecer cómo se afecta el interés superior del niño ante el vacío normativo por la falta de regulación expresa de derechos y deberes del padre afín.

Si usted desea participar en este estudio, se le solicitará participar en una entrevista vía zoom con una duración de 45 minutos de su tiempo aproximadamente. La participación en este estudio es estrictamente voluntaria. La información que se recoja no se usará para ningún otro propósito fuera de la investigación y sus opiniones serán debidamente citadas cada vez que sean mencionadas a lo largo de la tesis. La entrevista será grabada y sus respuestas serán transcritas textualmente.

Esta investigación permitirá brindar información sobre la disposición hacia el pensamiento crítico, sobre la base de la honestidad y objetividad en la búsqueda de la verdad, así como reconocer el derecho de los demás, en termino de respeto y tolerancia; por lo cual, tu participación será muy valorada y apreciada.

Si tiene alguna duda sobre este proyecto o desea mayor información puede contactarse al siguiente correo ursula.bazand@unife.pe. Asimismo, puede retirarse en cualquier momento sin que eso lo perjudique en ninguna forma.

Desde ya le agradecemos su participación

Luego de haber recibido información de la investigación conducida por Ursula Vilma Bazán Dobbertin, acepto participar voluntariamente. Reconozco que la información que proporcione en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de este estudio sin mi consentimiento.

APÉNDICE B

MODELO DE SOLICITUD DE JUICIO DE EXPERTOS

Lima, 12 de mayo de 2021

Sra. Dra.
Gloria Acosta Álvarez
Coordinadora de la Maestría en Derecho
de la UNIFE
Presente. -

De mi consideración:

Me es grato dirigirme a usted a fin de saludarle cordialmente y presentarme como egresada del Programa Maestría en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia de la Escuela de Posgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón - UNIFÉ, y a su vez informarle que me encuentro desarrollando mi tesis titulada “El Interés Superior del Niño ante el vacío normativo de la regulación del padre afín” y, para complementar mi investigación, requiero entrevistar a especialistas en Derecho de Familia, con la finalidad de obtener sus opiniones respecto a la necesidad de regular expresamente los derechos y deberes del padre afín en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal sentido, agradeceré se admita el trámite de validación de entrevista, para lo cual adjunto el correspondiente consentimiento informado (Anexo1), guía metodológica (Anexo 2), y la guía de entrevista (Anexo 3), con las que se pretende señalar si las preguntas que en ella figuran son idóneas para analizar cómo se afecta el Interés Superior del Niño ante la falta de regulación expresa de los derechos y deberes del padre afín. En caso de considerar que las preguntas deban ser mejoradas, sírvase brindar sus comentarios en la columna de observaciones.

Agradeciendo de antemano su gentil colaboración, hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi estima personal.

Atentamente,

Ursula Vilma Bazán Dobbertin

APÉNDICE C

GUÍA DE ENTREVISTA

Nombres y apellidos :
Cargo que desempeña actualmente :
Experiencia laboral :
Experiencia docente :

El objetivo de la entrevista es conocer su opinión respecto de si la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín afecta el Interés Superior del Niño.

1. ¿Cuál es su opinión respecto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la necesidad de regular a las familias reconstituidas?
2. ¿Qué denominación le daría usted a este tipo de familias?
3. ¿Qué características considera usted deberían estar presentes para considerar la existencia de una relación padre-hijo afín?
4. ¿Qué opinión le merece el uso del concepto padrastra o madrastra -entendido?
5. Desde su punto de vista, ¿cuáles son los derechos y deberes del padre afín que requieren ser reconocidos expresamente en el Código Civil?
6. ¿Cuáles considera usted son los derechos y deberes del padre afín que requieren ser reconocidos expresamente en el Código de los Niños y adolescentes?
7. ¿Qué rol debería cumplir el padre afín para facilitar el ejercicio de los derechos de sus hijos afines?
8. Desde su punto de vista, ¿en qué supuestos se podría delegar la responsabilidad parental en el padre afín?
9. ¿De qué forma nuestro ordenamiento jurídico debería garantizar la prevalencia del vínculo afectivo entre padre e hijo afín en el supuesto de la ruptura de la relación con la que se conformó la familia reconstituida?
10. ¿De qué manera considera usted que el Interés Superior del Niño puede resultar afectado por la falta de regulación de los derechos y deberes del padre afín?
11. ¿Desea agregar alguna apreciación personal?