

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA

(CREADA POR LEY N° 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESPECIALIDAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

T E S I S

**“FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS CONSTITUCIONALES
PARA UNA INNOVACIÓN LEGAL QUE REGULE LA
PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A LA CONCLUSIÓN DE LA
UNIÓN DE HECHO”**

LINEA DE INVESTIGACIÓN

DERECHO PÚBLICO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PRESENTADO POR LA BACHILLER:

CURASMA TRUCIOS, GABY JANET

HUANCAVELICA - 2016



Universidad Nacional de Huancavelica
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

En los ambientes del Auditorio de Simulación de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNH – Paturpampa a los 26 días del mes de enero de 2016, siendo las 11: 00 a.m. horas, se reunieron los Jurados Calificadores conformado por:

Presidente: Mg. Esteban Eustaquio FLORES APAZA

Secretario: Dr. Denjiro Félix DEL CARMEN IPARRAGUIRRE

Vocal: Mtro. Víctor Roberto MAMANI MACHACA

Designados mediante Resolución Decanal N° 032-2016-RD-FDYCCPP-UNH del 20 de enero de 2016.

Trabajo de Investigación:

**“FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS CONSTITUCIONALES PARA UNA
INNOVACIÓN LEGAL QUE REGULE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A LA
CONCLUSIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO”**

Cuyo(a) autor(a) es:

Sr.(Srta.) Bachiller: CURASMA TRUCIOS, Gaby Janet.

A fin de proceder a la evaluación, se invitó al público presente y al sustentante abandonar el recinto; y luego de la correspondiente deliberación por parte del jurado, se llegó al siguiente resultado:

APROBADO (X) POR..... *Mayana*

DESAPROBADO ()

Es conformidad a lo actuado, suscribimos al pie con nuestras firmas.

[Signature]
PRESIDENTE

[Signature]
SECRETARIO

[Signature]
VOCAL

INDICE

DEDICATORIA	iv
INTRODUCCIÓN	5
RESUMEN	8
CAPITULO I	10
PROBLEMA.....	10
PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA.....	10
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	11
OBJETIVO GENERAL.....	12
OBJETIVO ESPECÍFICO.....	12
JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
CAPITULO II	16
MARCO TEORICO.....	16
ANTECEDENTES.....	16
A NIVEL INTERNACIONAL.....	16
A NIVEL NACIONAL.....	17
A NIVEL LOCAL.....	17
BASES TEÓRICAS.....	17
DEFINICIONES PRELIMINARES DEL CONSTITUCIONALISMO – MARCO HISTÓRICO.....	17
FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS CONSTITUCIONALES PARA UNA NOVACIÓN NORMATIVA QUE REGULE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A LA CONCLUSIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO.....	24
▪ TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	27
▪ NEOCONSTITUCIONALISMO.....	35
▪ UNIÓN DE HECHO.....	47
• ANTECEDENTES DE UNION DE HECHO.....	47
▪ NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL.....	52
▪ PENSIÓN DE ALIMENTOS E INDEMNIZACIÓN. (JUDICIAL).....	54
LA FAMILIA.....	75
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	83
HIPOTESIS.....	92
VARIABLES DE ESTUDIO.....	92
CAPITULO III	93
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	93

CAPITULO IV	99
RESULTADOS	99
PROCESO DE PRUEBA DE HIPÓTESIS.....	108
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	109
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	113
FUENTES ELECTRÓNICAS:	115
ANEXO	133

DEDICATORIA

A mis padres por su apoyo incondicional y
darme ánimos para continuar con éxito mi vida
profesional

INTRODUCCIÓN

En el Perú el 24,6%¹ de familias están formadas en base a uniones concubinarias, que el derecho no puede ignorar, ni marginar, porque se crea una situación de incertidumbre jurídica para estas parejas, sobre todo después del término de la unión de hecho.

La Constitución Política del Perú, desde el año 1933 hasta la Constitución vigente, viene regulando y protegiendo a la familia como una de las instituciones jurídicas más importantes, el mismo que envuelve una serie de conceptos. Tenemos así que la familia en sentido restringido, comprende sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Quiere decir que la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Por otra parte, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella (familia compuesta).

Esto reside en virtud de consideraciones valorativas y consustanciales a la naturaleza misma del ser humano, teniendo en cuenta los valores que subyacen de ella como familia (Expediente N°04493-2008-PA/TC). En razón de lo preliminar dentro de esta *supra lex* las corrientes más relevantes que como teoría constitucional sean engarzado a la literalidad de nuestra constitución de 1993; la primera es el neoconstitucionalismo europeo que promueve las bases de la hoy conocida teoría del estado constitucional de derecho la que supera a la previa conocida como la teoría del estado de derecho, en ella se supera los incidentes y las precariedades que supuso la manipulación legal de las normas en contra de los derechos constitucionales de los ciudadanos, por lo tanto hoy en día contamos con sistemas de protección de estos derechos no solo en rango nacional si no también internacional.

Otro basamento fundamental internacional es la teoría de los derechos humanos la misma que se pone en rigor y vigor a partir de la declaración de los derechos humanos de 1948, la misma que homologa derechos atendiendo los principios más sustanciales como los de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad que están presentes en la casi totalidad de ordenamientos constitucionales y legales del mundo que son esencialidades teóricas que obligan y sustentan la importancia y relevancia del presente trabajo de investigación.

¹ Perfil demográfico del Perú. Censos Nacionales 2007: XI de población y VI de Vivienda, segunda edición Lima, agosto de 2008.

El trabajo en referencia se estructura bajo los parámetros del Reglamento de Grados y Títulos en cuatro capítulos; los mismos que se detallan a continuación: Se da inicio con el **CAPÍTULO I** en el cual se plasma la inquietud de la investigación en el planteamiento del problema ¿Cuál es la apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado por terminada con la relación convivencial a favor de la o el conviviente abandonado? Para posteriormente determinar lo que se busca con la investigación en base a los objetivos generales y específicos; finalizando el capítulo con la justificación e importancia del trabajo.

El desarrollo del Marco Teórico, como sustento de lo formulado en el párrafo anterior se detalla en el **CAPÍTULO II** explicando, describiendo y conceptualizando los diversos temas, todo ello referente a los fundamentos doctrinarios constitucionales para la innovación legal en el tema de pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho; además del desarrollo del Marco Jurídico que propugna la innovación legal en el tema de unión de hecho; para así intentar posibles respuestas a través de la hipótesis: "La apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado fin con la relación marital a favor de la o el conviviente abandonado es positiva"

En el **CAPÍTULO III** se da a conocer a Metodología; para determinar el tipo de investigación se calificó el propósito del trabajo, naturaleza de los problemas y objetivos formulados, reuniendo las condiciones suficientes para ser denominado, Descriptivo y Explicativo, con la presente investigación se busca, determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales y de la misma manera saber cuál es la apreciación que se tiene de ellos al término de las uniones de hecho de la misma fue tomadas del Distrito de Huancavelica; en lo concerniente a la muestra, ésta fue aplicada en 42 operadores jurídicos, 03 Jueces de Familia, 04 Fiscales de Familia, 27 Abogados Litigantes en lo Civil, 09 Docentes Universitarios.

Finalmente en el **CAPÍTULO IV** nos muestra los resultados de todo lo sustentado en el presente trabajo, resultados que realmente arriban al objetivo del trabajo y dilucidan las cuestiones que generaron dudas en un inicio y sobre todo determinan los fundamentos

doctrinarios constitucionales que van a influir en la innovación legal e la pensión de alimentos al término de la unión de hecho, se presentan los cuadros estadísticos con su respectiva descripción, interpretación y análisis.

A fin de alcanzar dicho objetivo, este trabajo de investigación me va a permitir equiparar los derechos alimenticios a lo de los casados formalmente; de esta manera se logrará una inclusión social efectiva para los convivientes, conforme lo estable el ordenamiento internacional y nacional la que se expresará en el Código Civil para salvaguardar los derechos fundamentales.

RESUMEN

TITULO: "FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS CONSTITUCIONALES PARA UNA INNOVACION LEGAL QUE REGULE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A LA CONCLUSIÓN DE LA UNION DE HECHO".

TESISTA: GABY JANET CURASMA TRUCIOS.

El propósito u objetivo de la presente investigación es determinar cuáles son los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal en la prestación de alimentos a la conclusión de las uniones de hecho por decisión unilateral, investigación que se realizó en el Distrito Judicial de Huancavelica entre ellos la opinión de los operadores jurídicos, abogados litigantes y docentes universitarios durante el año 2015. También se pretende exponer brevemente los fundamentos constitucionales que se encuentran establecidas en los tratados de derechos humanos y de nuestro país que es parte obligada por el principio de "*Pacta sunt servanta*".

Se utilizó el tipo de investigación Básica o Pura, se arribó al nivel de investigación Científico, descriptivo – explicativo, se usó el método dogmático y dialéctico con un diseño no experimental, utilizando para tal propósito el instrumento de la encuesta, como medio de recolección de datos, así como jurisprudencia y doctrina jurídica; para el procesamiento de datos se trabajó con el programa estadístico SPSS 22.

ABSTRAC

TITLE: "DOCTRINAIRE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS FOR INNOVATION LEGAL GOVERNING THE PROVISION OF FOOD TO THE CONCLUSION OF THE MARRIAGE".

AUTHORS: GABY JANET CURASMA TRUCIOS.

The purpose or objective of this research is to identify the constitutional doctrinal foundations for a legal innovation are providing food to the conclusion of de facto unions unilaterally, research carried out in the Judicial District of Huancavelica including opinions of legal operators, trial lawyers and academics during 2015. It is also intended to briefly outline the constitutional foundations that are established in human rights treaties and our country that is part bound by the principle of "pacta sunt servanta".

The type of basic or pure research was used, was reached at the level of scientific research, descriptive - explanatory, dogmatic and dialectic method with a non-experimental design was used, using for this purpose the survey instrument as a means of collection data and case law and legal doctrine; for data processing work was done with SPSS 22 statistical program.

CAPITULO I

PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA

La familia como valor se encuentra dotada de importancia significativa para la vida humana en sociedad, en sus diversas relaciones humanas; y en esa dimensión lo hace digno de ser tutelado por la sociedad y el Estado, teniendo reconocimiento jurídico, así como el goce de protección a nivel constitucional e internacional. La familia que es un instituto constitucional y se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, así como a 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, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de todo ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de la uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Debe preciarce que no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población, la "Unión de Hecho", reside en virtud de consideraciones valorativas y consustanciales a la naturaleza misma del ser humano, teniendo en cuenta los valores que subyacen de ella como familia.

Es preciso señalar que por más que los operadores jurídicos han hecho no pocos esfuerzos para la tutela efectiva de las uniones de hecho es insuficiente, ni el Código

de 1852, ni el de 1936 la reconocía ya después de una ardua lucha entre las dos realidades que se presentan en la experiencia jurídica peruana, aquella legal y la informal, la sensibilidad del operador de derecho se hizo sentir en la interpretación del artículo 1149° del Código Civil de 1936, que se refería al enriquecimiento indebido.

Debe tenerse en cuenta que en otras realidades como las europeas o norteamericanas, el hecho de que una pareja conviva sin casarse, obedece justamente a que voluntariamente no desean que se configuren consecuencias jurídicas de esta decisión, cosa bien diversa en nuestra realidad, como en la mayoría de realidades latinoamericanas, en las cuales priman motivos de índole cultural y hasta económica.

Se debe precisar que toda unión trae consecuencias de separación o ruptura en el tema de las uniones de hecho los derechos alimenticios, señalado en el tercer párrafo del artículo 326° del Código Civil establece que, en el caso de ruptura de la unión de hecho por decisión unilateral, el juez podrá ordenar, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos hecho que no se visualiza en la actualidad, por cuanto; este artículo no cuenta con la obligatoriedad necesaria para ser cumplida en pro de la protección del sujeto débil en la ruptura de las uniones de hecho, esto debido a que no se ha dado un tratamiento exclusivo para la parte débil; es decir a él o la conviviente que después de una ruptura no cuenta con las condiciones necesarias para solventar los gastos de los hijos, el hogar y hasta sus propias necesidades, considerando que no todas las parejas que son abandonadas pueden subvencionar estos gastos, ante el análisis del artículo 326° del código civil, la actitud que más conviene tomar de acuerdo a la realidad, y que legislador debe considerar es: ¿despreocuparse completamente sobre la situación de las uniones de hechos o debe legislarse con más profundidad?, ¿se debe dar tratamiento legal equiparativo con la institución jurídica del matrimonio específicamente en la paridad y obligación de la institución jurídica de alimentos en las uniones de hecho?

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que

unilateralmente haya dado por terminada con la relación convivencial a favor de la o el conviviente abandonado?

1.3 OBJETIVO GENERAL

- Describir la apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado por terminada con la relación convivencial a favor de la o el conviviente abandonado

1.4 OBJETIVO ESPECÍFICO

1. Evidenciar los fundamentos doctrinarios del constitucionalismo que regula el estado peruano respecto a las uniones de hecho.
2. Valorar que fundamentos dogmáticos dentro del constitucionalismo peruano serían utilizados para la regulación de la prestación alimentaria a la conclusión de las uniones de hecho.
3. Exponer cual sería el mecanismo idóneo para realizar la conexión teórico doctrinaria con la propuesta innovativa legal con relación a las uniones de hecho.

1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro del constitucionalismo moderno y contemporáneo se ha determinado un antropocentrismo fundacional el mismo que *pro hominen* eleva a la categoría de principal tarea societal y estadual la defensa y respeto de la dignidad humana; atendiendo ello el legislador constitucional peruano a redactado sistemáticamente dentro de la literalidad *ad initio* los dispositivos y las estructuras más relevantes en el artículo corona, el artículo catalugus y el artículo apertus que dialogan intrínsecamente con el derecho de la familia con el derecho de las mujeres y con los derechos de los sectores vulnerables de nuestra sociedad incluso dentro de nuestra carta magna sea estipulado claramente lo referente a las uniones de hecho que *ab literaen* precisa lo siguiente: "*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*"; en razón de lo preliminar corresponde visualizar dentro de esta *supra lex* las corrientes más relevantes que como teoría constitucional sean engarzado a la

literalidad de nuestra constitución de 1993; la primera esta engarzada al neoconstitucionalismo europeo que promueve las bases de la hoy conocida teoría del estado constitucional de derecho la que supera a la previa conocida como la teoría del estado de derecho, en ella se supera los incidentes y las precariedades que supuso la manipulación legal de las normas en contra de los derechos constitucionales de los ciudadanos, por lo tanto hoy en día contamos con sistemas de protección de estos derechos no solo en rango nacional si no también internacional, tenemos instancia jurisdiccionales supra como el tribunal constitucional y de otro lado la comisión y la corte interamericana de derechos humanos.

Otro basamento teórico fundamental internacional es la teoría de los derechos humanos la misma que se pone en rigor y vigor a partir de la declaración de los derechos humanos de 1946, la misma que homologa derechos atendiendo los principios más sustanciales como los de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad que están presentes en la casi totalidad de ordenamientos constitucionales y legales del mundo que son esencialidades teóricas que obligan y sustentan la importancia y relevancia del presente trabajo de investigación. En este punto esencial en base a lo planteando en la formulación del problema, debe desarrollar pormenorizadamente la paridad de tratamiento en materia de derechos existenciales, entre las uniones matrimoniales formales y las informales, pues no debe ser elemento discriminatorio un simple dato formal.

A fin de alcanzar dicho objetivo, los derechos alimenticios deben equipararse a lo de los casados formalmente; de esta manera se logrará una inclusión social efectiva para los convivientes, es cierto que hoy en día nuestro Código Civil ha avanzado mucho, pero no lo suficiente para salvaguardar los derechos fundamentales que debe tener sobre todo él o la conviviente abandonada, es entendido que la unión de hecho termina por mutuo acuerdo: no se ve el motivo por qué solo se concede la pensión alimenticia cuando la ruptura obedece a una decisión unilateral salvo que se quiera ver a la pensión alimenticia como una "sanción" para quien abandona a su conviviente, en vez de entenderla como un derecho del conviviente cuando careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado a trabajar o de subvenir a sus necesidades pues el Estado debe pensar en la protección que merece el sujeto débil en este tipo de relación, generalmente, una ama de casa o una

campesina, con no pocos hijos, casi siempre dependiente económicamente del hombre.

Se observa que estos modelos jurídicos obedecen a una concepción en la cual se pretende defender la unidad de la familia (incluso de hecho), en tanto unidad social, empero la unión de hecho es tratada como un problema social e inevitable que atañe a los intereses de un sector numeroso de la sociedad que necesita solución inmediata, entendiéndose que la acción concubinaria no es un acto ilícito, ya que no está prohibido por ley, está fuera de la ley pero no en contra de la Ley, es cuestionable que el matrimonio requiere protección legal esmerada y sumo cuidado, por ser fundamento legal de la familia, pero no por eso debe dejarse en la indiferencia un hecho real como es la existencia del concubinato.

El legislar este tipo de uniones maritales de hecho no significa degradar al matrimonio como algunos sostienen, ya que dentro de un cuerpo de leyes se pueden involucrar actividades humanas, unas veces con espíritu sancionador, con el objeto de crear una serie de obligaciones y cargas, en este estado quedaría el matrimonio vigorizado al lado del concubinato que ofreciese legalmente todo los deberes y obligaciones, aunque el mencionado artículo 326° del Código Civil de 1984, se ha dado un gran paso, al reconocer legalmente el concubinato, reconoce que este tipo de unión origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, también reconoce el derecho a una pensión alimenticia o indemnización excluyente en caso de que uno de los concubinos de por terminada la relación unilateralmente.

Sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no existan, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria, contemplando la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo, más aún no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia (artículo 326° del Código Civil). Es decir frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

Desde el punto de vista real, el matrimonio tanto como la unión de hecho, ante todo tienen como objeto la unión de dos almas, la fusión de dos personas que unen sus facultades, sus sentimientos, sus afectos, sus voluntades y exigencias, para

complementarse mutuamente para crear una nueva familia, educar sus hijos; en fin para pasar el resto de sus días juntos. La diferencia pues entre una y otra clase de unión no es el fin sino en la forma.

En fin el matrimonio y el concubinato tienen los mismos fines, y erran por consiguiente los que se empeñan en decir que es una sociedad para la procreación porque es tan familia la que se funda en el matrimonio como aquella que no se basa en este. En tanto la formación social, la unión de hecho genera una comunidad existencial que debe ser tutelada, no solo constitucionalmente, sino también civilmente, incluso a nivel de derecho alimenticio.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 ANTECEDENTES

2.1.1 A NIVEL INTERNACIONAL

- a. La tesista Ivana Araya Vargas cuyo titulo es **“LA APLICACIÓN DE LA INDIGNIDAD COMO CAUSA EXIMENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DERIVADA DE UNA RELACIÓN DE PARENTESCO O FILIACIÓN”** en el año 2013 de la Universidad de Costa Rica, utilizando el instrumento de la entrevista, y arribo a la conclusión:

1. *“(...) son pocos los jueces que no están de acuerdo con que se haya abierto la posibilidad de alegar la indignidad como causal eximente de la obligación alimentaria, y consideran que se debe de partir del origen de la obligación alimentaria, ya que se trata de personas a las que se está ligadas por un vínculo parental o filial. Quienes son deudores tienen un deber derivado de esos vínculos por lo que es incorrecto introducir un tema de dignidad o indignidad para ser acreedor alimentario, máxime si esta persona cumplió dicho deber en su momento y luego sobrevinieron causas ajenas a ello. Estos mismos jueces consideran que para poder aplicar la injuria como causa eximente de la prestación alimentaria es necesario que exista una sentencia penal firme que declare la responsabilidad en esta sede por la comisión de este delito”.*

2.1.2 A NIVEL NACIONAL

- a. El tesista RENZO JESUS MALDONADO GOMEZ quien realizó la tesis cuyo título es **"REGULAR TAXATIVAMENTE LA OBLIGACION ALIMENTARIA EN UNA UNION DE HECHO PROPIO"** en el año 2014, de la Universidad Privada Antenor Orrego de la Escuela de Postgrado de Derecho de Trujillo, utilizando el instrumento del cuestionario y concluyendo en:

1. *"Regular la obligación alimentaria en unión de hecho propio en la legislación peruana que ordene la prestación para ejercer el derecho de alimentos a favor de los concubinos libres de impedimentos matrimonial y permita resolver casos prácticos de alimentos de unión de hecho en la sociedad peruana"*
2. *"Realizar una reforma legal en el artículo 326° y 474° del Código Civil y artículo 5° de la Constitución Política".*

2.1.3 A NIVEL LOCAL

No se cuenta con tesis referidos al tema

2.2 BASES TEÓRICAS

2.2.1 DEFINICIONES PRELIMINARES DEL CONSTITUCIONALISMO – MARCO HISTÓRICO

El constitucionalismo es la forma de organizar un Estado en base a una ley suprema, al que el resto de las normas jurídicas deben respetar, la Constitución, que asegure al pueblo la igualdad, el goce de sus derechos naturales, el respeto a su dignidad humana; y organice y limite los poderes del Estado, diferenciando entre poder constituyente, propio del pueblo soberano para darse una constitución y poder reformarla, y los poderes constituidos que gobiernan en base a ella, limitados unos por otros, y son elegidos por la mayoría popular (PRUJEL, 2006).

Si bien hubo antecedentes importantes en Inglaterra de reclamos de normas que limitaran el poder monárquico, logrados con la sanción de la Petición de Derechos de 1677, el Acta de Habeas Corpus de 1679 y la Ley de Derechos de 1689, esta tendencia de organizar los Estados por medio de constituciones se consolidó luego de que se pusiera fin al poder ilimitado de los reyes, tras el triunfo de la

ideología de los penadores iluministas, concretado en la Revolución Francesa que acabó con el Antiguo Régimen, y sentó la base de las democracias modernas.

Fue Estados Unidos el primer país que tuvo su Constitución escrita en 1787, con un procedimiento rígido de reforma, y donde se estableció la división de poderes. Luego se añadieron diez enmiendas para consagrar los derechos de los habitantes. A esta Constitución estadounidense, le siguieron las de Francia, de los años 1791, 1793 y 1848. Suecia tuvo su Constitución en el año 1809, y España tres años después. En América Latina, fueron pioneros Venezuela y Colombia, que estrenaron su Carta Magna en 1819.

- **EL DINAMISMO CONSTITUCIONAL (PRUJEL, 2006)**

Ya Ihering formuló, al contrario de Savigny, quien poseía una visión romántica del derecho, el aserto de que los principales desenvolvimientos que sufre el derecho, no ocurren plácidamente, sino que son el producto de intereses encontrados en lucha permanente, y que muchas de las grandes modificaciones, que influyeron poderosamente en el progreso de aquel, tuvieron que producirse lesionando los intereses privados que existían ya protegidos.

También Recasens Siches refiere que el tono realista que asume este tópico, implica tomar al Estado como una organización en movimiento. La vida estatal se encuentra en un perpetuo dinamismo, tanto en lo que atañe al poder, como a los demás campos de la estructura social, y en este aspecto no puede eternizarse el orden existente en una determinada época (Kelsen, 1960).

- **LA CONSTITUCIÓN**

En primer lugar, cabe aclarar que definir a la Constitución como simple texto normativo sería una contradicción al sentido mismo del término Constitución; puesto que éste no es texto sino vida en acción, cuerpo social. Así Constitución y Sociedad son conceptos inseparables (la sociedad siempre está en transformación por lo cual no se la puede definir, sino conceptualizar en relación a su transformación). Lo que debemos entonces visualizar no es el "texto" constitucional sino el contexto normativo, es decir, las múltiples relaciones de poder que constituyen el cuerpo social (Kelsen, 1960).

Por ejemplo, cuando sucede una "infracción a la Constitución", esto no supone un simple salirse de las normas jurídicas que nuestro cuerpo constitucional integra, sino implica irse contra todas las relaciones de fuerza reunidas, organizadas y sistematizadas en un cuerpo, el cuerpo, por supuesto, es la Constitución (la sociedad), y este como cuerpo es "una "unidad de dominación", "un fenómeno múltiple, compuesto por una pluralidad de fuerzas irreductibles".

La Constitución es "un campo de fuerzas", "únicamente cantidades de fuerzas "en relación de tensión" unas con otras". Esos campos de fuerzas son los seres humanos en relación. Y "cualquier relación de fuerzas constituye un cuerpo" social. La Constitución es esa relación de fuerzas organizadas, esa lucha entre unidades de dominio (seres humanos). Constitución, es pues, un marco y radio de acción de esas fuerzas.

▪ **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES :**

Es la regla básica que guía el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de una Constitución formal de un Estado determinado". Estos principios sirven, para garantizar la vigencia, estabilidad y el respeto a la Constitución" (Kelsen, 1960).

A. Principio de limitación

- a. Limitación al poder público.
- b. Limitación a los derechos particulares.

El principio de Limitación es la relación recíproca de restricción por razones de bienestar público entre los órganos del poder público y los derechos de los particulares.

El principio de limitación es esencialmente aquel marco que define los límites del Poder del Estado y del Poder de los Particulares; o más específicamente, cualquier abuso del derecho de cada uno de estos entes (Estado o persona). Y siendo que el control de la conducta o potestad de estos entes no puede dejarse al arbitrio de los mismos, y ni siquiera del autocontrol porque este no es un fenómeno eficaz, es necesario controlar el poder incluso de quien lo tiene; es decir, controlar aquello que el ente (persona o Estado) no necesariamente puede controlar, como es el uso del poder. Este control del

uso del poder, o del derecho, que por ser subjetivo se refleja más en las conductas, hechos, que en la teoría, tiene que ser "constitucional", que significa "legitimado", "válido" y "vigente", gracias a haber sido revestido "constitucionalmente", dentro de las normas que han sido aprobadas por el poder constituyente, que serían todos los seres humanos, a través de aquel contrato social, del que hablara Rousseau, de aquel acuerdo de las voluntades. El Estado, por un lado, que es un ente ficticio, construido política y jurídicamente, pero que está en manos o manejo de los seres humanos, debe ser controlado; el control, por supuesto, es a los seres humanos que están revestidos con el poder del Estado, puesto que este poder faculta estos seres humanos a realizar actos que afectan a la generalidad de la sociedad, y no sólo a una persona, como por ejemplo cuando se emiten normas o disposiciones para asignar el presupuesto a diversos sectores, como educación, justicia, agricultura, turismo, etc.

Por otro lado también existe control a los seres humanos que no necesariamente trabajan dentro del organismo estatal, sino que ejercen su poder como personas naturales, como por ejemplo el de reunirse con otras personas, que es un derecho constitucional, pero que puede excederse o extralimitarse si es que estas reuniones son con fines delictivos, como una banda delincuencia, o el de comercializar productos ilícitos, etc.

a. Limitación al poder público

El Poder Público está restringido para que no vulnere los derechos subjetivos de los particulares, se restringe al Poder Público cuando se prohíbe vulnerar los principios de la Constitución en las leyes reglamentarias que promulgue el Poder Ejecutivo.

Se restringe al Poder Público (concretamente al Poder Ejecutivo) al no permitir la confiscación de bienes por causas políticas, se restringe la Poder Público a prohibir la expropiación, a no ser que sea por causa socialmente necesarias. (Quisbert)

b. Limitación a los derechos particulares

- Principio de Funcionalidad

- a. Principio de Concentración
- b. Principio de Cooperación
- c. Principio de no Bloqueo
- Principio de Supremacia
 - a. Principio de Unidad

▪ **CONSTITUCIÓN FORMAL**

La constitución formal nace del estudio de la constitución como una ley. Es una ley especial dotada de peculiaridades formales que es el vértice de la jerarquía normativa. La constitución formal es el primer concepto y coincide con la primera fase del constitucionalismo. De esta concepción se pueden extraer tres conclusiones básicas:

La Constitución es una ley o conjunto de leyes que han sido escritas y redactadas por voluntad de un legislador. Por tanto, es constitución como derecho y en consecuencia debemos estudiar la constitución a través de la dogmática jurídica y quedarán fuera del ámbito y del estudio factores políticos, económicos y sociales.

La constitución es una ley especial, distinta de las leyes ordinarias por razones jurídicas. Es redactada por un legislador especial y mediante un procedimiento especial para su aprobación y que confiere un grado de solemnidad y seriedad muy superior al de las leyes ordinarias.

La constitución es una ley especial suprema porque establece los órganos o sujetos que están facultados para producir normas. También establece la competencia de cada uno de esos órganos. La constitución dice cuál es la importancia política y la jerarquía de todas las normas que pueden producirse y quienes pueden producirlas. En consecuencia, todas las normas jurídicas de un ordenamiento obtendrán su validez en la medida en que hayan sido producidas como dice la constitución y por quien dice.

Esta doctrina está basada en la necesidad de contar con los órganos que a lo largo de la historia han tenido una importancia vital en la vida política, la corona y las cortes.

▪ CONSTITUCIÓN MATERIAL

Las concepciones materiales de la constitución surgen por el agotamiento de la concepción formal de constitución ya que todo derecho constitucional que no tenga en cuenta las realidades políticas acaba por carecer de virtualidad explicativa e interpretativa.

La doctrina de la constitución material supuso la negación de la constitución como norma. Hay tres direcciones en las que derivó la constitución material:

- a. **Normativismo:** Inspirado en Kelsen. La validez de las normas depende de su conformidad con las normas de producción del derecho y esa es la función que se le otorga a la constitución, la norma que regula la producción del resto del ordenamiento jurídico. Para ella todas las normas tendrán validez de conformidad con la constitución. Este procedimiento está basado en la validez de una norma superior que no puede ser parte de la constitución escrita. Es lo que denomina norma hipotética fundamental, norma superior a la propia constitución. Esta concepción se basa en un estudio jurídico de la validez normativa basada en su órgano de emisión y su adaptación a la constitución.
- b. **Teoría decisionista:** Basada en las ideas de Schmidt. Esta teoría supuso en parte la justificación de la política neonazi porque justifica cualquier decisión por parte del estado. Considera la constitución no como una norma sino como algo que la ha autorizado previamente y que es en definitiva quien le otorga validez. El derecho no puede autofundamentarse y la constitución escrita no es una excepción. En todo caso es una decisión anterior y superior al texto constitucional, decisión que ha sido tomada por sus elementos fundamentales, entendidos como tales los poderes del estado, la clase política, e incluso, la propia sociedad. Constitución es por tanto la decisión singular sobre la forma y el modo de toda estructura política. Lo que conlleva es que es legítima, no la constitución sino una decisión política.
- c. **Doctrina sociológica:** basada en la escuela italiana; está basada en que toda constitución parte de una consideración primaria. La preexistencia de una comunidad política dotada de poder soberano, organizada en instituciones cuyo papel predominante corresponde al estado. Sobre esta base se entenderá que la constitución no es otra cosa que la constitución del propio

estado y de su ordenamiento, entendido en su conjunto. La norma fundamental contiene las normas básicas de producción pero no contienen las normas importantes que afectan a la constitución del estado. Para ellos constitución es toda norma que afecta a las constituciones básicas del estado y entienden que dentro de la propia constitución existe derecho escrito que formalmente no debería considerarse como constitución.

- **EL CONSTITUCIONALISMO HOY**

El liberalismo existe una radical separación entre el Estado y la sociedad y los individuos son iguales ante la ley pero de forma conjunta. El Estado liberal solo actúa en el caso concreto de una agresión que será interior y/o exterior y exceptuando estos conflictos bélicos no interviene en la sociedad. De esta concepción hemos pasado a una estrecha intervención del estado en la sociedad y los ciudadanos en su conjunto dependen de la orientación política de su Estado.

En el constitucionalismo actual se reconoce el pluralismo político, la tolerancia a todas las ideologías y la constitucionalización de todos los partidos políticos. Las constituciones actuales poseen un grado de normatividad muy superior a las anteriores establecen relaciones jurídicas en todas las materias que regulan. Tiene eficiencia directa y obliga por igual a gobernantes y gobernados. En las constituciones actuales queda garantizado el principio de constitucionalidad frente al principio de legalidad.

- **DOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN**

Kelsen da un concepto de Constitución propio de su pretensión, darle orden y categorizar al Derecho. No pretende encuadrarlo o cerrarlo en ese concepto, sino darle un nivel de comprensión. Por eso escribe que la Constitución es la "norma superior que determina el procedimiento de creación de las demás normas." Como vemos, el concepto no tiene mayores pretensiones que establecer una relación de superioridad, de jerarquía, de orden. Se trata de la constitución como ente superior, como base o principio último, rector y hacedor de las condiciones posteriores de la normatividad. Una constitución así entendida es la generalidad de las generalidades, la generalidad que intenta crear otras generalidades más pequeñas llamadas normas jurídicas. Kelsen

no pudo haber deseado restringir el concepto de la Constitución a sólo una categoría, a solo un conocimiento categorizable. (Kelsen, 1960)

A pesar de lo restrictivo del concepto kelseniano de Constitución, tenemos ya un patrón entendido. La Constitución es un ente superior a las demás normas jurídicas, y por lo tanto este ente superior rige, manda, y crea las otras normas, es entonces, anterior, predecesora, y generadora de las demás normas. Y es que Kelsen no habla de la Constitución como organización del Estado, de sus límites y facultades, tampoco como la "suma de los factores reales de poder". Las Colonias españolas, como América, por ejemplo, demuestran ese rezago medieval, feudal, puesto que allí las normas no estaban categorizadas; eso significaba que se usaban indistintamente el derecho consuetudinario, el derecho emanado de la metrópoli, el derecho creado por los propios colonizadores, etc.

2.2.2 FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS CONSTITUCIONALES PARA UNA NOVACIÓN NORMATIVA QUE REGULE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A LA CONCLUSIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

El derecho de familia amerita ser mirado como una rama autónoma con cruces importantes con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al fin y al cabo es su propósito "procurar a efectividad de los derechos fundamentales" en el marco de las relaciones familiares (ROCA, 1999)

En el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: "*Los hombres y mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho (...) a casarse y fundar una familia*". Por su parte el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 23° "*El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*". Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17°, "*reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia*" (C, 1980).

De lo estipulado se deduce que el matrimonio no es la única fuente donde surgen las familias y observando que estos instrumentos internacionales reconocen el derecho que les asiste tanto a hombres como a mujeres de fundar una familia, bien

podemos sostener que el contenido esencial de este derecho no solo comprende la facultad que tienen las personas de constituir una familia con ánimo de permanencia en el tiempo y sumando esfuerzos en la consecución de fines comunes; si no también comprende la facultad de poder elegir el modelo familia que se desea fundar, de acuerdo a lo que resulte más adecuado a las convicciones e ideales de las personas, garantizando así su derecho al libre desarrollo de su personalidad (VASQUEZ PEREZ, 2010).

Es el escenario actual de la familia, donde coexiste el hogar nuclear (como forma ideal para algunos) y una variedad de modelos familiares (representativos de un considerable porcentaje de nuestra sociedad), puede hablarse de un derecho que garantiza la libre elección del tipo familiar que se prefiere crear. El ejercicio de este derecho debe ser garantizado por el Estado, independientemente del tipo familiar que se prefiere crear. El ejercicio de este derecho debe ser garantizado por el Estado, independientemente del tipo familiar que se elija, pues, entre, otras cosas, la familia tiene el valor primordial de haber sido, ser y seguir siendo el lugar donde se crían, forman y educan las personas antes de ser insertadas a las sociedad (VASQUEZ PEREZ, 2010).

2.2.2.1 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DEBEN APLICARSE A LA UNIÓN DE HECHO EN NUESTRO PAÍS

- PRINCIPIOS DE LA DIGNIDAD HUMANA

Es el principio máximo, súper principio, macro principio o principio de principios (VARSI ROSPLIGIOSI, 2010)

En el primer artículo de nuestra Constitución como principio humano esencial tenemos: *"la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado"*.

Algunos consideran que el Derecho a la Dignidad es el fundamento de los derechos básicos de la persona, porque es ella que dicta la condición superior del hombre como ser de razón y sentimiento (VARSI ROSPLIGIOSI, 2010).

Con respecto a la dimensión personal de la dignidad, tener la obligación general de respetar, proteger y descalificar cualquier procedimiento, comportamiento, actividad que cosifique al individuo. La dignidad es contraria a todo precepto de humillación al ser humano.

- **PRINCIPIO DE LA LIBERTAD**

Es el valor supremo del ser humano, siendo este el único animal que la posee. Implica aquella capacidad que tiene el sujeto para realizar con autonomía dentro de sus relaciones sociales. Permite actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otros, tomando en consideración que, como derecho, está ligado al interés social. Además los derechos de la persona tienen necesariamente como punto de partida el reconocimiento del hombre como ser libre (FERNANDEZ SESSAREGO, 2007).

Después de toda la libertad es la posibilidad de una coordinación consciente de los recursos necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y la realización de la felicidad personal. El derecho de libertad es aquel derecho fundamental que posibilita a las personas a actuar de una forma autónoma, es decir, con ausencia de injerencias de terceras personas o del poder estatal. Es un derecho innato que se adquiere simplemente con el nacimiento, siendo oponible erga omnes, pues su respeto y cumplimiento es exigible frente a todos los hombres (CRUZ VEGAS, 2010).

- **PRINCIPIO DE LA IGUALDAD**

El derecho a la igualdad se constituye como un límite en la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de creación frente a la posibilidad arbitraria del poder. El principio de igualdad únicamente se viola cuando se trata de modo diferente a los iguales. De ahí que lo constitucionalmente vetado sea el trato desigual ante situaciones idénticas y la irracionalidad del mismo, es decir que colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado (CRUZ VEGAS, 2010).

El derecho a la igualdad es aquel derecho inherente que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la Ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, sexo, creencias o cualquier otro motivo (CRUZ VEGAS, 2010)

En virtud del principio de igualdad consagrado en la Constitución Política del Perú, puede decirse que toda diferencia debe ser fundamentada, tener una lógica y una racionalidad compatible con los cánones establecidos en la Carta

Magna. Partiendo de estos presupuestos, cualquier discriminación o diferenciación de trato puede considerarse inconstitucional.

Es por ello que podemos afirmar que la familia que tiene como origen el concubinato debe ser tratada como la familia matrimonial, ya que la finalidad de nuestro ordenamiento jurídico es la protección de la familia, sin distinción de su origen, y el tratamiento que en la actualidad se le da al concubinato es un trato discriminatorio, esto es, no existe razonabilidad en el trato diferenciado con respecto a la familia matrimonial. Debemos tener en cuenta que la prohibición del trato discriminatorio forma parte del *Ius Cogens*.

Es por ello que se debe conocer a profundidad el tema de la teoría de Derechos Humanos y el Neoconstitucionalismo que a continuación trataremos.

2.2.2.2 TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las teorías de los derechos humanos han convivido y conviven con otras muchas teorías de la justicia, el enorme prestigio que el rótulo "derechos humanos" tiene hoy, tanto en la comunidad académica como en la política, no debe hacernos olvidar que existen y han existido diferentes concepciones de la justicia, que hay y ha habido diferentes maneras de responder a las preguntas ¿Qué es justo? Y ¿cuáles son los pilares en los que debemos edificar la convivencia social?

Una de las respuestas a estas interrogantes es la que los derechos humanos deben ser el núcleo esencial de cualquier modelo de organización social.

2.2.2.3 TEORÍA DE LA JUSTICIA BASADA EN DERECHOS:

La característica básica de estas teorías de los derechos humanos es que hacen de la idea de que los seres humanos, todos ellos, tienen unos derechos especiales acreedores a una singular protección, el elemento característico de las mismas.

Podemos decir que proclaman que la idea de justicia está basada en la noción de derechos. Tradicionalmente las diferentes teorías de la justicia se han dividido en dos grandes grupos: por un lado, las éticas deontológicas que remiten a Kant, y por otro lado, las éticas teleológicas o

consecuencialistas que encuentran su mejor exponente en los planteamientos utilitaristas. No tiene mucho sentido en el marco de este trabajo detenerse a estudiar exhaustivamente ambos grupos de teorías éticas.

a. **Las teorías Deontológicas²** se caracterizan por dar prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, lo cual quiere decir que estas teorías juzgan las acciones humanas su corrección o incorrección moral por sus cualidades intrínsecas de las que van a derivar derechos y deberes de los individuos, y no en función de que contribuyan o no a alcanzar determinados objetivos o metas, por valiosos que éstos sean. Estas teorías de la justicia tratan de derivar mediante la razón, y a partir de una determinada concepción de los sectores humanos, los principios morales correctos que deben regir el comportamiento de los individuos, y de los que derivarán las reglas que regulan el comportamiento en sociedad, así como los derechos y los deberes de los individuos. Las teorías de la justicia de base deontológica no toman en consideración los resultados o consecuencias que pueden derivarse de estos principios, o del reconocimiento de los derechos o deberes que deducen de ellos. Ni unos buenos resultados justifican o convalidan una acción intrínsecamente inmoral, ni unas malas consecuencias invalidan un comportamiento moralmente correcto. El ejemplo típico de ética deontológica es la ética Kantiana, concepción ética que hace de la noción de deber su elemento nuclear.

Las teorías de la justicia basadas en derechos son también un ejemplo de ética deontológica. Incluso puede decir que en la actualidad, tras la contribución de Jhon Rawls, las éticas deontológicas otorgan más relevancia a la noción de derechos que a la de deberes.

² Deontología es un concepto que se utiliza para nombrar a una clase de tratado o disciplina que se centra en el análisis de los deberes y de los valores regidos por la moral.

importancia a la noción de bienestar; incluso se ha llegado a decir desde esos planteamientos defensores de las teorías basadas en derechos que el utilitarismo no asume la diferencia y separación moral de las persona, y puede llegar a justificar el sacrificio de individuos en aras de maximizar el bienestar general.

Las teorías de la justicia basadas en derechos, al quedar englobadas en el grupo de las teorías deontológicas, y por tanto, opuestas a las teorías teleológicas o consecuencialistas, tienen necesariamente un marcado carácter anti Consecuencialista.

Las teorías deontológicas, a pesar de indicar que los derechos son intrínsecamente valiosos y, por ello, fines en sí mismos, se olvidan de los fines a perseguir por los poderes públicos, y nos señalan que sean cuales fueren los objetivos o fines que se persiguen, los medios que utilicemos nunca podrán implicar violaciones de los derechos.

2.2.2.5 CARACTERÍSTICAS DE LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Podemos caracterizar las teorías de los derechos humanos por cuatro notas:

- i. los individuos son concebidos como agentes morales racionales.
- ii. individualismo: los individuos son los titulares de los bienes básicos
- iii. igualitarismo: todos los individuos deben ser tratados como iguales.
- iv. Universalismo: el ámbito de validez de estas teorías es universal.

Las teorías de los derechos Humanos como ejemplo paradigmático de teoría moral ilustrada, parten de una concepción de los derechos humanos como agentes morales racionales, lo cual significa que los individuos son concebidos como agentes que gozan de la facultad de tener un sentido de la justicia, es decir, de entender, aplicar y actuar a partir de los principios de justicia, y que cuentan con capacidad para elaborar planes de vida, para revisarlos y modificarlos. El rasgo distintivo de los seres humanos, el rasgo distintivo de los seres humanos, e rasgo común a todos ellos, con independencia tanto de sus características físicas, como de sus rasgos culturales; de sus experiencias vitales y de sus condicionamientos económicos y sociales, en su capacidad de razonar y de elegir, con otras palabras, su capacidad de obrar con autonomía, en definitiva, su capacidad de ser libre. La

consideración de los individuos como agentes autónomos implica necesariamente concebirlas de manera independiente de sus experiencias, pues en caso contrario, los individuos formarían parte del flujo causal al que pertenecen las experiencias. Es esta capacidad de ser libres de obrar con autonomía, la que caracteriza a (todos) los seres humanos y la que les confiere su especial dignidad. Será esta precisamente la que pretendan garantizar los derechos humanos.

Son los individualistas pues conciben al individuo como la unidad moral básica. Las entidades colectivas en las que nos integramos- aun siendo sumamente relevantes tanto de cara a la conformación de nuestra identidad, como a la determinación de los medios necesarios para que podamos llevar a la práctica el objetivo de la autodeterminación individual no tienen personalidad moral autónoma, no tienen identidad moral propia. Su existencia (moral) es reductible a la de los individuos que las integran. En definitiva el individualismo del que estamos hablando supone que los bienes fundamentales en los que todos pensamos cuando hablamos de derechos humanos son bienes adscribirles a individuos, son bienes de los que disfrutan o de los que carecen los individuos. Por ello, las teorías de los derechos humanos conciben estos como derechos individuales, y no colectivos. Solo los individuos son titulares de derechos humanos.

Son igualitaristas puesta todas las teorías de los derechos humanos que parten de la necesidad de tomar en consideración los intereses de todos los individuos por igual. Al defender el carácter individualista de las teorías de los derechos humanos, que éstas hacen del individuo (de todo los individuos) el punto de partida de las mismas. Las teorías de los derechos humanos toman en consideración los intereses de todos y cada uno de los individuos con independencia de su sexo, raza, religión, clase social o de su tradición cultural; y esos intereses valen por igual. Lo importante es que somos individuos, es que todos y cada uno de los seres humanos somos agentes morales racionales con capacidad para ser dueños de nuestro destino. De ahí deriva el carácter igualitario de todas las teorías de los derechos humanos, pues, todas ellas asumen como principio básico uno de carácter igualitario que puede formularse de la siguiente manera "todos los seres humanos deben ser tratados como iguales, con igual consideración y respeto".

b. **Las éticas Teleológicas**³: dan prioridad a lo bueno sobre lo moralmente correcto; frente al interés de los planteamientos deontológicos por las características intrínsecas del comportamiento humano, las teorías teleológicas analizan la bondad o maldad de las acciones en función de sus consecuencias, en función de que éstas sirvan para alcanzar un determinado fin u objetivo que se considera valioso. Por eso, suelen ser llamadas también éticas consecuencialistas. Estos planteamientos parten de la determinación de un fin que deben perseguir los seres humanos, normalmente establecido a partir de una determinada interpretación de la naturaleza humana, y que se utiliza para justificar todas aquellas acciones que contribuyan a alcanzarlo. La ética teleológica por excelencia es el utilitarismo. Este deduce de la naturaleza humana el fin u objetivo que los seres humanos deben alcanzar: la felicidad, el bienestar, la excelencia y, en buena lógica, evalúa las reglas y los comportamientos por sus consecuencias y por su contribución para alcanzar esta meta antes apuntada. Están justificadas desde una perspectiva utilitarista aquellas acciones y reglas que contribuyen a maximizar el bienestar, la felicidad, la utilidad. En este marco los derechos de los individuos tienen un carácter instrumental: estarán justificados si el respeto de los mismos contribuye a maximizar el bienestar general, y no lo estarán en caso contrario.

2.2.2.4 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LAS ÉTICAS DEONTOLÓGICAS Y TELEOLÓGICAS:

- **Utilitarismo**: se refiere a un carácter intrínsecamente maximizador y agregativo: el objetivo último del utilitarismo es maximizar la suma total de bienestar, felicidad o utilidad. Esta nota ha sido permanentemente criticada por los teóricos de los derechos humano, que denunciaban y denuncian que el utilitarismo no da relevancia a los problemas de distribución, defiende una imposible comparación de utilidades, felicidades y bienestar es de diferentes sujetos, y otorga una excesiva

³ La teleología forma parte de la metafísica, una rama de la filosofía. Puede entenderse a la teleología como el análisis de los propósitos o de los objetivos que persigue un ser o un objeto.

No todas las teorías de los derechos humanos interpretan, sin embargo, del mismo modo, este principio de igualdad.

Históricamente ha habido dos maneras diferentes de responder a los grandes debates de la filosofía moral y política contemporánea, como en las controversias políticas que caracteriza la realidad de nuestros países y de la comunidad internacional.

- La primera respuesta, que podemos llamar "liberal- conservadora" o "liberal burguesa", sostiene que tratamos a todos los seres humanos como iguales cuando el destinatario de la norma es el ciudadano abstracto, olvidando su nacionalidad, raza, sexo, religión, nivel social; tratamos a todos los seres humanos como iguales cuando la ley es universal, cuando la ley va dirigida a todos y cada uno de los individuos por igual. La norma es la misma para todos. De ese modo, todos los seres humanos somos tratados como iguales, con igual consideración y respeto. La igualdad es entendida como igualdad ante la ley e implica fundamentalmente no discriminación.
- La segunda respuesta de carácter socialista ha sostenido que esa igualdad ante la ley es compatible no sólo con graves desigualdades sociales, sino que además no garantiza la satisfacción universal de las necesidades humanas básicas, ni por lo tanto, la elección autónoma por parte de los individuos de sus planes de vida. Por ello, dirán los socialistas que dicha noción de igualdad no respeta la exigencia de tratar a todos los individuos como iguales, con igual consideración y respeto, e incluso cuestionan que sea compatible con el respeto a los derechos humanos. Presentan una noción alternativa de igualdad, que parte de la constatación de las graves desigualdades sociales existentes, de la miseria en la que se halla sumida una gran parte de la humanidad, de las barreras de tipo social. Económico y cultural existentes para el disfrute de los derechos humanos.

El principio de igualdad contendría, por tanto, dos tipos de exigencias aparentemente contradictorias: por un lado, la igualdad implicaría no discriminación, tratar de manera igual a los seres humanos, con independencia de las diferencias que puedan existir entre nosotros, pues dichas diferencias no nos hacen desiguales. Pero por otro lado, hay criterios que sí nos hacen

desiguales, no esencialmente, pero sí a efectos de justificar diferente tratamiento en función de que satisfagamos o no el criterio de referencia.

Las teorías de los derechos humanos son universalistas. El universalismo es la tercera cara de una moneda de tres caras en la que las otras dos vinieran definidas por el individualismo y el igualitarismo. Asumir como punto de partida al individuo como agente moral racional, destacando lo que todos los seres humanos tenemos en común con independencia de nuestros rasgos contingentes y proclamar, por otro lado, que todos los individuos debemos ser tratados como iguales, conduce necesariamente a pensar en la humanidad como referente moral como espacio natural de moralidad. Las teorías de los derechos humanos, al igual que las demás éticas ilustradas, persiguen elaborar un paradigma moral de validez universal, una moralidad crítica, superadora de las moralidades sociales o positivas, que vinculen tanto a la comunidad internacional como a los diferentes estados. El rasgo peculiar de las teorías de los derechos, frente a otras concepciones morales ilustradas, es su afirmación de que todos los seres humanos son titulares de los derechos proclamados en ese sistema normativo moral crítico.

2.2.2.6 CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Una vez caracterizadas las teorías de los derechos humanos, debemos pasar a estudiar qué son los derechos humanos, cuáles son sus características y cuáles son esos derechos humanos, las tesis básicas relativas al concepto de derecho en sentido subjetivo son las siguientes:

Solo podemos hablar de derechos subjetivos en el seno de sistemas normativos; no hay derechos al margen de las normas (debe quedar claro que estamos hablando de normas en general, y no de normas jurídicas); en definitiva, lo que estamos diciendo es que en un hipotético estado de naturaleza en el que por definición no hay normas, no puede en rigor hablarse de derechos y libertades.

La categoría derecho subjetivo puede existir tanto en sistemas normativos jurídicos como en sistemas normativos morales. Es perfectamente posible hablar de "derechos" (en sentido objetivo, es decir, como ordenamiento jurídico positivo, como conjunto de reglas o normas). Con otras palabras, no considero que la categoría "derecho a..." sea exclusiva de los sistemas normativos

jurídicos: del mismo modo que podemos hablar de "obligaciones morales", podemos hablar de "derechos morales".

Las teorías de la voluntad, cuyos exponentes clásicos son Savigny y Windscheid, sostienen que la idea de voluntad del sujeto, de poder del individuo constituye el elemento esencial del derecho subjetivo; éste es concebido como un poder que pertenece a una persona, como una esfera en la que su voluntad es suprema, y en la que puede determinar el comportamiento de los demás. Estas teorías no explican satisfactoriamente los diferentes tipos de derechos existentes, ni los derechos de aquellos titulares sin voluntad ni determinadas características de ciertos derechos. Asimismo, estas teorías responden a una concepción liberal conservadora de derechos, que hace énfasis en exceso sobre el papel del individuo aislado, proclama una idea de libertad tal como ausencia de impedimentos normativos y se preocuparon sólo por reivindicar para los individuos espacios en los que su voluntad sea soberana.

Las teorías del interés encuentran su máximo exponente en Ihering, si bien encontramos en la teoría del beneficiario de Bentham algunas similitudes. Ihering criticó la concepción del derecho subjetivo, y propuso concebirlo como un interés jurídicamente protegido. Dos son las notas fundamentales de los derechos subjetivos según Ihering; por un lado, no hay derecho subjetivo sin protección jurídica, si no está garantizado por una sección judicial; por otro lado, la esencia del derecho subjetivo⁴ es el interés, la utilidad, el goce, el beneficio que reporta a su titular. Lo característico de estas teorías es que destacan la noción de bien, beneficio, ventaja o interés como característica de los derechos y relativizan la importancia de la voluntad individual en la definición de los derechos.

⁴ Son las facultades o potestades jurídicas inherentes al hombre por razón de naturaleza, contrato u otra causa admisible en Derecho. Un poder reconocido por el ordenamiento jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estima más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad. Es la facultad reconocida a la persona por la Ley que le permite efectuar determinados actos, un poder otorgado a las personas por las normas jurídicas para la satisfacción de intereses que merecen la tutela del Derecho

- **NEOCONSTITUCIONALISMO**
 - **CONCEPCIÓN DE PRIETO SANCHÍS**

La definición más óptima de neoconstitucionalismo, a nuestro juicio, la brinda, entre varios autores, Luis Prieto Sanchís, para quien esta novísima expresión del tradicional Estado constitucional, implica, vía el Estado neoconstitucional, “un cierto tipo de Estado de derecho, una teoría del derecho y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada”.

En cuanto a concebirlo como un Estado de derecho, señala el autor español que “es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado”. Para nuestro dilecto profesor de la Universidad de la Mancha, el neoconstitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones: de un fuerte contenido normativo y de garantías jurisdiccionales. Entonces solemos hablar de “constituciones normativas garantizadas” (SANCHÍS, 2014)

De la misma forma, como ideología que defiende una fórmula política designada, Prieto Sanchís señala que “puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política (...) y como modelo óptimo de Estado de Derecho”. Naturalmente no constituye el neoconstitucionalismo una panacea frente a los problemas de toda democracia pero las herramientas del sistema permiten enfrentar, de mejor modo, de garantías judiciales (SANCHÍS, 2014)

En este extremo, que el neoconstitucionalismo “representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho”. Efectivamente, las nuevas herramientas de interpretación que esta tradición propone entre ellas la ponderación de intereses, el principio de proporcionalidad y la postulación de principios como mandatos de optimización nos plantea la interrogante válida de cuánto está cambiando nuestra tradicional forma de resolver los conflictos. Si bien antes al juez antes solo le bastaba acudir a la ley para resolver una controversia, hoy en día la

evolución incesante de los derechos fundamentales en el plano de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de los derechos humanos en la justicia supranacional, con un marcado carácter de progresividad, nos hace reflexionar sobre la insuficiencia de los métodos de interpretación propuestos a comienzos del siglo XIX, por von Savigny, fundador de la Escuela histórica del derecho alemán, para la dilucidación de controversias que, en forma constante, van a implicar valorar la aplicación de principios frente a normas, e inclusive, en otros casos, van a significar la confrontación de principios unos frente a otros (SANCHÍS, 2014)

Es pertinente afirmar, con certeza, que en algún momento el intérprete, al resolver conflictos de la justicia ordinaria, aplica principios. Ello ocurre, por cierto, si el juez, al observar un vacío, se cerciora de que la ley no acude suficientemente en su ayuda para resolver el conflicto. Sin embargo, no nos referimos simplemente a una actividad integradora de llenar las lagunas que se producen, sino a una teoría de la Constitución como actividad de integración. En este caso, los principios y sus distintas valoraciones, representan una nueva concepción de teoría del derecho, en tanto propone, sobre la base de una Constitución normativamente garantizada, producto de las tradiciones norteamericana y francesa, nuevas fuentes de derecho en cuanto herramientas de interpretación.

Pasando revista a otras acepciones sobre neoconstitucionalismo, en relación a la vinculación entre derecho y democracia, Fioravanti (Fioravanti, 2000) señala: "La Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, una norma directiva fundamental".

Por otro lado, en la misma línea de ideas, Ferrajoli (FERRAJOLI, 2003) argumenta: " Podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente un Estado Constitucional."

Podemos inferir, a tenor de lo expuesto, una tendencia común a redefinir los criterios primigenios del Estado Constitucional, reposicionando tendencias

definidas y orientadas hacia una nueva forma de entender el Derecho, a una reformulación de las premisas tradicionales en que el sistema de fuentes fue concebido. En el Estado neoconstitucional, variamos los supuestos de antaño de la forma del Estado, redefinimos la fórmula política hacia una concepción más garantista de las demandas sobre derechos fundamentales y replanteamos la forma de resolver las controversias constitucionales. (Kelsen, 1960)

Importante es notar que no se trata de una tendencia aislada. Por el contrario, se trata de una comunidad de ideas y no simplemente de una posición solitaria en la interpretación del Derecho. Creemos que, por el principio de progresividad, esta corriente de la historia debe inclusive mejorar sus contenidos, haciéndolos inclusive más garantistas, reformando sus bases mismas para la consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales. Estimamos que si es así, entonces, no hay regresión. (Kelsen, 1960).

▪ **RASGOS DISTINTIVOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORIA DEL DERECHO**

La propuesta de revisión de las fuentes del derecho en el neoconstitucionalismo conlleva caracteres especiales, distintos de la postura tradicional a través de la cual el derecho resuelve los conflictos.

a) Más principios que reglas

Las reglas en su concepción tradicional son la norma jurídica y la ley. En el Estado neoconstitucional, ellas son referente de los principios de legalidad y de congruencia para manifestar la estricta correspondencia entre las pretensiones y las respuestas de los juzgadores a los conflictos jurídicos. Dworkin suele diferenciar entre problemas fáciles y difíciles en cuanto, para la solución de los primeros, basta la subsunción, es decir, la inserción de los supuestos de hecho dentro de la norma y en tal sentido, se produce un decisorio que viene a ser la manifestación tangible de la aplicación de la ley. Pero a su vez también concurren en el derecho muchos problemas difíciles, a los cuales no les basta la presencia de la ley y respecto de los cuales, los principios generales del derecho constituyen solo parte de un marco aplicativo integrador. En dichos casos

complejos, vamos a tener necesidad sustantiva de acudir a criterios interpretativos, en los cuales los principios van a desempeñar un rol sustancial.

Deviene entonces justificado que en el Estado neoconstitucional podamos referirnos a muchos conflictos de difícil solución que van a exigir herramientas interpretativas que trasvasen el espíritu de la ley, en tanto muchas veces van a referirse a controversias sobre derechos fundamentales que exigen progresivamente distintos postulados esenciales.

b) Más ponderación que subsunción

En cierto modo, referimos “una concepción mecanicista” de aplicación del derecho en tanto nuestros parámetros objetivos son la ley y los hechos. En esa corriente de sujeción estricta a la ley, si el juez de la Revolución Francesa no podía encontrar una solución al conflicto, al no existir solución directa en la norma, debía aplicar el denominado “referé legislativo”, es decir, debía remitir el asunto litigioso al legislador para que éste pudiera manifestarse respecto a la correcta aplicación de la ley, bajo pena inclusive de cárcel para el juez si se excedía en su obligación de solo aplicar la ley. La subsunción entonces implica una transposición matemática de los supuestos normativo y fáctico para una respuesta dentro del marco de congruencia que el principio de legalidad exige.

Ponderamos, en perspectiva, cuando nos persuadimos de la manifiesta insuficiencia de la ley y cuando recurrimos, convencidos, a la fórmula de que los principios expresan valores más allá de la norma y cuando nos percatamos, de la misma manera, que podemos hacer un ejercicio argumentativo sólidamente vinculado a la defensa de los derechos fundamentales como mecanismos extraordinarios de defensa de los principios, valores y directrices que emanan de la Carta Magna.

En la ponderación, en abstracto, trazamos una línea de valoración entre los principios y fijamos valores para la identificación de los mismos, en sus diversos grados de afectación: elevado, medio y leve (SANCHÍS, 2014)

En estricto, no existen leyes positivas y concretas que manifiesten que prime el valor jurídico vida sobre el bien jurídico referido a la convicción religiosa. La teoría de los saltos interpretativos, la cual entiende el resultado de la interpretación como un producto que proviene en gran medida de la interioridad del intérprete, nos diría que opta en libertad el médico que decide hacer la transfusión de sangre al niño herido aún sin consentimiento de los padres, pues protege el valor jurídico vida. Y por otro lado, el salto interpretativo justifica, de igual modo, que debe respetarse el derecho a la convicción religiosa en el sentido de observarse las valoraciones de quienes deciden incluso sobre su salud. Sin embargo, de suyo apreciamos, en este caso, la gran dificultad que este problema representa para ser resuelto en los términos que la ley ofrece, no existiendo, en esta situación, una norma que privilegie el derecho a la vida sobre el derecho a la convicción religiosa.

La ponderación inclusive nos dice que ese concepto de "jerarquía móvil" bien podrá implicar que en otras condiciones fácticas, el derecho no prevalente podrá primar sobre el derecho que ahora prospera, mas ello dependerá de las condiciones de hecho que identifiquen un nivel de justificación interna y externa que nos persuada de que la propuesta del derecho o principio a elegir, también es respetuosa de los derechos fundamentales (SANCHÍS, 2014)

Respecto al principio de proporcionalidad, la nota distintiva se traduce en que en las controversias constitucionales que impliquen la actuación de este principio, siempre se producirá la inclusión de poderes públicos como parte, es decir, de entidades representativas del Estado, en sus diversos grados. La razón de ello parece residir en que a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, medimos el grado de intervención del poder público respecto de un derecho fundamental, valoramos en qué extensión se ha producido la intervención del Estado en la esfera de un derecho en concreto, y por cuanto valoramos la proporción de la intervención, a través de los subexámenes de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto (SANCHÍS, 2014).

En la doctrina neoconstitucional, el examen se expresa así: "cuanto mayor es el grado de afectación del derecho al trabajo, tanto mayor es el grado de satisfacción del derecho al descanso", hacemos prevalecer un derecho fundamental sobre otro, mas no en la postura de afirmar que uno es más importante que su opuesto, o que el derecho preterido siempre podrá expresar un menor rango valorativo frente al derecho prevalente. No es ésa la postulación de la ponderación en estricto, sino la propuesta fáctico-argumentativa de que en las condiciones presentadas, el derecho prevalente expresa una posición de preferencia debidamente sostenida. Y a su vez, la situación inclusive podrá cambiar en otras condiciones fácticas.

c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, en lugar de espacios exentos

Los espacios exentos no pueden existir en un Estado neoconstitucional no se puede alegar islas exentas de control constitucional y por ende, espacios no sujetos a ningún tipo de control, en razón de que la Constitución representa un valor supremo y por tanto, rige sobre todas las áreas del ordenamiento jurídico. (Kelsen, 1960).

En suma, no podrán existir espacios exentos o blindados contra la justicia constitucional y habrá necesidad de que, aun a pesar de normas que les asignan a algunos órganos constitucionales cierta autonomía, ésta se mantendrá vigente en tanto no se produzca una vulneración ostensible de un derecho fundamental.

▪ **EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORÍA JURÍDICA**

El neoconstitucionalismo también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones jurídicas que se advierten. Con el neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Pareciera que, desde esta perspectiva, el estudio del neoconstitucionalismo interesa casi más a los filósofos del Derecho y a los

que se ocupan de la Teoría del Derecho, que a los propios constitucionalistas. (FERRAJOLI, 2003)

La nueva teoría del neoconstitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el razonamiento jurídico, en especial del judicial, acercando la reflexión filosófica a la práctica jurídica.

La interpretación constitucional, que pasa a ser la decisiva en el quehacer jurisdiccional, tiene principios y reglas propias que la distinguen en parte de la interpretación legal. Fundamentalmente la incorporación del criterio de la ponderación, que completa y a veces reemplaza al paradigma de la subsunción y el silogismo judicial, propio de la etapa iuspositivista. (FARALLI, 2007)

2.2.2.7 NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO, IDEOLÓGICO Y METODOLÓGICO

El neoconstitucionalismo contemporáneo, una doctrina que, según sus partidarios, surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho, y que pretende superar y, en un sentido, suplantarse al positivismo jurídico sea al iusnaturalismo⁵.

Es bastante conocida la distinción, formulada por Bobbio, entre tres tipos, o tres acepciones, de positivismo jurídico, nos parece oportuno, aunque sea un poco forzado, instituir una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo teórico, ideológico, metodológico incluso porque, de ese modo, resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista.

⁵ El iusnaturalismo o derecho natural es una teoría ética con un enfoque filosófico, que postula la existencia de derechos del hombre fundados o determinados en la naturaleza humana, universales, anteriores y superiores al ordenamiento jurídico positivo y al Derecho fundado en la costumbre

2.2.2.8 EL NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una constitución "invasora", por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional; las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo⁶ teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles. (FARALLI, 2007)

Es necesario observar que el neoconstitucionalismo teórico que se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional adopta a veces, como objeto de investigación, lo que se puede definir como él: "modelo descriptivo de la constitución como norma", y a veces, por el contrario, el "modelo axiológico⁷ de la Constitución como norma.

⁶ El iuspositivismo o positivismo jurídico es una corriente de pensamiento jurídico. La principal tesis del iuspositivismo es la separación conceptual entre moral y derecho, que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos

⁷ La axiología es la teoría filosófica encargada de investigar estos valores, con especial atención a los valores morales. Etimológicamente, la palabra axiología significa "teoría del valor", que se forma a partir de los términos griegos "axios", que significa valor, y "logos", que significa estudio, teoría.

2.2.2.9 EL NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO

Cuando se presenta como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo.

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales podríamos en este sentido hablar de "neoconstitucionalismo de los contrapoderes" pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución podríamos en este sentido hablar de un "neoconstitucionalismo de las reglas" (Kelsen, 1960)

2.2.2.10 EL NEOCONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO (NIETO, 2009)

Algunas variantes del neoconstitucionalismo, y en especial aquellas que se presentan (también) como una ideología, presuponen una toma de posición metodológica que propongo llamar con algo de arbitrariedad, lo admitimos "neoconstitucionalismo metodológico".

Tal denominación recuerda explícitamente él, y se contrapone al, positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del

derecho como debería ser. Esta tesis tiene, como se sabe, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre derecho y moral.

La tesis positivista⁸ tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser, en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar prescribir. No tiene sin embargo, como presupuesto, la tesis meta ética no cognitivista en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aún si de hecho muchos teóricos positivistas son no cognitivistas, y la mayoría de los críticos del positivismo son cognitivistas.

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral. (Fioravanti, 2000)

2.2.2.11 CONSECUENCIAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Las reflexiones que anteceden han resultado contextualmente muy útiles para describir los rasgos más sustanciales de un Estado neoconstitucional. La propuesta tiene mucha vigencia y actualidad en el sentido de que nos persuade de que los criterios de interpretación constitucional en los ordenamientos jurídicos, están cambiando de sitio, que apuntan hacia nuevos sitios de producción jurídica, en una forma de fraternidad de intérpretes constitucionales, una especie de "sociedad abierta de intérpretes de la Constitución", para significar que los argumentos de interpretación van asumiendo un carácter de criterios comunes (NIETO, 2009).

⁸ Se conoce con el nombre de positivismo a una estructura o sistema de carácter filosófico que está basado en el método experimental y que se caracteriza por rechazar las creencias universales y las nociones a priori. Desde la perspectiva de los positivistas, la única clase de conocimientos que resulta válida es el de carácter científico, el cual surge de respaldar las teorías tras la aplicación del método científico.

- **Cambio de tesis en la definición del Derecho**

Un cambio de tesis en la definición del Derecho: "En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, el neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral".

Esta vinculación resulta de capital importancia para el neoconstitucionalismo, en tanto que el concepto de dignidad de la persona, nos lleva a juicios de valoración de orden moral. Kelsen proponía la interpretación del Derecho como un producto puro, sin la participación de ninguna otra disciplina. En el neoconstitucionalismo, por el contrario, reafirmamos la tesis de la necesaria interrelación entre moral y derecho. Expresión tangible de ello lo es el artículo 1 de nuestra Constitución, el cual propone el parámetro de valoración de la dignidad de la persona como postulado base de todo el ordenamiento constitucional.

La reflexión que aporta Faralli (FARALLI, 2007) a este respecto: "La Constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales".

- **Mayor complejidad del Derecho**

Otra conclusión de relevancia respecto al Estado neoconstitucional, es que el Derecho se hace más complejo, por la evolución sin pausa de los derechos fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales. Antes el Derecho podía ser definido como un sistema

de reglas, en el cual la subsunción era la tarea sustancial del juez. Hoy, el Derecho es igual a valores, principios, y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos.

Es decir, solo ante la insuficiencia de las reglas, concurren los principios. Algunas veces los conflictos serán resueltos en parte por el contenido de las reglas y de la misma forma, en otros casos, cuando se configuran extremos sumamente complejos en una controversia, la resolución tendrá en cuenta los márgenes de activismo de los principios y de las herramientas interpretativas que conciernen a derechos fundamentales. Todos estos elementos, en forma cohesionada, juegan un rol fundamental en la solución de conflictos y constituyen la base del Estado neoconstitucional.

- **Plena vigencia de los derechos fundamentales**

Estimamos que solo los principios conceptuales y las pautas procedimentales que informan el Estado neoconstitucional, permiten una aplicación plena de los derechos fundamentales, cuyo norte aplicativo, es la de poseer una juricidad y una moralidad básicas, juricidad porque los derechos fundamentales contienen mandatos vinculados a realizaciones para la protección de un derecho; y moralidad, porque la vinculación a la protección de la dignidad de la persona, representa una impostergable obligación para el juez constitucional.

- **Reposicionamiento del rol de los jueces constitucionales**

Con esta expresión queremos significar la importancia capital de las tareas que desarrollan los jueces constitucionales en la protección de los derechos fundamentales.

Esta premisa es verificable de suyo en el Perú en el sentido de que no solo existe jurisdicción constitucional como tal, sino que ya existen, además de lo reseñado, órganos constitucionales especializados. Esto es, no solo nuestro país es el primero en Iberoamérica en haber adoptado un Código Procesal Constitucional, desde 2004, sino que ya dispone de jueces constitucionales a exclusividad.

2.2.2.12 UNIÓN DE HECHO

- **ANTECEDENTES DE UNION DE HECHO**

Las Uniones de Hecho en el Perú, también conocidas como concubinato o relaciones de convivencia, son una forma de unión intersexual muy vetusta y longeva que lleva consigo ribetes muy parecidos a los del matrimonio y que ha tenido existencia en nuestro País desde épocas muy remotas.

En el incanato, se conoció una especie de unión de hecho bajo el nombre de servinacuy, en realidad el servinacuy era una institución prematrimonial, si quiere llamarse un "matrimonio de prueba"; su origen se remonta a épocas anteriores a los incas, esta institución era y es tan arraigada a las costumbres indígenas, que logró sobrevivir al catolicismo impuesto y a los tres siglos de coloniaje, manteniéndose y robusteciéndose hasta el día de hoy, motivo por el cual el maestro Cornejo Chávez al momento de elaborar el libro de familia del Código Civil vigente, no pudo obviar su regulación. El profesor Mac Lean y Estenos define esta institución desde diversos puntos de vista: jurídicamente se define como un "un compromiso entre el padre y el pretendiente de la futura novia", este último contrae el compromiso de recibir a su hija como parte de su prole, el padre por su parte adquiere la obligación de devolver al pretendiente los obsequios o su equivalente en dinero o en trabajo en caso de que no llegara a formalizarse la relación, socialmente se basa en la necesidad de un previo conocimiento íntimo y completo, sin reserva alguna, aun de índole biológico, para construir después de esta convivencia y siempre que la misma tuviera éxito, un hogar estable y feliz, finalmente servinacuy es un vocablo híbrido, castellano quechuizado que significa "mutuos servicios".

Si el servinacuy no funcionaba, la joven sometida a tratos sexuales por parte de su eventual pareja regresaba a su hogar, esto no suponía ninguna clase de perjuicio moral, si hubieran procreado un hijo, este permanecía bajo el cuidado de la madre, el hecho de que la mujer haya

perdido la virginidad y que no se considere inmoral la convivencia, demuestran que los incas no valoraban la virginidad y que por el contrario las relaciones sexuales eran un síntoma de prestigio.

2.2.2.13 DEFINICIÓN

El tratadista Héctor Comejo Chávez define al Concubinato⁹ como la convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad y fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio.

La convivencia como una sociedad de hecho, voluntariamente realizada por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se asemeja al régimen de sociedad de gananciales. Si bien es cierto que el concepto del concubinato por el que se consideraba como tal la unión ilegítima de un hombre y una mujer libres, que hacen vida en común sin haber llenado las formalidades establecidas para celebrar el matrimonio y que viven bajo el mismo techo, ha sido superado en el Derecho moderno, ya que dadas las características de la vida actual y la relación de las normas morales, quedarían desamparados los hijos nacidos de las relaciones ilícitas tenidas por hombre casado con mujer distinta a su cónyuge, también es cierto que debe probarse el requisito del mismo techo y que las relaciones ilícitas tuvieron el carácter de permanencia y habitualidad.

2.2.2.14 FUNDAMENTO:

El artículo noveno de la Constitución Política de 1979 consagró a nivel constitucional que el concubinato propio originaba una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, disponiendo a este respecto que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento

⁹ Concubinato es la relación marital de dos individuos (un hombre y una mujer, dos mujeres o dos hombres) sin estar unidos en vínculo matrimonial. El término concubina generalmente indica relaciones matrimoniales en curso donde la mujer es de menor posición social que el hombre o que la esposa o esposas oficiales. Existen dirigentes en la historia de Asia y de Europa que tenían tanto concubinas como esposas.

matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable; este precepto constitucional fue reglamentado a nivel legal en el artículo 326° del Código Civil, que establece como requisitos del concubinato propio la unión de hecho entre varón y una mujer libres de impedimento matrimonial durante el lapso de dos años continuos; estando regulado actualmente a nivel constitucional el concubinato como una fuente de la sociedad de gananciales en el artículo 5° de la Constitución Política de 1993¹⁰.

2.2.2.15 CONVIVENCIA SIMULTÁNEA CON DOS PERSONAS

No puede reconocerse la existencia de una unión de hecho si la convivencia se ha llevado de manera simultánea con dos personas distintas y en domicilios diferentes, por lo que no se presenta el elemento de singularidad, ni tampoco los requisitos de permanencia y fidelidad. Configurándose únicamente concubinatos impropios.

2.2.2.16 IMPEDIMENTO LEGAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES

A pesar que la demandada se encuentra impedida de contraer matrimonio, por ostentar la condición de casada con un tercero, no pudiendo compartir una unión de hecho válida con el recurrente por existir un impedimento legal; debe destacarse que el haber declarado el recurrente voluntariamente ante el notario, que su esposa era la demandada, evidenció la voluntad de parte suya de comprenderla en la adquisición del bien y por tanto incorporarla en calidad de copropietaria¹¹.

Solo dan lugar a la sociedad de bienes a la que se refiere el artículo 326 del Código Civil, la unión de hecho de dos personas sin impedimento matrimonial.

¹⁰ Artículo 5. Constitución Política del Perú A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional

¹¹ Propiedad de una cosa compartida con otro u otros.

2.2.2.17 TESIS DE UNIÓN DE HECHO

- **Tesis de la apariencia.-** La convivencia es el primer estado aparente de matrimonio por su estabilidad y por su singularidad. Según esta tesis la unión de hecho genera derechos similares a los del matrimonio.
- **Tesis de equiparación.-** Se considera que la convivencia equipara al matrimonio.

2.2.2.18 TEORÍAS DE LA UNIÓN DE HECHO

- **Teoría abstencionista:** razón por la cual no ha regulado la constitución y el desarrollo de las uniones de hecho.
- **Teoría reguladora:** se ha aplicado a la legislación especial como la referida a los derechos laborales, los derechos de la seguridad social, derechos agrarios y otras normas adicionales.

2.2.2.19 ELEMENTOS INTEGRANTES:

- Comunidad de hecho, habitación y de vida.
- De público conocimiento (si no es notorio no puede hablarse de notoria).
- Singularidad (1 hombre y 1 mujer entre ellos).
- Permanencia (2 años).
- Ausencia de impedimentos matrimoniales.

2.2.2.20 TIPOS DE UNIÓN DE HECHO

- **UNIÓN DE HECHO IMPROPIO:** lo que adolece de una o algunas de las características de la Unión de Hecho Propio. Ejemplo: un conviviente casado y el otro soltero o cuando ambos son casados. (DIALOGO CON LA JURISPUDENCIA , 2014)
- **UNIÓN DE HECHO PROPIO:** Cuando presenta todas las características previstas en la norma, esto es; a) unión marital de hecho b) estabilidad y permanencia c) singularidad y publicidad y d) ausencia de impedimentos para contraer matrimonio. Ejemplo: aquella convivencia donde ambos son solteros. (DIALOGO CON LA JURISPUDENCIA , 2014)

2.2.2.21 EFECTOS PERSONALES

- a. Genera una sociedad Gananciales (convivencia). El conviviente no puede separar matrimonios.
- b. La mujer tiene que dar una declaración judicial de convivencia.
- c. Deber de asistencia no es legal, es moral, tiene carácter natural.
- d. Terminar por decisión unilateral, el que se considera perjudicado puede pedir alimentos o indemnización tiene que pedir declaración.
- e. La indemnización¹² es que repara el daño.
- f. Conviviente que se fue termino la convivencia.
- g. Deber de cohabitación¹³ (deber natural), la ley no lo señala.
- h. Deber de fidelidad no genera adulterio porque no son casados.

2.2.2.22 EFECTOS PATRIMONIALES

- ✓ Genera comunidad de bienes regido por el marco legal que regula la sociedad de gananciales en el matrimonio.
- ✓ Este régimen patrimonial (común bienes) es único y forzoso.
- ✓ El artículo 326° del Código Civil condiciona la común de bienes por los 2 años continuos de convivencia.

Para que el cónyuge culpable pierda el derecho a gananciales de conformidad con el artículo 324° del código sustantivo, se requiere que se produzca formalmente la separación de hecho.

Son distintos los supuestos de pérdida de gananciales como producto de la separación de hecho y del divorcio. En el primer caso, producida la separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho de gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. En el segundo caso, regulado en el artículo 352 del Código Civil, el cónyuge divorciado por su culpa pierde los gananciales que procedan de los bienes propios del otro. Existe aplicación indebida de la norma contenida

¹² La indemnización es la compensación por un daño que se haya recibido. El término se emplea principalmente en el ámbito del Derecho y permite a través de él referirnos a la transacción que se realiza entre un acreedor o víctima y un deudor o victimario, es decir, es la compensación que un individuo puede exigir y eventualmente recibir como consecuencia de haber sufrido un daño, o en su defecto por alguna deuda que mantenga con él otra persona o entidad.

¹³ La cohabitación o unión libre es el tipo de relación que establece una pareja cuando sin estar casada por la Iglesia o por lo civil y sin tener intención definitiva de casarse, comparten techo y cama.

en el artículo 352 del Código Civil, cuando se aplica dicha norma a la pretensión de pérdida de gananciales como producto de la separación de hecho, supuesto que se encuentra previsto en el artículo 324 del Código Civil.

El artículo 324° del Código Civil establece que en el caso de que se produzca una separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. Para que la norma referida sea aplicable es necesario que la separación de hecho se haya producido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, ya que al producirse la disolución del vínculo matrimonial ya no es de aplicación la norma en estudio, sino la contenida en el artículo 352 del Código Sustantivo.

2.2.2.23 NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL

La declaración judicial de convivencia o unión de hecho tiene como propósito el cautelar los derechos de cada concubino sobre los bienes adquiridos durante la unión, entendiéndose que por la unión de hecho se ha originado una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable.

Para que la unión de hecho genere los derechos que la ley sustantiva prevé, resulta necesario que exista declaración por parte de la autoridad judicial competente en la que se otorgue o reconozca tal condición; teniendo en consideración que dicho pronunciamiento implica la verificación previa por parte del juzgador del cumplimiento de los requisitos que para la validez de dicha unión establece el artículo materia de estudio.

Sí bien el artículo 326° del Código Civil no exige la declaración jurisdiccional previa para crear una sociedad de gananciales, este requisito ha sido considerado por ejecutorias de esta Sala Casatoria como un elemento para reconocer la existencia de una comunidad de bienes, ya que los derechos reales que están en juego requieren de elementos materiales que impidan causar perjuicios a terceros que contratan con alguno de los convivientes.

Si bien el artículo 326° del Código Civil otorga derechos a la concubina para darse por constituida la sociedad de gananciales como si existiera matrimonio civil, es necesario que para tal efecto deba acreditarse el concubinato con los requisitos de ley y contar con la decisión judicial en ese sentido.

2.2.2.24 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL UNION DE HECHO

Como es reconocido, tradicionalmente la unión de hecho también denominada concubinato o unión extramatrimonial concitaba una percepción negativa y de rechazo por parte de cierto sector de la sociedad; concibiéndola como una forma de vida inmoral, situación que no se condecía en la realidad, tradiciones y cultura de otro gran sector de la sociedad peruana. Reflejo de ello era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado fue imponiendo a un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas- primero jurisprudencialmente y luego a nivel constitucional a esta realidad social. Así, la constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos. De otro lado, se anotó que al momento de la separación de uniones libres se presentaban situaciones inicuas y es que en muchas ocasiones una de las partes en su mayoría varón terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia. Si bien tal problemática ya había merecido atención del órgano jurisdiccional, entendiéndose que estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer esta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la constitución vigente sin mayores modificaciones.

Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia.

Asimismo pasan ser considerados familia, por consiguiente merecedora protección del Estado. (YOLANDA GALLEGOS CANALES, REBACA JARA QUISPE, 2011).

Para poder oponer la existencia del concubinato a terceros, éste debe ser declarado judicialmente. El medio que tienen los concubinos para dar a conocer a los terceros la existencia de la unión es hacer que el juez ante quien ha acreditado su unión notifique con dicha sentencia a los terceros que ellos indiquen, finalidad que también se consigue inscribiendo dicha resolución registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes". (Cas. 688-95-Lambayeque, Normas Legales, tomo 251, p. A-10)

2.2.2.25 PENSIÓN DE ALIMENTOS E INDEMNIZACIÓN. (JUDICIAL)

Para que se pueda conceder una pensión alimenticia, a la demandante en base a una supuesta ruptura de relación convivencial, se exige que el solicitante de dicha pensión mantenga una relación convivencial actual o vigente, o, acredite la condición de abandonado, y que sea este conviviente quien elija alternativamente por una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos.

La decisión unilateral de uno de los convivientes de terminar la unión de hecho, faculta al juez conceder a elección del abandonado una cantidad de dinero por indemnización o una pensión de alimentos.

Que para solicitar alimentos o indemnización entre concubinos no se requiere declaración judicial previa de la unión de hecho, pero esta debe acreditarse dentro del proceso con principio de prueba escrita.

2.2.2.26 ANTECEDENTES DE ALIMENTOS

En Persia imperaba el sistema del patriarcado, así en las familias predominaba el dominio absoluto de los varones sobre las mujeres, siendo muy utilizada la poligamia y el concubinato. Los jefes familiares se prodigaban en dar a sus hijos varones educación física y espiritual, para que estén en óptimas condiciones de desempeñarse como soldados. Asegurándose de esta manera una buena defensa de sus territorios.

En la India la obligación alimentaria era más bien auto obligatoria, debido a su creencia religiosa de que el cielo se podía obtener con la presencia de un heredero en la tierra.

En el Derecho Griego, especialmente en Atenas, tenía el padre la obligación de mantener y educar a la prole, obligación que estaba sancionada por las leyes; los descendientes tenían obligación análoga de dar alimentos a sus ascendientes en prueba de reconocimiento, y su deber sólo cesaba cuando el hijo no había recibido una educación conveniente, cuando el padre promovía su prostitución. En el Derecho de los papiros se encuentran también los contratos matrimoniales frecuentes alusiones a la obligación alimenticia del marido para con la mujer, así como el derecho a la viuda o divorciada a recibir alimentos hasta que fuera restituida la dote.

En el Derecho Romano, el deber de prestar alimentos a los hijos y nietos no se encuentra hasta la época imperial fuera del sistema jurídico tradicional y dentro de la extraordinaria "cognitio" de los cónsules. En un principio, solo existía entre los individuos de la casa sometidos a la patria potestad, pero ya a fines de siglo II d. de J.C. se concedió el derecho de alimentos a los descendientes emancipados y por reciprocidad, a los ascendientes respecto de aquellos.

En el Derecho Germánico resulta la deuda alimenticia, más que una obligación legal, una consecuencia necesaria de la constitución de la familia; sin embargo, no faltan casos en que la fuente de la obligación es una relación diversa a la familiar: así, en la obligación alimenticia del donatario hacia el donante en el supuesto de donación universal. En el Derecho feudal nace también el deber de alimentos entre señor y vasallo, e incluso en el ámbito de la familia se encuentra íntimamente relacionado con la vendad del ordenamiento feudal.

El Derecho canónico introdujo varias especies de obligaciones alimenticias extrafamiliares, instaurado un criterio extensivo que, si bien ha sido muy discutido en su fundamento, prevalece en el Derecho moderno.

2.2.2.27 ETIMOLOGÍA

El significado etimológico de la palabra alimento se origina del latín alimentum, de alo, nutrir. (ARIAS, 1995) Otros afirman que deriva de alere que significa alimentar o sustancias que sirven de nutriente.

Para el derecho, alimento no es sólo el sustento diario que requiere una persona para vivir, comprende además, los medios necesarios para que una persona pueda subsistir.

2.2.2.28 DEBER DE ASISTENCIA

El deber de asistencia está recogido en el artículo 291° del Código Civil. En doctrina se distingue entre el concepto genérico de asistencia y el específico de alimentos. Así la asistencia presupone deberes de tipo ético como la solidaridad conyugal. Teniendo una significación en sentido amplio que comprende la mutua ayuda, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben dispensarse. (ARIAS, 1995).

2.2.2.29 DEFINICIÓN

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua (Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 1992), constituyen alimentos cualquier sustancia que puede ser asimilada por el organismo y usada para mantener sus funciones vitales, caso especial de los seres humanos.

Por consiguiente, existe un concepto jurídico de los alimentos, como se comenta en la Enciclopedia Jurídica OMEBA (Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo I, 1986), indicando que «comprende todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción».

Este criterio está sustentado en la Declaración de los Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño, normas internacionales que el Perú suscribió, convirtiéndolas en ley interna, como se consagra en el artículo 55° de la Constitución Política «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional» (Constitución Política del Perú 1993, 1993).

En un sentido jurídico, alimento, es lo que una persona tiene derecho a recibir de otra, por ley, negocio jurídico o declaración judicial, para atender a su sustento; de aquí la obligación correlativa, llamada deuda alimenticia: deber

impuesto jurídicamente a una persona de proveer a la subsistencia de otra.
(ARIAS, 1995)

Según BARBERO "la obligación alimenticia, es el deber que en determinadas circunstancias es puesto por ley a cargo de ciertas personas de suministrar a ciertas otras los medios necesarios para la vida" (BARBERO, 1967).

Para CASSO y CERVERA (CERVERA, 1991) los alimentos comprenden todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, según su rango y condición social.

JOSSERAND (JOSSERAND) define a los alimentos como "el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona por ello la obligación implica la existencia de un deudor y un acreedor".

Para MALLQUI y MOMETHIANO (MALLQUI REYNOSO & MOMETHIANO ZUMAETA, 2002) se entiende por alimentos «al conjunto de medios materiales para la existencia física de la persona; en sentido lato están comprendidos los medios necesarios para la educación, instrucción, vestido, asistencia médica y otros.

Para SOMARRIVA (SOMARRIVA UNDURRAGA, 1963) la expresión alimentos "tiene una acepción más amplia que es la terminología vulgar, pues, no sólo comprende el sustento diario, sino también los vestidos y la habitación. Y, todavía, cuando el alimentario es menor de edad la enseñanza de una profesión u oficio.

Para CARBONIER (CARBORIER, 1990) el vínculo jurídico determinante del parentesco establece una verdadera relación alimentaria que se traduce en un vínculo obligacional de origen legal, que exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado.

Según TREJOS ((TREJOS, 1982) "el matrimonio da origen a una comunidad entre el hombre y la mujer y a una serie de deberes y derechos recíprocos... a diferencia del antiguo derecho, que establecía una notoria desigualdad entre el varón y la mujer, el derecho moderno, debido al influjo de las ideas de libertad e igualdad que han abierto después de la Revolución Francesa, el Código de

Para BARBERO (BARBERO, 1967) la obligación alimentaria "es el deber que en determinadas circunstancias es puesto por ley a cargo de ciertas personas de suministrar a ciertas otras los medios necesarios para la vida".

Para ARIAS SCHERIBER (ARIAS SCHEREIBER PEZET, 2002) la obligación de los padres de proveer a la manutención y educación de sus hijos en un principio de derecho natural. Proviene del derecho a la vida de los hijos y a la formación de su aptitud para conducirse en ella conforme a su destino. Para este autor, esta obligación comienza con la concepción, continua durante el período de la adolescencia y termina con la mayoría que la ley fija para que se extinga, en virtud de la presunción de haber alcanzado entonces los hijos el completo desarrollo de su personalidad, que los hace capaces para el ejercicio indispensable de todas las actividades. No obstante, subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios conducentes a una profesión u oficio.

Nuestro Código Civil define a los alimentos en su artículo 472 como «lo que es indispensable para el sustento, habitación vestido y asistencia médica». Cuando se trata de niños y adolescentes los alimentos también comprenden "su educación, instrucción y capacitación para el trabajo".

Definiremos al derecho alimenticio como aquel derecho nacido por imperio de la ley, recogido de la naturaleza, cuya fuente es el parentesco o la voluntad, que tiene una persona necesitada (denominada alimentista o acreedor alimentario) a ser asistido por otra persona (denominada alimentante o deudor alimentario) con el fin de proveerle los medios necesarios que le permitan satisfacer sus necesidades fundamentales, en una medida determinada según su situación jurídica y las necesidades del deudor y las posibilidades económicas del acreedor.

Con relación al deber alimentario de los cónyuges¹⁴, en atención al principio de igualdad jurídica de los cónyuges, es recíproco (art. 234 del Código Civil) y

¹⁴ Se denomina cónyuge a cualquiera de las personas físicas que forman parte de un matrimonio. El término «cónyuge» es de género común, es decir, se puede usar para referirse a un hombre («el marido» o «el cónyuge») o a una mujer («la mujer» o «la cónyuge»). Cuando el sexo es

conlleva a que ambos deben contribuir a la satisfacción de las necesidades del hogar, no sólo en lo económico, sino también en lo relativo a otros aportes de orden doméstico. Así ARIAS (ARIAS SCHEREIBER PEZET, EXEGESIS DEL CODIGO CIVIL PERUANO 1984 PAGINA 168, 2002) nos dice que «en una familia cuya economía gira alrededor del aporte económico exclusivo del marido, es natural que será éste quien habrá de propiciar a la esposa los recursos necesarios sería absurdo considerar que la mujer debe también "alimentar" al marido, en el concepto pecuniario que traduce una cuota dineraria. El deber de asistencia que comprende lo alimentario, pero que no se agota en él será cumplido en la atención del hogar y de los hijos. Por cierto que ya no pesa exclusivamente sobre la mujer la prestación de las tareas domésticas, sino que, según las circunstancias de cada caso, tendrá también el esposo dicha responsabilidad. En tal sentido y ante la nueva concepción recogida en el artículo 291, primer párrafo, el Código Civil, según la cual se carga a ambos esposos con el deber de asistencia y, por lo tanto, el de contribuir a las tareas domésticas, se exigirá analizar en cada caso la posibilidad de cumplimiento por cada cónyuge, según sus horarios de trabajo y sus características personales y, en definitiva, según los roles que, en cada caso concreto, tienen asumidas el marido y la mujer, en cuanto a las tareas que desempeñan.

En consecuencia, los alimentos constituyen un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico mental y psicológico, por cuya razón considero que toda omisión en su cumplimiento es un verdadero atentado contra los Derechos Humanos.

2.2.2.30 NATURALEZA JURIDICA

Sobre la naturaleza jurídica de los alimentos existen tres posturas: la tesis patrimonialista, la tesis no patrimonialista y una tesis de naturaleza *mi generis*.

desconocido normalmente se dice «el cónyuge» aunque también se puede decir «el o la cónyuge».

2.2.2.31 TESIS PATRIMONIALISTA

Los derechos privados se dividen en patrimoniales, y extrapatrimoniales o no apreciables en dinero. Según MESSINEO (MESSINEO, 2001) el derecho de alimentos tiene naturaleza genuinamente patrimonial, por ello concluye que puede ser objeto de transmisión. Sostiene su tesis en que la nueva legislación italiana no contiene ninguna indicación que justifique la concepción de aquel derecho como dirigido también al cuidado de la persona de quien recibe alimentos".

Es sintomático, agrega que, frente a instancias para que le confiriese el más amplio ámbito de cuidado a la persona, el legislador haya conservado a la relación de alimentos, el carácter patrimonial¹⁵, en cuanto el deudor de los alimentos, cuando haya dado cumplimiento a su prestación, puede desinteresarse del modo y de la medida en que el alimentado la emplea tales síntomas contradicen a la doctrina del cuidado de la persona. El que entre las necesidades del alimentado, la ley incluya también la de la educación y la de la instrucción, se comprende porque en una sociedad civil, las necesidades, aún las más estrictas de la persona, no se agotan con las sustancias alimenticias, la habitación y el vestido. La inaccesibilidad del crédito de alimentos se explica, además, como medida de defensa de la persona que recibe los alimentos contra el peligro de su propia prodigalidad. La imponibilidad de la prestación alimentaria en comprensión se explica considerando que el estado de necesidad del alimentado no tolera que el deudor pueda sustraerse, por ninguna causa, a la obligación de abonar los alimentos mediante *numeratio pecuniae*.

Esta concepción ya ha sido ampliamente superada porque el derecho alimentario no solo es de naturaleza patrimonial, sino de carácter extrapatrimonial¹⁶.

¹⁵ Los derechos patrimoniales reflejan sobre el patrimonio y son aptos para satisfacer necesidades valorables en dinero. Integran los derechos patrimoniales los derechos reales y los derechos personales.

¹⁶ El derecho extrapatrimonial es intrasmisible e inembargable. No obstante, los derechos extrapatrimoniales son poco numerosos y constituyen excepciones al principio de la

2.2.2.32 TESIS NO PATRIMONIALISTA

Es la postura de Giorgio, Cicu y Ruggiero. Consideran los alimentos como un derecho personal o extrapatrimonial, sostienen en virtud a un fundamento ético-social y del hecho de que el alimentista no tiene ningún interés económico ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio, ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose como una de las manifestaciones del derecho a la vida, que es personalísima.

RICCI sostiene que «este derecho, eminentemente personal, no forma parte de nuestro patrimonio, sino que es inherente a la persona, de la cual no puede separarse y con la cual se extingue o perece» y que «así como es inherente a la persona el derecho de alimentos, es también personal el deber de prestarlos, es decir intransmisible a los herederos» (RICCI, 1999).

2.2.2.33 TESIS DE NATURALEZA SUI GENERIS.

Sostenido por autores como Orlando Gomes y otros, dicen que la institución de los alimentos es un derecho de carácter especial o sui generis de contenido patrimonial y finalidad personal conexas a un interés superior familiar, que se presenta como una relación patrimonial de crédito-débito, por lo que existiendo un acreedor puede muy bien exigirse al deudor una prestación económica en concepto de alimentos. (PERALTA ANDIA, 1996).

DE ROMANA al respecto dice: «Las dos relaciones obligacionales (la crediticia en general y la alimentaria), se sostiene en efecto, son radicalmente distintas. El principio que informa la teoría de la obligación común, es la voluntad, y lo será siempre, aunque se prive a ésta de su autonomía y se le restrinja en la medida necesaria para salvaguardar los intereses colectivos; mientras que la característica de la obligación dentro del derecho de alimentos, es precisamente el no ser voluntaria, sino legal. El error proviene de haber aplicado a los derechos de familia la división clásica de los demás derechos, que los distingue en reales, como el de usufructo¹⁷ legal, por ejemplo, y de

patrimonialidad de los derechos subjetivos: citemos el derecho al nombre y el derecho moral del autor

¹⁷ El usufructo es el derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservarlos. Esto quiere decir que el usufructuario posee el bien en cuestión (tiene la posesión), puede utilizarlo y obtener sus frutos, pero no es su dueño (no es el propietario).

obligación, entre los que se cuenta el de alimentos. Porque tal clasificación es meramente formal en este caso: se base en la estructura y no en la naturaleza misma de los derechos familiares, que es distinta y peculiar. En realidad, de la familia nacen derechos absolutos que, en consonancia con los estados personales que los originan, tienen una eficacia universal, un efecto jurídico que cumple fines superiores y sobrepasa a los meramente individuales". (DE ROMANA).

Esta postura es la sostenida por el Código Civil de 1936 y el actual (1984), aunque no lo señalen de manera expresa.

2.2.2.34 FUNDAMENTO

El fundamento de la institución de los alimentos está en la solidaridad humana, la obligación moral de asistir a quien necesita auxilio.

Visto desde la óptica ética o religiosa es inaceptable que un pariente próximo (un hijo, un padre anciano, etc.) sufra pobreza, mientras el padre o el hijo viven en la riqueza. Del mismo modo, una persona incapacitada de proveerse por sí mismo los alimentos, debe recurrir al pariente más próximo a fin de ser socorrido en sus necesidades vitales.

El título esencial para obtener los alimentos es el parentesco, por ello su naturaleza de deber jurídico y natural. Es un deber que se funda en la equidad. De allí se desprende que el derecho de alimentos le concierne a todos de una manera recíproca y solidaria dentro de una relación parental.

De aquí que se desprende que estas necesidades alimentarias de ninguna manera podrán ser suntuarias sino vitales.

2.2.2.35 CARACTERÍSTICAS DEL DEBER - DERECHO ALIMENTARIO

- TUTELARIDAD:

Tienen derecho a percibir alimentos toda persona, aún mayores de edad si se encontrasen en estado de necesidad, incapacidad física o mental o en el caso de los hijos solteros que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad.

- **EQUITATIVIDAD:**

La pensión alimenticia se establece en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halla sujeto el deudor. No siendo necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos, (art. 481 del C.C.).

- **SOLIDARIDAD:**

Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que le corresponda, (art. 477 del C.C).

- **CONMUTABILIDAD:**

El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente al pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida (art. 489 del Código Civil)¹⁸.

- **UMITATIVIDAD:**

Existe un límite en la pretensión alimentario y está señalado en el art. 485° del Código Civil¹⁹, se refiere a que el alimentista que sea indigno de suceder o que pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos, no puede exigir sino lo estrictamente necesario para subsistir.

- **RECIPROCIDAD:**

En el derecho alimentario las personas que forman parte de la relación alimentaria son obligados y beneficiarios, ya que este derecho deber es recíproco. Vale decir que se deben alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes, los hermanos. Esta situación de ser obligado o beneficiaria

¹⁸ **BIENES AFECTADOS PATRIMONIO FAMILIAR**

Artículo 489.- Puede ser objeto del patrimonio familiar:

1.- La casa habitación de la familia.

2.- Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios.

¹⁹ **Restricciones al alimentista indigno**

Artículo 485.- El alimentista que sea indigno de suceder o que pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos, no puede exigir sino lo estrictamente necesario para subsistir.

únicamente estará supeditada al estado de necesidad en que se encuentre una de las partes y su imposibilidad de suministrarse por sí mismo su sustento (art. 474 del Código Civil²⁰). El hecho de que sea recíproca no quiere decir además que deba guardar total equivalencia.

- **VARIABILIDAD:**

La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. Esta variabilidad puede ser automática en el caso de que el monto de la pensión se hubiere fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no siendo necesario por ello nuevo juicio para reajustarla (art. 482 del Código Civil)²¹.

- **IMPRESCRIPTIBILIDAD:**

El transcurso del tiempo no hace perder el derecho a reclamar alimentos según lo ha interpretado unánimemente la doctrina. Se interpreta que lo que no prescribe es el derecho a solicitar alimentos, pero sí prescribe el derecho a cobrar las cuotas ya vencidas y aún no percibidas.

2.2.3 CLASIFICACIÓN DE LOS ALIMENTOS

Existen varias clasificaciones de los alimentos dependiendo de factores, tales como: su objeto, su origen, su duración, su amplitud y los sujetos que tienen derecho.

▪ **POR SU OBJETO:**

Los alimentos se clasifican en: alimentos naturales y alimentos civiles

²⁰ **Obligación recíproca de alimentos**

Artículo 474.- Se deben alimentos recíprocamente:

- 1.- Los cónyuges.
- 2.- Los ascendientes y descendientes.
- 3.- Los hermanos.

²¹ **Incremento o disminución de alimentos**

Artículo 482.- La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla.

Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones.

- a. **Los alimentos naturales:** Son aquellos elementos esenciales que sirven al ser humano de manera natural, sin requerir de mandamientos positivos, sino que surgen en base a un deber moral y social de quien los provee.
- b. **Los alimentos civiles:** Son los aumentos canalizados dentro del conducto jurídico y comprenden los alimentos esenciales para la vida sumados a la educación, instrucción, capacitación laboral. Es decir incluyen las necesidades espirituales del hombre. En otras legislaciones se incluyen además: la recreación y los gastos de sepelio del alimentista. No estando comprendidos los gastos superfluos y el pago de deudas.

- **POR SU ORIGEN**

Los alimentos pueden ser de dos clases: voluntarios y legales.

- a. **Los alimentos voluntarios:** Son los que surgen de la voluntad del alimentante, surge de una obligación más bien de tipo moral o ético, nacida de una relación parental cercana. Pueden convertirse en convencionales si la voluntad se formaliza en un convenio alimenticio o un legado.
- b. **Los alimentos legales:** Denominados también forzosos, son los que se cumplen por amparo o mandato de la ley, por actos contractuales o por resolución judicial. Estos alimentos se fundan en la existencia de vínculos parentales, otras veces en razón a la solidaridad humana o en la reciprocidad.

- **POR SU DURACIÓN**

Los alimentos según su duración se pueden clasificar en tres tipos:

- a. **Alimentos temporales:** Son aquellos alimentos cuya obligación está enmarcada en un determinado período de tiempo. Caso típico de esta clase de alimentos son los alimentos suministrados a la madre, desde la concepción hasta el parto y post parto, que incluyen los gastos de control de embarazo y alumbramiento.
- b. **Alimentos provisionales:** Son aquellos alimentos provisionales son aquellos que se otorgan en forma provisoria y no permanente por razones Justificadas o de emergencia. Así, el artículo 675 del Código Procesal Civil, regula la asignación anticipada de alimentos, que a la letra dice: «En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida cuando es requerida por el

cónyuge o por los hijos menores con indubitable relación familiar. El juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva".

- c. **Alimentos definitivos:** Son los alimentos que se conceden en forma fija, en la forma y magnitud establecida por el Juez al pronunciar sentencia. Solamente estará sujeto a reducción o aumento según se reduzcan las necesidades del alimentado o aumenten las posibilidades económicas del obligado.

- **POR SU AMPLITUD**

Se clasifican en alimentos necesarios y congruos.

- a. **Alimentos necesarios:** También conocidos como alimentos restringidos. Son aquellos alimentos indispensables para la satisfacción de necesidades primordiales del alimentista. Comprende los alimentos naturales y civiles. Están referidos al alimentista que sea indigno de suceder o que no pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos, teniendo derecho a exigir solo (o estrictamente necesario para subsistir (artículo 485° del Código Civil); también se refieren a la persona mayor de edad que no se encuentre en situación de proveerse de su propia subsistencia, comprendiendo la obligación tan solo lo necesario para subsistir, si la causa que lo ha reducido a ese estado fuese su propia inmoralidad (artículo 973 del Código Civil. No se aplica este criterio cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos, como reciprocidad.

- b. **Alimentos congruos:** Conocido también como alimentos amplios. Son aquellos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo acorde a su nivel social y cultural.

Son la regla general comprende lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (artículo 472 del Código Civil; y artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes). Si el alimentista es niño u adolescente, los alimentos comprenden además de los mencionados: su educación, recreación, instrucción, capacitación para el trabajo (continuando este último supuesto durante su mayoría de edad, hasta los 28 años, si son solteros y no se encuentran en aptitud de atender su subsistencia por causas de

incapacidad física o mental debidamente comprobadas, o estén siguiendo con éxito estudios de una profesión (art. 424 del Código Civil). Entre los alimentos debidos a la madre se incluyen los gastos de embarazo y parto, desde la concepción hasta la etapa del post parto (art. 92 del Código de los Niños y Adolescentes).

▪ **SEGÚN LOS SUJETOS QUE TIENEN DERECHO**

De acuerdo a esta clasificación los alimentos se clasifican en: derecho alimentario de los cónyuges; de los hijos y demás descendientes; de los padres y demás ascendientes; de los hermanos; y como excepción, de extraños (hijo alimentista).

2.2.6.29 OBLIGACION ALIMENTARIA

FUENTES DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La obligación de prestar alimentos proviene de dos fuentes: fuentes naturales y fuentes positivas.

A. Fuentes Naturales:

Son aquellas obligaciones alimenticias que surgen de manera espontánea o instintiva en cada hombre, a fin de cuidar y proteger a sus congéneres. Este hecho natural es tan antiguo como el hombre mismo y tiene que ver con la supervivencia del grupo humano. Obligación moral que con el tiempo fue normada por la sociedad, convirtiéndola en disposición de carácter imperativo.

B. Fuentes positivas:

Son las fuentes naturales recogidas por el derecho positivo, incorporadas en la legislación vigente. Dentro de estas tenemos a la ley y la voluntad.

La ley es la fuente principal de la obligación alimentaria. Surge por medio de la norma jurídica la obligación alimentaria y como consecuencia del matrimonio, la filiación, el parentesco, la convivencia, la relación sexual en época de concepción y la indigencia.

La voluntad es la segunda fuente de la obligación alimentaria y se concreta en la disposición testamentaria (legado de los alimentos art. 766 del Código Civil (TORRES VASQUEZ, 2002).

2.2.6.30 SUJETOS BENEFICIARIOS

El artículo 474° del Código Civil precisa quienes están obligados recíprocamente a darse alimentos: **1) los cónyuges, 2) los descendientes, 3) ascendientes y 4) hermanos**. Este es un orden de preferencia en el cumplimiento de ese deber. Además, se precisa que entre los descendientes y los ascendientes se regulan la gradación por orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista.

Además, existen obligados a prestar alimentos sin reciprocidad. Los mismos que tendrán la obligación de pasar pensión alimenticia, sin derecho a ser amparados ellos en otro momento de necesidad.

Otros obligados a la prestación alimentaria en forma recíproca son:

- a) Los ex-cónyuges cuyo vínculo matrimonial fue disuelto por divorcio
- b) Los ex-convivientes (art. 326 del Código Civil)²²
- c) Ascendientes y descendientes
- d) Hermanos
- e) Atentar contra la vida del cónyuge;
- f) Injuriar gravemente al cónyuge;
- g) Abandonar injustificadamente la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo;
- h) Conducta deshonrosa.

²² **Efectos de uniones de hecho Artículo 326.-** La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

En el supuesto de haberse producido la separación de cuerpos, sea por causal específica o convencional, el juez señalará en la sentencia la pensión alimenticia que uno de los cónyuges debe pasar al otro.

2.2.6.31 MONTO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Por lo general para establecer la cuantía de la pensión alimenticia la encontramos en el artículo 481° del Código Civil²³, los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del obligado, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor». No siendo necesario investigar rigurosamente el monto de las peticiones del que debe prestar los alimentos.

Otro aspecto necesario para determinar el monto de la pensión alimenticia, si se trata de alimentos congruos para menores de edad, alimentos congruos para mayor de edad o si son alimentos restringidos solo necesarios para la subsistencia.

Por otro lado no existe cosa juzgada en materia de pensión alimenticia, ya que esta puede incrementarse o según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del obligado deben prestarla. Pudiendo inclusive el obligado pedir que se le exonere de la misma, si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad.

También se puede fijar el monto de la pensión en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no siendo necesario, en dicho caso, un nuevo juicio para reajustada. Produciéndose dicho reajuste en forma automática las variaciones de dicha remuneración.

Con prescindencia del monto demandado, el juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe realizarlo a su valor real. Para tal efecto

²³ **Criterios para fijar alimentos**

Artículo 481.- Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos.

debe tener en cuenta el valor que la prestación tenga al día de pago, disposición legal diferente o pacto en contrario. Pudiendo realizarse la actualización en función al índice de precios al consumidor acumulado en el tiempo que duró el respectivo proceso, a fin de mantener el monto dado en valor constante.

Por consiguiente, no existe un monto mínimo que se pueda demandar como prestación alimenticia. En cuanto a si se define el monto máximo, debemos decir que no deberá exceder del sesenta por ciento del total de ingresos, con la deducción de los descuentos establecidos por ley (incluyendo asignaciones familiares, bonificaciones, gratificaciones, etc.) Ya que este es un límite establecido en el inc. 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil²⁴ porcentaje embargable de las remuneraciones y pensiones cuando se trata de garantizar obligaciones alimenticias. Además la pensión alimenticia genera intereses (art. 567 del Código Procesal Civil).²⁵

2.2.6.32. DEBER DE ASISTENCIA

El deber de asistencia está recogido en el artículo 291 del Código Civil. En doctrina se distingue entre el concepto genérico de asistencia y el específico de alimentos. Así la asistencia presupone deberes de tipo ético como la solidaridad conyugal. Teniendo una significación en sentido amplio que comprende la mutua ayuda, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben dispensarse. (ARIAS, 1995).

²⁴ **Artículo 648.- Bienes inembargables.-** Son inembargables: 1. Inconstitucional 2. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil; 3. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia; 4. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado; 5. Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; 6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargado procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley; 7. Las pensiones alimentarias; 8. Los bienes muebles de los templos religiosos; y, 9. Los sepulcros.

²⁵ **Artículo 567.- Intereses y actualización del valor** La pensión alimenticia genera intereses. Con prescindencia del monto demandado, el Juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe actualizarlo a su valor real. Para tal efecto, tendrá en cuenta lo dispuesto en el Artículo 1236 del Código Civil. Esta norma no afecta las prestaciones ya pagadas. Puede solicitarse la actualización del valor aunque el proceso ya esté sentenciado. La solicitud será resuelta con citación al obligado.

2.2.6.33 OBLIGADOS A LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS: CASOS GENERALES Y ESPECIALES

Como se mencionó, la obligación alimentaria se origina dentro de las relaciones de orden familiar, por lo tanto, nacen recíprocas obligaciones y derechos. En nuestra legislación se ha establecido como obligados recíprocos a los cónyuges, los descendientes, los ascendientes y los hermanos. Así está considerado en el artículo 474° del Código Civil: «Se deben alimentos recíprocamente: 1. Los cónyuges. 2. Los ascendientes y descendientes. 3. Los hermanos.»

2.2.6.34 OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA RECÍPROCA ENTRE LOS CÓNYUGES

El fundamento de esta obligación se origina en el deber fundamental de asistencia que tienen los cónyuges por efecto del matrimonio. Así, se establece de manera genérica en el artículo 288° del Código Civil que: «los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia». Lógicamente el presupuesto es que el vínculo matrimonial se encuentre vigente.

2.2.6.35 CASOS DE EXCEPCIÓN SOBRE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE CÓNYUGES

- **Situación de los ex cónyuges:**

Si bien no existe observación sobre la obligación alimentaria recíproca entre los cónyuges estando vigente el vínculo matrimonial, sin embargo, por excepción, y con un carácter esencialmente humanitario y solidario, se permite que subsista dicha obligación en los casos de ex-cónyuges. Para este caso, según nuestro sistema, se considera como sanción, por lo que siempre será necesario que se determine la culpa del obligado. Así, se establece en el Art. 350° del C. C.: «Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

- **Situación de los concubinos**

Nuestra legislación admite la regulación del concubinato de manera restringida sólo para ciertos efectos, como son los de carácter patrimonial y para el caso de la filiación. Sin embargo, también establece el derecho de alimentos en una forma muy especial, solo bajo ciertas condiciones, como la falta de impedimentos matrimoniales, el tiempo establecido de convivencia, así como la culpa de la ruptura de la unión, en cuyo caso el culpable queda obligado a favor del inocente o abandonado con una pensión de alimentos o, en su defecto, con una alternativa, con una suma alzada por concepto de indemnización. Así se estipula en el Art. 326° del Código Civil «La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido».

2.2.6.36 FORMA Y MODO DE HACER EFECTIVO EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

- **Formas de hacer efectivo la pensión alimentaria:**

En lo que respecta a la forma de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación alimentaria, existe en la práctica serias dificultades, pese a que nuestra legislación positiva señala que la pensión puede fijarse en: a) Efectivo, mediante una pensión, la misma que puede ser fijada en suma determinada o en

porcentaje, y **b)** En forma diferente al pago de una pensión (entrega de especies), debiendo tenerse en cuenta las posibilidades del obligado.

Con estos criterios, no debería existir en la práctica dificultades para fijar la pensión de los alimentos, ya que para tomar en cuenta las posibilidades del obligado, se debe partir del principio de que éste debe asumir dicha obligación a priori, puesto que la responsabilidad de los progenitores es compartida. Asimismo, debe tenerse presente el principio de presunción juris tantum, que el obligado sí puede asumir tal obligación, además de otros datos adicionales como su condición personal (profesional), o la referencia que aporta la parte reclamante de la parte reclamada sobre alguna actividad que esté realizando (artista, comerciante, u ocupado en cualquier otro oficio). Por último, no resulta necesario investigar rigurosamente los ingresos del que debe prestar los alimentos. Con los elementos que se tiene y tomando en cuenta las necesidades reales y elementales del alimentista (edad, salud, grado de instrucción etc.) debe fijarse la pensión.

Estas consideraciones están señaladas en nuestro ordenamiento sustantivo, lo que falta es un poco más de criterio para asumir en fijar la pensión que corresponda, invirtiéndose la carga de la prueba, para que el obligado acredite su imposibilidad o grado de posibilidad. Así, el Art. 481° del Código Civil indica: «Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos». Por otro lado, el Art. 482° del mismo Código Civil señala: «La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones».

Con respecto a la interpretación de este dispositivo, cabe mencionar algunas precisiones. Primero, se debe orientar su interpretación bajo el principio del

llamado interés superior del niño, todo lo más conveniente o favorable al niño o menor, que establece la Convención sobre los Derechos del Niño. Segundo, se ha pretendido sostener que no procede otro juicio cuando la pensión ha sido fijada en porcentaje, por cuanto el reajuste es regulado automáticamente. Esta posición resultaría favorable, siempre y cuando el porcentaje fijado haya estado de acuerdo a las necesidades y posibilidades del alimentista y obligado; en consecuencia, el reajuste se regularía automáticamente. Sin embargo, en el caso de que existan nuevas necesidades, el porcentaje podría resultar ínfimo. No habría, por tanto, dificultad para que se inicie un proceso de aumento de alimentos y así obtener un mayor porcentaje al señalado. Por ejemplo, si originalmente se fijó en el 40%, no existe inconveniente para que posteriormente se fije en 45 o 50%, provocando así como se procede para los aumentos de la pensión fijada en una suma alzada.

En cuanto a la forma diferente de la pensión, es permitido que ésta se realice en especies, por ejemplo: en víveres, medicinas, estudios, etc.-, teniendo en cuenta que debe existir el acuerdo de los obligados, y que se proporcione según la mayor necesidad del alimentista.

- **Modos de hacer efectivo la pensión alimentaria**

A nuestro criterio, este es el aspecto central del problema sobre el cumplimiento de la obligación alimentaria en el Perú. En el ámbito procesal son novísimas las disposiciones que contienen el Código de los Niños y Adolescentes en el que se establece un proceso único y breve. El Artículo 106° señala: «El proceso de alimentos se tramitará conforme a las disposiciones contenidas en el proceso único del presente Código». Más aún, en el nuevo Código Procesal Civil se le ha incluido dentro de los denominados procesos sumarísimos, por la brevedad del trámite. No obstante ello, en una investigación de campo realizada en los Juzgados de Familia, sobre la tramitación y ejecución de los procesos de alimentos.

2.2.6.37 CAMBIO DE RÉGIMEN PATRIMONIAL

En las uniones de hecho no es factible modificar el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, ya que en el régimen de

separación de patrimonios se establecen supuestos que únicamente son aplicables a la figura jurídica del matrimonio, más no a las uniones de hecho, al disponerse que su fenecimiento se produce por invalidación del matrimonio, divorcio, muerte de uno de los cónyuges y cambio de régimen patrimonial, no siendo extensivas estas disposiciones a las uniones de hecho.

2.2.6.38 SOCIEDAD DE GANANCIALES

La propiedad de los cónyuges respecto de los bienes sociales no es actual, sino virtual y solo se concretiza fenecida la sociedad conyugal, previa liquidación.

Tratándose de bienes gananciales, en tanto la adjudicación no se practique como consecuencia de la correspondiente liquidación, no puede atribuirse a uno de los cónyuges el dominio de todo o una parte de los bienes gananciales.

Al constituir la sociedad de gananciales un ente jurídico autónomo no sujeto a un régimen de copropiedad, la adjudicación de los gananciales a cada cónyuge no constituye una mutua transferencia de derechos entre ellos, sin que tal transferencia es efectuada por la mencionada sociedad de gananciales que se está liquidando.

2.2.4 LA FAMILIA

La familia es una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas, unidas íntimamente por vínculos de sangre o "por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación, y que se sujetan a una conducta y convivencia en un mismo domicilio.

Se denomina familia en sentido amplio "al conjunto de personas unidas por matrimonio o por el vínculo de parentesco natural o de adopción; se extiende a tres tipos de relaciones conyugales, paterno filiales²⁶ y parentales" (TOMEÑAS).

Sociológicamente la familia es una agrupación elemental compuesta por individuos conectados en virtud de una realidad biológica de la que forman parte la unión sexual, el hecho de la procreación y la descendencia de un progenitor (CARBONIER, 1961). Desde la óptica jurídica, la idea de la familia puede ser

²⁶ Perteneiente o relativo al padre, o al padre y la madre, y a su hijo

conceptualizada en diferentes sentidos; cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del Derecho: en sentido amplio, la familia es el conjunto de personas unidas por vínculos de matrimonio, el parentesco o la afinidad.

En sentido restringido, la familia puede ser comprendida como el conjunto de las personas que se hallan unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, o como al conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y los recursos de un jefe de la casa.

Nuestro ordenamiento jurídico considera el vocablo en su sentido restringido, porque en nuestro ordenamiento jurídico la familia es un conjunto de personas unidas con los vínculos parentales de consanguinidad o afinidad, así nos precisa el artículo 402 inciso 2) del Código Civil, cuando nos dice: "*La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada; cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial*²⁷, comprobado por actos directos del padre o de su familia" (Bustamante, 2011).

2.2.4.1 CARACTERES DE LA FAMILIA (APECC, 2013)

Cinco aspectos o caracteres distinguen a la familia:

a) Carácter cultural

La familia es un fenómeno cultural que surge de las diversas relaciones sociales que han establecido el hombre desde los primeros estadios de la civilización. Como hecho social, deriva su existencia de necesidades, hábitos, tradiciones y costumbres a la que todos los seres humanos se adhieren en beneficio propio. En ese sentido, la familia es anterior y superior a la ley y a las formalidades jurídicas que con posterioridad han llegado regularla. La institución familiar, no es, pues, creación del derecho, sino consecuencia de tradiciones culturales que respetándose en el transcurso del tiempo han

²⁷ la derivada de la unión no matrimonial. Esta se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de algunos de ellos, relación de parentesco, etc. Así, por filiación extramatrimonial debemos entender el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio.

conseguido estructurar microorganizaciones sociales que en conjunto forman lo que se conoce como sociedad.

Como creación cultural, dentro de la familia se dan las condiciones naturales para que se cumplan y satisfagan necesidades y hábitos humanos como la unión marital, la procreación, el amor filial, la asistencia recíproca de sus miembros, la cooperación y solidaridad familiar, etc.

b) Carácter necesario de la familia

La familia es considerada una necesidad social porque dentro de su seno, mediante la unión duradera de los padres, puede existir verdadera protección para los hijos, en cuanto a la alimentación y la educación de los mismos. La educación y la protección de la descendencia, sostiene PLANIOL, impone deberes que solo debe cumplirse adecuadamente en una familia, en donde los padres se hacen responsables de esta delicada tarea.

c) Carácter político

Cual organismo biológico, se suele estimar que la familia es la célula básica del Estado. La formación de ciudadanos responsables, honestos y cumplidores de la ley, en una democracia está encargada a la familia, en donde se deben inculcar y promover estos valores cívicos. En las sociedades totalitarias, esta labor la desarrolla el mismo Estado al arbitrio y antojo de los gobernantes.

d) Carácter público

Siendo la familia una institución fundamental para la correcta convivencia de los hombres en sociedad, ha merecido una especial protección por parte del Estado. La mayoría de las relaciones familiares que constituyen el objeto de Derecho de Familia, pese que se generan los actos privados, se regulan por normas jurídicas que tienen carácter de orden público. Aspectos como la protección de la madre abandonada o la alimentación de los hijos, se impone de un modo imperativo, así los protegidos se nieguen recibir ese amparo. Incluso dentro del Derecho de Familia se da el único caso del Derecho Civil en donde el que tiene deudas por dinero va a prisión, se trata del padre que obligado a cancelar una pensión alimenticia omite hacer esta asistencia (Artículo 149º Código Penal).

En este caso, el juez puede ordenar el embargo de sus bienes, hasta el monto adeudado y la prisión efectiva si fuese necesario.

e) **Carácter económico**

El contenido de las relaciones familiares es esencialmente económico, ya que con el acto del matrimonio o con la simple relación de hecho, se produce la unificación patrimonial de dos personas para atender las necesidades familiares. Conforme lo regula el Código Civil, con el matrimonio se produce la sociedad de

Gananciales, en donde hay bienes propios de cada cónyuge y bienes sociales o conjunto de ambos.

2.2.4.2 FUNCIONES

Las funciones de la familia, desde el punto de vista **sociológico**, pueden agruparse del siguiente modo:

- **Sexuales:** Es en la familia donde el hombre y la mujer desarrollan con toda naturalidad su actividad sexual, con una expresión más del amor de pareja.
- **Reproductores:** La familia se constituye en el grupo fisiogénico por excelencia, que asegura la perpetuación de la especie humana.
- **Económicas:** En razón de que se le asigna a cada miembro ciertos derechos en los bienes y el patrimonio familiar, adquiridos por el esfuerzo personal y de conjunto.
- **Educativas:** La familia tiene una tarea didáctica y prolongadora de los buenos hábitos y costumbres. Aquí tiene importancia la buena crianza y los buenos ejemplos inculcados de los padres a los hijos.(APECC, 2013)

Desde el punto de vista **jurídico**, las funciones que cumple la familia son:

- **La ordenación metódica de sus necesidades:** Se refiere al cumplimiento funciones sexuales que pueden estar limitadas en alguna forma por la ley (paternidad responsable).
- **El consumo ahorrativo:** Está relacionada con la forma de consumir los bienes familiares, procurando su economía.
- **La custodia de los bienes económicos:** Vinculada con el cuidado de los bienes adquiridos (APECC, 2013).

2.2.4.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA:

Respecto a la naturaleza jurídica de la familia, se sostiene que la familia es una persona jurídica. Según esta posición, la personalidad jurídica de la familia

estaría dada por la existencia de derechos no patrimoniales como el nombre patronímico, los derechos de potestad, de ejercer la defensa jurídica de la familia, etc., y también patrimoniales, como la propiedad del bien familiar, la legítima, etc.

Sobre esta teoría cabe señalar que, para que pueda ser la familia una persona jurídica debe tener capacidad para adquirir derechos y ser sujeto de obligaciones, lo cual no se da en este caso. Los supuestos derechos patrimoniales y no patrimoniales únicamente son derechos subjetivos de las personas que integran el núcleo familiar. La familia no es el titular de los derechos que integran el núcleo familiar.

Por otro lado, desde un enfoque sociológico se determina que la familia constituye un establecimiento social que a través de las vinculaciones fijadas por cohesiones de carácter intersexual, procreación y parentesco forman una sociedad básica de la sociedad.

Esto no significa que el derecho deba regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar, pues suele haber comportamientos basados en las costumbres, tradiciones, que la ley no recoge y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia y que obedecen a concepciones éticas o morales, e incluso religiosas, de los miembros de la familia.

Es aceptable, el enfoque de la familia como una institución jurídico-social porque trata de las relaciones familiares como son actos jurídicos familiares: matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción, etc. y luego en razón de que no puede dejar de reconocerse como institución social es decir como célula social básica e incontenible de la sociedad.

2.2.4.4 IMPORTANCIA DE LA FAMILIA.

La familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de servicio a la vida. En efecto, de la familia nacen los ciudadanos, quienes encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales que cultiva y que son el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma.

La familia ejerce decidida influencia sobre la vida entera de la sociedad, porque hoy, como en toda época, sus cambios trascienden en la vida entera de la

sociedad, y sus cambios repercuten en el desarrollo de ésta por ser célula natural. Inversamente, toda innovación en la estructura social repercute sobre la familia.

El sentido de responsabilidad entre los esposos y de éstos para con sus hijos, constituye un deber sagrado al interior de la familia. Por ello, una de las funciones gravitantes para su universalidad y trascendencia social es el papel educativo que cumple la familia con respecto a sus miembros, ya sea en su calidad de esposos, niños, adolescentes y también en beneficio de otros protagonistas integrados en la familia.

Desde el punto de vista moral, es importante la familia porque al inculcarles los padres a los hijos principios morales de contenido espiritual y ético, fomentará la cultura cívica de los ciudadanos.

Dentro de la familia se moldea el carácter de las personas, donde se civilizan, se afirman y consolidan las normas éticas. El rol educativo de los padres y de los otros adultos de la familia, con respecto a las personas bajo su responsabilidad, es gravitante y decisivo para su formación en la vida y en la sociedad.

2.2.4.5 PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

Por su importante rol social, hemos dicho que la familia es protegida por la ley y El Estado. Esta protección tiene en nuestro país rango constitucional. El Artículo 4º de la carta política señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio.

Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Además de la mencionada disposición existen otras normas constitucionales que dan debida cuenta de esta protección:

- **Derecho a la inviolabilidad del hogar familiar**

Es un derecho básico que consiste en que nada puede ingresar en el hogar familiar efectuando investigaciones o registros, sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo fragante delito o muy grave peligro de su perpetración (Artículo 2º inciso 9 de la Constitución).

- **Derecho a la intimidad familiar**

Esta protección se deriva del derecho, que tiene toda persona de mantener reserva o en forma privada, cierta información que atañe a su persona. En ese sentido, los servicios de información, ya sean públicos o privados,

están prohibidos de suministrar información que afecten la intimidad personal y familiar del interesado. Esta información íntima puede cubrir los aspectos más diversos: historias clínicas, hojas de servicio, pruebas de calificación laboral, etc (Artículo 2º inciso 6 de la constitución).

▪ **Derecho a la buena reputación familiar**

Los miembros de una familia tienen derecho al respeto de su honor y a la salvaguarda de su buena reputación.

La persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada por cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicios de las responsabilidades de la ley, porque la publicación de determinadas imágenes o de hechos referentes a la vida privada de una persona o de su familia puede lesionar el honor, la intimidad personal o la propia imagen de ella (Artículo 2º inciso 7 de la constitución).

Los Artículos 14º y 15º del Código Civil expresan que la intimidad de la vida personal y familiar no pueden ser puesto de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermanos, excluyentemente y en ese orden.

▪ **Protección al niño y adolescente**

La constitución ha establecido que los niños y adolescentes son objeto de protección especial por el Estado y la comunidad. Ha establecido también que es deber de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijo. A su vez, los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Señala además que el Estado debe prioritariamente el trabajo que realiza el menor de edad.

La protección al niño debe contener, cuanto menos, los siguientes elementos:

- Lo necesario para subsistencia, material que incluye alimentación, vestido y techo.
- Lo necesario para su educación, inclusive preescolar, así como el entorno necesario para su mejor desarrollo inicial.
- La protección emocional que, en primer lugar, debe y solo puede darle su propia familia.

La protección del adolescente incluye su subsistencia, educación y desarrollo emocional en planos distintos a los del niño pero además su educación y seguridad moral, con particular incidencia en la lucha contra el consumo de drogas, así como las perspectivas laborales.

- **Protección a la madre**

La protección de la madre abandonada incluye su subsistencia, la atención de su salud y la del niño además la protección general de su seguridad. Esta protección se extiende a las facilidades económicas en los procesos que quiera iniciar en asuntos relativos al derecho de familia. En caso de alimentos, por ejemplo, se encuentra exonerada, como demandante del pago de las tasas judiciales siempre que el monto de la pensión alimenticia no exceda de 20 URP.

La ley protege también prioritariamente el trabajo que realiza la madre, sobre todo de la madre gestante.

- **Promoción del matrimonio**

La ley protege a la familia y promueve el matrimonio, reconociendo a ambas instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. Pese a las modificaciones al régimen legal de la separación de cuerpos y del divorcio, más flexibles que antes, existen en la legislación peruana numerosas normas que establecen su estabilidad y solidez.

- **Reconocimiento a uniones de hecho**

Las uniones de hecho o concubinatos tienen el mismo tratamiento y protección legal (excepción el derecho alimentario) que los matrimonios formales.

- **Paternidad y maternidad responsable**

El Estado en la obligación de difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de los padres a decidir el número de sus hijos. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación, la información adecuados y el acceso a los medios anticonceptivos que no afecten a la vida o salud.

- **Educación y libertad de enseñanza**

La constitución señala que los padres tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo (APECC, 2013).

2.2.5 FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

En la doctrina española Puig Brutau dice que la filiación es ante todo un hecho natural, por su efecto de la procreación y que ese hecho está reconocido y regulado por el derecho y es también entonces un hecho jurídico (Ruiz Hidalgo, TELELEY).

2.2.5.1 FILIACION:

Hemos partido del supuesto de que la familia constituye un régimen de relaciones sociales institucionalizadas emergentes de la unión intersexual y la procreación. El vínculo biológico constituido por la unión sexual entre hombre y mujer con cohabitación exclusiva al ser reconocida e institucionalizado socialmente de forma a la familia monogámica a su vez, esta exigencia de la cohabitación exclusiva confiere a la procreación, dentro de la familia monogámica la certidumbre de la paternidad.

A partir de esa certidumbre el sistema de la consanguinidad hizo de la filiación una categoría dependiente de la existencia inexistencia de unión estable entre padre y madre en la época en que deben presumirse la concepción del hijo. La familia monogámica en efecto, requiere para su consolidación esa cohabitación estable y permanente que permita inferir socialmente la paternidad del marido de la madre. El matrimonio satisface esa exigencia y por ello fue tradicional la diferenciación de la prole habida dentro o fuera de él.

Nace así la antiquísima categoría de hijos legítimos contrapuesta a la de hijos ilegítimos. Estos segundos establecen su vínculo de filiación exclusivamente por el hecho del parto de la madre: los romanos decían que el parto sigue al vientre; la paternidad en cambio carece de certidumbre por la ausencia de una cohabitación estable y exclusiva de la madre con quien engendró el hijo (ZAMORI, 2006).

2.2.5.2 RÉGIMEN LEGAL VIGENTE

▪ Normas Constitucionales

La Constitución Política del Perú consagra las siguientes normas que se vinculan al derecho alimenticio:

“El artículo 2° inciso 1) establece: que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Además, establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

“El artículo 2° inciso 22) regula: que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Este artículo se vincula con el hábitat que debe tener toda persona para desarrollarse, siendo la habitación parte de los alimentos”.

Siendo la norma constitucional directamente relacionada con el derecho de alimentos el artículo 6, que establece que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Teniendo los hijos el deber de respetar y asistir a sus padres.

▪ NORMAS INTERNACIONALES

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada internamente el 15 de diciembre de 1959, mediante resolución legislativa N° 13282, establece en su artículo 25 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Asimismo, la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978, en su artículo 11 establece: *«Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...»*

Así también la **Convención Americana sobre los Derechos Humanos**, que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978, establece en el **artículo 17 Inc. 4**, que: *“los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”*.

Los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el estado peruano tienen una importancia capital para el estudio del derecho familiar. Así la Constitución de 1993, en su **artículo 55** dispone que *«los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional»*. Además, la Constitución en su cuarta Disposición Final y Transitoria establece que *«las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Es así que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 30 establece: «Nada en el presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.»*

De esta manera como afirma FERNÁNDEZ la Constitución como los instrumentos internacionales en materia de Derecho Humanos, enuncian un conjunto de derechos y principios que constituyen un mandato a los poderes públicos y a los particulares, quienes deben garantizar y respetarlos. Consecuentemente, el desarrollo legislativo de las diferentes instituciones familiares, las decisiones judiciales que involucran a las familias y las políticas destinadas a estas, deben fundarse en tales mandatos.

La norma internacional de mayor relevancia en favor de la niñez es la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así el Artículo 18 establece: "Los Estados Partes podrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tiene obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...».

2.2.6 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

2.2.6.1 CONCUBINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL

- **Las Siete Partidas**

La palabra Concubinato fue sustituida por la de Barragánía, en ésta los amancebados tenían que vivir juntos, cohabitar y carecían de todo impedimento basado en la cognación o en la agnación que les impidiese contraer matrimonio. Para que un hombre pudiese recibir a una mujer libre como barragana era necesario efectuarlo ante homos bonos, explicando que la tomaba como a su barragana de tal forma que si no lo hacía de esta manera se presumía que era su mujer legítima. Tampoco se podía tener como barragana a una parienta tanto en el orden de filiación civil como natural, hasta el cuarto grado. Con ello, el legislador propendía por evitar incestus. Los Adelantados de tierras, asimilados a los gobernadores de provincias romanas, no podían tener mujer legítima, pero sí barragana, y en cuanto al número, no se podía tener más que una barragana, la cual debía guardar fidelidad, o sea, evitar todo comercio sexual fuera de su unión extramatrimonial.

En cuanto a los hijos dice: "que son aquellos que no nacen de casamiento según la ley " y más adelante al mencionar varias clases de hijos ilegítimos, afirma en la ley que "Naturales et non legitimos", respectivamente, llamaron los Sabios antiguos a "los fijos que non nacen de casamiento segunt ley, así como los que facen en las barraganas ".

Los hijos de estas uniones con barraganas fueron considerados como hijos naturales. Sin embargo, debe notarse que los hijos naturales bien podían ser legitimados. Así el Papa podía legitimar al hijo de un clérigo o lego, con el objeto de que pudiesen llegar a ser clérigos, e inclusive obispos si en la dispensa se contenía tal disposición. Pero era necesario que en el momento de engendrarlo, el padre "no oviese muger legitima, ni ella otro sí marido". De

manera que los únicos hijos legítimos eran los que procedían de barraganas, siendo imposible la legitimación de los adulteros.

- **Las Leyes de Toro**

Esta ley determina que se considere como hijo natural al hijo de aquellos padres que al momento de la concepción o del nacimiento no tenían impedimento para casarse. Se diferencia el espíritu general de la citada ley, del que rigió en roma y del visto en el derecho de las partidas respecto a los hijos naturales, en cuanto aquélla extendió el beneficio de naturalidad no sólo a los procreados en concubina o barragana sino también a otros ilegítimos, siempre que provinieran de padres que podían casarse sin dispensa, y ni siquiera exigió que se tratase de una sola mujer, ni que viviese en la casa del padre, ni, finalmente, que la aptitud matrimonial se tuviesen el momento de la concepción y también en el parto, dejando con la disyuntiva abierta la puerta para que pudiesen lograr la filiación un número mayor de hijos."

Según el Derecho español antiguo se distinguían: el matrimonio propiamente dicho; el matrimonio a juras, o simplemente juramentado y oculto; y la barraganía, por lo general enlace de soltero (clérigo o laico) o viudo y soltera o viuda; y aunque el Concilio de Valladolid (1228) prohibió la barraganía, no se logró con ello disminuirla. En las Partidas se admitió la validez del matrimonio a juras aunque allí se decretaron penas para quienes lo contrajesen más el Concilio de Trento, exponiendo que los matrimonios clandestinos celebrados anteriormente eran verdaderos matrimonios a pesar de que la Iglesia detestaba de ellos, declaró que en lo futuro serían nulos aquellos que fueran celebrados sin la asistencia del párroco y testigos y esto se incrustó en el Derecho de la Península. En cuanto a la Barraganía, la situación cambió con la expedición de las Partidas, en que se expresó tolerarla.

Pero la barraganía, tal como fue definida en las partidas, no producía otro efecto jurídico que el de conferir a los hijos la calidad de naturales.

2.2.6.2 LEGISLACIÓN COLOMBIANA (Diaz Rios & Sepulveda Marin , 2004)

- **CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**

El artículo 133° del Código del Menor establece: «Se entiende por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción

del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto». Ese es el alcance de la obligación alimentaria y por eso parece disgregada en los aspectos básicos, que son: Comida, alojamiento, vestuario. De donde se deduce que la palabra alimentos es susceptible de entenderse en dos sentidos: uno singular, como equivalente de comida, y uno jurídico, que es excesivamente amplio, pues abarca cuanto una persona necesita para conservar la existencia.

Según la edad del alimentista, los alimentos comprenden los gastos de educación o instrucción, ante todo en relación con los hijos (legítimos, naturales, o extramatrimoniales y adoptivos). El Código (art. 413, párr. final) advierte que el alimentante debe suministrar al menor de 18 años «la enseñanza primaria y de alguna profesión u oficio». Dicha obligación debe entenderse, como se dijo, ampliada por la Const. Pol, pues si un hijo tiene vocación y aptitudes para cursar carrera en una universidad, no se ve por qué el alimentante no continúe sufragando los gastos hasta la obtención de un título profesional. Además, los arts. 257, 258, 264 y otros del C.C, imponen a los padres la obligación de educar a sus hijos, sin limitación alguno en cuanto a la edad.

El marido debe pagar los gastos de educación de su mujer si ésta desea cursar estudios y carece de bienes, especialmente profesionales; lo mismo debe afirmarse de la mujer en relación con su marido.

Recreación, se trata de un derecho fundamental del menor y de todas las personas (Const. Pol; art. 43 y 52); está íntimamente ligado con el de la educación y es elemento indispensable para la formación integral del menor y para el pleno desarrollo de la personalidad humana. La sola formación en establecimientos educativos no es suficiente; todas las personas deben disponer de parte de su tiempo y de recursos económicos para la realización de actividades culturales, deportivas, de entretenimiento y diversión. Desde luego que para el cabal desarrollo de este derecho y del de la educación se requiere también que el Estado diseñe, desarrolle y cumpla con los mandatos constitucionales que le han sido impuestos imperativamente y que no son, como han querido entender algunos que

aún mantiene la concentración clásica sobre las normas programáticas, simples directrices políticas o deseos o consejos.

La atención médica, o sea, todos los gastos relativos al restablecimiento y conservación de la salud. Ya el derecho romano había incluido la atención médica dentro del contenido de los alimentos; y, más específicamente, el art. 142 del Código Civil español, al decir: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

▪ **CLASIFICACIÓN**

El Código Civil divide los alimentos en congruos y necesarios (art. 413). Los congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir de un modo correspondiente a su posición social; y los necesarios, los que habilitan para sustentar la vida.

2.2.6.3 LEGISLACIÓN ARGENTINA

CONCEPTO, CONTENIDO Y CARÁCTER

La obligación de prestarse asistencia entre los parientes es una consecuencia de la solidaridad de la familia. Por mucho que está última haya sufrido una gran merma en nuestra época, subsiste aún, en cuanto a ese deber elemental de ayudarse cuando mediare absoluta necesidad. Se trata de una obligación recíproca: es que debe alimentos, a su vez tiene el derecho el de exigirlos legado el caso. Es también de carácter personalísimo. Los alimentos se deben a determinado individuo y no a otro; de allí derivan las consecuencias jurídicas que examinaremos muy pronto en cuanto a la transmisibilidad y embargabilidad, situación de crédito alimentario respecto de la compración, etc. El art. 372 del Código Civil determina: «La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la existencia en las enfermedades».

El deber más elemental que surge como derivado de la paternidad misma, es el de prestar alimentos. El art. 265 del C.C. al enumerar las responsabilidades y derechos de los padres dice: que entre otras éstos tienen la obligación de alimentar a sus hijos y el 268 del mismo código declara: «La obligación de

alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades».

Dentro de éste concepto legal queda incluido por consiguiente, el deber de suministrar la educación, a que no solo se refiere el artículo citado y su correlativo 330 para los padres naturales, sino también el 3o de la ley de educación común, según el cual la obligación escolar comprende a los padres, tutores o encargados de los niños dentro de la edad establecida dentro de la edad establecida en el art. 1o de la misma (o sea de 6 a 14 años). Ella, como lo determina el art. 4º puede cumplirse tanto en escuelas públicas como en particulares y en el propio hogar bajo la inspección de la autoridad respectiva.

- **Caracteres.**- El art. 374 del C.C. prescribe: «La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna ni ser objeto de transacción: ni el derecho a los alimentos puede renunciarse ni transferirse por actos en vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos, ni constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destina a los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna». La obligación de alimentos emanada del parentesco es de carácter recíproco para todas las personas comprendidas dentro del grado que marca la ley. Quien los recibe, mañana los tendrá que suministrar, cuando se invierta la situación. En cambio, el deber de alimentos derivado de la patria potestad es tan solo de padres respecto del hijo según lo confirmaremos luego, y no cesa por el hecho de que éste observe mala conducta o incurra en desobediencia, sin perjuicio de que el padre emplee los medios de corrección que el legislador ha puesto a su alcance.

2.2.6.4 CONCUBINATO EN EL DERECHO COLOMBIANO

El Código de 1873, denominaba concubina "la mujer que vivía con un hombre públicamente, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos". Este concepto correspondía con el de hijo natural que era habido fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción cuyos hijos han obtenido el reconocimiento (Art. 52). 2).

El legislador de 1887 consideró en forma severa y excluyente tanto la familia natural como el concubinato. La ley 19 de 1890 (Código Penal) erigió como delitos el adulterio de la mujer, el amancebamiento del marido y el incesto, habiéndose derogado las dos primeras y subsistiendo la última luego de haber

expedido el Código de 1936. El Art. 451 del C.P. derogado, definía el delito de amancebamiento como "el hecho de que dos personas de diferente sexo, sin ser casadas hicieran vida como tales, en una misma casa de manera pública y escandalosa".

Por su parte, la ley 45 de 1976 estableció en el Art. 4 que hay lugar a declarar la judicialmente la paternidad: "...4. en el caso en que el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". Si bien, la ley 45 se inspiró en la ley del 16 de noviembre de 1912 francesa, no consagró el concubinato notorio dentro del período legal de la concepción, como lo hizo el Art. 4 de esta ley.

El Código Sustantivo del Trabajo tuvo en cuenta a los hijos naturales para llamarlos a ocupar un puesto como herederos en algunos casos de prestaciones laborales o sociales de su padre (Art. 204, inciso final en consonancia con los art. 212, 214, 216, 231, 258, 275, 285, 293, y 294 del mismo Código) La ley 90 de 1946 estableció el Seguro Social obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

En cuanto al concubinato, reconoció efectos jurídicos por cuanto, en caso de muerte producida por accidente o enfermedad, dispuso el Art.55 que a falta de viuda se tenga en cuenta a: "a. La mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años y medio anteriores a su muerte, o con quien haya tenido hijos siempre que ambos hubiesen permanecido solteros durante el concubinato.

El Art.6 de la ley 75 de 1968 no consagró el concubinato para asumir la paternidad, sino que se limitó a exigir: "4. En el caso en que entre el presunto padre o la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el Art. 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción; dichas relaciones podrán inferirse del trato social y personal entre el padre y la madre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad".

El Art.42 de la Constitución de 1991 consagró un concepto amplio de familia que comprende la legítima, la natural o consensual, y la adoptiva. En efecto, en su primer inciso dice: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, sin tener en cuenta la forma como se ha constituido (Art.42, inc.2 C.N.).

2.3 HIPOTESIS

La apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado fin con la relación marital a favor de la o el conviviente abandonado es positiva

2.4 VARIABLES DE ESTUDIO

Es aquella cuya existencia es autónoma, no depende de otra, más bien de ella dependen otras, representa los factores que constituirían la causa, siendo que previamente ha demostrado ser factor de riesgo para el problema que se estudia. En este sistema de variables se plantea solamente una variable independiente.

- VARIABLE INDEPENDIENTE (VI)

Innovación Legal

VARIABLE DEPENDIENTE

En este sistema de variables representa a la variable de interés o variable de estudio, es la que para su existencia y desenvolvimiento depende de otra independiente, su modo de ser, está condicionada por otros aspectos de la realidad. Es la que mide o describe el problema que se estudia.

- VARIABLE DEPENDIENTE (VD)

Los fundamentos doctrinarios de los derechos humanos, y el neoconstitucionalismo

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. AMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de estudio específicamente será:

- a. **GEOGRÁFICO:** ciudad de Huancavelica.
- b. **TEMPORAL :** año 2015
- c. **SOCIAL :** Operadores Jurídicos

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

En las investigaciones de tipo descriptiva, llamadas también investigaciones diagnósticas, buena parte de lo que se escribe y estudia sobre lo social no va mucho más allá de este nivel. Consiste, fundamentalmente, en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores, El análisis estadístico, es univariado porque solo describe o estima parámetros en la población de estudio a partir de una muestra²⁸.

3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación, es de tipo descriptivo, en razón que describe fenómenos sociales o clínicos en una circunstancia temporal y geográfica determinada. Su finalidad es describir y/o estimar parámetros²⁹.

3.4. METODO DE INVESTIGACIÓN

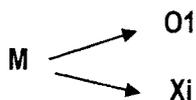
La presente investigación se apoyará en el Método Descriptivo, porque nos permitirá analizar e interpretar los datos reunidos con el propósito de comprender y dar alternativas de solución a los problemas.

²⁸ Dr. JOSÉ SUPO, Seminario de Investigación Científica, versión 2011, pp. 3.

²⁹ Dr. JOSÉ SUPO, Seminario de Investigación Científica, versión 2011, pp. 4.

3.5. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación del presente estudio es el descriptivo simple considerando la naturaleza de la investigación y los objetivos alcanzados a través del mismo. Cuya estructura es como sigue:



- **M**: Muestra de elementos o Población de elementos de estudio
- **Xi**: Variable(s) de estudio, $i = 1,2$
- **O1**: Resultados de la medición de la(s) variable(s)

3.6. DISEÑO DE POBLACIÓN, MUESTRA, MUESTREO

3.6.1. POBLACIÓN:

Al respecto: Cori (2008, p. 120), manifiestan que "la población o universo es el conjunto de individuos que comparten por lo menos una característica, sea una ciudadanía común, la calidad de ser miembros de una asociación voluntaria o de una raza, la matrícula en una misma universidad, o similares".

Ahora bien, para nuestro caso, la población de estudio se constituyó de 47 operadores jurídicos (jueces de familia, fiscales de familia, abogados litigantes en lo civil y docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Huancavelica) de ambos sexos, la mayoría de ellos eran hombres (69.00%). La edad promedio predominante fue entre 36 a más años. Asimismo el mayor número de operadores jurídicos fueron abogados litigantes en lo civil.

**Tabla N° 01
POBLACIÓN DE ESTUDIO**

ESPECIALIDAD	N° DE OPERADORES JURPIDICOS	PORCENTAJE
<i>Jueces de familia</i>	12	6.38
<i>Fiscales de familia</i>	83	8.51
<i>Abogados litigantes en lo civil</i>	34	63.83
<i>Docentes FDCP UNH</i>	32	21.28
TOTAL	47	100

Fuente: Colegio de Abogados de Huancavelica / Dirección Universitaria de Personal – UNH

3.6.2 MUESTRA

Cori et al. (2008), manifiesta que la muestra es una parte pequeña de la población o un subconjunto de esta, que sin embargo posee las principales características de aquella. Esta es la principal propiedad de la muestra (poseer las principales características de la población) la que hace posible que el investigador, que trabaja con la muestra, generalice sus resultados a la población.

Para el presente trabajo de investigación, la muestra estuvo conformada por 42 operadores jurídicos del distrito de Huancavelica. La misma que se obtuvo a través de la siguiente fórmula:

TAMAÑO DE LA MUESTRA			
<i>Quando:</i>	Z	=	1.96
	N	=	47
	P	=	0.5
	Q	=	0.5
	E	=	0.05
$n_0 = \frac{Z^2 N.P.Q}{Z^2 P.Q. + (N - 1)E^2}$			= 41.92

**Tabla N° 02
MUESTRA DE ESTUDIO**

ESPECIALIDAD	N° DE OPERADORES	PORCENTAJE
	<i>JURIDICOS</i>	
<i>Jueces de familia</i>	3	6.38
<i>Fiscales de familia</i>	4	8.51
<i>Abogados litigantes en lo civil</i>	27	63.83
<i>Docentes FDCP UNH</i>	9	21.28
TOTAL	42	100

Fuente: Colegio de Abogados de Huancavelica / Dirección Universitaria de Personal – UNH

3.6.3 MUESTREO

El muestreo practicado es el aleatorio estratificado, ya que se eligió aleatoriamente a los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica, de acuerdo al detalle siguiente:

**Tabla N° 03
POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO**

ESPECIALIDAD	N° DE OPERADORES	PORCENTAJE	N° DE OPERADORES	PORCENTAJE
	<i>JURIDICOS</i>		<i>JURIDICOS</i>	
<i>Jueces de familia</i>	12	6.38	3	6.38
<i>Fiscales de familia</i>	83	8.51	4	8.51
<i>Abogados litigantes en lo civil</i>	34	63.83	27	63.83
<i>Docentes FDCP UNH</i>	32	21.28	9	21.28
TOTAL	47	100	42	100

Fuente: Colegio de Abogados de Huancavelica / Dirección Universitaria de Personal – UNH.

3.7. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.7.1. TÉCNICAS:

Las técnicas del fichaje que se utilizaran para la recolección de datos referidos, con las variables de estudio del presente trabajo de investigación serán las siguientes:

- **Las Bibliográficas**, este tipo de ficha sirve para registrar los datos del texto y nos servirá para poder anotar el nombre de los autores que más nos interesa.
- **Resumen**, nos servirá para poder anotar los distintos marcos teóricos de las variables de estudio del trabajo de investigación.
- **Textuales**, lo utilizaremos para poder hacer diversas transcripciones de los textos con respecto a las variables de estudio del presente trabajo de investigación.
- **Encuesta.-** Es una técnica de investigación que consiste en aplicar un cuestionario de preguntas, el que debe ser contestado por los sujetos de la muestra de investigación. En el caso de la presente investigación, la encuesta se aplicará a los Magistrados para conocer el grado de aceptación o no de la presencia virtual del procesado. El instrumento de esta técnica es el cuestionario, por tanto se hará un conjunto de preguntas, el que se elaborará en función de los indicadores de los investigadores de la variable independiente.
- **Observación.-** Esta técnica consiste en percibir directamente el fenómeno o asunto en cuestión. La percepción se realiza, fundamentalmente, con la vista, en función de determinados parámetros que se consideran para tal caso. En el caso de la presente investigación, se observaran la parte documentaria y así conocer la responsabilidad de los administradores y los administrados. El instrumento que corresponde se denomina guía de observación que consiste en criterios deducidos de los indicadores de la variable dependiente.
- **Fichajes.-** Es el proceso de recopilación y extracción de datos importantes en nuestro proceso de aprendizaje, por tanto se recurrirá a las fuentes bibliográficas como: libros, revistas, periódicos, internet, y fuentes no bibliográficas, que son objeto de estudios.

3.7.2. INSTRUMENTOS:

La entrevista debe cumplir una serie de requisitos formales que tienen como objetivo, facilitar su utilización posterior".

- **Las Fichas de Apuntes.**- Las fichas fueron elaboradas por el propio investigador, cuyas medidas fueron de 15 cm de largo por 10 cm de ancho; los que nos sirvieron para poder anotar información relacionada con las bases teóricas científicas del trabajo de investigación.

3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS

- Elaboración de matriz de consistencia
- Operacionalización de variable
- Elaboración de encuesta
- Validación de encuesta por juicio de expertos.
- Aplicación de instrumentos.
- Procesamiento de la información recogida.

3.9. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

PRIMERO.- Se tabulan y ordenan los datos de acuerdo a un parámetro elaborado en función de los propósitos de la investigación. Para cada variable se elabora un parámetro que consiste en una escala de valoración de los datos recogidos.

SEGUNDO.- A base de los datos ordenados se elaboran los cuadros de distribución porcentual así como los gráficos de la ilustración.

3.10 PLAN DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS.

Se sigue el siguiente plan:

- a. Presentación de los cuadros estadísticos y sus gráficos correspondientes.
- b. Análisis de los cuadros estadísticos, resaltándose lo datos más importantes.
- c. Interpretación de los datos que presentan los cuadros de acuerdo al marco teórico que apoya la hipótesis.

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Para la obtención de los resultados una vez finalizado el proceso de recolección de la información con el respectivo instrumento de medición en los sujetos de la investigación que estuvo conformado por los operadores jurídicos (jueces, fiscales abogados litigantes y docentes universitarios de distrito judicial de Huancavelica), se procedió a la recodificación de los datos para la variable de estudio que estuvo referido a la Innovación legal para lo cual se ha diseñado la encuesta que consta de 9 ítems, de los cuales se ha entrevistado a 42 operadores jurídicos de ambos sexos.

Posteriormente la información modelada fue procesada a través de las técnicas de la estadística descriptiva (tablas de frecuencia simple, tabla de frecuencia doble, diagrama de barras simple y de contingencia).

Finalmente es importante precisar, que para tener fiabilidad en los resultados, se procesó los datos con el programa estadístico IBM SPSS 22.0 (Programa Estadístico para las Ciencias Sociales). Es necesario mencionar que las mediciones obtenidas con el instrumento de medición están asociadas a determinados errores de medición, las mismas que por el tamaño de la muestra se asumen que están normal e independientemente distribuidas. Obteniéndose los siguientes resultados:

En la tabla N° 01 y en los gráficos N° 01 respecto de la posición acerca de la legislación (3° párrafo del art. 326° del Código Civil) que ampara una pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por

decisión unilateral se aprecia que 29 operadores judiciales que representan el 69.00% están de acuerdo, 10 que representan el 24.00% están en desacuerdo y sólo 3 que representan el 7.00% no opinan ni a favor ni en contra.

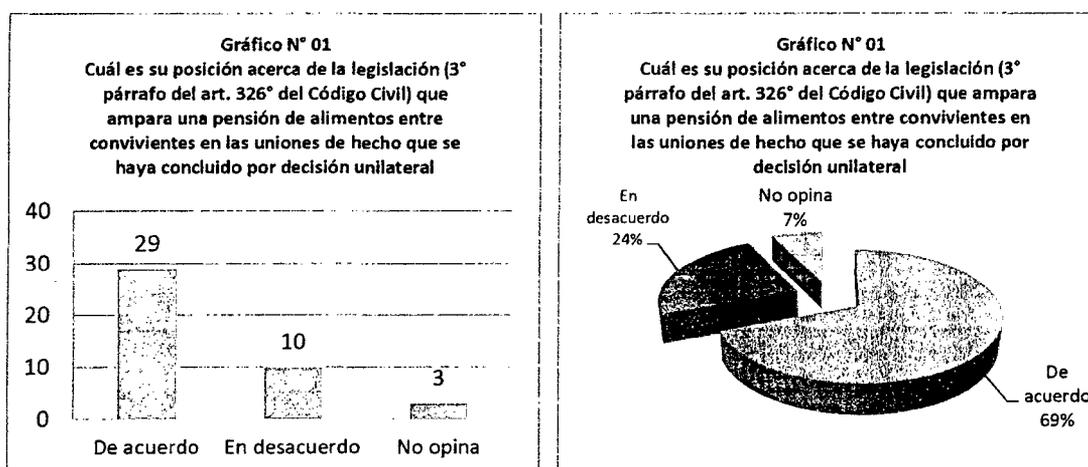
De lo que afirmamos que en Huancavelica la mayoría de los operadores jurídicos están de acuerdo con el 3° párrafo del art. 326° del Código Civil que ampara una pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral.

Tabla N° 01

¿Cuál es su posición acerca de la legislación (3° párrafo del art. 326° del Código Civil) que ampara una pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	29	69.00
En desacuerdo	10	24.00
No opina	3	7.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

En la tabla N° 02 y en los gráficos 02 respecto de la posición acerca de una innovación legal en la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral se aprecia que 34 operadores judiciales que representan el 81.00% están de acuerdo, 2 que representan el

5.00% están en desacuerdo y sólo 6 que representan el 14.00 % no opinan ni a favor ni en contra.

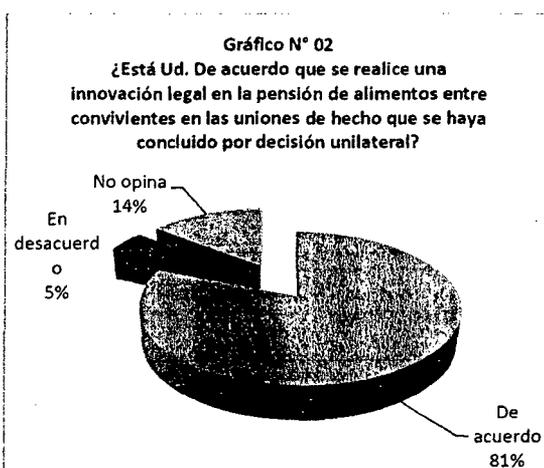
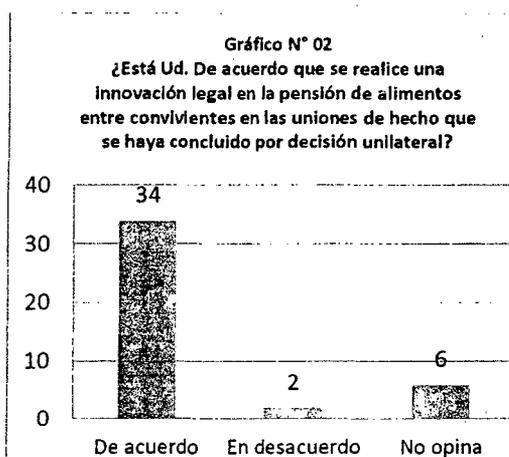
Por lo tanto, afirmamos que en el distrito de Huancavelica, los operadores judiciales si están de acuerdo con que se realice una innovación legal en la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral.

Tabla N°02

¿Está Ud. De acuerdo que se realice una innovación legal en la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	34	81.00
En desacuerdo	2	5.00
No opina	6	14.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

En la tabla N° 03 y en los gráficos 03, respecto de si la posición de la teoría de los Derechos Humanos, respondería a la innovación legal que regule la prestación de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral, se aprecia que 36 operadores judiciales que representan el 86.00% están de acuerdo, 1 que representan el 2.00% están en desacuerdo, mientras que 5 de los encuestados que representan el 12.00% no opinan ni a favor ni en contra.

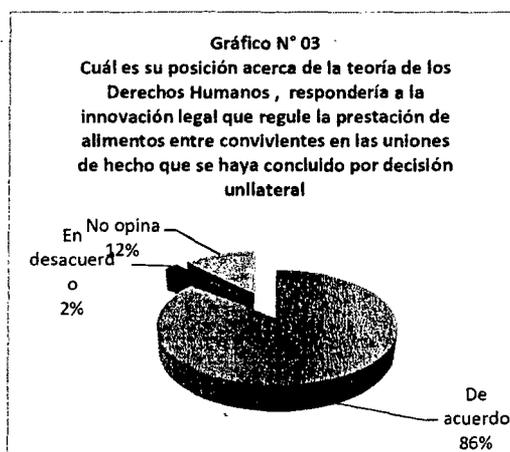
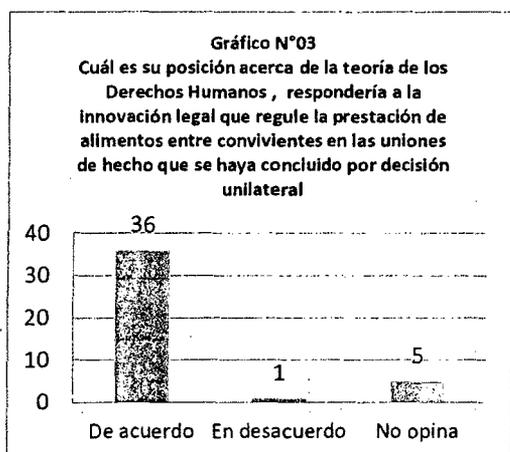
De lo que se afirma que en el distrito de Huancavelica los operadores judiciales creen que la teoría de los Derechos Humanos, sí respondería a la innovación legal que regule la prestación de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral.

Tabla 03

¿Cuál es su posición acerca de la teoría de los Derechos Humanos, respondería a la innovación legal que regule la prestación de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	36	86.00
En desacuerdo	1	2.00
No opina	5	12.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

En la tabla N° 04 y en los gráficos N° 04 respecto de si la posición del neoconstitucionalismo, respondería a la innovación legal que regule la prestación de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral, se aprecia que 33 operadores judiciales que representan el 78.00% están de acuerdo, 2 que representan el 5.00% están en desacuerdo y 7 que representan el 17.00% no opinan ni a favor ni en contra.

En consecuencia se afirma que en el distrito de Huancavelica los operadores judiciales confían que la posición del neoconstitucionalismo, respondería a la innovación legal que

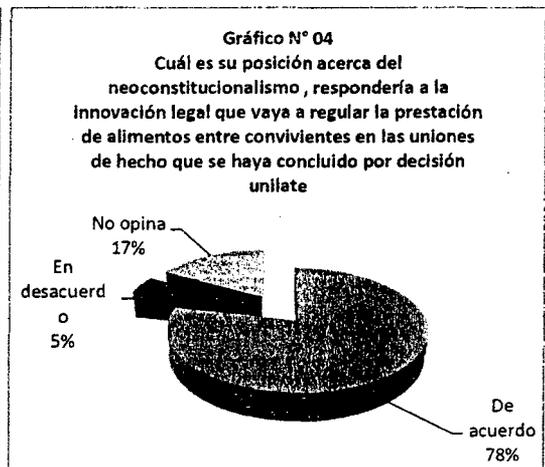
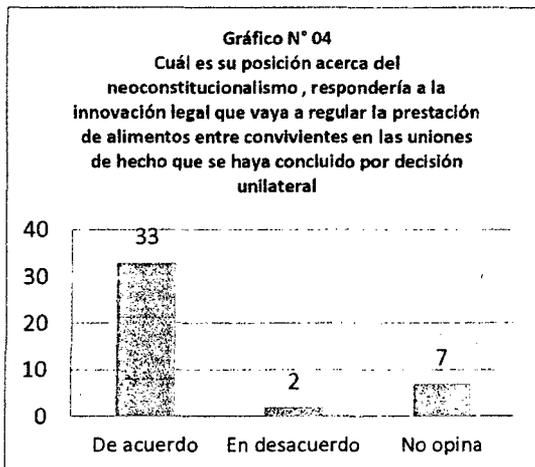
regule la prestación de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral.

Tabla N°4

¿Cuál es su posición acerca del neoconstitucionalismo, respondería a la innovación legal que vaya a regular la prestación de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	33	78.00
En desacuerdo	2	5.00
No opina	7	17.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

En la tabla N° 05 y en los gráficos N°05 respecto a que si el requerimiento de una declaración judicial previa de la unión de hecho para iniciar un juicio de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral, se aprecia que 27 operadores judiciales que representan el 64.00% están de acuerdo, 8 que representan el 17.00% están en desacuerdo, mientras que 7 que representan el 19.00% no opinan ni a favor ni en contra.

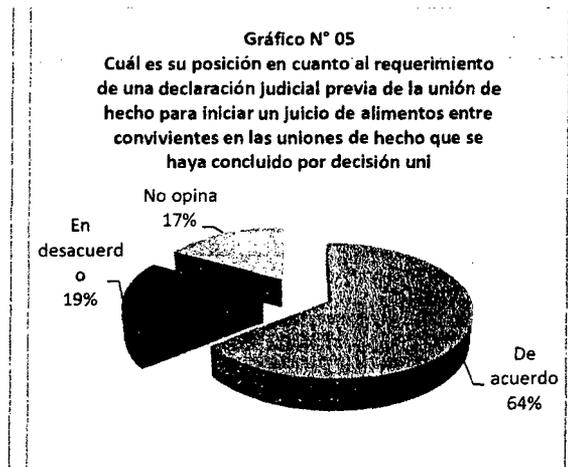
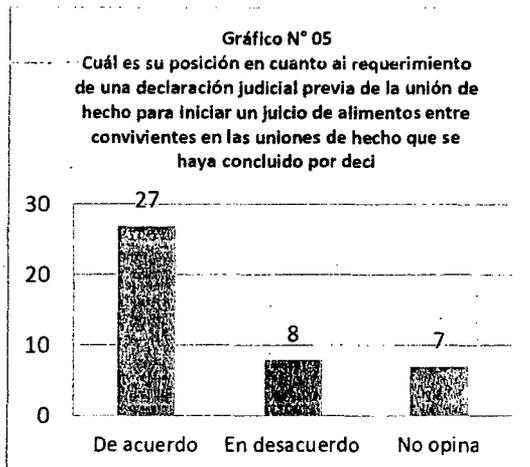
En consecuencia decimos que la mayoría de los operadores judiciales del distrito de Huancavelica confían en que el requerimiento de una declaración judicial previa de la unión de hecho para iniciar un juicio de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral.

Tabla N°05

¿Cuál es su posición en cuanto al requerimiento de una declaración judicial previa de la unión de hecho para iniciar un juicio de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	27	64.00
En desacuerdo	8	17.00
No opina	7	19.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

En la tabla N° 06 y en los gráficos N° 06 respecto que si debería existir un mecanismo idóneo para realizar la conexión teórico doctrinario con la propuesta innovativa legal con relación a la regulación de la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que hayan concluido por decisión unilateral, se aprecia que 35 operadores judiciales que representan el 83.00% están de acuerdo, 4 que representan el 10.00% están en desacuerdo y 3 que representan el 7.00% no opinan ni a favor ni en contra.

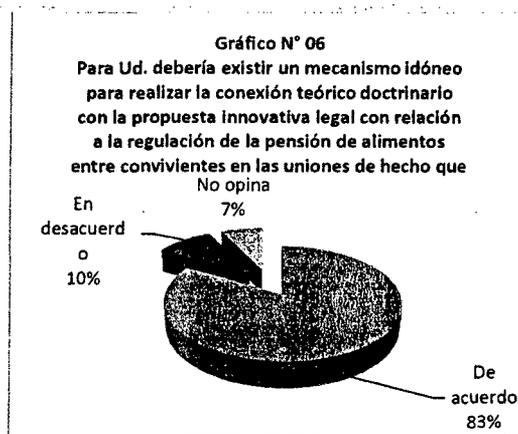
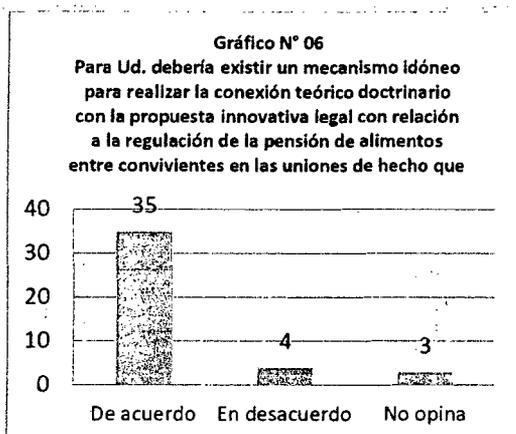
Por lo tanto, podemos manifestar que en el distrito de Huancavelica los operadores judiciales consideran que debería existir un mecanismo idóneo para realizar la conexión teórico doctrinario con la propuesta innovativa legal con relación a la regulación de la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que hayan concluido por decisión unilateral.

Tabla N° 06

¿Para Ud. debería existir un mecanismo idóneo para realizar la conexión teórico doctrinario con la propuesta innovativa legal con relación a la regulación de la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que hayan concluido por decisión unilateral?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	35	83.00
En desacuerdo	4	10.00
No opina	3	7.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

En la tabla N° 07 y en los gráficos N° 07 respecto a cuál o cuáles serían los mecanismos idóneos para realizar la conexión teórico doctrinario con la propuesta innovativa legal, se aprecia que 24 operadores judiciales que representan el 57.00% consideran que indican que el mecanismo idóneo es la producción legal, mientras que 12 que representan el 29.00% indican que es la jurisprudencia vinculante, 6 que representan el 14.00% indicaban que es la doctrina jurisprudencial y ninguno indica que sea el derecho consuetudinario.

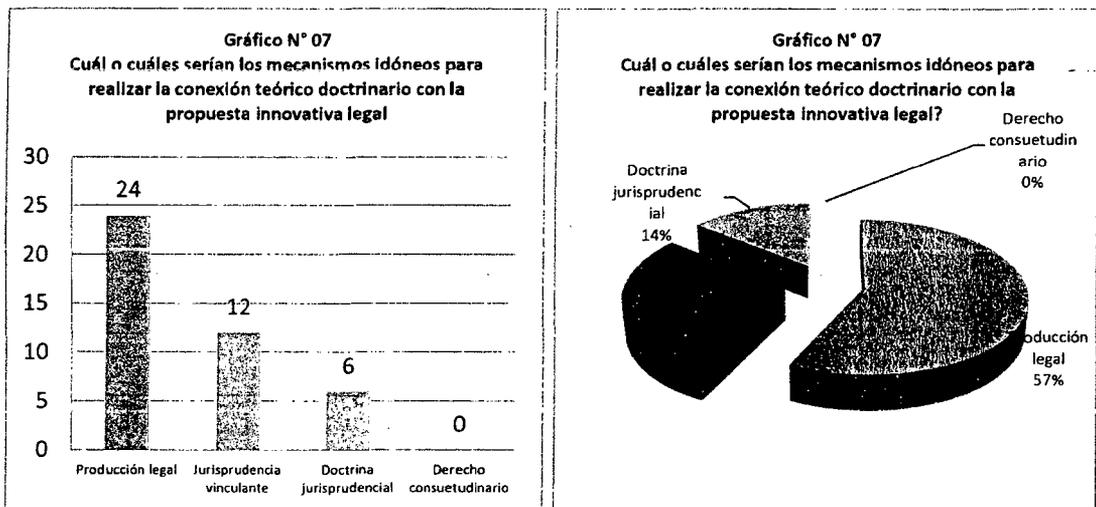
De ello podemos indicar que existe una relativa mayoría de operadores judiciales que consideran que el mecanismo idóneo para realizar la conexión teórico doctrinario con la propuesta innovativa legal, es la producción legal.

Tabla N° 07

¿Cuál o cuáles serían los mecanismos idóneos para realizar la conexión teórico doctrinario con la propuesta innovativa legal?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Producción legal	24	57.00
Jurisprudencia vinculante	12	29.00
Doctrina jurisprudencial	6	14.00
Derecho consuetudinario	0	0.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

En la tabla N° 08 y en los gráficos N° 08 respecto a cuál es su posición acerca de la propuesta de innovación legal, favorecería la regulación de la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que hayan concluido por decisión unilateral, se aprecia que 41 operadores judiciales que representan el 98.00% están de acuerdo, ninguno está en desacuerdo y sólo 1 que representan el 2.00% no opinan ni a favor ni en contra.

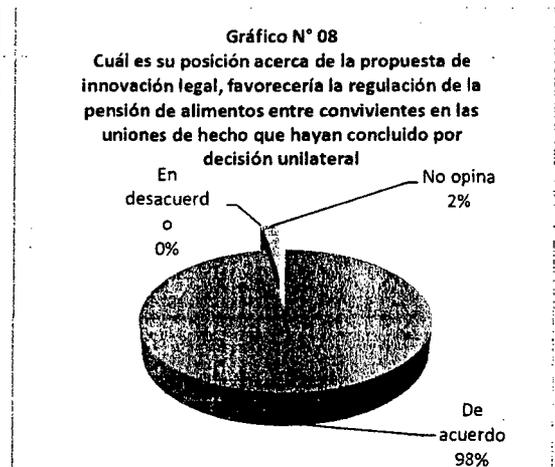
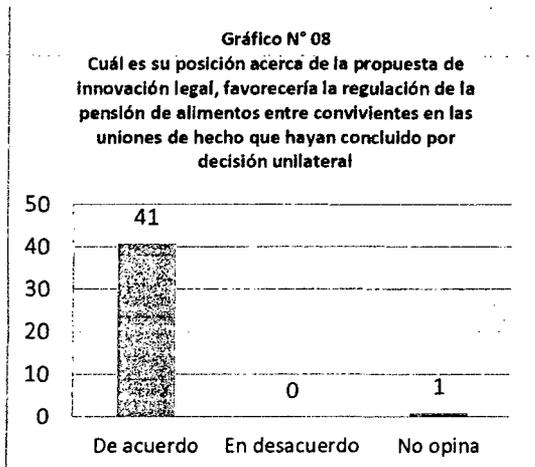
Así pues, estamos en condiciones de afirmar que en el Distrito de Huancavelica los operadores judiciales que la innovación legal favorecería la regulación de la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que hayan concluido por decisión unilateral.

Tabla N° 08

¿Cuál es su posición acerca de la propuesta de innovación legal, favorecería la regulación de la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que hayan concluido por decisión unilateral?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	41	98.00
En desacuerdo	0	0.00
No opina	1	2.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

En la tabla N° 09 y en los gráficos N°09 respecto que en el caso que dicha innovación legal no se diera se estaría relativizando los derechos fundamentales de los concubinos afectados, se aprecia que 37 operadores judiciales que representan el 88.00% están de acuerdo, 1 que representa al 2.00% están en desacuerdo, finalmente 4 que representan el 10.00% no opinan ni a favor ni en contra.

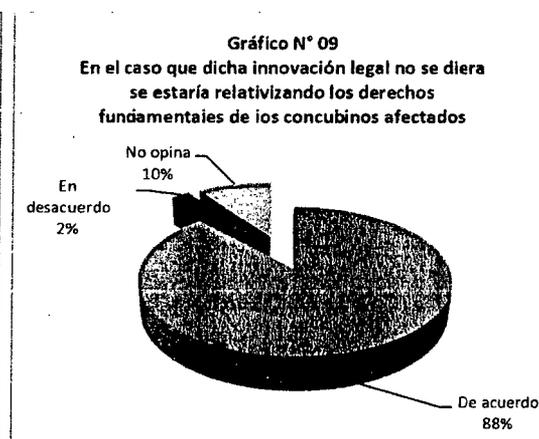
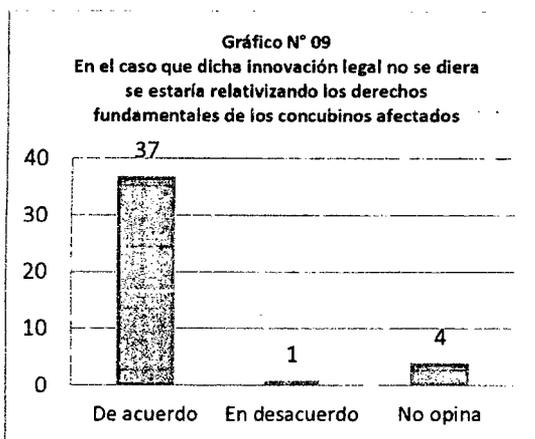
En consecuencia afirmamos que en el distrito de Huancavelica los operadores judiciales marcan una posición e indican que si la innovación legal no se diera se estaría relativizando los derechos fundamentales de los concubinos afectados.

Tabla N° 09

¿En el caso que dicha innovación legal no se diera se estaría relativizando los derechos fundamentales de los concubinos afectados?

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
De acuerdo	37	88.00
En desacuerdo	1	2.00
No opina	4	10.00
Total	42	100.00

Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.



Fuente: Encuesta para determinar los fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral.

4.2 PROCESO DE PRUEBA DE HIPÓTESIS

4.2.1 Planteamiento de Hipótesis:

Hipótesis:

H: La apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado fin con la relación marital a favor de la o el conviviente abandonado es positiva.

El proceso que permite realizar el contraste de hipótesis requiere ciertos procedimientos. Se ha podido verificar los planteamientos de diversos autores y cada uno de ellos con sus respectivas características y peculiaridades, motivo por el cual es menester indicar que cuando se trata de investigaciones descriptivas no es obligatorio probar la hipótesis mediante pruebas estadísticas.

4.2.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El propósito fundamental de esta investigación fue describir Cuáles serían los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado fin con la relación marital a favor de la o el conviviente abandonado. Para dar respuesta a este objetivo se seleccionó una muestra de 42 operadores jurídicos de una población de 47 operadores.

En base a la información recogida mediante las técnicas e instrumentos de estudio en datos cuantitativos de análisis descriptivo e inferencial, las que se mostraron mediante tablas y figuras de acuerdo a las hipótesis del trabajo, se deduce que en el distrito de Huancavelica, los operadores jurídicos están de acuerdo con que se establezca innovaciones legales bajo los fundamentos doctrinarios constitucionales de la teoría de Derechos Humanos y el Neoconstitucionalismo para que se regule la prestación de alimentos a favor de la o el conviviente abandonado de una unión de hecho que haya terminado por desición unilateral; esto para la equiparidad entre la institución jurídica del matrimonio y la unión de hecho en el marco del respeto de la dignidad de la persona que está reconocida a nivel internacional por las normas internacionales. Estos resultados difieren con los de Ivana Araya Vargas al manifestar que son pocos los jueces que no están de acuerdo con que se haya abierto la posibilidad de alegar la indignidad como causal eximente de la obligación alimentaria, y consideran que se debe partir del origen de la obligación alimentaria, ya que se trata de personas a las que se está ligadas por un vínculo parental o filial. Quienes son deudores tienen un deber derivado de esos vínculos por lo que es incorrecto introducir un tema de dignidad o indignidad para ser acreedor alimentario, máxime si esta persona cumplió dicho deber en su momento y luego sobrevinieron causas ajenas a ello. Estos mismos jueces consideran que para poder aplicar la injuria como causa eximente de la prestación alimentaria es necesario que exista una sentencia penal firme que declare la responsabilidad en esta sede por la comisión de este delito.

Finalmente indicamos que existe coincidencia con Renzo Jesús Maldonado Gómez quien sostiene que es necesario regular la obligación alimentaria en unión de hecho propio en la legislación peruana que ordene la prestación para ejercer el

derecho de alimentos a favor de los concubinos libres de impedimentos matrimonial y permita resolver casos prácticos de alimentos de unión de hecho en la sociedad peruana, asimismo indica que se debe realizar una reforma legal en el artículo 326° y 474° del Código Civil y artículo 5° de la Constitución Política”.

CONCLUSIÓN

1. Se deduce que en el distrito de Huancavelica, los operadores jurídicos están de acuerdo con que se establezcan innovaciones legales bajo los fundamentos doctrinarios constitucionales de la teoría de Derechos Humanos y el Neoconstitucionalismo para que se regule la prestación de alimentos a favor de la o el conviviente abandonado de una unión de hecho que haya terminado por decisión unilateral; esto para la equiparación entre la institución jurídica del matrimonio y la unión de hecho en el marco del respeto de la dignidad de la persona que está reconocida a nivel internacional por las normas internacionales.
2. Sin embargo se advierte que la Constitución Política del Perú, ha optado por utilizar sólo el sentido restringido del concepto de familia, pues cabe apreciar que no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población, la "Unión de Hecho".
3. También se deduce que el Código Civil debe desarrollar pormenorizadamente la paridad del tratamiento, en materia de derechos existenciales, entre las uniones matrimoniales formales y las informales; por ello, los derechos alimenticios deben ser equiparados a los de los casados formalmente.
4. El repaso de la normatividad nos hace constar que no es suficiente la posibilidad de que los convivientes se les reconozca ciertos derechos. Si ya se cuenta con una forma efectiva de acreditar la unión de hecho en nuestro país, la mejor manera de hacer una inclusión social efectiva a los convivientes es la de reconocerles formalmente al igual que aquellas parejas casadas el derecho a la pensión de alimentos.

RECOMENDACIONES

1. El legislador asumiendo una no saludable política legislativa; esto es, la de dar sin exigir nada, otorgó derechos que, al menos en apariencia, no pueden ser perdidos por ninguna conducta del conviviente.
2. A nuestros legisladores, materializar mediante una adecuada legislación, la aspiración de contar con una jurisprudencia vinculante, respecto al reconocimiento de manera expresa sobre la pensión de alimentos entre concubinos, por ser un tema que tiene que ver directamente con los derechos fundamentales, y constitucionales además de ser tema internacional.
3. Innovar el tema de la prestación de alimentos en el Código Civil, respecto a los concubinos, pertenecientes a las uniones de hecho, porque aún existe un gran vacío normativo en relación a las uniones de hecho, no acorde con la realidad y con la fuerza *in crescendo* que posee en la práctica esta institución jurídica.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ANDIA, P. (1995). *Deecho de familia* . Lima : IDEMSA.
- BETANCOURT JARAMILLO, C. (1942). *El regimen legl de los concubinos en Colombia*. Medellin.
- Bustamante, W. C. (2011). *CÓDIGO CIVIL*. Lima: RODHAS.
- CARBONIER, J. (1961). *Derecho Civil, T 1 Bosh* . Barcelona .
- Constitución Política del Perú 1993*. (1993). Lima: Edición Oficial .
- CURET CUEVAS, A. (1965). "La División de los bienes Concubinarios en el Derecho Puertorriqueño". Puerto Rico: Revista de la Universidad de Puerto Rico.
- Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*. (1992). Espasa Calpe Sociedad Anónima.
- EMILIO, V. (1942). *Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Lima.
- Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo I*. (1986). Buenos Aires-Argentina: Driskill Soiedad Anónima.
- C, R. F. (1980). *LOS DERECHOS HUMANOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN* . LIMA .
- DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA . (2014). *UNION DE HECHO PRWXCINDENCIA DE LA PRUEBA ESCRITA* . LIMA: GACETA JURIDICA.
- E, V. R. (s.f.).
- Espinoza, J. E. (2008). *Derecho de Personas*. LIMA: RODHAS.
- Espinoza, J. E. (2014). *DERECHOS DE LAS PERSONAS PERSONAS JURÍDICAS Y ORGANIZACIONES DE PERSONAS NO INSCRITAS*. LIMA: PACÍFICO EDITORES.
- FARALLI, C. (2007). *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Madrid: Hispania Libros.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1968). *LA NOCIÓN JURÍDICA DE PERSONA* .
- FERRAJOLI, L. (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Trotta- Madrid.
- Fioravanti, M. (2000). *Los derechos Fundamentales* . Trotta - Madrid.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Argentina: Universitaria de Buenos Aires.
- LIEBERE, H. (1981). *SABER Y SOCIEDAD* . MADRID : AGUILAR.
- NIETO, C. H. (2009). *CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL* . LIMA.
- PRUJEL, E. A. (2006). *EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*.
- Quisbert, E. (s.f.). *Principios Constitucionales* . Obtenido de <http://ermoquisbert.tripod.com/>

- Rendón, R. G. (s.f.). *EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*.
Obtenido de
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>
- ROCA, E. (1999). *"El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho"*.
Madrid.
- SANCHÍS, L. P. (2014). *NEOCONSTITUCIONALISMO, PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN*. Ubijus
Editorial.
- VASQUEZ PEREZ, E. (2010). *"EL DEBER ALIMENTARIO EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS"*.
PERÚ: GACETA JURÍDICA.
- FUEYO LANERI, F. (1958). *Detrecho Civil*. Santiago deChile: Roberts.
- Guido Aliga Grados y Elmer Capcha Vera. (2007). *El ABC del Derecho Civil*. Lima: San
Marcos E.I.R.L.
- HECTOR, C. C. (1985). *Derecho Familiar Peruano* . Lima.
- JOSEFA SANCHEZ HERAS. (2010). *NIÑOS Y NIÑAS VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL Y
EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL - INFORME NACIONAL*. LIMA - PERU.
- Oswaldo Hundskopf Exebio, Jorge Eduardo Videla Carbajal, etc. (2014). *GACETA
JURIDICA. DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA* , 342.
- PERALTA ANDIA, J. (1995). *Derecho de Familia en el Código Civil* . Lima : IDEMSA.
- PINTO ROGERS, H. (1942). *El concubinato y sus efectos jurídicos*. Santiago de Chile:
Nascimento.
- TOMEÑAS, C. Y. (s.f.). *Derecho Civil Tomo III*.
- V., A. F. (2003). *filicación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia*. Lima:
Gaceta Juridica.
- VALVERDE, E. (1942). *Derecho de Familia en el Código Civil Peruano* . Lima: Imprenta
del Ministerio de Guerra .
- VASQUEZ GARCÍA, Y. (1998). *Derecho de Familia -Teórico práctico. Tomo I: Sociedad
Conyugal* . PERU : Editorial Huallaga .
- ZAMORI, E. A. (2006). *Dº Civil, Dº de Familia, Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.
- DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA . (2014). *UNION DE HECHO PRESCINDENCIA DE LA PRUEBA
ESCRITA* . LIMA: GACETA JURIDICA.
- Espinoza, J. E. (2008). *Derecho de Personas*. LIMA: RODHAS.
- Espinoza, J. E. (2014). *DERECHOS DE LAS PERSONAS PERSONAS JURÍDICAS Y
ORGANIZACIONES DE PERSONAS NO INSCRITAS*. LIMA: PACÍFICO EDITORES.

FUENTES ELECTRÓNICAS:

definicionabc. (s.f.). *definicionabc*. Obtenido de www.definiciónabc.com

Ruiz Hidalgo, J. A. (s.f.). *TELELEY*. Obtenido de www.teleley.com

Quisbert, E. (s.f.). *Principios Constitucionales*. Obtenido de <http://ermoquisbert.tripod.com/>

Rendón, R. G. (s.f.). *EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*.
Obtenido de
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>

ARTÍCULO CIENTÍFICO

“FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS CONSTITUCIONALES PARA UNA INNOVACION LEGAL QUE REGULE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A LA CONCLUSIÓN DE LA UNION DE HECHO”

INTRODUCCIÓN

En nuestra actualidad, gran parte de investigaciones y estudios realizados sobre la familia, se han centrado únicamente en las familias nucleares (primeras familias), por lo que, en éste artículo sólo tomaré el concepto de familia de manera referencial establecida por nuestro ordenamiento jurídico, para luego centrarme en tocar como tema principal sobre una nueva regulación en la pensión de alimentos entre convivientes esto bajo los fundamentos doctrinarios constitucionales que son la teoría de Derecho Humanos y el neoconstitucionalismo, las cuales van a permitir una reforma legal basada en el respeto a la dignidad y las nuevas herramientas de interpretación entre ellas ponderación de intereses, el principio de proporcionalidad y la postulación de principios como mandatos de optimización.

NOCIÓN JURÍDICA DE ESTIRPE

Nuestro Código Civil de 1984, ofrece una definición limitada en cuanto a expresa de familia, omisión que se advierte también en nuestra vigente Constitución Política, la cual se limita a señalar en su artículo 4° que: *“El Estado protege a la familia y la reconoce como instituto natural y fundamental de la sociedad”*.

En ausencia de una definición explícita de familia, la definición debe ser inferida de todas las normas que tratan sobre ella, analizando el contexto y sentido en el que emplean acepción de familia, como también el cumulo de relaciones familiares que pudieran ser objeto de consideración, tratamiento y regulación de sus alcances en la norma.

Para ello, resulta necesario considerar en primer término, el artículo 223° del Código Civil de 1984, en cuanto establece que *“la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”*.

Seguidamente, advertimos que nuestra Constitución vigente, recoge los Principios de Protección de la Familia y de Reconocimiento integral de las Uniones de Hecho; por ello el modelo de familia constitucionalmente protegido, puede tener su origen en un matrimonio como también en una unión de hecho.

UNIÓN DE HECHO

Existen diversas formas de denominarla, así tenemos que se suele llamar convivencia more uxorio, pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial, etc.

Concubinato o unión de hecho, es una situación de hecho derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unidas por matrimonio, pero si para cumplir finalidades semejantes al matrimonio y que comparten un proyecto de vida común basada en relaciones afectivas de carácter singular y dotadas de estabilidad y permanencia.

El matrimonio y las uniones de hechos, tienen una regulación jurídica distinta, y la elección entre una de ellas recae en las personas, y dicha elección por ser libre y voluntaria obedece a las opciones y perspectivas personales, las que requieren el respeto a la diferencia tanto en los diversas esferas de la vida en sociedad.

El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio o formar una unión de hecho, y a fundar una familia está inmerso en el derecho a la libertad personal y de desarrollar sus proyectos de vida. En la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 2668-2004-AA/TC) en el Décimo Cuarto Considerando, se precisó "El Tribunal considera que el derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la norma fundamental, si se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución".

REGULACIÓN DEFICIENTE EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS ENTRE CONVIVIENTES A LA CONCLUSIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO POR DECISIÓN UNILATERAL.

Actualmente la unión de hecho no cuenta con una regulación sistemática e integral, únicamente es recogido por el artículo 5 de la Constitución del Estado, y en concordante con el principio de amparo de la unión de hecho, es regulado en el único artículo 326° del código civil.

"La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida también en el artículo 326° del código civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue "alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio". Se comprueba, por tanto, que no hemos adoptado en el Perú la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio".

Debe tenerse en cuenta que en otras realidades como las europeas o norteamericanas, el hecho de que una pareja conviva sin casarse, obedece justamente a que voluntariamente no desean que se configuren consecuencias jurídicas de esta decisión, cosa bien diversa

en nuestra realidad, como en la mayoría de realidades latinoamericanas, en las cuales priman motivos de índole cultural y hasta económica.

Se debe precisar que toda unión trae consecuencias de separación o ruptura en el tema de las uniones de hecho los derechos alimenticios, señalado en el tercer párrafo del artículo 326° del Código Civil establece que, en el caso de ruptura de la unión de hecho por decisión unilateral, el juez podrá ordenar, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos hecho que no se visualiza en la actualidad, por cuanto; este artículo no cuenta con la obligatoriedad necesaria para ser cumplida en pro de la protección del sujeto débil en la ruptura de las uniones de hecho, esto debido a que no se ha dado un tratamiento exclusivo para la parte débil; es decir a él o la conviviente que después de una ruptura no cuenta con las condiciones necesarias para solventar los gastos de los hijos, el hogar y hasta sus propias necesidades, considerando que no todas las parejas que son abandonadas pueden subvencionar estos gastos, ante el análisis del artículo 326° del código civil, la actitud que más conviene tomar de acuerdo a la realidad, y que legislador debe considerar es: ¿despreocuparse completamente sobre la situación de las uniones de hechos o debe legislarse con más profundidad?, ¿se debe dar tratamiento legal equiparativo con la institución jurídica del matrimonio específicamente en la paridad y obligación de la institución jurídica de alimentos en las uniones de hecho?

Otro basamento teórico fundamental internacional es la teoría de los derechos humanos la misma que se pone en rigor y vigor a partir de la declaración de los derechos humanos de 1946, la misma que homologa derechos atendiendo los principios más sustanciales como los de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad que están presentes en la casi totalidad de ordenamientos constitucionales y legales del mundo que son esencialidades teóricas que obligan y sustentan la importancia y relevancia del presente trabajo de investigación. En este punto esencial en base a lo planteando en la formulación del problema, debe desarrollar pormenorizadamente la paridad de tratamiento en materia de derechos existenciales, entre las uniones matrimoniales formales y las informales, pues no debe ser elemento discriminatorio un simple dato formal.

CONCLUSIÓN

A fin de alcanzar dicho objetivo, los derechos alimenticios deben equipararse a lo de los casados formalmente; de esta manera se logrará una inclusión social efectiva para los convivientes, es cierto que hoy en día nuestro Código Civil ha avanzado mucho, pero no lo suficiente para salvaguardar los derechos fundamentales que debe tener sobre todo él o la conviviente abandonada, es entendido que la unión de hecho termina por mutuo acuerdo: no se ve el motivo por qué solo se concede la pensión alimenticia cuando la ruptura obedece a una decisión unilateral salvo que se quiera ver a la pensión alimenticia como una "sanción" para quien abandona a su conviviente, en vez de entenderla como un derecho del conviviente cuando careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado a trabajar o de subvenir a sus necesidades pues el Estado debe pensar en la protección que merece el sujeto débil en este tipo de relación, generalmente, una ama de casa o una campesina, con no pocos hijos, casi siempre dependiente económicamente del hombre.

Se observa que estos modelos jurídicos obedecen a una concepción en la cual se pretende defender la unidad de la familia (incluso de hecho), en tanto unidad social, empero la unión de hecho es tratada como un problema social e inevitable que atañe a los intereses de un sector numeroso de la sociedad que necesita solución inmediata, entendiéndose que la acción concubinaria no es un acto ilícito, ya que no está prohibido por ley, está fuera de la ley pero no en contra de la Ley, es cuestionable que el matrimonio requiere protección legal esmerada y sumo cuidado, por ser fundamento legal de la familia, pero no por eso debe dejarse en la indiferencia un hecho real como es la existencia del concubinato.

ANEXO

ACUERDO PLENARIO N° 8 – 1998

**UNION DE HECHO: EJERCICIO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE ÉSTA
RELACIÓN**

**¿ENTRE LOS CONVIVIENTES SE REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL PREVIA DE
LA UNIÓN DE HECHO PARA INICIAR JUICIO DE ALIMENTOS O SOLICITAR
INDEMNIZACIÓN?**

CONSIDERANDO:

Que en cuanto al principio de prueba escrita se funda en el supuesto que un escrito no produzca convicción por sí mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios y que se encuentra previsto en el artículo 238 del Código Procesal Civil; debiendo tenerse presente que: "la prueba instrumental está constituida por los escritos que perpetúan los hechos o actos jurídicos realizados, capaces de crear derechos y obligaciones". En la generalidad de los casos es una prueba preconstruida, anterior al juicio, por lo tanto garantiza la veracidad de los hechos o actos ejecutados. De lo que se concluye, en cuanto al pedido de alimentos o indemnización que el juzgador se encuentra facultado por el artículo 194 del Código Procesal Civil a la actuación de medios probatorios que le produzcan convicción de tal relación.

EL PLENO: POR CONSENSO

ACUERDA:

Que para solicitar alimentos o Indemnización entre concubinos no se requiere declaración judicial previa de la Unión de Hecho, pero ésta debe acreditarse dentro del proceso con principio de prueba escrita.

**¿SE REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE
HECHO, PARA QUE UNO DE LOS CONCUBINOS SOLICITE LA LIQUIDACIÓN DE
GANANCIALES, O PARA HACER VALER SUS DERECHOS ANTE TERCEROS?**

CONSIDERANDO:

Que, al respecto es necesario señalar que debe requerirse el reconocimiento judicial de la Unión de Hecho, a efectos de poder solicitar la liquidación de la Sociedad de Gananciales y ésta se efectúa por seguridad jurídica, dado que en la mayoría de los casos, la convivencia resulta precaria porque la declaración de Unión de Hecho contribuiría a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros; verbigracia: el otorgamiento de un préstamo bancario, la constitución en prenda o hipoteca de un bien mueble o inmueble, su afectación por una medida cautelar, etc. Requieren

necesariamente de una sentencia declarativa dictada por el Órgano Jurisdiccional competente, a través de la cual se declare el derecho en cuestión y pueda determinarse a cabalidad los supuestos a que hace referencia el acotado artículo 326 del Código Civil.

Que, en cuanto a la liquidación de gananciales, debe tenerse presente que la unión de hecho, termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, por lo que es menester precisar la fecha de inicio y de su fin, para determinar qué bienes son los que van a inventariarse para una ulterior liquidación de los mismos, y evitar que sean incluidos posibles bienes propios a los convivientes.

EL PLENO: POR CONCENSO ACUERDA:

Que para la relación con terceros y respecto de la liquidación de gananciales, si es exigible el Reconocimiento Judicial previo de la Unión de Hecho.

Proyecto de Ley N° 1589-15

Suscribe a iniciativa de la ciudadano Gaby Janet Curasma Trucios, ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, concordante con los artículos 67°, 74°, 75° y 76° del reglamento del Congreso de la República presentan el siguiente:

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE REGULA LA UNIÓN DE HECHO”

ARTICULO 1°.- Modifíquese los artículos 326° del Código civil y el artículo 5° de la Constitución Política del Perú, aprobado mediante Decreto Legislativo N°365, en los siguientes términos:

LIBRO III

DERECHO DE FAMILIA

TITULO IV

CAPITULO UNO

UNIÓN DE HECHO

Artículo 326° -A.- MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN DE HECHO

La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad consolidar y fortalecer, en armonía con las nuevas herramientas de interpretación proponiendo entre ellas la ponderación de intereses, el principio de proporcionalidad, sobre todo para redefinir la fórmula política hacia una concepción más garantista de los derechos fundamentales, que están proclamados en la Constitución Política del Perú.

Artículo 326° - B.- UNIÓN DE HECHO

La unión de hecho es aquella unión marital consensual de un hombre y una mujer libres, con carácter e intención duraderos sin estar legislados ni santificada por ninguna fórmula o requisito legal.

Se ha diferenciado entre un **concubinato propio**, cuando presentan todas las características previstas en la norma, esto es; a) unión marital de hecho, b) estabilidad y permanencia, c) singularidad y publicidad y d) ausencia de impedimentos para contraer matrimonio. El **concubinato impropio**, la que adolece de una o algunas de estas características.

Artículo 326° C.- REQUISITO DE LA UNIÓN DE HECHO

La unión de hecho se constituye por la unión estable, monogámica y voluntaria de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que da origen a una familia, siendo merecedora de protección por parte del Estado en condiciones de igualdad.

Artículo 326° D.- DECLARACIÓN JUDICIAL DE UNIÓN DE HECHO

La declaración judicial de convivencia o unión de hecho tiene como propósito, cautelar los derechos de cada concubino sobre los bienes adquiridos durante la unión, siendo que para acreditar la posesión constante de estado, es decir la calidad de concubinos, puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal siempre que exista el principio de la prueba escrita originando una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos **dos años continuos**.

Artículo 326° E.- EXTINCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.

TITULO I

ALIMENTOS

Artículo 326° F.- CONCEPTO

Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos también comprenden la obligación de proporcionar a la concubina o conviviente según la situación y posibilidades de la familia.

Artículo 326° G.- REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

Para acceder a la pensión de alimentos la unión de hecho debe haber concluido por decisión unilateral además de lo establecido en el artículo 328° y 329° del C.C.

Artículo 326° H.- PENSIÓN DE ALIMENTOS O INDEMNIZACIÓN

Al término de la unión de hecho por decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos.

La pensión de alimentos debe ser reconocida de manera obligatoria tanto a la concubina como a los hijos; además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, debiendo cumplir con lo establecido en los artículos 328°, 329° y 332° del Código Civil.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

El presente proyecto de ley modifica:

Artículo 474 CC.- Se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. **Los convivientes**
3. Los ascendientes y descendientes
4. Los hermanos.

DISPOSICION DEROGATORIA

UNICA.- Deróguense cualquier disposición que se oponga al cumplimiento de la presente disposición legal.

I. EXPOSICION DE MOTIVOS

Este proyecto de ley propone otorgar el derecho alimentario a los concubinos en unión de hecho basándose en su derecho a la igualdad ante la ley con la institución del matrimonio y realizar una reforma legal incorporando en el artículo 326° otros artículos que dan especial tratamiento a esta institución jurídica y modificando el artículo 474° del Código Civil.

Siendo imprescindible la reforma legal en regular la pensión de alimentos en las uniones de hecho en la legislación peruana para su cumplimiento, para así no sea la prestación de alimentos de carácter moral sino una norma imperativa.

Asimismo, el Juez pueda resolver casos prácticos de alimentos de unión de hecho en la sociedad peruana a favor de los concubinos libres de impedimento matrimonial y de esta manera poder equipar los derechos los concubinos de unión de hecho propio con los cónyuges del matrimonio.

Nuestro derecho Civil, en el artículo 326° CC, el Juez puede conceder al conviviente abandonado indemnización o pensión de alimentos a elección del concubino cuando la unión de hecho termina por decisión unilateral, denotando la inoperatividad de dicha norma.

En el artículo 474°CC, tienen obligación de alimentos recíprocos entre los cónyuges, los ascendiente y descendientes, por ultimo entre los hermanos; por lo que faltaría regularse dicho derecho a favor de los convivientes de libre impedimento matrimonial teniendo en consideración hacen vida en común en dos años continuos con declaración judicial de convivencia con un proyecto de vida, debe ser respaldada con la obligación reciproca de alimentos en una unión de hecho.

La propuesta legislativa conlleva además la finalidad de consolidar los compromisos de convivencia en una unión de hecho, teniendo en consideración que la convivencia es una realidad y muy practicada por las parejas previo al matrimonio en nuestra sociedad peruana.

II. INCIDENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

No es ajeno al conocimiento público, menos al del operador jurídico y al legislador, el hecho que actualmente en nuestra legislación los concubinos de unión de hecho, alcanzan finalidades y cumplen deberes semejantes al matrimonio, origina sociedad de gananciales, teniendo como condición dicha unión sea mínimo 2 años continuos.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. Este último caso, el juez puede conceder a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos.

Quedando claro, la única posibilidad de obtener alimentos por ruptura de la unión de hecho propia por decisión unilateral, siendo una forma de resarcir del daño ocasionado. Este proyecto ley tiene el propósito que mediante la reforma del artículo 326°, y la modificación del artículo 474° del Código Civil y a los concubinos de libre impedimentos matrimonial puedan ejercer el derecho de alimentos durante la vigencia de la convivencia sin necesidad de esperar se termine la unión de hecho para pedir alimentos.

III. ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa no genera gasto alguno al Estado Peruano, sin embargo, esto implica que el Poder Judicial asuma conocer esta nueva figura civil para resolver casos de alimentos a favor de los convivientes libres de impedimento matrimonial durante su vigencia.

El beneficio radica a favor de los concubinos de Unión de hecho en ejercer el derecho alimentario al plasmarse la modificación de los Artículos 326°, 474° del Código Civil y el Artículo 5° de la Constitución propuesto en la presente proyecto de ley, mediante normas imperativos se ordene el reconocimiento de alimentos y obligación recíproca entre los concubinos de libres impedimentos matrimonial así fomentando un proyecto de vida entre ellos en lo económico y mejor calidad de vida al brindarles seguridad jurídica al dejar de ser la prestación de alimentos solo de carácter moral durante su vigencia de convivencia por más de 2 años con declaración

judicial de convivencia al pasar al regularse la obligación alimentaria de unión de hecho.

Asimismo, la aprobación de la presente iniciativa legislativa generará impactos positivos en nuestra sociedad peruana, al ser una costumbre en esta generación que las parejas convivan previo al matrimonio, pudiendo propiciar libre desarrollo y el derecho de igualdad ante la ley de los concubinos con la institución del matrimonio.

Por último, se generara impacto en la legislación nacional con esta reforma legal en nuestra sociedad y en la legislación extranjera al seguir la misma ideología de las Legislaciones Colombiana y Costa Rica, quienes también otorgan el derecho alimentos a la Unión de hecho.

IV. IMPACTO EN LA LEGISLACION VIGENTE

La presente iniciativa legislativa no colisiona con los principios ni normas del ordenamiento jurídico vigente; todo lo contrario materializa los derechos de los concubinos de Unión de hecho y derechos fundamentales de la persona en el marco de los derechos humanos y el neoconstitucionalismo.

MATRIZ DE CONCISTENCIA DE PROYECTO DE INVESTIGACION

TITULO: "FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS CONSTITUCIONALES PARA UNA INNOVACION LEGAL QUE REGULE LA PRESTACION DE ALIMENTOS A LA CONCLUSION DE LA UNION DE HECHO"

PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	HIPOTESIS	TIPO, NIVEL, MÉTODO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	POBLACIÓN Y MUESTRA	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS
¿Cuál es la apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado fin con la relación marital a favor de la o el conviviente abandonado?	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Describir la apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado fin con la relación marital a favor de la o el conviviente abandonado <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>4. Evidenciar los fundamentos</p>	<p>VARIABLE DE ESTUDIO</p> <p>Variable Independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los fundamentos doctrinarios de los derechos humanos, y el neo constitucionalismo <p>Variable Dependiente</p> <ul style="list-style-type: none"> • Novación legal 	<p>HIPÓTESIS</p> <p>La apreciación que tienen los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica sobre los fundamentos doctrinarios constitucionales que permitirían la innovación legal que obligue la prestación de alimentos del conviviente que unilateralmente haya dado fin con la relación marital a favor de la o el</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACION:</p> <p>Es Básico.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACION: Es descriptivo.</p> <p>METODO DE INVESTIGACION: Método Descriptivo.</p> <p>DISEÑO DE INVESTIGACION: Descriptivo simple</p> <p>M----- O</p> <p>M: Operadores jurídicos, letrados y</p>	<p>POBLACIÓN</p> <p>Los operadores jurídicos.</p> <p>MUESTRA</p> <p>Valoración de la producción teórico intelectual de tratadistas en sede de la temática en cuestión</p> <ul style="list-style-type: none"> - Magistrados del Poder Judicial - Fiscales de Familia del Ministerio Público - Abogados litigantes 	<p>TECNICAS INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.</p> <p>TÉCNICAS:</p> <p>Las técnicas del fichaje que se utilizaran para recolección de datos referidos, con las variables de estudio del presente trabajo de investigación serán las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Resumen, no sirviera para poder anotar los distintos

	<p>doctrinarios del constitucionalismo que regula el estado peruano respecto a las uniones de hecho.</p> <p>5. Valorar qué fundamentos dogmáticos dentro del constitucionalismo peruano serían utilizados para la regulación de la prestación alimentaria a la conclusión de las uniones de hecho.</p> <p>6. Exponer cual sería el mecanismo idóneo para realizar la conexión teórico doctrinaria con la propuesta novativa legal con relación a las uniones de hecho.</p>		<p>conviviente abandonado es positiva</p>	<p>litigantes</p> <p>O: Observación nivel protección del Estado.</p>	<p>MUESTREO</p> <p>El muestreo practicado es el aleatorio estratificado, ya que se eligió aleatoriamente a los operadores jurídicos del distrito de Huancavelica, siendo 42 el total de los encuestados.</p>	<p>marcos teóricos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Textuales, utilizaremos par poder hacer diversa transcripciones • Técnica de la Entrevista.- Técnica de obtención de información mediante el diálogo mantenido en el encuentro formal planeado, entre una o más personas entrevistadoras una o más entrevistadas, en la que se transforma y sistematiza la información conocida. <p>INSTRUMENTOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las fichas debe cumplir una serie de requisitos formales que tiene como objetivo.
--	--	--	---	--	---	---

ENCUESTA

La presente encuesta se plantea con la finalidad de determinar *los “fundamentos doctrinarios constitucionales para una innovación legal que regule la pensión de alimentos a la conclusión de la unión de hecho por decisión unilateral”*, para ello, solicito su valiosa opinión.

Instrucciones: Por favor, responder en la forma más honesta posible ya que lo que usted piensa es lo más importante para este trabajo de investigación y no existen respuestas “correctas o incorrectas”, sólo interesa conocer su opinión y experiencia. Luego de contestar en forma completa la presente encuesta, guarde en el sobre entregado junto a él, lo cierre y lo devuelva a la tesista.

I. **Antecedentes generales:**

a. Sexo: M ()

F (X)

b. Edad: 18-25 ()

26-35 (X)

36- a más ()

1. ¿Cuál es su posición acerca de la legislación (3° párrafo del art. 326° del Código Civil) que ampara una pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?

a) De acuerdo

(X) b) En desacuerdo

c) No opina

2. ¿Cuál es su posición acerca de una innovación legal en la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?

(X) a) De acuerdo

b) En desacuerdo

c) No opina

3. ¿Cuál es su posición acerca de la teoría de los Derechos Humanos¹, respondería a la innovación legal que regule la prestación de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?

(X) a) De acuerdo

b) En desacuerdo

c) No opina

¹ **TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS:** como ejemplo paradigmático de teoría moral ilustrada, parten de una concepción de los derechos humanos como agentes morales racionales, lo cual significa que los individuos son concebidos como agentes que gozan de la facultad de tener un sentido de la justicia, es decir, de atender, aplicar y actuar a partir de los principios de justicia.

UNIVERSIDAD DE HUANCABELICA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS - E.A.P. DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

4. ¿Cuál es su posición acerca del neoconstitucionalismo², respondería a la innovación legal que vaya a regular la prestación de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?
- a) De acuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No opina
5. ¿Cuál es su posición en cuanto al requerimiento de una declaración judicial previa de la unión de hecho para iniciar un juicio de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que se haya concluido por decisión unilateral?
- a) De acuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No opina
6. ¿Para Ud. debería existir un mecanismo idóneo para realizar la conexión teórico doctrinario con la propuesta innovativa legal con relación a la regulación de la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que hayan concluido por decisión unilateral?
- a) De acuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No opina
7. ¿Cuál o cuáles serían los mecanismos idóneos para realizar la conexión teórico doctrinario con la propuesta innovativa legal?
- a) Producción legal
 - b) Derecho consuetudinario
 - c) Jurisprudencia vinculante
 - d) Doctrina jurisprudencial
8. ¿Cuál es su posición acerca de la propuesta de innovación legal, favorecería la regulación de la pensión de alimentos entre convivientes en las uniones de hecho que hayan concluido por decisión unilateral?
- a) De acuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No opina
9. ¿En el caso que dicha innovación legal no se diera se estaría relativizando los derechos fundamentales de los concubinos afectados?
- a) De acuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No opina

Se le agradece por su cooperación y por su respuesta con transparencia y veracidad a las preguntas que se le ha presentado.

² **Neoconstitucionalismo:** representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho. Las nuevas herramientas de interpretación que esta tradición propone entre ellas la ponderación de intereses, el principio de proporcionalidad y postulación de principios como mandatos de optimización.

FOTOS DE ENCUESTA

