

LA CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA A LA LUZ DE LAS NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS¹

THE CONCEPTION OF THE FAMILY IN LIGHT OF NEW TRENDS AND LEGISLATIVE JURISPRUDENTIAL

Hubert Edinson Asencio Díaz²

SUMARIO : I. Estado de la Cuestión. II. Panorama normativo de la familia posterior a la dación del código civil. 2.1. Modelo constitucional de Familia. 2.2. Legislación Infraconstitucional que involucra un cambio en la Concepción Familia. III. Jurisprudencia que involucra un cambio en la Concepción de Familia. IV. Concepción de la Familia en la Legislación y Jurisprudencia posterior a la dación del Código Civil. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

SUMMARY: I. State of the Question. II. Regulatory landscape after the enactment of the civil code family.

2.1. Constitutional Model Family. 2.2. Infra-constitutional legislation which involves a change in the Concepcion family. III. Decisions involving a change in the conception of family. IV. Conception of the Family in the post-enactment of the Civil Code Law and Jurisprudence. V. Conclusions. VI. References.

RESUMEN

El presente artículo jurídico analiza acerca del sentido de juridicidad de la familia a partir de los cambios producidos en la legislación, en especial en el ámbito infra constitucional y a raíz de las sentencias expedidas por nuestro Tribunal Constitucional, no pretendiendo con ello solucionar la problemática que acerca de la concepción de familia ha traído consigo el pretender asimilar a nuestro ordenamiento jurídico los fenómenos sociales que actualmente circundan su panorama a raíz de los otros tipos de hogares como la familia reconstituida, que surge como consecuencia del rompimiento de otras familias; el reconocimiento de nuevos lazos que generan parentesco como la crianza de hecho, entre otros fenómenos; que ha traído consigo que la concepción de la familia plasmada en la normatividad civil, se vea trastocada a la luz de la realidad social con la que se presenta esta institución actualmente.

Palabras clave: Concepción de Familia, legislación y jurisprudencia.

ABSTRACT

The present juridical article analyzes brings over of the sense of legality of the family from the changes produced in the legislation, especially in the area infra constitutional and immediately after the judgments sent by our Constitutional

¹ Este artículo, originalmente fue una ponencia, preparada para el Congreso Binacional de Derecho Civil "Nuevas Perspectivas del Derecho de Familia e Infancia", 2013, organizado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.

² Abogado. Maestro en Derecho. Fiscal Adjunto Provincial Civil y Familia de Cajamarca. E-mail: head47@hotmail.com.

Court, not claiming with it to solve the problems about the concept of family has brought to pretend assimilate into our legal system the social phenomena that surround its outlook now following the other types of homes such as blended family, which arises as consequence of the breach of other families; the recognition of new bows that generate kinship as the upbringing fact, between other phenomena; that has brought with it that the conception of the family that has resulted in the civil regulations, will be disrupted in the light of the social reality that is currently presented.

Key Words: Conception Family, Law and jurisprudence

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

A raíz de que ningún instrumento normativo nacional, llámese Constitución Política, Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes; o, internacional, téngase como tales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros, proporcionan un concepto unívoco de familia, el tema de la concepción de familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, los cuales –como es comprensible- han aplicado en su análisis las categorías propias del derecho privado; llegando a ser uno de los temas que más se discute.

La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos.

Desde una perspectiva jurídica tradicional la familia “*está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio³, en la filiación y en el parentesco*” (Bossert, 1998, p. 6).

Asumiendo dicha perspectiva nuestro vetusto Código Civil⁴ concibe a la familia como “*aquella comunidad de personas iniciada o basada en el matrimonio de un hombre y una mujer, destinada a la realización de la generación humana, a la ayuda y auxilio recíproco y al desarrollo personal y económico del grupo, integrada, bajo una autoridad directiva, por quienes se hallan unidos por un afecto natural, derivado de la relación de pareja, de la filiación y, en última instancia, del parentesco*”.

Al haberse constitucionalizado la protección de la familia, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere de un enfoque realizado desde el derecho público, esto supone que algunos de los conceptos con los que tradicionalmente se ha estudiado a la familia en el derecho civil, no sean aplicables en el contexto actual.

Y, es así, que la familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico (Brena, 2004, p. 743). Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una familia “*es un grupo de personas directamente ligadas por*

³ En la antigua Roma el matrimonio fue monogámico y también fue en principio cum manum, en el cual la mujer pasaba en calidad de hija a la familia del marido. Luego, en un avance mínimo, se reguló el matrimonio sine manu, donde la mujer quedaba en su familia de origen, pero la manus se plasmaba en un poder que da al marido una autoridad sobre la mujer igual a la que tiene el padre sobre los hijos. (Herrera Paulsen, 2002, p. 47). La familia romana estaba constituida bajo el tipo patriarcal; el hijo es extraño a la familia de la madre y la autoridad absoluta pertenece al pater familias, el que es un sui juris, dueño de su persona física y tiene personalidad jurídica, así como un patrimonio. Al contrario, el alieni juris carece de personalidad jurídica, su persona física y su patrimonio depende de otro. Los efectos de matrimonio son los mismos en lo tocante a las relaciones de padre a hijos (relación de dependencia y sujeción a la autoridad del padre). Es a través de una larga evolución histórica que los hombres se fueron emancipando de los grupos a los que pertenecían; así como la mujer fue adquiriendo mayores derechos hacia la consolidación de la igualdad de género. Se trata de un proceso que podríamos llamar de integración social.

⁴ Véase la sección primera del Libro III, del Código Civil –Derecho de Familia-, referente a las disposiciones generales (artículo 223° al 248°).

nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad de cuidado de los hijos"; asimismo refiere que la familia nuclear es aquella que "consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados", y al hablar de familia extensa, la entiende como aquella en la cual "además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo" (Giddens, 1998, p. 190).

Por lo que es ante ese panorama, que quienes laboramos día a día con normas referentes a la familia; no nos ha sido difícil advertir que el *continuo crecimiento de normas* que atañen a la familia responde a motivaciones distintas.

Así tenemos que las últimas leyes sobre el divorcio y la promoción de la conciliación familiar, y derecho sucesorio entre uniones de hecho, se han dado buscando mayores espacios a decisiones propias de los componentes del grupo familiar, en ese sentido el bloque complementario de disposiciones se relaciona más con la situación de los menores y de las mujeres tanto por la violencia que se ha descubierto en los hogares como a la necesidad de arbitrar soluciones que son adoptadas por el Juez cuando las partes no llegan a ningún resultado en un proceso que trasunta la debacle familiar.

Estos cambios legislativos en la familia siguen propiciando que el Estado se inmiscuya al interior de ella, mientras que los cambios relacionados con la disolución de la familia se acercan más a una suerte de privatización de aquélla.

Vemos entonces, que la familia ha sufrido importantes variaciones en las últimas décadas, el aumento de divorcios, la disminución de la tasa de natalidad, el crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, entre otros fenómenos sociales han contribuido al cambio de las pautas organizativas del núcleo familiar. Y si a ello agregamos que los intensos movimientos sociales surgidos en los años sesenta y setenta, formados en alguna medida por estudiantes y militantes feministas que aún siguen vigentes, expusieron y siguen exponiendo una visión más cruda de las realidades familiares, que dejaron de verse rodeadas de romanticismo para empezar a ser notablemente cuestionadas.

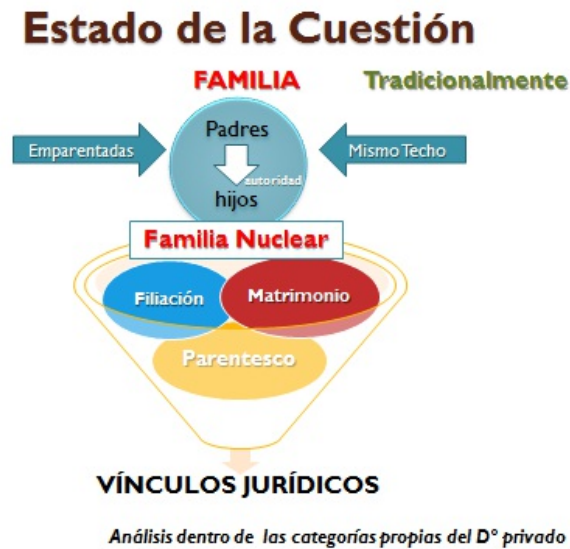
Ante ello, debemos señalar que el concepto de familia del Código Civil como lo ha sostenido el maestro Vega Mere se encuentra en crisis; y, que quizá como sostiene Iglesias de Ussel, la crisis ha sido ya superada gracias a que la familia tiene una gran capacidad de acoplamiento a opciones que la realidad va configurando (Iglesias, 1997, p. 33), con lo que devendríamos en sostener que la concepción de familia que el Código Civil ha incluido, ha quedado alejada y no se ajusta más a los hechos que se presentan hoy en día; pues como bien ha señalado Benjamín Aguilar Grados, la familia al ser una entidad que se desenvuelve dentro de la sociedad, va recibiendo las influencias que se desarrollan en este entorno social, que no es estático, sino más bien dinámico, cambiante; por ello, e fenómeno familia, también es una entidad que en el transcurso del tiempo y con los cambios que se dan en la sociedad es dinámica, cambiante (Aguilar, Bermudez, Vásquez, Canales, & Caballero, 2013, p. 9).

A ello debemos agregar, que la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, ha ido asimilando a su vez un reconocimiento del nuevo panorama de familia, a todos esos cambios y que a pesar de la oposición de varios juristas nacionales (De Valdivia, 2011, p. 241)⁵, ha ido efectuando un análisis sobre los alcances del cambio de ruta en cuanto al modelo familiar acogido por la Constitución⁶.

⁵ Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República. Al respecto señala "Después de casi veinte años de vigencia de la Constitución Política de 1993, su artículo 4 viene siendo sistemáticamente violado por leyes, reglamentos, otras normas legislativas de menor nivel y por la jurisprudencia, que vejan la familia, la paternidad y el matrimonio. A las puertas del vigésimo aniversario constitucional resulta obvio que el control de la constitucionalidad, tanto el difuso como el concentrado, ha fracasado. De otra manera no se explica la vigencia impune de tales normas que, por lo demás, ya están produciendo efectos sociales, jurídicos y políticos apocalípticos".

⁶ Tenemos como ejemplo que el tribunal constitucional peruano, ha ido reconociendo el otorgamiento de pensión de viudez, a quien no es viuda o viudo, Véase al respecto: Exp. 03605-2005-AA/TC ; Exp. 06572-2006-PA/TC ; 09708-2006-PA/TC ; 02556-2010-PA/TC; 00671-2010-PA/TC; 00154-2012-PA/TC.

Así las cosas, las fronteras familiares parecen estar borrando y las definiciones deviniendo en inciertas, en razón de que los conceptos de parentesco social y de parentesco biológico se han separado, ya que no se auto implican necesariamente⁷. Es por ello que en el presente trabajo se reflexiona acerca del sentido de juridicidad de la concepción de familia a partir de los cambios producidos en la legislación en especial en la Infraconstitucional y las sentencias expedidas por nuestro tribunal constitucional.



II. PANORAMA NORMATIVO DE LA FAMILIA POSTERIOR A LA DACION DEL CÓDIGO CIVIL

2.1. Modelo constitucional de Familia

El desarrollo Constitucional de esta institución jurídica data desde la Constitución de 1933, en donde no hubo mención alguna sobre la definición del término, ello es de apreciarse de su artículo 51 que prescribía “*el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley*”, entendiéndose de ese artículo de manera indirecta que era el Estado a través de la emisión de normas se encargaba de protegerla. Por su parte, en la Constitución de 1979 se puso más énfasis en la familia e incluso dentro de su preámbulo señalaba que esta institución es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura; dicha Cata Magna le dedicó todo un capítulo, en donde se establecía el deber del estado y la sociedad de proteger a la familia; así mismo reconoció la igualdad de los hijos, la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, se reconocía además a la unión de hecho como fuente generadora de familia; pero tampoco sienta definición alguna sobre familia.

Así la Constitución de 1993, recoge esta institución dentro de los derechos sociales y económicos, así en su artículo 4° de la Constitución, acorde con la normatividad internacional (*Declaración Universal de los Derechos Humanos Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos*)⁸,

⁷ A ello ha contribuido, incluso el avance médico, que hoy permite nuevas formas de reproducción que modifican nuestro tradicional concepto de parentesco; así tenemos por un lado, las pruebas genéticas que nos permiten contradecir la máxima que decía *pater semper incertus*, pero por otro lado se pueden dar casos en los que no se puede definir con certeza el concepto de madre, como ha ocurrido en algunos casos de madres subrogadas, entre otros (pensemos en las consecuencias que pueden tener las técnicas de fertilización in vitro, de congelación de esperma, de inseminación artificial, de diagnóstico prenatal, etc.).

⁸ Por su parte, el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión– a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “*tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad; señalando *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”*. De ello podemos colegir que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por otro lado, reitera la igualdad entre los hijos y la igualdad entre el hombre y la mujer, así como el reconocimiento de la unión de hecho como fuente de familia en su artículo 5° en el que se estableció *“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”*, pero tampoco define a la familia.

2.2. Legislación Infraconstitucional que involucra un cambio en la Concepción de Familia

Tenemos que durante estas últimas dos décadas, se han producido un sin número de normas que involucran a este instituto natural y que como señaláramos han traído matices que inciden en la forma en que se la concebía; así tenemos:

- La Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar del 24 de Diciembre 1993 establece la política del Estado y la sociedad frente a la violencia familiar. en donde primeramente en su artículo 2°, señalaba que:
“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre:
 - a. Cónyuges;
 - b. Convivientes;
 - c. Ascendientes;
 - d. Descendientes;
 - e. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o,
 - f. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales”.

- Ley N° 27306, de fecha 15 de Junio del 2000, modificaría el Artículo 2° de Ley N° 26260, cuyo texto es el siguiente:
“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre:
 - a) Cónyuges.
 - b) Ex cónyuges.
 - c) Convivientes.
 - d) Ex convivientes.
 - e) Ascendientes.
 - f) Descendientes.
 - g) Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
 - h) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.
 - i) Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.”

El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23° que la *“familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”*, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad.

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

- Ley N° 29282, publicada el 27 noviembre del 2008 que incorpora el literal j) al artículo 2° de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar en el sentido siguiente:
j) Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho.
- La Ley N° 28494, ley que regula la Conciliación Fiscal en Asuntos de Derecho de Familia, promulgada el día 13 de abril del año 2005, y por la Directiva General N° 005-2005-MP-FN, aprobada por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1133-2005-MP-FN, del 13 de mayo del 2005.
El fin de dichas normas es economizar costo y tiempo en beneficio de las partes y sus hijos, al facultar al Fiscal a guiarlos a encontrar una solución pronta a los problemas que surgen en el entorno familiar, a solicitud de una o ambas partes, siempre que no se haya iniciado proceso judicial, interviene como conciliador, en los siguientes asuntos: Alimentos, tenencia de menores, régimen de visitas y régimen de patria potestad.
- Ley N° 29227, la misma que fuera promulgada el 15 de mayo del 2008, dicha ley tiene por objeto establecer y regular el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías.
- Ley N° 30007, promulgada el 16 de abril del 2013, la misma que tiene por objeto reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho.

Como hemos manifestado entonces, este continuo crecimiento de normas que atañen a la familia responde a motivaciones distintas; así como hemos visto se han dado leyes que sobre el divorcio y la promoción de la conciliación familiar, derecho sucesorio de entre uniones de hecho, protección contra la violencia familiar, entre otras; *las mismas que creemos se han dado buscando mayores espacios a decisiones propias de los componentes del grupo familiar*, así el bloque complementario de disposiciones se relaciona más con la situación de los menores y de las mujeres tanto por la violencia que se ha descubierto en los hogares como a la necesidad de arbitrar soluciones que son adoptadas por el Juez cuando las partes no llegan a ningún resultado en un proceso que trasunta la debacle familiar.

Ante ello, sostenemos que *estos cambios legislativos en la familia siguen propiciando que el Estado se inmiscuya al interior de ella*, mientras que los cambios relacionados con la disolución de la familia se acercan más a una suerte de privatización de aquella.

Panorama normativo de la familia posterior a la dación del código civil



III. JURISPRUDENCIA QUE INVOLUCRA UN CAMBIO EN LA CONCEPCIÓN DE FAMILIA

Estando a lo antes señalado, el Derecho de Familia como disciplina científica hace suya la idea del progreso o cambios que ha traído consigo el continuo crecimiento de normas que atañen a la familia. Este ensayo se inspira en el sentido ciertamente historicista del Derecho de Familia, y se ocupa del tema concreto de la concepción de la familia a la luz de las nuevas tendencias jurisprudenciales y legislativas; por lo que en este acápite hablaremos de la jurisprudencia que ha trastocado de igual modo el tema bajo análisis, así se tiene que:

- **Uniones de hecho**

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 498-99-AA/TC sobre acción de amparo seguida por Rosa Erlinda Cachi Ortiz contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, estableció *“Por tanto, debe quedar claramente establecido que no es indispensable que exista un matrimonio civil para que la unión de hecho pueda hallarse bajo el régimen de sociedad de gananciales, sino que las uniones de hecho, como tales, se hallan bajo dicho régimen y no simplemente por voluntad de la ley, sino por virtud del propio mandato constitucional (...)”*⁹, así agrega en lo concerniente a la acreditación de su existencia *“Por consiguiente, de los dispositivos citados se concluye que para que se repunte la existencia de una unión de hecho sujeta al régimen de sociedad de gananciales, se halla supeditado, primero, a un requisito de temporalidad mínima de permanencia de la unión (dos años) y, segundo, que ese estado (posesión constante de estado) requiere su probanza “con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrito”*¹⁰; y en lo que respecta a la disposición de los bienes obtenidos por éstos *“Por lo tanto, la disposición de los bienes que la conforman debe efectuarse de conformidad con lo estipulado en el primer párrafo del artículo 315 del Código Civil, según el cual: Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer (...). Dicho dispositivo debe ser interpretado de manera concordante con lo estipulado en el artículo 971 del citado cuerpo normativo, cuyo texto establece que, existiendo copropiedad, las decisiones sobre el bien común se adoptarán: 1.- Por unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien (...)”*¹¹.

- **Violencia Familiar**

El Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia expedida en el expediente N° 1027-2004-AA/TC sobre acción de amparo seguida por Melquiades Cruz Huamán y otros contra Américo Qquenaya Champi y otros. *“La República del Perú es democrática”*. *La democracia no sólo debe entenderse en su aspecto formal, es decir, en su acepción de procesos electorarios y producción normativa, sino también en su aspecto material, esto es, como el respeto y garantía de los derechos humanos y de los contenidos democráticos. A juicio de este Tribunal, dos contenidos democráticos guardan especial relación con el caso: la eliminación de la violencia y las prácticas autoritarias de la sociedad democrática y el uso del diálogo como medio de solución de los conflictos”*¹². Y agrega *“Por tanto, a efectos de precisar los alcances y contenidos del mandato constitucional que nos define como una República Democrática, este Tribunal considera que la eliminación de toda práctica violenta y autoritaria no sólo debe limitarse a la vida política, sino también abarcar la convivencia social y todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos; por ello, es de suma importancia enfatizar que en nuestro régimen constitucional sólo debe imperar el diálogo y los medios pacíficos para resolver los conflictos”*¹³.

⁹ Véase el fundamento 2

¹⁰ Véase el fundamento 3

¹¹ Véase el fundamento 6

¹² Véase el fundamento 12

¹³ Véase el fundamento 13

- **Matrimonio**

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N°2868-2004-AA/TC sobre acción de amparo seguida por José Antonio Álvarez Rojas contra el Ministerio del Interior, ha señalado que “...del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio...”, por cuanto sólo se limita a “...garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional”; por lo que, “... se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados” y, “...desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones”¹⁴; de igual modo sostiene que ““Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal,... es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración”¹⁵

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, indica; “Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente”¹⁶.

- **Familia**

En lo que respecta a esta institución jurídica social, tenemos como fuente jurisprudencial que trae consigo un enfoque determinante de la realidad social de este instituto natural, a la Sentencia del Expediente N° 09332-2006-PA/TC, que el 30 de noviembre de 2007 pronunció la Primera Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados César Landa Arroyo, Ricardo Beaumont Callirgos, y Gerardo Eto Cruz. El caso es conocido como “Shols Pérez”, la misma que la resumimos de la manera siguiente:

Reynaldo Armando Shols Pérez, casado en segundo matrimonio con María Yolanda Moscoso García, en calidad de asociado, solicitó al Centro Naval del Perú que en lugar de otorgar un pase en calidad de invitada especial, le otorgue un carné familiar a su hijastra Lorena Alejandra Arana Moscoso. A lo cual, el Tribunal ordenó que el Centro Naval del Perú emita dicho carné. Pero, lo rescatable de la Sentencia, además, es que introduce el concepto de “familia ensamblada”.

Dicha Sentencia del Tribunal Constitucional a la familia ensamblada¹⁷ la considera como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinar de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

¹⁴ Véase el fundamento 13

¹⁵ Véase el fundamento 14

¹⁶ Véase el fundamento 3

¹⁷ En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras (DOMÍNGUEZ, 2006, pág. 183). Así las cosas debe comprenderse que son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada conforme lo sostiene, puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinar de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa” (Ramos Cabanellas, 2006, p. 192).

La jurisprudencia constitucional comparada, no se ha quedado atrás incluso va mucho más allá, la Corte Constitucional colombiana ordena a una empresa otorgar a la hija de la conviviente de uno de sus trabajadores iguales derechos que los que goza la hija biológica de este. Así lo decidió tras comprobar que se vulneraron los derechos a la seguridad social, a la protección integral de la familia y a la igualdad al negarse a inscribir a la menor en el correspondiente régimen de salud argumentando que no es hija biológica del trabajador. La Corte colombiana, indicó que no es válido el razonamiento realizado por el empleador, pues exigir vínculos jurídicos o naturales no toma en cuenta la segregación que podría generarse en familias ensambladas. Asimismo, manifestó que también resulta lesivo exigir como requisito la adopción de la menor resulta pues esto implicaría que renuncie a la filiación con la familia de su fallecido padre biológico (Sentencia T-606/13). Reconociendo así a la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco, asignado así que la protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección (Sentencia T-495/97), al reconocer el derecho al pago de indemnización de los padres de crianza de un soldado fallecido, en razón de la relación familiar de hecho existente. Del mismo modo, en las sentencias T-893 de 2000 y T-497 de 2005^[9], en las cuales se examinó la permanencia de los menores de edad en hogares sustitutos que con el tiempo se convirtieron en verdaderas familias para el niño, la Corte consideró que desconocer las relaciones que surgen entre padres e hijos de crianza por razón del vínculo de afecto, respeto, solidaridad y protección, vulnera la unidad familiar y el desarrollo integral y armónico de los menores de edad.

Igualmente cabe resaltar lo expresado por la Corte colombiana en la sentencia T-292 de 2004, en relación con la importancia de tener en cuenta el fuerte vínculo que se crea entre los niños y la familia de crianza. Al respecto dijo: *“El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta... Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica.”*

Igualmente, la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana, ha reconocido derechos a los distintos integrantes del núcleo familiar, sin que exista entre ellos un vínculo de consanguinidad o jurídico, *sino una relación familiar de hecho (de crianza)*. El Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2009¹⁸, al reconocer el derecho a recibir indemnización por la muerte del hijo de crianza, sostuvo: *“la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”*

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente: 17997, M.P. Enrique Gil Botero. Línea Jurisprudencial reiterada en sentencia del 11 de julio de 2013, expediente: 19001-23-31-000-2001-00757-01, radicación interna: 31.252, en la cual reconoció el derecho al pago de indemnización al padre de crianza.

En este orden, a juicio de la Sala de Revisión colombiana, la evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitucional Política y la ley.

Esta concepción de la familia, sin apego a los pliricitados vínculos naturales o jurídicos, no es extraña al desarrollo de la humanidad, pues de hecho desde el derecho romano el concepto de familia no se vincula exclusivamente al contexto de la unión matrimonial y sus descendientes, sino que incorporaba como eje fundamental el sometimiento a la autoridad parental. “Es también familia –*communi iure dicta llamada derecho comunitario- el complejo de personas libres que se hubieran encontrado sometidas al poder de un mismo pater familias.*” (Di Prieto & Lapieza, 1985).



IV. CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA DACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

De lo señalado en los acápites precedente, podemos concluir que desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra *inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales*.

Los cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, el reconocimiento de la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco (conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección), entre otros aspectos, recogidas en la normatividad y jurisprudencia citada en el acápite precedente, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Ello obliga a la legislación y a la jurisprudencia a una relectura de las disposiciones del Código Civil de 1984 para redelimitar el concepto jurídico de familia. Sin duda, esto nos lleva a pensar en que el Código Civil debe dejar de mirar hacia atrás, y por tanto debe incorporar dentro de su regulación este trastocamiento que se ha producido en esta institución natural y no únicamente seguir regulando sobre la familia matrimonial y, sobre la familia extramatrimonial, en lo que respecta al tema de los hijos y a la relaciones jurídicas que se establece entre sus miembros.

De una revisión rápida de la legislación y la jurisprudencia antes expuesta, se ha podido establecer que en la emisión de las mismas se ha hecho de cierto modo un mea culpa de la realidad de la familia en el Perú, en que siempre fue vista como la familia matrimonial nuclear: el padre, la madre y los hijos, como es la que regula de manera específica el Código Civil, llegando a advertir que nuestra legislación olvidó lo que eran otros tipos de hogares como la familia reconstituida, que surge como consecuencia del rompimiento de otras familias; empezándose a reconocer una diversa variedad de clases de familia como aquella ensamblada, paralela¹⁹, monoparental²⁰, anaparental²¹, homoafectiva²² entre las relaciones homosexuales, geriátrica²³, entre personas solteras o simultáneas.

Advertimos también, que en el sentido del progreso disciplinar del Derecho de Familia, es que por primera vez se incorporó la categoría “*familia ensamblada*” a la tradición jurídica nacional. Sin embargo, debemos sólo recordar, que la familia en el Perú ha sido también de naturaleza ensamblada desde siempre; al cual nuestro tradicional Derecho de Familia ha cedido, como correspondía. Seamos directos, reconocer la familia ensamblada es simplemente reconocer la realidad.

¹⁹ Llamada también simultánea, concurrente o para familiar. Se caracteriza porque en ella existen coetáneamente dos núcleos familiares con integrantes afines. Dos familias que comparten un miembro que es cónyuge de ambas, cónyuge de una y conviviente de otra o conviviente de varias, representando en su composición una variedad de vínculos. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 75-76).

²⁰ Llamada lineal. Algunos la llaman incompleta, sin embargo, es claro que hoy no cabe duda alguna que una sola persona puede adoptar o una mujer soltera inseminarse. Es aquella conformada por uno de los padres con sus hijos. Este fenómeno, común hoy en día, tiene su origen en los emperadores cristianos de Roma, movidos e inspirados por la doctrina de la Iglesia, que no había acogido con satisfacción el segundo matrimonio.

De hecho, la monoparentalidad es algo que siempre ha existido -como el concubinato- pero durante mucho tiempo permaneció al margen del mundo jurídico. El primer país en abordar el asunto fue Inglaterra, cuando en 1960, impresionada con la pobreza resultante del término del matrimonio y sus consecuencias, había comenzado a referirse a las one parent family y las lone-parent family (lone parento sole parent), en sus estadísticas. Caso típico lo tenemos en las madres solteras que desempeñan el doble rol padre/madre. Una mujer sola con su descendencia. El número es alarmante, producto de la informalidad de las relaciones sexuales y la inaplicable política de paternidad responsable. Madres solteras, y casadas pero abandonadas. También el caso de las viudas que terminan siendo padre y madre a la vez. Asimismo, no debe olvidarse que el tema es aplicable, perfectamente, al hombre, no es exclusivo de la mujer. Op. Cit. nota 19. p. 68.

²¹ Grupo de personas sin emparentamiento o emparentamiento colateral que llevan a cabo relaciones de contenido familiar. Convivencia, ayuda, integración y afecto es lo que permite su desenvolvimiento. Por ejemplo, los hermanos que se quedan viviendo en la casa de familia o los amigos que comparten una vida por razones de trabajo siendo compañeros de habitación (roommates). Son relaciones personales de orden familiar tipo horizontal en las que se generan vínculos por apariencia, pero que se comportan como familias en la medida en que sus integrantes se necesitan y ellos lo saben, de ahí la fuerza de su conformación. Op. Cit. nota 19. p. 70.

²² La denominación utilizada homoafectiva es mucho más llana y menos denigrante como la que se refiere a la familia homosexual, siendo así entendido por María Berenice Días quien le acuñó este término. Op. cit. nota 19. p. 73.

²³ Es aquella conformada por personas de la tercera edad. La finalidad de este tipo de familia es evitar la soledad, ayudándose de forma integral y recíproca. Los adultos mayores tienen más tiempo de vida y experiencia para la crianza. Prestan servicios de asistencia en el cuidado de niños y resultan siendo muy importantes para fortalecer los lazos tradicionales de la familia. Los adultos mayores o las personas de la tercera edad tienen todo el derecho de constituir familia a través de sus distintas modalidades. El matrimonio de personas de edad avanzada debería ser facilitado, restarle requisitos y formas, sin que ello perjudique a aquellos contrayentes que adolezcan de alguna incapacidad o falta de discernimiento. Nuestro CC contempla en el artículo 268 la figura del matrimonio in artículo mortis, que no genera efectos civiles por la incapacidad del contrayente, además el artículo 826 limita la sucesión del viudo(a) cuando el cónyuge muere de la enfermedad que tenía al momento de la celebración, salvo que se pruebe la unión de hecho. Op. Cit. nota 19. p. 83.

Así pues, las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone²⁴. No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.

Debemos agregar también que la familia ensamblada posee todavía una juridicidad inacabada, pero gracias al Tribunal el tema ha sido puesto sobre la mesa de debate quedando pendiente, como dijimos, una respuesta orgánica a los complejos problemas que plantea la familia ensamblada, ya que las familias recompuestas desde la dación de la Sentencia del Expediente N° 09332-2006-PA/TC, que el 30 de noviembre de 2007, empezaron a asomar con mayor soltura y confianza y pasaron a ser protagonistas de una era que tiende a reconocer modelos familiares que no se conforman con ser constreñidos al concepto tradicional de familia que mantiene la legislación civil.

Pero, como ya lo señaláramos líneas arriba también han surgido otras formas de familia. Allí están, como por ejemplo las reconoce la Constitución del Brasil, las uniones monoparentales, constituidas por un solo padre, ya sea que se trate de un progenitor soltero, divorciado, separado o viudo. Allí están las familias reconstituidas, formadas por solteros, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él (Hinestrosa, 1999, p. 207) (Vega, 2008, p. 35). Allí están las uniones de personas que sin ser de sexo opuesto, aun siéndolo, no tienen vida íntima y confluyen como una unión de asistencia, compañía, afecto y como comunidad de techo, ingresos y gastos.

Pues, cabe preguntarse ahora ¿Debe o no regular el derecho nacional estas nuevas expresiones de la familia? ¿Está en crisis la familia o es más bien el concepto de familia del derecho tradicional, el que ha sido hecho añicos por la estrechez de su contenido? ¿Cómo se resolverán los conflictos de intereses en esas familias que parecen sociedades de ayuda mutua? ¿Cómo se protegerá la buena fe de los terceros que creen en la apariencia de una relación formal cuando estamos ante un concubinato? ¿Debe dejarse todo esto a un régimen consensuado, privado, o el Estado intervendrá aportando elementos de derecho público?

Ante ello, somos del parecer que el legislador no puede seguir anclado a una única forma de constitución de la familia e ignorar vivencias existenciales con potenciales consecuencias jurídicas. Pero también debemos tener por cierto que la verdadera familia crea lazos indisolubles. ¿Todas esas nuevas uniones serán, realmente, dignas de ser llamadas familias? En mi opinión, sí son familias las uniones de hecho y las familias recompuestas. Allí está el texto constitucional y el principio de protección de la familia en general. Allí está la sentencia del Tribunal Constitucional tutelando a la familia ensamblada.



²⁴ Así, del artículo 237° del Código Civil, se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242° del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.

CONCLUSIONES

Lo cierto es que en la actualidad tanto en campo de la política, en lo académico y en la vida diaria, es muy difícil saber quién es parte de la familia o incluso qué es una familia, sobre todo para el efecto de poder determinar qué realidad debe ser tutelada por el derecho (o viene siendo tutelada por el derecho, según la normatividad Infraconstitucional antes expuesta).

Los cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, el reconocimiento de la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco (conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección), entre otros aspectos, recogidas en la normatividad y jurisprudencia citada en el acápite precedente, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Lo establecido en la legislación Infraconstitucional y jurisprudencia analizada no basta, para con ella cubrir lo relativo a la organización y desarrollo de la familia en la actualidad.

En ese sentido, diremos también que la familia ensamblada, se hace de un espacio en el sistema jurídico nacional. Como institución, su estado es aún originario; pero tiene la significación de ser el más importante cambio de paradigma producido en nuestro Derecho de Familia. Estamos ante la contemporaneidad jurídica como categorización fundante de humanismo.

Se hace necesaria una modificación profunda de las estructuras familiares que se dará a través de la introducción de familias extendidas, de familias alternativas, de arreglos para los que se han divorciado, vuelto a casar, vuelto a divorciar y así por el estilo, el reconocimiento de la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco; pues no podemos desconocer que existen familias que implican la convivencia estable con o sin hijos, familias monoparentales, familias homoafectivas, familias paralelas, etc.

Por tanto, ante todo lo dicho se requiere que el marco normativo del Derecho de Familia, que viene siendo materia de análisis en los últimos tiempos, se amplíe a temas tan revolucionarios como la procreación asistida, el matrimonio entre homosexuales, el reconocimiento de nuevos lazos de parentesco -como la crianza de hecho-, y por cierto la familia ensamblada, entre otras figuras ya mencionadas.

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B., Bermudez Tapia, M., Vasquez Perez, H., Canales Torres, C., & caballero pinto, h. &. (2013). *El derecho de familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bossert, G. A. (1998). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Brena, I. (2004). Personas y Familia. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*.
- De Valdivia Cano, R. (2011.). Familia y Comunidad Política en el Perú: Necesidad de Control de Convencionalidad. (F. E. AMAG, Ed.) *JUSTICIA & DEMOCRACIA- Revista de la Academia de la Magistratura*(10).
- Di Prieto, A. & Lapieza, A. (1985). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: De Palma.
- Dominguez, A. G. (2006). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Giddens, A. (1998). *Sociología*. Madrid: Alianza Editorial.
- Herrera Paulsen, D. (2002). *Derecho Romano*. Lima: Grafica Horizonte.
- HInestrosa, F. (1999). *Diversas formas familiares, en El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

- Iglesias De Ussel, J. (Diciembre de 1997). Crisis y vitalidad de la familia, en Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones. *Revista de Occidente*(199), 33.
- Ramos Cabanellas, B. (2006). “Regulación legal de la denominada familia ensamblada” . *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia* (Vol. Tomo I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Vega Mere, Y. (Junio de 2008). La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho. *Jus Constitucional* (6), 35 y ss.

Correspondencia: Ásencio Díaz, Huber Edinson. Jr. Mariano Melgar N° 309, Cajamarca – Perú.

Recibido: 17/03/2014 **Aprobado:** 05/06/2014