

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO ALIMENTARIO A FAVOR DEL EXCONVIVIENTE EN ESTADO DE INDIGENCIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS
MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:
ROSA LUZ MEDINA DÍAZ

Asesor:
Dr. CARLOS DÍAZ VARGAS

Cajamarca, Perú

2024



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Rosa Luz Medina Diaz
DNI: 27965102
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Programa de Maestría en Ciencias, Mención: Derecho Civil y Comercial
2. Asesor: M.Cs. Carlos Diaz Vargas
3. Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
Reconocimiento del Derecho Alimentario a favor del exconviviente en estado de indigencia en la legislación civil peruana
6. Fecha de evaluación: **26/01/2026**
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: **24%**
9. Código Documento: **3117:549650873**
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:

APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: **27/01/2026**

		<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>
 M.Cs. Carlos Diaz Vargas DNI: 18181411		 Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga DNI: 26714500

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2024 by
ROSA LUZ MEDINA DÍAZ
Todos los derechos reservados



**UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 8:00 horas, del día 01 de junio de dos mil veinticuatro, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. CARLOS DÍAZ VARGAS**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **RECONOCIMIENTO DEL DERECHO ALIMENTARIO A FAVOR DEL EXCONVIVIENTE EN ESTADO DE INDIGENCIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA**, presentada por la Bachiller en Derecho y Ciencia Política **ROSA LUZ MEDINA DÍAZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de MEJOR (16) la mencionada Tesis; en tal virtud, la Bachiller en Derecho y Ciencia Política ROSA LUZ MEDINA DÍAZ, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 9:45 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

M.Cs. Carlos Diaz Vargas
Asesor

Dra. Sandra Verónica Manríquez Urteaga
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Juzgado Evaluaciones

A:

Mis hijos Stefanie Alejandra y Ricardo Alejandro, por ser el motivo de mi
constante mejora

AGRADECIMIENTO

A Juanita y (†) Ángel: mis padres,
quienes me inculcaron buenos
valores para ser mejor persona.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA	1
1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	3
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	4
1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.5.1. Espacial	6
1.5.2. Temporal.....	6
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN	6
1.6.1. De acuerdo al fin que persigue	6
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación	7
1.6.3. De acuerdo al método y los procedimientos que se utilizan	7
1.7. HIPÓTESIS	7
1.8. OBJETIVOS	8
1.8.1. Objetivo General.....	8
1.8.2. Objetivos Específicos	8
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	9
1.9.1. Generales	9
1.9.2. Propios del Derecho	10
1.10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	11
1.10.1. Observación documental	11
1.10.2. Fichaje.....	11
1.10.3. Argumentación Jurídica	12

1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	12
1.12. POBLACIÓN, MUESTRA Y UNIDAD DE ANÁLISIS	13
CAPÍTULO II.....	14
MARCO TEÓRICO	14
2.1 ASPECTOS IUS FILOSÓFICOS	14
2.2 ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA17	
2.2.1 El matrimonio y el concubinato como manifestaciones de la familia en la legislación nacional.....	17
A. El Derecho de Familia en el Perú desde la perspectiva Constitucional	17
B. El Derecho de Familia en el Código Civil de 1984	43
C. Promoción del matrimonio y protección de la familia	46
2.2.2 Conceptualización del matrimonio	53
A. Estructura de la institución del matrimonio	54
2.2.3 Conceptualización del concubinato.....	60
A. Características y elementos del concubinato	62
B. Formas del concubinato	64
C. Diferencias con el matrimonio	68
D. Algunas semejanzas con el matrimonio	69
E. Causas del concubinato en el ordenamiento jurídico peruano	71
F. Formas y consecuencias jurídicas de la extinción del concubinato	71
2.2.4 El derecho de alimentos en el Perú	72
A. Concepto jurídico.....	72
B. Naturaleza jurídica.....	74
C. Contenido del Derecho de alimentos	75
D. Caracteres del Derecho alimentario.....	76

E. Fundamentación del Derecho de alimentos	77
F. Obligación alimentaria.....	78
G. Sujetos de la obligación alimentaria.....	80
H. Presupuestos normativos para acceder a una pensión de alimentos.....	81
I. Norma aplicable.....	81
J. Necesidad o falta de medios: estado de indigencia	82
K. Posibilidad económica de quien los presta.....	86
L. El derecho alimentario a favor del excónyuge	87
M. El derecho alimentario a favor del exconviviente	88
N. El derecho de alimentos en la Legislación comparada.....	90
2.2.5 El principio de igualdad y no discriminación	92
A. Los principios en el neoconstitucionalismo actual	92
B. El principio de igualdad	95
C. El principio a la no discriminación	99
D. Ponderación entre discriminación e igualdad	101
2.3 NORMATIVOS.....	104
2.3.1 Nacionales	104
2.3.2 Internacionales	105
CAPÍTULO III.....	106
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	106
3.1 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS ALIMENTOS A FAVOR DE LOS EXCÓNYUGES	106
3.1.1 Sentencias	107
A. Estimatorias	107
B. Desestimatorias	110
C. Nulas.....	111

3.2 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS QUE FORMAN PARTE DE LA HIPÓTESIS	112
3.2.1 Reconocimiento de las uniones de hecho como otra forma de constituir familia	112
3.2.2 Situación de indefensión del exconviviente en estado de indigencia.....	117
3.2.3 Principio de igualdad y no discriminación contra el exconviviente en estado de indigencia	130
3.3 INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE ESTOS ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS PARA QUE SE RECONOZCA AL ESTADO DE INDIGENCIA COMO CAUSAL PARA EL OTORGAMIENTO DE UNA PENSIÓN ALIMENTICIA A FAVOR DEL EXCONVIVIENTE.....	137
CAPÍTULO IV	146
PROPUESTA NORMATIVA	146
CONCLUSIONES	151
RECOMENDACIONES.....	153
LISTA DE REFERENCIAS	154
ANEXO	162
CUADRO N.º 1	162

GLOSARIO

Alimentos: Son aquellos indispensables para el adecuado desarrollo del ser humano, y comprende la comida, vivienda, ropa, asistencia médica y también psicológica. Estas necesidades son afines a todas las familias, pero las posibilidades económicas varían. Por tanto, el ordenamiento jurídico peruano lo considera un derecho fundamental, cuya garantía reside en la solidaridad entre los integrantes de la familia y la sociedad, la unidad y el deber de asistencia. Como derecho humano inherente, es coherente con la preservación de la vida humana, uno de los principios básicos de todo Estado constitucional de derecho.

Estado de indigencia: Aquella situación de pobreza o pobreza extrema en la que se encuentran algunas personas. Existe una multiplicidad de enfoques desde los cuales puede ser abordado este fenómeno social como así lo explican la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Tribunal Constitucional peruano. Esta situación debe presentarse de manera efectiva, real o actual en relación con la circunstancia; como lo es en la presente investigación el estado de indigencia actual del exconviviente al término de su relación.

Familia: Para esta investigación, y teniendo en cuenta lo señalado por los juristas peruanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, es considerada como un elemento inherente e importante de la sociedad, y que tiene la misma dinamicidad. Por tanto, es una institución ético-social que se encarga de transmitir valores tanto a nivel cultural como cívico. En esta

definición radica la necesidad de proteger y velar por el bienestar de cada uno de sus integrantes, siendo necesario que la Sociedad y el Estado se encarguen; esto sin ningún tipo de distinción, teniendo como único límite, el impuesto por el respeto a los derechos humanos.

Igualdad ante la Ley: La Constitución, indica que la igualdad tiene dos aspectos: El primero es como **principio** del ordenamiento jurídico, pues en este se fundarían los demás derechos, siendo la base juntamente con la dignidad y la vida. El segundo, sería el aspecto como **derecho fundamental**, cuya finalidad es que todos tengan un mismo trato ante situaciones similares. De acuerdo a este segundo enfoque, la igualdad ante la ley debe considerarse como un derecho que impide la discriminación, por lo que, no permite que alguien sea tratado de forma diferente.

Unión de hecho: Considerada como aquella convivencia habitual entre un hombre y una mujer, sin que medie un obstáculo para contraer matrimonio, es decir, tengan las posibilidades de celebrar el acto. La habitualidad es considerada como la permanencia de la relación (elemento esencial), además debe haberse mantenido por un periodo (mínimo dos años) y debe ser continua, sin ninguna interrupción.

RESUMEN

A nivel constitucional, la unión de hecho fue reconocida en la Carta Magna de 1979; debido a que la realidad social dejó notar que un numeroso grupo de la población optó por formar “matrimonios de hecho”. Años después, con la Constitución de 1993, se legitima y protege la dignidad de quienes asumen este tipo de relaciones, pasando a ser consideradas “familias”. Desde entonces se logra su protección por parte del Estado. Sin embargo, su protección a nivel legislativo no es igualitaria como ocurre con la pensión de alimentos; por eso, en esta tesis se responde a la pregunta: ¿Qué fundamentos jurídicos, doctrinarios y de equidad sustentarían el reconocimiento del estado de indigencia como causal para otorgar una pensión de alimentos a un exconviviente en la legislación civil peruana? Gracias a los métodos de interpretación jurídica: hermenéutico y dogmático se llega a concluir que los argumentos justificativos para que en el ordenamiento civil peruano se reconozca el estado de indigencia como una causal para el otorgamiento de una pensión de alimentos a favor de un exconviviente, son: a) el reconocimiento de las uniones de hecho como otra forma de constituir familia, b) la situación de indefensión en la que queda el exconviviente al término de su relación convivencial y c) la vulneración al principio de igualdad y no discriminación del exconviviente con relación al excónyuge, en estado de indigencia.

PALABRAS CLAVE:

Familia, unión de hecho, alimentos, estado de indigencia e igualdad ante la Ley.

ABSTRACT

Since the 1979 Constitution, de facto union is recognized for the first time at the constitutional level, due to the fact that social reality revealed that a large number of Peruvians chose to form what some call "de facto marriages". Years later, with the 1993 Constitution, the dignity of those people is legitimized and protected, considering this unions as "families". Since then, their protection has been achieved by the State. However, at the legislative level, their protection is not equal as with alimony. Therefore, this thesis answers the question: What are the supporting arguments for the state of indigence to be recognized as a cause for granting alimony in favor of an ex-partner, in the Peruvian civil law? Through methods of legal interpretation: hermeneutical and dogmatic, it is concluded that the supporting arguments for recognizing the state of indigence in our civil system as a cause for granting alimony in favor of a former partner are: a) The recognition of de facto unions as another way of establishing a family, b) The defenseless situation in which the ex-partner remains at the end of their cohabitation relationship and c) The violation of the principle of equality and non-discrimination of the ex-partner in relation to the ex-spouse, in a state of indigence.

KEYWORDS

Family, de facto union, food, poverty and equality before the Law.

INTRODUCCIÓN

Como se sabe, actualmente el Derecho Civil tiene base fundamental en el contenido constitucional y, por tanto, se rige por todos los principios de la Carta Magna, incluyendo el de fuerza normativa y supremacía de la Constitución. Por ello, se afirma que el núcleo del ordenamiento jurídico es el respeto de los derechos fundamentales inherentes al ser humano.

Esta situación jurídica se logró debido al cambio de paradigma de un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho; por ello, conscientes de este cambio, con la constitucionalización y convencionalización del Derecho de Familia se ha dejado de lado concepciones tradicionales para así poder ampliar su protección, teniendo en cuenta las nuevas necesidades en el ámbito social que van surgiendo con el transcurrir del tiempo. Siendo así, la familia no es ajena a esta evolución, debiendo adaptarse a los cambios, como por ejemplo la inserción de la mujer al trabajo, regulación del divorcio en el Código Civil y su grado de incidencia, así como la migración del campo a la ciudad, entre otros.

Esto ha significado una evolución en cuanto a su estructura nuclear que estaba bajo la dirección de un *pater familias* para dar paso a la incorporación de nuevos conceptos jurídicos de familia con estructuras distintas que, al igual que las familias nacidas del matrimonio, tienen el pleno reconocimiento y la tutela por parte del Estado; nos estamos refiriendo dentro de este grupo a las familias surgidas gracias a las denominadas “uniones de hecho”.

Expuesto lo anterior, en la investigación se desarrolla la importancia de reconocer en la legislación civil peruana el derecho alimentario a favor del exconviviente

cuando su estado sea de indigencia, al amparo del artículo 2.2 de la Constitución Política vigente; ello debido a que no está contemplada tal previsión normativa como si lo está para el excónyuge indigente, aunque hubiere dado motivos para divorciarse.

Se circumscribe plenamente este trabajo al análisis de la disposición constitucional indicada, pues no contamos con ejecutorias del Órgano Jurisdiccional que hayan resuelto el supuesto de hecho advertido en el párrafo anterior; únicamente existen sentencias bajo el supuesto jurídico de la decisión de uno de los convivientes por dar por concluida la relación, esto unilateralmente. Permite que el magistrado conceda, a elección del abandonado, una cantidad pecuniaria por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Por otro lado, tenemos que la doctrina no ha desarrollado este tema, por eso es difícil encontrar entre los autores nacionales y extranjeros, referencias en cuanto a la obligación alimentaria a favor del exconviviente por la causal planteada; mereciendo por ello ser estudiada en la doctrina peruana.

Esto conllevó a que esta investigación, como ya se advirtió, sea estrictamente de análisis, teniendo en consideración el alto índice de uniones de hecho y exconvivientes en nuestro país, pues cada día van en incremento en comparación con las uniones conyugales; así, según información del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018), en los últimos 36 años hubo variaciones en cuanto a los estados civiles, pues en el 2017 gracias al Censo, se determinó que la cantidad de convivientes ha crecido poco a poco, pasando de 1 millón 336 mil 326 (12,0%) durante 1981, a 6 millones 195,795 (26,7%) en 2017.

Por otro lado, las personas que optaron por el matrimonio constituyen un porcentaje de 38,4 en la década del 80, mientras que para el 2017 disminuyó a 25,7%. Durante los años 2007 a 2017 los separados se incrementaron de 3,4% a 4,2%; y los divorciados fueron de 0,5 a 0,9%. Todos estos datos se encuentran sintetizados en el anexo adjunto (cuadro N.^º 1).

Se debe señalar también que el tema objeto de estudio no tiene antecedente directo alguno en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca ni en otras universidades del país; sólo existen algunas investigaciones relacionadas con el derecho sucesorio y reconocimiento de unión de hecho, sin haberse realizado un análisis concreto del problema abordado en esta investigación.

Se debe precisar que la investigación se estructura en base a cinco capítulos. El capítulo I está relacionado con los aspectos metodológicos utilizados para la investigación. El capítulo II ha sido diseñado para el Marco Teórico, en el cual se abordan los aspectos básicos del matrimonio y concubinato como manifestaciones de la familia desde el ámbito constitucional y convencional; el derecho de alimentos como derecho fundamental, su regulación, el tratamiento del derecho alimentario a favor del excónyuge y exconviviente en estado de indigencia en el ordenamiento nacional y derecho comparado; y, el principio de igualdad y no discriminación.

En lo que se refiere al Capítulo III está dedicado a la contrastación de la hipótesis; y, el capítulo IV contiene la propuesta normativa. De igual manera, se presentan las conclusiones a las que se arribaron en el presente trabajo de investigación, así como las recomendaciones respectivas; finalmente, se propone la modificación del artículo 326 del Código Civil vigente, respecto al reconocimiento del derecho

alimentario a favor del exconviviente en estado de indigencia, habiéndose efectuado el correspondiente sustento jurídico que avala tal propuesta.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

La unión de hecho es una institución jurídica que ha tomado relevancia en las últimas décadas, ocasionando que los legisladores del mundo vean la necesidad de su adecuada regulación dentro de los compendios de familia. Los cambios sociales y culturales también han contribuido a este cambio significativo de percepción sobre el matrimonio.

En el ámbito internacional, como es el caso de Argentina, desde el año 2015 en su libro Relaciones de Familia del Código Civil, se puede observar la regulación de las uniones convivenciales, definiéndolas como aquellas que están basadas en el afecto, son públicas y estables entre dos personas que pueden ser del mismo sexo (Quintana Castillo, 2015). De esto se puede desprender que la unión de hecho no solo se regula para las parejas heterosexuales, sino también para quienes comparten el mismo sexo, esto debido a la diversidad de parejas que existen en la actualidad.

Por otro lado, en Chile se han regulado las uniones de hecho haciendo hincapié en que se trata de un contrato entre dos personas que tienen un hogar en común, debiendo ser estable y permanente. También se puede apreciar que se trata de un acto jurídico solemne, donde debe intervenir el Registro Civil (Quintana Castillo, 2015), esto permite evidenciar que existe mayor rigurosidad al momento de establecer la unión de hecho, esto en comparación con otros países vecinos, como el caso de Perú.

En el caso peruano, el artículo 326 del Código Civil es el único dispositivo que aborda tangencialmente la figura de la unión de hecho propia, esto debido al artículo 5 de la Carta Magna. En principio, el Código Civil de 1982 hacía alusión al concubinato como una causal de separación de los cónyuges, para posteriormente ser regulado adecuadamente como una institución jurídica. Esto debido a la gran influencia del Derecho Canónico, vigente a la fecha en que se reguló la institución del matrimonio (Zuta Vidal, 2018).

Si bien, la norma sustantiva civil, en su tercer párrafo, protege al conviviente cuando la relación se extingue por decisión unilateral, pudiendo el órgano jurisdiccional dar, a petición del demandante abandonado, lo siguiente: (i) un monto pecuniario como indemnización o (ii) una pensión de alimentos. Ambos adicionales de los demás derechos que le corresponden de acuerdo con la ley, según las normas de la sociedad de gananciales; sin embargo, tal conviviente no cuenta con norma alguna que proteja su derecho fundamental a los alimentos cuando se extingue la relación y no cuenta con los medios necesarios para garantizar sus necesidades elementales.

Siendo así, existe jurisprudencia que permite la protección del conviviente en caso de encontrarse en estado de necesidad, como es el caso de la Casación N.º 3468-2014, donde se precisa que la obligación de asistir al ex cónyuge persiste aun después de disuelto el vínculo, siempre que uno de ellos no tenga los bienes necesarios como para subsistir, para lo cual será necesaria la asignación de una pensión de alimentos, aun cuando el cónyuge haya sido el culpable del divorcio. Esto evidencia que la interpretación de la

norma se basa en principios como el de solidaridad y derechos como la dignidad humana y la vida, pues prioriza el bienestar del cónyuge.

El marco jurídico actual ha evolucionado para reconocer nuevos modelos familiares. En este contexto, la unión de hecho ha experimentado un desarrollo normativo significativo en áreas como la adopción, los derechos sucesorios y los beneficios previsionales, lo que ha generado un debate académico e institucional sobre su equiparación progresiva con la familia matrimonial. Este desarrollo contrasta con la regulación específica de ciertas consecuencias posteriores a la disolución de la convivencia. Por ello, se identifica un ámbito de estudio en la situación del exconviviente que, al término de la relación, carece de recursos para su subsistencia, analizando si el ordenamiento jurídico ofrece en este caso una protección análoga a otras figuras.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La Constitución del año 1993, específicamente el artículo 5, prescribe que la unión de hecho es el lazo estable entre dos personas (hombre y mujer), que no tienen ningún tipo de impedimento matrimonial, conviviendo para formar un hogar, dando lugar a una comunidad de bienes que se regula bajo los parámetros de la sociedad de gananciales. Con respecto a sus efectos jurídicos y causales de extinción, están previstos en el artículo 326 del Código Civil; sin embargo, no existe una regulación exacta sobre el posible pago de una pensión a favor del exconviviente, cuando no cuente con el dinero suficiente para proveerse o mantenerse por sí mismo; lo que no ocurre con el excónyuge indigente pues es socorrido por el otro, aunque hubiere

dado motivos para el divorcio, tal como lo señala el artículo 350 del mencionado cuerpo normativo.

Esta situación dispar permite que exista un tratamiento desigual, cuando ambos deberían recibir el mismo trato, esto debido al artículo 2.2 de la Constitución; de allí resulta necesario que se reconozca una pensión de alimentos al exconviviente cuando se encuentre en estado de indigencia.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué fundamentos jurídicos, doctrinarios y de equidad sustentarían el reconocimiento del estado de indigencia como causal para otorgar una pensión de alimentos a un exconviviente en la legislación civil peruana?

1.4. JUSTIFICACIÓN

El concubinato existió desde tiempos bastante pretéritos, en la actualidad es uno de los fenómenos más extensos, en razón a que un elevado porcentaje de uniones de hecho están adquiriendo en estos últimos años una gran notoriedad como así lo advertimos en la parte introductoria, insistiendo incluso en su reconocimiento institucional conforme a la familia matrimonial.

No obstante, cuando estas uniones de hecho se extinguen, ya sea porque uno de los convivientes falleció, ausencia, por mutuo acuerdo y por decisión o abandono de uno de ellos, el Juez podrá conceder, a elección del conviviente abandonado, una cantidad pecuniaria por indemnización o pensión de alimentos, en virtud de lo señalado en el tercer párrafo del artículo 326 del Código Civil; no habiéndose contemplado en el ordenamiento jurídico y más concretamente en el Código Civil, la posibilidad de establecerse

judicialmente, tras el rompimiento de la relación y la convivencia, una pensión de alimentos a favor del exconviviente que encontrándose en estado de indigencia, no cuente con los medios necesarios de proveerse o de mantenerse por sí mismo, toda vez que no existe norma alguna que se lo faculte para que esté protegido legalmente, resultando por tanto interesante reconocerle este supuesto jurídico; esto no ocurre con el excónyuge, ya que según se precisó en el artículo 350 (párrafos cuarto y quinto) de este cuerpo normativo, el excónyuge que esté en estado de indigencia, deberá ser ayudado por su ex pareja, aún si fuera su responsabilidad el rompimiento de la relación o el divorcio.

A nivel jurisprudencial, existen sentencias bajo el supuesto jurídico donde una de las partes pone fin a la convivencia, facultándole al juez conceder a elección del abandonado un monto pecuniario por indemnización o una pensión de alimentos; no así bajo el supuesto jurídico propuesto en este trabajo de investigación de otorgar una pensión alimenticia a favor del exconviviente que esté en estado de indigencia.

Por otro lado, la doctrina no ha desarrollado suficientemente este tema, por eso es difícil encontrar, entre los autores nacionales y extranjeros, referencias en cuanto a la obligación alimentaria a favor del exconviviente, solo existen algunos artículos que tratan sutilmente el tema; mereciendo por ello ser estudiada en la doctrina peruana.

De esta situación (equivalente) se advierte un tratamiento de desigualdad ante la ley, cuando ambos deberían ser tratados por igual (excónyuge y exconviviente) al encontrarse en estado de indigencia y no cuenten con los

medios necesarios para proveerse o mantenerse por sí mismos; es por ello, que en atención al artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú, debe atenderse a esta realidad de manera objetiva y no tratársela como una situación circunstancial, cuando ambos se encuentren en las mismas condiciones.

En consecuencia, como en nuestro país, cada día se está incrementando el número de uniones de hecho y que según datos obtenidos en el Censo 2017 asciende a 6 millones 195 mil 795 (26,7%), resulta necesario y conveniente reconocerle al exconviviente una pensión alimenticia, siempre y cuando acredite su estado de indigencia.

1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

Teniendo en cuenta que la investigación es de carácter dogmática, la interpretación se realizó en los textos legales en materia civil del ordenamiento jurídico peruano.

1.5.2. Temporal

Esta investigación es transversal y abarcó los textos legales vigentes al año 2023.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que persigue

La tesis es básica al no preocuparse de las consecuencias prácticas de sus resultados (Hernández Sampieri et al, 2010). Esto se debe a que a esta investigación le interesa analizar los fundamentos jurídicos y

doctrinales que podrían justificar el reconocimiento de la indigencia como un supuesto legal para acceder a una pensión de alimentos tras la disolución de una unión de hecho, dentro del marco del derecho civil peruano.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

Esta investigación adopta un diseño metodológico propositivo-explicativo. En su primera fase, se busca formular una propuesta fundamentada para incorporar el derecho a pensión de alimentos del exconviviente en estado de indigencia en la legislación civil peruana. Posteriormente, en una segunda fase, el estudio se centró en explicar y justificar sistemáticamente los fundamentos teóricos, jurídicos y de equidad que sustentan dicha propuesta.

1.6.3. De acuerdo al método y los procedimientos que se utilizan

La investigación es cualitativa, entendiéndose esta como aquella que “produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable.” (Quecedo & Castaño, 2002). Siendo así, se afirma que debido a que se utilizaron métodos para la recolección de datos en la doctrina y jurisprudencia, no hubo de por medio estadísticas elaboradas por nosotros, lo que implica que los procedimientos hayan sido destinados a aplicar las técnicas doctrinarias.

1.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos, doctrinarios y de equidad que sustentaría el reconocimiento del estado de indigencia como causal para otorgar una pensión de alimentos a un exconviviente en la legislación civil peruana son:

- a) El reconocimiento de las uniones de hecho como forma de constituir familia,
- b) La situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el exconviviente al fenecimiento de la relación convivencial.
- c) La vulneración al principio de igualdad y no discriminación del exconviviente con relación al excónyuge, en estado de indigencia.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo General

Establecer los fundamentos jurídicos, doctrinarios y de equidad que sustentaría el reconocimiento del estado de indigencia como causal para otorgar una pensión de alimentos a un exconviviente en la legislación civil peruana.

1.8.2. Objetivos Específicos

- a. Analizar el reconocimiento de las uniones de hecho como una forma de constituir familia en el ordenamiento jurídico peruano.
- b. Examinar la situación de vulnerabilidad socioeconómica del exconviviente tras la disolución de la relación de convivencia.
- c. Evaluar la posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación en el tratamiento del excónyuge y el exconviviente en estado de indigencia ante el derecho de alimentos.
- d. Elaborar una propuesta normativa para que la legislación civil peruana reconozca el estado de indigencia como causal para el otorgamiento de una pensión alimenticia a favor de un exconviviente.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Generales

A. Método Deductivo

Según un estudiioso de la investigación científica, Valderrama Mendoza (2016), debe entenderse como método de investigación al conjunto de procedimientos lógicos a través de los cuales se plantean los problemas científicos y se ponen a prueba la hipótesis y los instrumentos de trabajo investigados. Agrega este autor que el método es un elemento necesario en la ciencia, ya que sin él no sería fácil demostrar si un argumento es válido; asimismo, el método científico tiene seis fases que comienza con la observación; como siguiente fase la formulación del problema y recopilación de la información acerca del problema que se propone estudiar; luego el investigador enuncia cuál sería la respuesta más probable a sus preguntas, que no es más que la formulación de la hipótesis. De los resultados afirmativos de la hipótesis surge la teoría, la cual es sometida a la experimentación por parte del científico y, por último, si tiene confirmación se transforma en una ley (pp.75-76).

El método deductivo fue de gran ayuda, pues al ser considerado como el método general de la ciencia (Sánchez Zorrilla, 2011), es el que brindó los lineamientos necesarios para realizar la investigación, al señalar las pautas de formulación del problema, hipótesis y contrastación de esta última.

B. Analítico

Este método permite que haya una descomposición adecuada de los elementos inmersos en la problemática, por ello, se afirma que es “un

camino que parte de los fenómenos para llegar a las leyes, es decir, de los efectos a las causas." (Lopera Echavarria, Ramírez Gómez, Zuluaga Aristazábal, & Ortiz Vanegas, 2010). Siendo así, es necesario indicar que este método es importante para el adecuado desarrollo de la investigación, debido a que analizaremos el estado de indigencia (efecto) a causa de la separación en la unión de hecho, como justificante para regular una pensión de alimentos que sirva de sustento para el exconviviente.

1.9.2. Propios del Derecho

A. Método dogmático jurídico

En ese contexto, en la investigación tuvimos que analizar el contenido del derecho a los alimentos, a favor del excónyuge; así como el derecho fundamental de igualdad y a la no discriminación; por eso fue necesario recurrir al método dogmático, por medio del cual se alcanzó un mayor rigor en teorizar la doctrina nacional y comparada, así como el Derecho Comparado y la jurisprudencia, relacionados con el tema de investigación; teniendo como punto de partida el marco teórico diseñado.

B. Método hermenéutico jurídico

Además, como el problema planteado no está regulado en la norma, se ha tenido que hacer uso del método hermenéutico como complemento del anterior y que, según Aranzamendi (2011), constituye "la teoría que da cuenta en la forma más adecuada posible de la interpretación que efectúan los actores de los hechos y fenómenos jurídicos expresados a través de la argumentación jurídica" (p. 35). Con respecto a este método

de investigación Ardiles (2007) citada por Lino Valderrama (2016, p. 90), refiere que “la hermenéutica aplica el modelo interpretativo de los textos al ámbito ontológico”.

1.10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Observación documental

Dado que la investigación fue de tipo cualitativo, se utilizó como técnica la observación documental, que permitió la revisión de libros, revistas, sentencias y otros documentos relacionados con el problema planteado. También utilizamos la información obtenida a través de Internet.

1.10.2. Fichaje

Se emplearon las fichas de registro y de investigación (textuales, las de resumen y de comentario). Las primeras se utilizaron para anotar la información que la suscrita consideró relevante y de interés para el estudio específico que se obtuvo de libros, revistas, publicaciones virtuales, resoluciones judiciales, derecho comparado y otros documentos respecto al problema propuesto; para lo cual se usaron fichas de lectura y hojas guías para captar las principales ideas del autor en determinado tema. Las fichas de comentario e ideas personales fueron las más importantes, pues a medida que se estaba investigando surgieron dudas, incertidumbres y comentarios, que fue necesario anotarlo.

1.10.3. Argumentación Jurídica

Finalmente, se tuvo que recurrir a esta técnica de integración y de explicación de los resultados obtenidos, de modo tal que se exponen las razones por las cuales se defiende la postura y se refutan las contrarias, es decir, que se argumenta. En efecto, la argumentación consiste finalmente en exponer razones a favor de la postura que se defiende (Atienza, 2010), por ello se incorpora luego haber analizado y evaluado la pertinencia del método en la investigación.

1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.11.1 Hoja guía de observación documental

Este instrumento constituye uno de gran relevancia para la investigación, dado que permite la recolección de la información vertida en libros, revistas tanto físicas como virtuales. Así se pudo analizar los datos más relevantes sobre las uniones de hecho y las diversas opciones de la doctrina sobre los alimentos entre los convivientes. Siendo así, se construyó teniendo en cuenta preguntas abiertas y cerradas para un mejor procesamiento de la información.

1.11.2 Fichas de resumen

Las fichas resumen permitieron extraer la información más importante sobre la institución de los alimentos y las uniones de hecho vertida en libros y revistas, así, se pudo concatenar la doctrina existente a la fecha, logrando la construcción de un marco teórico sólido que permita la adecuada contrastación de la hipótesis.

1.11.3 Fichas textuales

Este tipo de fichas permitió la recolección de las definiciones más relevantes de la investigación, tales como familia, unión de hecho, convivientes, matrimonio; estos conceptos fueron recogidos tanto de la doctrina como de las sentencias del Tribunal Constitucional, teniendo en consideración que es el máximo intérprete de la Constitución peruana.

1.12. POBLACIÓN, MUESTRA Y UNIDAD DE ANÁLISIS

Si bien, la población o universo viene a ser el conjunto total de individuos que poseen algunas características comunes observables en un lugar y en un momento determinado, en tanto que la muestra viene a ser un subconjunto representativo de la población y dependerá de la calidad que se desea; para el tema de investigación, la unidad de análisis está constituida por la normativa contenida en el Código Civil vinculada al otorgamiento de la pensión de alimentos al excónyuge, a partir de lo cual se establecerán los fundamentos que justifican dicho beneficio al exconviviente en estado de indigencia. Se tendrá en cuenta también cada una de las resoluciones judiciales sobre el tema a nivel de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca (si hubiere) y Corte Suprema de la República, con el propósito de evidenciar el tratamiento jurisdiccional por el operador de justicia.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ASPECTOS IUS FILOSÓFICOS

La filosofía es una ciencia que ha contribuido con el desarrollo del hombre y la sociedad. Pues, desde la época antigua tuvimos grandes pensadores como Platón, Sócrates, Aristóteles, por mencionar algunos; esto evidencia que fue en dicho lapso en que se desarrollaron las grandes corrientes filosóficas que hasta la actualidad podemos encontrar. Esto evidencia no solo su importancia, sino también que el pensamiento filosófico no está desfazado, sino que continúa vigente en la actualidad.

Siendo así, el derecho no es una disciplina ajena a las corrientes filosóficas antiguas y actuales, pues al ser dinámico, su evolución va de la mano con la sociedad y el hombre, lo que permite que haya una relación intrínseca con la filosofía. Actualmente existen diversas corrientes del pensamiento que aportan grandes conocimientos a la visión y aplicación del derecho, tal es el caso del positivismo, pospositivismo, realismo, naturalismo, entre otras. Esto implica que haya diversos enfoques, cuyo aporte es diferente en las investigaciones.

Para el caso de esta investigación, dada su connotación dogmática e importancia para dar solución a una laguna jurídica como es la figura de los alimentos en las uniones de hecho, conviene relacionar el positivismo incluyente con la problemática planteada.

En principio, el positivismo jurídico como corriente filosófica que contribuye al estudio del Derecho, tiene dos sentidos. El primero sería como un positivismo riguroso, basándose en el método de investigación, cuya científicidad será verificable, esto sin que haya intervención de dogmas u otros fenómenos no

reales en los hechos. El segundo, sería el positivismo jurídico, considerado como aquel que enaltece la ley sobre las demás fuentes del derecho (Guamán Chacha et al., 2020). Esto evidencia que si bien el positivismo es una corriente que contribuye a la evolución del derecho, debido a la relevancia que la otorga a la ley, también contiene puntos en contra, pues en la legislación peruana a menudo contiene vacíos o lagunas que no permiten su adecuada aplicación, generando indefensión o una vulneración a los derechos fundamentales.

Ante esta situación, conviene precisar que los legisladores peruanos crean leyes que pueden contravenir a otras dentro del ordenamiento peruano, creando los problemas legislativos que en la actualidad presenta el sistema jurídico. Debido a ello, si bien el positivismo no ha perdido relevancia, han surgido dos nuevas corrientes denominadas como positivismo incluyente y uno excluyente. El primero se sustenta en la denominada tesis de incorporación, misma que postula que la validez del derecho deriva del ámbito moral de la norma; mientras que el segundo se sustenta en la tesis de separabilidad, cuya base fue desarrollada por Hart y sostiene que la veracidad de las normas no está supeditada a las exigencias morales (Himma, 2014).

En particular, la posición de la investigación se basa en la inclusión de las normas morales, por lo que se asume el positivismo incluyente. Esto debido al deber de ayuda que existe entre los excónyuges, a pesar de haberse disuelto el vínculo matrimonial, debiendo replicarse en los convivientes y las uniones de hecho, pues es una institución que es equiparable al matrimonio y por lo tanto, debería contener los mismos derechos. Siendo así, cuando se extingue el vínculo matrimonial, algunos deberes subsisten, como es el de asistencia y ayuda mutua, esto cuando el excónyuge está en estado de indigencia. Ahora

bien, si la Constitución Política del Perú prescribe que las uniones de hecho son equiparables, la distinción entre ambas sería una discriminación.

Por otro lado, al subsistir los deberes de asistencia y ayuda mutua, y pretender que se aplique los alimentos a los exconvivientes, se basa en normas morales como el cuidado de los demás, más aun cuando se ha compartido un vínculo jurídico y afectivo. En tal sentido, la presencia de valores morales se ve claramente reflejada en la investigación, lo que involucra la incesante búsqueda de corrientes filosóficas que permitan el adecuado desarrollo de esta posición.

El rol que cumplen los valores en el derecho no debe ser tomado a la ligera, teniendo en cuenta que muchas normas tienen un fundamento filosófico basado en la moral, observándose que la inclusión de estos aspectos contribuye a que las leyes sean más justas y acordes a la realidad que se pretende proteger. Ahora bien, esto toma más relevancia cuando se trata de la familia, considerada como el núcleo de la sociedad y, por ende, su importancia no solo reside en su rol social, sino también como la célula fundamental que da pase a la convivencia.

Para que la sociedad y las familias contribuyan a la evolución del hombre del mundo, es necesario que se basen en principios básicos como el respeto, la solidaridad, las buenas costumbres, el amor fraternal, entre otros; por lo que, al tratarse de la familia no es posible separarla categóricamente de los valores que están inmiscuidos, más aún cuando se trata del auxilio mutuo entre sus miembros, cuyo fundamento se encuentra en la ausencia de posibilidades de ayudar a los integrantes de la familia.

Siendo así, la inclusión de los valores no es ajeno a la figura de la convivencia, dado que este tipo de relaciones también forman familias, y los lazos fraternales se encuentran presentes en todas las clases de familia, sin importar el vínculo convivencial o matrimonial que las formó. Esto contribuye que se deba fundamentar la posición ideológica desde el positivismo jurídico incluyente, para que así no se observe el origen de la familia, sino el valor que tienen los lazos fraternos formados durante la vigencia de la misma, y que a pesar de haberse roto el vínculo, es necesario que subsistan ciertas obligaciones, como el deber de asistencia, para evitar que se caiga en estado de indigencia o similares, vulnerándose así derechos como la dignidad humana, cuya protección recae en el Estado pero también en la sociedad y por ende en sus integrantes.

2.2 ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA

2.2.1 El matrimonio y el concubinato como manifestaciones de la familia en la legislación nacional

A. El Derecho de Familia en el Perú desde la perspectiva Constitucional

Como bien lo ha señalado Miranda Canales (2014), el Derecho Constitucional irradia a todo el ordenamiento jurídico y este se sujet a sus disposiciones; tarea que es reforzada por el Tribunal Constitucional pues, mediante su jurisprudencia, completa y fortalece las instituciones jurídicas del Derecho Civil, en particular del Derecho de Familia.

En la Constitución se regulan los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa (artículo 51), por ello, no se considera que la Constitución sea solo un documento netamente político, sino que también es una norma jurídica con cuyo contenido engloba desde la sociedad hasta la forma de gobierno, además prescribe los principios que rigen a todo el ordenamiento jurídico peruano.

Siendo así, todo el conjunto de normas tendría su inicio y base en la Constitución, más no en la ley. Esto sucede desde mediados del siglo XX, donde la Ley deja de ser el marco de referencia y parámetro del ordenamiento jurídico para ceder a una nueva etapa marcada por la Constitución, que pasa a convertirse en la norma jurídicamente suprema, fundada en valores y principios superiores y la persona humana se ubica como el centro del nuevo sistema jurídico.

El Código Civil, por su parte, regula las relaciones que pueden producirse entre privados, como el matrimonio, contratos, responsabilidad civil, entre otros. Sin embargo, a pesar de ser una rama autónoma, todas estas normas deben someterse a los preceptos constitucionales y cuando sea necesario, a la jurisprudencia. Pues el respeto de la dignidad, el libre desarrollo y demás que rigen la vida del ser humano, son la base de constitucionalización del ámbito civil, recibiendo influencia directa de la Constitución y de la jurisprudencia que pueda crear su máximo intérprete, el Tribunal Constitucional.

Acerca del Derecho de Familia, Miranda Canales (2016) precisa que fue regulada y conceptualizada en la Constitución de 1933, obteniendo su protección por parte del Estado. Más adelante, con la Constitución de 1979, dicha institución familiar alcanza mayor trascendencia en cuanto a su regulación como institución civil y social, vinculada al matrimonio; y, en la Constitución de 1993 se continúa con esa línea planteada por la Carta magna, obviamente, con algunos cambios sustanciales, por ejemplo la desvinculación del matrimonio como condición necesaria para la existencia de la familia; en palabras del autor, admite la aceptación de nuevas formas de familia constituidas a partir de la unión de hecho o concubinato.

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional no ha desarrollado frecuentemente el concepto de familia. Sin embargo, en el expediente N.º 2868-2004-PA/TC, el intérprete de la Constitución indica que la familia y el matrimonio dependen entre sí, teniendo connotación constitucional pero también como instituciones jurídicas debidamente garantizadas (fundamento 13).

En dicha sentencia se hace mención del *ius connubii*, como una porción del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, conjuntamente con su debida ejecución, se pueden plasmar en la realidad jurídica estos dos institutos jurídicos: matrimonio y familia; pues toda persona en forma libre y voluntaria decide cuándo y con quién contraer matrimonio o formar una familia (fundamento 14).

Por otro lado, siguiendo a Miranda Canales (2016), el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.^o 9332-2006-PA/TC realiza una interpretación más adecuada del artículo 4 de la Constitución, planteando los contenidos de los conceptos de familia y matrimonio. Esto permite que, a pesar de existir varias interpretaciones, no haya ningún tipo de vulneración de derechos; más aún si la familia a nivel internacional encuentra su protección y amparo como derecho humano, todo esto conforme con el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Asimismo, Miranda Canales (2016) indica que el Tribunal al referirse a matrimonio y familia, concluye que estos conceptos están interrelacionados, pero a pesar de ello, se notan las diferencias; por tanto, no cabría la posibilidad de establecer una relación dependiente entre ellos, siendo necesario diferenciar el derecho al matrimonio y el de formar una familia. Al respecto, el autor concluye que el derecho de familia y la evolución de la institución familiar en el ordenamiento jurídico se ha desarrollado a la par con los derechos fundamentales, lo que implica que los alcances sean mucho más amplios que los proyectados, teniendo en cuenta el carácter constitucional que poseen.

Por su parte el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.^o 06572-2006-PA/TC, indicó que la Carta constitucional de 1933, reconoce la tutela de la familia en el artículo 53. Este prescribía que tanto el matrimonio, la familia y la maternidad son aspectos

protegidos por la ley; mientras que, en la Constitución de 1979, se da atención a la familia, definiéndola como una institución innata a la sociedad y que es fundamental para el Estado. Por ello, se le dedicó todo un capítulo en la mencionada constitución, reconociendo que es un deber del Estado y también de la propia sociedad, el proteger a la familia. Debido a esto, se reconoció también la unión de hecho como una fuente de familia, permitiendo que tenga un trato similar al matrimonio (Aguilar Llanos, 2013, pp.10-11). Sin embargo, la Constitución de 1993 es la que protege eficazmente a la familia, reconociéndola como una institución natural y fundamental de la sociedad (artículo 4), mientras que la unión de hecho, es reconocida como fuente de familia para equipararla a la sociedad de gananciales que se produce conjuntamente con el matrimonio.

Con respecto a la constitucionalización del Derecho de Familia, Ramírez (2018) destacó que en este proceso de cambio del Estado legal a un Estado constitucional de derecho, se evidenció la imperiosa necesidad de proteger los derechos fundamentales, especialmente los de relaciones familiares, con la consiguiente evolución del derecho privado en relación con el derecho constitucional, pues es allí donde se suscitan relaciones de desigualdad que colocan a sus integrantes en muchas ocasiones en situación de vulnerabilidad.

Es así como aparece un nuevo enfoque acerca de la familia y de la rama del derecho que se encarga de estudiar a esta institución;

superando así los paradigmas tradicionales sobre el núcleo social, además se reconoce que de por medio están los derechos fundamentales. Por ello, el Estado se ve en la necesidad de tutelar no solo a la familia formada a partir del matrimonio, sino también a aquellas que nacen a través de las uniones de hecho.

A tal efecto, son los procesos constitucionales que tutelan tales derechos regulados en la Constitución de 1993 y esto se ve reflejado en las sentencias del Tribunal Constitucional como una vía importante para la mejora del derecho familiar peruano.

Por su parte, Landa (2013) sostiene que el cambio de un Estado Legal del derecho, basándose en principios como la legalidad y la jerarquía de la ley, a la constitucionalización del ordenamiento jurídico, donde la norma fundamental es lo más importante, requiere que esta sea la norma suprema dentro de todas las leyes nacionales

Siguiendo a Landa (2013), aclara que este proceso se debe a dos hitos importantes: el primero es que los derechos considerados como públicos y subjetivos al Estado liberal, se convierten en derechos fundamentales, logrando así incorporar diversos valores y principios no solo sociales, sino también económicos dentro del denominado Estado Social de Derecho, esto a partir de la segunda posguerra. El segundo momento es cuando la Constitución toma el carácter de norma suprema, adquiriendo el carácter vinculante para toda la población y los poderes del Estado. Por lo que, no solo están

obligados a defenderla, sino también cumplir a cabalidad lo que se indica en ella.

Este proceso surge debido a las limitaciones que ostentaba el tradicional Estado de derecho juntamente con el sistema de justicia, permitiendo que la Constitución y su principio de legalidad, sean fuente del derecho. Entonces, se dio un cambio en la jerarquía de las leyes, así como hubo un avance en el entendimiento del derecho, jurisprudencia y el rol que debe cumplir el juez en la sociedad. Por tanto, la Constitución pasó a ser considerada como “norma *normarum*”, es decir como aquella norma encargada de la creación de otras leyes; y también es considerada como “*lex legis*”, lo que significa que trasciende a todas las normas del ordenamiento jurídico, conteniendo principios y disposiciones que no solo atañen a la rama constitucional, sino a todas las ramas del derecho.

Ahora bien, Landa (2013) afirma que el concepto de Constitución no es otra cosa que una consecuencia de la interpretación constructiva, derivada del máximo intérprete de la Constitución. Del Tribunal Constitucional se emiten diversos tipos de sentencias, con distintas interpretaciones; situación que no se permitiría con el positivismo jurídico clásico. Este nuevo panorama constitucional, que se basa en valores y principios, permiten la unidad en el orden jurídico, respetando los derechos fundamentales y la supremacía constitucional.

Por su parte, Alvites (2018) tiene un criterio similar al autor antes mencionado, entendiendo que la Constitución, al tener la connotación de norma suprema, es capaz de desplazar a la ley. Entonces a partir de la interpretación de las normas constitucionales, se puede interpretar de diferente forma las normas del ordenamiento jurídico, dándole mayor contenido e interpretación para una mejor aplicación en la realidad jurídica. En cuanto al contenido, toma una perspectiva axiológica tomando en cuenta los principios y valores regulados en la Constitución.

Además, la constitucionalización permite que la Carta Magna tenga fuerza normativa sobre las demás ramas del ordenamiento jurídico. Esto se debe a la consolidación del Estado como uno democrático y constitucional, regulando las relaciones entre el ente estatal y los privados, partiendo del texto constitucional. En otras palabras, la constitucionalización es entendida como un fin por alcanzar, pues actualiza las distintas ramas del derecho dándoles dinamicidad a partir de las disposiciones constitucionales, así como de la tutela de los derechos fundamentales como finalidad última del constitucionalismo.

Alvites (2018) señala que el Tribunal Constitucional no es ajeno a este proceso pues ha cumplido su papel de garante de los contenidos constitucionales, sobre todo, a partir del año 2001, cuando se recompuso como órgano de defensa de la Constitución, así como última instancia de protección de los derechos

fundamentales. Afirma que la constitucionalización del derecho privado también se ha reflejado en el derecho de familia; inicialmente, con pretensiones por pensiones de viudez a causa del fallecimiento del conviviente varón. Esta postura tradicional protegió solo a la familia constituida sobre la base del matrimonio, aunque el artículo 5 de la Constitución permite el reconocimiento y protección a las familias formadas a través de una unión de hecho.

El Tribunal, en ese entonces, indicó que no es posible equiparar a las familias nacidas bajo los preceptos del matrimonio y a las uniones de hecho, pues se tratan de diferentes situaciones. Bajo esta óptica si nadie está obligado a casarse, tampoco nadie puede asumir los efectos de la institución del matrimonio, menos aún si son en materia previsional. Siendo así, la norma constitucional es la que favorece al matrimonio, por tener el rango de institución perteneciente a esta rama del derecho (Irma Doris Anaya Cruz Vs. Gobierno Regional de Lambayeque).

Agrega que, el colegiado en dicha sentencia dejó claro que la Constitución es la que promueve el matrimonio, y que la protección brindaba a las uniones de hecho como una situación fáctica muy recurrente en el país era de carácter patrimonial y no generaba derechos pensionarios, debido a que estos derechos, de acuerdo con la normativa correspondiente, se basan en el vínculo generado por el matrimonio (fundamento 7).

Siguiendo la perspectiva de Alvites (2018), el Tribunal Constitucional no declaró expresamente qué tipo de familia garantiza la Constitución; sin embargo, debido a su protección en materia de pensiones de viudez dio a entender que optaron por proteger a la familia matrimonial; no obstante, tal posición fue reconsiderada después por el propio colegiado cuando afirmó que la Constitución y también el Código Civil regulan que la unión de hecho está:

destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, es decir, varón y mujer como pareja, teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años (Luz Sofía Baca Soto vs. Jefa de Personal del Ministerio de Educación y otro; fundamento 1).

En esta parte concluye que se reconoce a la unión de hecho como la base de un hogar, de modo que al fallecer uno de los integrantes le asiste al otro el derecho a la pensión de viudez. Ahora bien, el cambio de criterio en la jurisprudencia del TC, logra solidez en las sentencias donde se indica que la protección de la familia se extiende a todos los modelos existentes. Por lo que, es abierto no sólo a los cambios dentro de la sociedad, sino también al tiempo que transcurre, para que así el adecuado reconocimiento de los derechos no solo se aplique para el matrimonio, sino también a las uniones de hecho, las familias ensambladas y los diversos tipos que coexisten en nuestro entorno (Alvites, 2018).

Sobre las uniones de hecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

La protección constitucional se da en tanto esta unión no vulnere los propios valores constitucionales y sea compatible con las normas del ordenamiento jurídico; esto es, que las personas que integren estas parejas tengan capacidad nupcial —sean libres de contraer matrimonio—, que la unión sea monogámica y heterosexual, que tenga una duración de por lo menos dos años y que tenga apariencia de vida conyugal pública (Janet Rosas Domínguez Vs. O.N.P.).

Finalmente, la protección que el Estado está obligado a brindar a las distintas modalidades de familia no significa que deje de cumplir con el mandato previsto en el artículo 4 de la Carta constitucional, mismo que permite la promoción de la familia matrimonial. Esto en virtud que, el Tribunal Constitucional, considera que:

supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos, pues la familia no puede ser concebida como una institución destinada a la procreación, sino que se trata de un núcleo esencial de la comunidad en el que se transmiten valores éticos, cívicos y culturales (Alvites, 2018, p.16)

Por otro lado, Loyola Ríos (2016) precisa que la Constitución se extiende a todo el ordenamiento jurídico como un sistema de control normativo, exigiendo que las demás ramas del derecho guarden concordancia no solo con el hecho que los genera sino, directa o indirectamente, con la fuente de su existencia. Agrega que, los aportes positivistas de Kelsen y que también el Tribunal Constitucional los propagaba a inicios del siglo XX, serían vistos desde otra perspectiva, e incluso en el ámbito judicial se ha instaurado un nuevo eje de control para exigir el respeto de los derechos fundamentales dentro de un sistema dominado por la democracia.

Bajo la concepción de que la Constitución se erige como el principal parámetro de validez de las demás normas que se remiten a ella, de manera muy particular en el derecho familiar para cobrar vida en el ordenamiento jurídico, sea a nivel procesal o material; admitiéndose entonces que la Constitución es una norma superior y fundamental de todo el ordenamiento y, como tal, exige una serie de garantías para su estabilidad y de un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones que pueden provenir tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo.

Se destaca también la opinión del magistrado López Fuentes (2018), quien sostiene que el modelo de Estado Legal de Derecho que predominó por largo tiempo, ha dado paso a un nuevo paradigma denominado Estado constitucional de derecho, no constituyendo un simple cambio; por el contrario, significa un auténtico cambio donde se replantean roles, premisas y, además, consiste en que el Estado de derecho, pese haberse considerado como uno de sus presupuestos la existencia de una Constitución Política que incluye, por un lado, el reconocimiento de derechos fundamentales, y por otro, la estructura del Estado y separación de poderes, ha primado la voluntad de la ley sobre toda actuación estatal, por tanto, los derechos de las personas se hacían efectivos conforme a este modelo de Estado Legislativo y la norma constitucional no era más que una Carta política carente de contenido jurídico vinculante; lo que no sucede con el nuevo cambio, a partir de la existencia del Estado constitucional, que consiste en que la Constitución no solo

es una norma política, sino, norma jurídica capaz de vincular a todo poder (sea público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Además, conforme a la teoría de la jerarquía normativa de Kelsen, es la norma suprema en el ordenamiento jurídico, tanto por su origen y obra del Poder Constituyente, como también por su contenido, en el sentido de que reconoce derechos fundamentales de la persona, organiza el Estado, establece el proceso de producción del resto de normas del ordenamiento jurídico, entre otras atribuciones.

Por otro lado, este nuevo paradigma nos lleva a replantear cómo debemos entender el derecho, juntamente con la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez o la jueza a la luz de nuevos contenidos basados en valores y principios constitucionales cuya importancia radica en el respeto de los derechos fundamentales de la persona; correspondiéndole al Tribunal Constitucional un papel importante ya que mediante su jurisprudencia se logra completar y fortalecer las instituciones jurídicas del Derecho Civil, en especial del Derecho de Familia. No obstante, pese a este reconocimiento en el texto constitucional, aún no contamos con una definición de dicha institución tutelar debido a que no existe un único modelo de familia; dejando espacio a la legislación, doctrina y jurisprudencia para conceptualizarla.

Así entonces, Varsi Rospigliosi (2015), afirma que la familia, como institución, permite que el ser humano se desarrolle adecuadamente, teniendo su inicio en los principios tradicionales para luego pasar a

la concepción contemporánea, donde las formas tradicionales de familia dejaron de ser tales y dieron lugar a aquellas familias con una estructura presta a los cambios sociales y menos complejas, donde cada uno de sus integrantes complementan los intereses del otro o de la otra, sin descuidar los fines que persigue; permitiendo adoptar nuevas vivencias, cuya base no está en las modas, como dice el jurista, sino de situaciones que se van creando y regulando en el devenir de los tiempos.

En otro momento Varsi Rospigliosi (2011), señaló que la familia, tiene una esencia natural y que es parte de todos los seres humanos, sin ningún tipo de distinción, siendo una institución antigua; por lo que, brota de los hábitos humanos y surge cuando la persona requiere el concurso de otro u otra para satisfacer sus necesidades básicas y domésticas.

Por otro lado, Jara y Gallegos (2014, p.5), sostienen que la familia es considerada como la más importante de las instituciones del ser humano por eso se dice que es la célula fundamental de la sociedad; está conformada por varias personas, que pueden o no compartir vínculos de parentesco, pudiendo ser por afinidad, a través del matrimonio o la convivencia y solidaridad. Es en la familia donde el individuo reconoce y asume su dignidad como persona, así como los derechos y obligaciones que involucra.

Se afirma que es la primera escuela, en la cual se aprenden y transmiten valores, tradiciones culturales y conocimiento, es la primera garantía tanto para la cohesión intrafamiliar como intergeneracional, entre familias y estas con la comunidad, por eso el Estado reconoce el valor de la familia y su importancia para tener una población sana y ética, como así está expresado en el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-2004-MIMDES, considerando que es “la unión socio natural por excelencia” (p.14), donde la familia tiene un papel fundamental en el desarrollo de sus integrantes.

Por otro lado, Espinosa (s.f., p.17), considera que la familia es el primer espacio donde el ser humano adquiere valores éticos y de pertenencia, siendo los cambios sociales que exigen de nuevas formas para su concreción y satisfacción. Esto significa que la familia como sociedad natural confiere al ser humano de valores éticos para su formación y con los nuevos cambios sociales se exige nuevas formas para materializar sus fines o logros.

Tenemos también que, desde la interpretación del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, la connotación de la familia ha variado, permitiendo que sea reconocida como el grupo humano que tiene relación de parentesco y que, además, comparten un domicilio. Al pertenecer a la naturaleza, siempre estará en constante cambio, teniendo en cuenta los contextos sociales que puedan presentarse, habiendo tenido cambios significativos como la

inclusión de la mujer en el ámbito laboral y de derechos; así también se toman en cuenta las migraciones, lo que genera cambios significativos en la concepción de la familia tradicional, cuyo principal actor era el *pater familias*.

Teniendo en cuenta lo señalado por la doctrina, la norma constitucional y jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la familia sería un elemento principal de la sociedad, teniendo en cuenta su connotación natural, encontrándose supeditada a los cambios. Además, puede considerarse como una institución ético-social que permite la transmisión de valores en sus tres ámbitos (social, cultural y ético), por lo que, su protección no solo reside en la sociedad, sino que la obligación recae en el Estado, sin importar el tipo de familia que sea, teniendo como límite el respeto por los derechos humanos.

a. La convencionalización del derecho de familia

Como lo explica Chávez (2019, p.36), la familia es considerada como un elemento importante en el ámbito social, por eso su protección reside en toda la sociedad, pero también en el Estado, habiéndose reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17 y la Constitución Política del Perú en su artículo 4.

En la convención se ha señalado que tanto el varón como la mujer tienen derecho a fundar una familia, pues debido a los cambios

sociales, las familias no solo están conformadas por miembros que no solo comparten lazos consanguíneos, sino también puede haber integrantes que tengan vínculos afectivos sin parentesco. Por ello es admisible que se añada a la familia un elemento afectivo en su definición; esto implica que los miembros que la conforman se comporten como si tuviesen un vínculo consanguíneo entre ellos a pesar de que no es así, lo importante es que esté garantizado el goce completo de sus derechos.

En lo que concierne a la convencionalidad del derecho, Loyola (2016) ha indicado que este fenómeno ampliamente reconocido a partir del constitucionalismo de la segunda posguerra trajo consigo muchos cambios en el campo del derecho, al mismo tiempo, exige que la Constitución es el punto de partida de todo ordenamiento normativo, pues reconoce derechos y libertades fundamentales que merecen su protección de manera urgente a nivel interno y supranacional; es desde entonces a la actualidad que se tutelan estos derechos fundamentales, habiendo alcanzado dimensiones más amplias que no terminan en los mecanismos judiciales internos, sino que extienden su garantía a través de otros niveles de protección basados en consensos soberanos como así lo explica Luigi Ferrajoli, haciendo mención que las garantías primarias o legales de los derechos sobre la base del principio de plenitud requieren en actuación del principio de jurisdiccionalidad.

Dentro de las garantías secundarias se han ampliado los espacios de la jurisdicción en los sistemas jurídicos, como es el caso de la legalidad supraestatal, supraordenada a la legalidad de los Estados nacionales, proveniente de tratados internacionales reconocidos en el orden interno o interpretaciones efectuadas por operadores autorizados, y si bien el reconocimiento y aplicación del control de constitucionalidad es un avance evidente por concordar el ordenamiento jurídico de un Estado con los contenidos que inspiran a su propio texto fundante, más allá de lo que ocurre con el conocido control de convencionalidad reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y definido como las obligaciones propias de los países que han firmado la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cumplir con la función de administrar justicia, apegado a los valores humanos contenidos en la Convención, implica que, según indica Loyola (2016), el neoconstitucionalismo sea entendido como un nuevo discurso liberal de los derechos dotado de valoraciones morales, jurídicas y metajurídicas que se consolida en parámetros de justicia donde el juez se debe a la norma fundamental y aplicación e interpretación del derecho internacional recogido en tratados y pronunciamientos de derechos humanos porque contienen preceptos fundamentales.

Sobre la convencionalización del derecho, Carbonell citado por Loyola Ríos (2016, p.188), señala que en el neoconstitucionalismo

hay una visión diferente del Estado de Derecho, teniendo como principal característica la primacía de la constitución sobre las demás leyes; así, los derechos fundamentales, toman mayor relevancia y dejan de ser un asunto interno de responsabilidad exclusiva de los Estados para formar parte de las relaciones internacionales, donde cada individuo es considerado como sujeto de ese nuevo modelo, lo que no ocurría anteriormente pues estaba reservado para la actuación estatal; esto en la medida en que tienen garantizado un estatus jurídico supranacional, estando facultados de poder acceder a la jurisdicción internacional cuando consideren que sus derechos han sido conculcados, habilitándose a los tribunales nacionales aplicar normas de carácter jurídico internacional.

De manera específica, sobre la convencionalización del derecho de familia, Esborraz (2015) señala que la internacionalización de la constitucionalidad de los ordenamientos de Latinoamérica ha influenciado directamente en el concepto que se tiene sobre la familia, pues se requiere que esta institución sea analizada bajo la óptica de los derechos fundamentales. Por lo que, el concepto ha pasado por las siguientes etapas: la primera fue donde la familia tenía un modelo totalizante, pasando a uno de carácter democrático, donde era importante el interés familiar, pero también lo eran los intereses personales de cada uno de sus integrantes; por otro lado, la segunda etapa fue donde la familia tenía un modelo de unicidad, pasando al necesario reconocimiento de una pluralidad de modelos, los cuales también requerían de protección.

Además, la noción de familia dentro del ámbito constitucional se extiende más allá de lo que se pueda inferir del texto, también se ve involucrado lo dicho dentro del bloque de constitucionalidad, teniendo en cuenta los textos internacionales sobre los derechos humanos. También, se afirma que la familia no ha sido conceptualizada expresamente en ninguna de las Constituciones de América Latina, así como tampoco en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que integran el referido “bloque de constitucionalidad”, debiendo extraerse de estas fuentes del derecho a partir de la interpretación efectuada por los órganos encargados del control de constitucionalidad como lo es el Tribunal Constitucional (Esborraz, 2015, p.1).

Ahora bien, el cambio en este esquema buscó que haya una garantía efectiva de que los derechos fundamentales serán reconocidos adecuadamente en las Cartas constitucionales de los Estados, teniendo por finalidad que esta protección sea triple: primero, que abarque a todos los derechos (libertad, económicos, culturales y demás); segundo, que esta protección pueda frenar el control de los poderes públicos y privados; y tercero, que los niveles del derecho (en el ámbito estatal e internacional) deben tener normas constitucionales que permitan regular todos los ámbitos como la organización de gobierno y la relación con los privados, así como las relaciones que pueda haber interestatales con otros países o entre los pobladores del territorio, siendo normas de aplicación inmediata por los jueces (Esborraz, 2015, p.2).

Además, las características más importantes de este nuevo modelo instituido en muchos países latinoamericanos resultan ser: i) el cambio significativo que tuvieron las constituciones en la región latina, siendo modificadas solo parcialmente, pero la sustancia de los derechos se mantiene intacta; ii) cada Constitución tiene un catálogo amplio de derechos, reconociéndolos no sólo individualmente, sino también en conjunto, ampliándose con el reenvío hacia los instrumentos internacionales, aplicándose los principios de interpretación en beneficio de todos los hombres y el de progresividad; y, finalmente iii) existe una preocupación amplia en lo que respecta a la protección de derechos fundamentales reconocidos, habiéndose implementado procesos especiales como el de amparo, hábeas data, entre otros. Así, se logra que haya un control concentrado de constitucionalidad en los países latinoamericanos (Esborraz, 2015).

Pone énfasis al indicar que los derechos fundamentales constituyen límites jurídicos en protección de las minorías, consecuencia que considera ser la más relevante de este nuevo modelo, y esto debido a que en una sociedad pluralista como la actual, el hecho de que no se esté de acuerdo con lo expresado en una ley que es voluntad de la mayoría, no significa que sea antijurídico.

Por lo tanto, lo más adecuado es convivir con el disenso de quienes no comparten la opinión de la mayoría, pues esto es legítimo, y el no hacerlo sería discriminatorio. En ese sentido, nos dice Esborraz

(2015) que la metodología de interpretación del derecho, conjuntamente con su aplicación, influenció en la regulación de las relaciones familiares, pues el modelo del estado influencia en las concepciones de las instituciones del ordenamiento jurídico, haciendo que la familia tenga una connotación pluralista. Así, se logra crear una perspectiva distinta, tanto de la definición como del rol que cumple en la sociedad.

Esto permite que la familia sea considerada como un núcleo o base de la sociedad, por lo que es importante que los tratados internacionales sobre derechos humanos se encarguen de regular las relaciones familiares. Dentro de los principales instrumentos a nivel internacional, tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyos artículos 16 y 25 apartado 2 regulan esta institución.

Por otro lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en sus artículos 6, 7 y 30 regulan la familia, lo que permite que otros Estados tengan la facultad de fomentar la protección de esta institución. Así también, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en el artículo 10 reconoce a la familia como un elemento fundamental de la sociedad, evidenciándose su importancia y rol.

Siendo así, uniformemente se reconoce que la protección de la institución familiar reside en la sociedad, pero también en el Estado, además todos tienen el derecho de formar una familia sin importar

su condición o edad. También, hay igualdad en el reconocimiento de los derechos y responsabilidad del varón frente a la mujer en el contexto familiar; así como, todos tienen el derecho de poder celebrar el matrimonio dentro de los parámetros establecidos por la ley, teniendo los mismos derechos de adquisición y disolución.

La familia, se constituye como un concepto propio de la sociología, más que jurídico, esto implica que el Estado no puede ni debe imponer un modelo familiar único, por lo que hoy se debe dar atención a todas las formas de familia, teniendo en cuenta que cada uno tiene derecho a la autonomía y convicción, teniendo como límite el respeto de todos los derechos considerados como fundamentales o humanos. Esto se encuentra prescrito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, específicamente en el artículo 1 apartado 1.

Ahora bien, las sociedades contemporáneas han brindado cambios sociales que han influenciado en la modificación de las instituciones jurídicas, permitiendo que el desarrollo de las personas sea más incluyente. Esto ayuda a que se acepte socialmente a todos los tipos de familia, sea que esté conformada por la madre, o el padre o parejas divorciadas, situación que antes no hubiera sido aceptada fácilmente. Esto evidencia que el Derecho y la regulación que imponen los Estados contribuyen a un mejor desarrollo de la sociedad, pues de lo contrario se caería en discriminación al excluir

a determinados grupos, cuya protección se vería altamente afectada.

b. Los tipos de familias según el Tribunal Constitucional

Los tipos o clases de familia han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional en los Exp. N.º 03605-2005-AA/TC, 09332-2006-PA/TC y 06572-2006-PA/TC; así, para el intérprete de la Constitución, son tres los tipos de familias que poseen una estructura diferente a la concepción tradicional, como es el caso de las uniones de hecho, las familias consideradas como monoparentales y las reconstituidas.

Con respecto a las familias cuyo origen se da a través de las uniones de hecho, se precisa que “pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país, pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente” (STC 03605-2005-AA/TC, p.3).

Sobre el particular, Esborraz (2015) indica que las familias que nacen de una relación convivencial o también denominada como de hecho, tienen elementos equiparables al matrimonio, lo que significa que los convivientes no deben tener impedimento para contraerlo; además debe ser una relación estable y singular.

Particularmente, consideramos que la unión de hecho es aquella relación estable entre un varón y una mujer, quienes no deben tener

ningún impedimento para que en algún momento puedan contraer matrimonio. También, está como requisito la permanencia o estabilidad, pues la relación no debe ser eventual, sino que la convivencia debe ser constante. En cuanto al periodo, este debe ser prolongado, no basta algunos meses, sino dos años como mínimo, debiendo ser continuo y sin interrupciones.

En cuanto a las familias monoparentales, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que su reconocimiento inició en Brasil, cuya carta magna de 1988, explicó que era necesario reconocer a la familia conformada por cualquiera de los padres y los hijos que hubiera (STC 06572-2006-PA/TC).

También puede ser entendida como aquel núcleo familiar conformado principalmente por uno de los progenitores juntamente con sus hijos, esto debido a que la unión (sea matrimonial o, de hecho) fue disuelta. Además, dicho progenitor no debe reconstituir la familia con una nueva pareja, pues entonces la figura de la familia cambiaría (Esborraz, 2015).

Por otro lado, Nuria (2008) afirma que las familias de este tipo se han incrementado, habiendo aumentado los casos en los que las mujeres se quedan a cargo de sus hijos y de los gastos del hogar, esto a causa del divorcio o por las rupturas, tomando la decisión de asumir el rol de proveedor y no tener algún tipo de compromiso, convirtiéndose en madres solteras, figura que cada vez es más aceptada en la sociedad.

Las familias, según el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente 09332-2006-PA/TC, pueden tener diversas connotaciones pudiendo ser recomuestas, familiastras, entre otras. Estas son aquellas que se constituyen luego que alguno de los cónyuges haya fallecido o se ha dado un divorcio, surgiendo de un matrimonio nuevo o un compromiso. Ahora bien, a esta formación de una nueva familia, se le denominaba como ensamblada, donde uno o ambos adultos de la relación tienen hijos de una relación anterior. Sin embargo, este tipo de familia presenta algunos problemas como los deberes y derechos que tiene cada uno de los integrantes.

Estas familias, según Chávez (2019, p.36), tienen su fundamento en la parentalidad socioafectiva que es el vínculo de amor y afecto que tiene un padre o madre afín con el hijo o hija de su pareja como consecuencia de la convivencia, lo que lleva a que nazcan derechos y deberes entre ellos.

Además, para Esborraz (2015), las familias ensambladas son aquellas en las que los integrantes de la anterior familia de uno o de ambos progenitores, se incorporan y forman la nueva familia, por eso es necesario que se regulen aquellas relaciones que surgen entre cada uno de los adultos que conforman la pareja y los hijos o hijas del otro u otra.

B. El Derecho de Familia en el Código Civil de 1984

El Derecho de Familia, según lo indica Plácido Vilcachagua (2001), está integrado por la totalidad de normas jurídicas que regulan el ámbito familiar, incluyendo los tipos de vínculos y relaciones que pueden darse debido a la convivencia en sociedad. Esta regulación integra el Derecho Civil, teniendo en cuenta las leyes que se están esparcidas por todo el ordenamiento jurídico, las cuales son consideradas como complementarias.

En el artículo 233 del Código Civil se hace mención que esta regulación sobre la familia busca que la institución se consolide dentro del ordenamiento jurídico, así como fortalecer los principios y valores bajo los cuales se pretende que se desarrolle, teniendo en cuenta lo regulado en la Constitución de 1993; en ese sentido, si bien la sociedad en un determinado momento y lugar ha presentado un modelo de familia; no obstante, se protege tanto a la familia que surge como fruto del matrimonio como a la que se genera a través de una unión de hecho reconociendo de esta manera el Estado la pluralidad de formas de organización familiar y de sus integrantes, con la finalidad de proteger, garantizar y generar las condiciones para asegurar el ejercicio de los derechos humanos, teniendo en cuenta la diversidad e individualidad y desde un enfoque de derechos humanos, para lograr la equidad, igualdad, libertad y justicia social (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2021, p.7).

a. Familia matrimonial y de unión de hecho

Atendiendo a que en estos últimos tiempos han surgido cambios en la estructura de la familia, consideramos necesario abordar estos dos

tipos de familia desde la perspectiva constitucional, doctrinal y jurisprudencial.

i. En la Constitución y jurisprudencia constitucional

La Constitución Política promueve el matrimonio, con la finalidad de que haya una formalidad dentro de la norma, por lo que en el artículo 4 se regula la obligación del Estado para proteger a la familia, obligando también a la sociedad. Además, se promueve que las parejas puedan contraer matrimonio, dándoles un reconocimiento de carácter natural y fundamental.

Para el Tribunal Constitucional, este precepto fundamental, busca que se proteja a la familia y también al matrimonio, teniendo así una protección especial de las instituciones. Ahora bien, esta reside en la propia constitución, para que así la garantía sea adecuada y las instituciones estén debidamente reguladas (Exp. N.º 03605-2005-AA/TC).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional destaca que la norma fundamental no pretende reconocer solo un modelo de familia, haciendo hincapié en que dicha institución no necesariamente debe ser relacionada con el matrimonio, interpretación que se tenía del antiguo Código Civil de 1936. En dicho cuerpo normativo, se hacía una diferencia entre el origen de los hijos, separándolos entre legítimos y no legítimos, lo que evidentemente era una forma de discriminación que sólo generaba brechas en la protección de los hijos. En ese sentido, a nivel internacional era necesario el

pronunciamiento de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quién ha indicado que además del reconocimiento de los diversos tipos de familia, también el concepto debe replantearse para ajustarse a los nuevos cambios de la sociedad (Exp. N.º 06572-2006-PA/TC).

De lo anotado, se colige que la familia será protegida a partir de las injerencias que pueda haber, esto a nivel Estatal y de la sociedad, por lo que, la protección de esta institución se extiende más allá de las familias nacidas a través del matrimonio, pues existe un gran número de relaciones extramatrimoniales que darían origen a una familia, trascendiendo así a la institución matrimonial. Sin embargo, a pesar de ello, el Estado está en la obligación de continuar promoviendo el matrimonio, debido a que es mandato de connotación constitucional (Exp. N.º 06572-2006-PA/TC).

En definitiva, el ordenamiento jurídico peruano, permite el reconocimiento absoluto de la familia en ambos tipos: Matrimonial y la denominada extramatrimonial, todo ello en virtud del artículo 4 de la Constitución, donde no solo se busca la protección de la familia, sino que no se toma como factor de exclusión la base sobre la que se constituyó, pudiendo ser a través del matrimonio o la unión de hecho, pudiendo ser monoparentales, reconstituidas, entre otras. Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias, tales como las recaídas en los expedientes 09332-2006-PA/TC y 06572-2006-PA/TC, en las cuales el Tribunal Constitucional

dejó sentado, sobre todo en la primera, que el concepto de familia tiene que adecuarse a los nuevos contextos sociales.

ii. En la doctrina

Como bien lo señala Amado Ramírez (2018), en el matrimonio y más concretamente en la familia es donde hay mucha actividad día a día, producto de la convivencia. Además, los integrantes de la familia están unidos por sentimientos de amor, solidaridad, entre otros. A su vez, la unión de hecho, es otra forma de formar una familia, por lo que se crean deberes y también derechos, no solo personales sino también a nivel económico, esto está debidamente regulado en el artículo 326 del Código Civil.

C. Promoción del matrimonio y protección de la familia

En este acápite, previamente comentaremos cómo se desarrolló el debate de la propuesta del artículo 4 de la Constitución presentada por la comisión de Salud, Población y Familia hasta su redacción final tal cual aparece previsto.

En realidad, fueron doce artículos los que se debatieron en su momento, cinco de los cuales estaban referidos a la familia y los otros siete a salud. Inicialmente se propuso que el artículo 1 fuera el que regulara la obligación del Estado de proteger a la familia y reconocerla como una institución natural de la sociedad, además de reconocer su carácter fundamental. Este artículo tenía una estructura parecida al texto constitucional de 1979.

Iniciado el debate, el señor Chirinos observó el primer párrafo del artículo con respecto al término ‘promueve’ pues consideraba que debería decir que el Estado protege y privilegia el matrimonio y la familia, en razón a que el Estado no es una agencia matrimonial sino lo que hace es privilegiar, dar un estatuto de privilegio, al máximo nivel, a la familia, y no promueve. Luego, el señor Cáceres Velásquez incidió que no debe promoverse el matrimonio por estar probado que la forma como mejor se educa a los hijos es a través del matrimonio y en el Perú como en todos los países modernos viene proliferando la unión de hecho, con perjuicio de los hijos; sugiriendo que debe decirse que el Estado “privilegia y alienta”. Intervino después Ferrero Costa, para quien era complicado que se diga promueve como privilegio, pues el decir que se privilegia el matrimonio significaba colocar en una situación excesivamente desventajosa a las uniones de hecho de las familias andinas; precisó que en el caso del matrimonio puede haber una discusión, pero en la familia efectivamente se debe buscar una protección y un aliento especial para ella; en su opinión, consideraba que puede haber familia sin matrimonio formal propiamente dicho, matrimonio sin familia y familia sin matrimonio, en este caso los padres como parte de la familia o estar formada por dos personas mayores con sus padres.

Siendo así, lo ideal era que ambas cosas se den simultáneamente, insistiendo en la protección del matrimonio y la familia; pues, consideraba que, una cosa es promover matrimonios, pero otra es alentar en general el matrimonio, poniendo como ejemplo que se alienta el matrimonio cuando a los jóvenes de los colegios, de sus últimos grados, se les inculca que la mejor manera de vivir en una sociedad organizada es que dos personas

que tienen intereses en común, mucho mejor aún se aman, viven en una institución que se llama matrimonio; es decir que a la sociedad le conviene, y le es solamente útil sino hasta necesario que la decisión de las personas de vivir juntas (hombres y mujeres) sea promovida por el Estado, pues entre otras razones, normalmente ese tipo de vida trae como principal consecuencia el nacimiento de hijos, además, se contribuiría al buen orden de la familia como lo es en el sentido cristiano que toda familia esté basada en un vínculo matrimonial; o, si no es un matrimonio formal, jurídico, por lo menos que esa unión de hecho sea consagrada y reconocida por el Estado.

Concluyó su participación señalando que el artículo debe ser claro al indicar que se protege tanto el matrimonio como la familia. Además, mencionó que es beneficioso para el Estado y la nación fomentar tanto la familia como el matrimonio, ya que esto contribuye a una sociedad con instituciones formales que proporcionan estabilidad y paz. Sambuceti añadió que el concepto de familia no está necesariamente ligado al matrimonio ni a la relación entre padres e hijos, sino que puede incluir a cualquier grupo de personas consideradas afines, como tíos y sobrinos, destacando que el concepto de familia es amplio.

Participó también Castro Gómez, para quien resultaba diferente el proyecto aprobado y debatido por la mayoría, estando de acuerdo finalmente en que se retire el término 'promueve' pues la mejor redacción estaba en la Constitución de 1979, según la cual "El Estado protege el matrimonio y la familia", ya que al introducirse el concepto de promoción del matrimonio puede entenderse como estímulo o como intromisión del Estado en

decisiones que les compete a las personas; agregó que el Estado no solo debe reconocer a la familia, sino también al matrimonio como instituciones naturales inherentes a la sociedad, adquiriendo su relevancia.

Se entiende que el matrimonio no es una institución natural y que lo más conveniente sería dejar la redacción en los términos señalados en la Constitución de 1979 por cuanto introducir vocablos como privilegia y alienta son indicativos de una acción que no es competencia del Estado; a ello, se sumó el señor Chirinos, quien se rectificó en cuanto a su primera participación e indicó que bastaba señalar que el Estado protege pues es lo que le corresponde; y no que alienta, estimula, privilegia o promueve, porque no es una agencia de matrimonios; se sumaron también Castro y Sambuceti Pedraglio, para este último la redacción del artículo 5 de la Carta Magna de 1979 es bastante acertada, clara y precisa, sugiriendo que se mantenga dicha redacción pues se pretendía que el Estado siguiera protegiendo al matrimonio y también a la familia como parte de la propia sociedad y de la Nación.

Intervino también Guerra Ayala, para quien el término “promueve” ya fue ampliamente discutido en la comisión y que aparentemente este término puede significar que el Estado está en la obligación de crear condiciones necesarias para que el matrimonio pueda materializarse y que no se trata solo del matrimonio, sino también de la familia; además, este término incluye a las comunidades campesinas –por ejemplo en el servinacuy- sus costumbres y tradiciones están ya establecidas; a ello se unió el señor Freundt, explicando que la redacción del texto sería: “El Estado protege y promueve el matrimonio y la familia y los reconoce como instituciones

naturales y fundamentales de la sociedad”, siendo aprobado por tres votos a favor (Ferrero, Matsuda y Marcenaro) y un voto en contra de Chirinos Soto, quien propuso una modificación al artículo con relación al término promueve, por considerar que en el ámbito del derecho, la institución natural es la familia, no el matrimonio; surgiendo un nuevo debate, ante lo cual el señor Freundt solicitó una nueva redacción del texto en los términos ya conocidos en la actualidad, el cual fue aprobado por unanimidad.

Con respecto al segundo párrafo del artículo debatido, Chirinos propuso su supresión por considerar, al igual que Ferrero Costa, que las uniones de hecho son comunidades de bienes y se asimilan a la sociedad de gananciales, además la ley peruana solo reconoce el matrimonio civil, sus causas de separación y disolución, que están regulados en el Código Civil, insistiendo en que no debe figurar en el texto constitucional; situación que no compartió Cáceres Velásquez, para quien no debió ser eliminada su redacción, al igual que para Marcenaro Frers por considerar que no solamente debe consignarse lo aprobado en el artículo 1, sino que es indispensable que se le agregue la parte sobre la relación estable que deben mantener el hombre y la mujer, pues caso contrario se estaría desconociendo la realidad social.

Por su parte, Ferrero coincidió con lo manifestado por Chirinos de que el matrimonio en el Perú es el que contempla el Código Civil y que las demás relaciones y fuente de la familia, son uniones de hecho; siendo que el matrimonio solo se realiza de determinada forma, todas las demás son uniones de hecho y deben ser legisladas como tales, a las cuales se debe

respaldar, pero no convertir en matrimonio pues el único matrimonio en la Constitución es el civil.

Finalmente, con respecto a este segundo párrafo del texto debatido, el presidente Carlos Torres y Torres Lara indicó que existían dos propuestas para consulta: (i) el de sustituir la expresión “las formas de matrimonio” por “la forma de matrimonio”; obteniéndose cuatro votos a favor (por Enrique Chirinos, Samuel Matsuda, Ricardo Marcenaro y Carlos Ferrero) y un voto en contra del señor Roger Cáceres, siendo aprobado el texto del artículo debatido de la siguiente manera:

Artículo 1.- El Estado protege la familia y promueve el matrimonio y los reconoce como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

Ahora bien, del debate al texto constitucional enunciado, podemos recoger algunas precisiones sobre la protección de la familia y también sobre la promoción del matrimonio. La primera se relaciona con el concepto cerrado de familia que, a partir de la Constitución de 1993, ha quedado de lado para dar paso a una tutela más amplia de familia siguiendo al ordenamiento internacional, incluido a la regulación peruana a través de tratados. En este grupo están las familias cuya base es la unión de hecho, que abarcan varias realidades sociales, y el factor en común es el anhelo de construir convivencias.

La segunda precisión la encontramos en la protección de la familia, independientemente de si pertenece a un matrimonio formal o a una unión de hecho, pues como lo señala Ferrero Costa existen familias sin

matrimonio formal, matrimonio sin familia y familia sin matrimonio, en este último caso los padres que son parte de la familia o está formada por dos personas mayores con sus padres. Advertimos también en el debate definiciones de la institución familiar como la reunión de personas que se consideran afines, por ejemplo, aquella formada por tíos y sobrinos, no necesariamente por padres con hijos, teniendo así un concepto amplio de familia.

Sobre este punto, Vega Mere (2010) precisa que la Constitución de 1993, en su artículo 4, busca la protección de la familia, así como la promoción del matrimonio, protegiendo así a todas las convivencias o familias que se hayan formado, sin considerar si la pareja está unida por un vínculo matrimonial, llevando a dicha institución natural a considerarla como aquel derecho subjetivo que tienen las personas de contraer o no matrimonio; esto representa desde ya un cambio sustancial en lo que corresponde a consideración y tutela constitucional que logra alcanzar la unión de hecho o cohabitación al ser considerada como otra de las fuentes creadoras de la familia.

Merece también atención en esta parte lo señalado por Días citado por Pérez (2016), para quien la familia no está en decadencia, es resultado de transformaciones sociales. Hay una repersonalización de las relaciones familiares enfocada en afecto, solidaridad, lealtad, confianza y amor. El Estado debe implementar medidas para apoyar a las familias, ya que lo importante no es el matrimonio, sino el vínculo afectivo entre dos personas que comparten sus vidas. La idea de familia se aleja cada vez más del

matrimonio tradicional y no se limita a los paradigmas de matrimonio, sexo y procreación (pp.138; 140).

2.2.2 Conceptualización del matrimonio

El matrimonio viene a ser aquel acuerdo tomado desde la libertad de un varón y una mujer, quienes tienen la posibilidad de escoger con quienes compartir el resto de su vida y formar una familia. Sin este acto de convivencia y entrega, no podría configurarse. Por lo que, los cónyuges se comprometen a vivir bajo un mismo techo, además de asumir la fidelidad y respeto; estas promesas son parte de la celebración y configuración del matrimonio, formándose como su esencia y no pudiendo evitarse u omitirse. Siendo así, la cohabitación también es un factor relevante para la consolidación de esta institución, pues puede ser entendida como la satisfacción sexual de los cónyuges, quienes no sólo buscarían el beneficio propio, sino que también tiene por fin la procreación de hijos (Gallegos y Jara, 2014, p.30). En ese contexto, el matrimonio es considerado como una de las fuentes creadoras de la familia y es reconocido también por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.^o 2868-2004-AA/TC.

Para Claudia Canales (2016), esta institución es significativa pues contribuye a definir la estructura de la sociedad, teniendo como características generales a la singularidad, la heterosexualidad y la igualdad en cuanto a derechos y deberes. Se lo identifica con el acto de celebración, el estado de los contrayentes o con la pareja en sí (pp.8-9).

En el plano normativo, tenemos que el Código Civil peruano de 1852, regulaba al matrimonio en los artículos 132 y 133, prescribiendo que era la unión perenne entre un varón y una mujer, esto dentro de la sociedad legítima. Ambos se comprometían a hacer vida en común y buscaban la perpetuidad del ser humano. También en el artículo 156, indicaba que el acto del matrimonio se celebraba de acuerdo con lo establecido por la Iglesia del Concilio de Trento, esto con la finalidad de observar las formalidades. Posteriormente, el Código Civil de 1936, si bien no definió esta institución como tal, sí estableció que el matrimonio que obligaba a cumplir con deberes y derechos era el civil.

En la actualidad, el Código Civil vigente define al matrimonio como aquella unión que se da sin ningún tipo de presión, sino que debe ser voluntario y darse entre un varón y una mujer, quienes además deben tener las capacidades legales que requiere el ordenamiento, formalizándose a través de las sujetaciones de acuerdo con la ley. Todo esto con la finalidad de hacer vida en común, como así lo señala el artículo 234 en su primer párrafo; siendo lo particular de esta institución familiar que se trata de una unión voluntaria, intersexual.

A. Estructura de la institución del matrimonio

a. Caracteres del matrimonio

En opinión de Gallegos y Jara (2014), el matrimonio tiene las siguientes características:

- 1) Pertenece al ámbito del orden público, pues los cónyuges deben someterse a la legislación vigente que regula la celebración y formalidad del matrimonio, siendo de obligatorio cumplimiento.

- 2) Es exclusiva, en el sentido que, una vez celebrado el matrimonio, los cónyuges se comprometen a cumplir con el deber de fidelidad, debiéndose recíprocamente consideración y también respeto, tanto del varón hacia la mujer y viceversa.
- 3) Se constituye como una unión permanente, lo que implica que debe haber estabilidad, elemento que lo diferencia de otras formas de familia como la unión de hecho o el concubinato, pues estas pueden llegar a ser inestables o tener una duración determinada.
- 4) Se afirma que el matrimonio es una comunidad de vida, pues los contrayentes, posteriormente cónyuges, asumen la obligación de hacer vida en común, lo que implica que estén unidos por lazos de amor, respeto, ayuda mutua, procreación y demás que implique el celebrarlo. Por lo que, no sólo es la cohabitación, sino que va mucho más allá, debiendo ser respetado por la sociedad y el Estado (p.37).

b. Requisitos del matrimonio

En doctrina son dos los requisitos para la validez del matrimonio; a saber:

- (i) La heterosexualidad, que es requisito necesario para asegurar la procreación natural.
- (ii) La expresión plena de los contrayentes, quienes no deben estar comprendidos en los impedimentos legales (arts. 241, 242, 243 y 244) y debe celebrarse observándose las formalidades prescritas por el Código Civil (arts. 248 a 368).

Por eso, el fin que deben perseguir los consortes es el de hacer vida en común para lograr la procreación y educar a sus descendientes, así como el apoyo mutuo entre ellos.

c. Sustento legal del matrimonio en las Constituciones peruanas

i. En la Constitución de 1979

Esta norma fundamental, si bien no definió al matrimonio como tal; empero, lo reconoció, al igual que a la familia, como el núcleo de la sociedad y, además, le brindó la connotación de institución fundamental del Estado, esto conforme al artículo 5 de dicha Constitución Política. En esta también se hizo mención de las diversas formas de matrimonio y también se prescribieron las causas de separación y disolución, las cuales fueron reguladas de acuerdo con la ley.

ii. En la Constitución de 1993

De la misma manera, en la actual Constitución no se define a esta institución familiar; sin embargo, existe un expreso reconocimiento en admitir al matrimonio, al igual que a la familia, como dos instituciones de carácter fundamental y natural, esto de acuerdo con el artículo 4. Ahora bien, estas instituciones deben ser interpretadas conforme al ordenamiento interno e internacional sobre derechos humanos.

En el ámbito internacional se tiene la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, también está la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En estos instrumentos normativos reconocen adecuadamente el derecho tanto del varón como de la mujer, de que puedan casarse, siempre que cumplan con las condiciones establecidas por ley.

d. Causales de extinción

Están reguladas en el Código Civil y son:

1. Por muerte de uno de los cónyuges o de ambos, esto de conformidad con el artículo 61 del mencionado código.
2. Por declaración de muerte presunta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 y procede en los siguientes casos:
 - a) Cuando han pasado diez años desde lo último que se supo del desaparecido o cinco si el sujeto tuviera de ochenta años a más.
 - b) Cuando si habiendo dos años de la desaparición teniendo como circunstancias un inminente peligro de muerte. El plazo inicia cuando el evento peligroso termina.
 - c) Cuando hay certeza de la muerte, a pesar de que el cadáver no haya sido encontrado o habiéndose encontrado un cuerpo, este no haya podido ser reconocido.
 - d) También, cuando el matrimonio tiene condiciones que lo vuelven nulo o anulable, de acuerdo al artículo 64.
 - e) Por declaración del divorcio, que disuelve el vínculo conyugal, conforme lo dispone el artículo 348 del Código Civil.

e. Consecuencias jurídicas de la extinción del matrimonio

El fin de la relación conyugal trae consigo consecuencias jurídicas no solo en la pareja sino también en los hijos. Sobre el particular, Claudia Canales (2016) ha precisado lo siguiente:

i. En cuanto a los cónyuges

Se afirma que el estado de familia finaliza juntamente con la ruptura o extinción del vínculo que unía a los cónyuges. Además, se eliminan los deberes adquiridos con la celebración del matrimonio, como la fidelidad, cohabitación y ayuda mutua; aunado a ello, al eliminarse este último deber, culmina la obligación alimentaria entre el varón y la mujer, esto siempre que alguno de ellos no esté en condiciones de indigencia o de imposibilidad para atender sus necesidades, lo cual deberá acreditarse adecuadamente.

Por otro lado, cuando se extingue el vínculo matrimonial, también lo hace el régimen patrimonial escogido por los cónyuges, causándose la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que no sucede con el régimen de separación de bienes. La disolución tiene ciertas condiciones, como la pérdida de los bienes por parte del cónyuge culpable a favor del inocente.

Así como se disuelve el régimen patrimonial, cuando el vínculo matrimonial se extingue, también lo hace la vocación hereditaria, pues los excónyuges dejan de ser herederos entre ellos, tal y como lo indica la legislación.

Cuando el vínculo matrimonial se disuelve a causa de uno de los cónyuges, la legislación peruana permite que el inocente pueda exigir una indemnización que será cubierta por el cónyuge no responsable. Ahora bien, esto será posible si existe un daño moral comprobable, siendo resarcible. Esta afectación pudo ser contra cualquier ámbito de lo personal del cónyuge, pudiendo ser actos u omisiones.

También, como consecuencia tenemos la extinción del parentesco formado por el matrimonio, no solo entre los cónyuges, sino también entre los familiares, pero hay excepciones como el parentesco en línea recta con los progenitores, así como subsiste para con los cuñados, es decir en línea colateral. Además, la cónyuge, al extinguirse el vínculo, ya no está obligada a llevar y conservar el apellido de su expareja, sin embargo, esto es a libre elección, pues puede conservarlo solo si no hay otro matrimonio de por medio.

Si los contrayentes son menores de edad al momento de contraer matrimonio, estos conservarán su capacidad de ejercicio, aunque hayan disuelto el vínculo matrimonial, pues han ejercido derechos y obligaciones propios de alguien mayor de edad, lo que conlleva a la obligación que estos los sigan ejerciendo a pesar del divorcio.

ii. En los hijos

Para los hijos, la disolución del vínculo matrimonial o la separación de cuerpos no implica que haya una desatención en las

necesidades básicas del hijo o hija. Se conserva también la presunción de la paternidad, si los hijos nacieron dentro del matrimonio.

Esta vigencia se extiende por 300 días luego de la disolución. Sin embargo, lo que sí debe tratarse es lo concerniente a la patria potestad, tenencia, alimentos y régimen de visitas, esto con la finalidad de mantener la estabilidad emocional y económica del niño o niña involucrado, debiéndose establecer un monto pecuniario adecuado para cubrir con éxito todas las necesidades, siendo estos temas indispensables para no afectar el adecuado desarrollo de los menores.

2.2.3 Conceptualización del concubinato

Esta figura tiene su origen desde tiempos muy remotos, así en el Derecho Romano al *concubinatus* se conocía como un matrimonio regular, pero de orden inferior y lo definieron como “*legitima conjunctio, sine honesta celebratione matrimonii*”, con ciertos requisitos y prohibiciones para su existencia, algunos de ellos recogidos en el ordenamiento jurídico peruano (hombre y mujer, carácter voluntario y prohibiciones en cuanto a parentesco; semejantes al matrimonio).

El concubinato es denominado por la doctrina y jurisprudencia como “unión de hecho”, “unión de hecho o fáctica”, “pareja de hecho”, “matrimonio de hecho” o “unión extramatrimonial”, términos que hacen referencia a una misma realidad sociológica. Se lo define como aquella unión entre un hombre y una mujer, cuyas características la hacen

estables y permanentes en un lapso determinado, permitiendo la formación de un hogar. Este vínculo se encuentra sujeto a lo establecido en la sociedad de gananciales, siempre que sea posible su aplicación.

Similar criterio adoptó la Corte Suprema, definiéndolo como la unión entre un varón y una mujer que tienen una relación sentimental pero no están casados entre ellos y que han decidido formar un hogar a través de la cohabitación, asumiendo los derechos y obligaciones que implica, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el código civil y el ordenamiento jurídico peruano (Exp. N.º 1061-93-San Martín).

Además, la Corte en el Exp. N.º 4479-2010-Lima, indica que la unión de hecho permite el desarrollo de un régimen convivencial diario que involucra la permanencia de la pareja en el transcurso de los años, teniendo una duración extensa y de forma pública. Esto permite que tengan una comunidad de vida que involucra aspectos como los intereses personales y familiares, todo ello dentro de un hogar.

A su turno, el Tribunal Constitucional definió al concubinato como la comunidad afín en objetivos y expectativas, lo que la pareja pueda proveerse y materializar el principio de ayuda mutua, compartiendo su vida en lo que sería un matrimonio aparente, pues no existen distinciones cruciales que impidan que ambas formas de crear un hogar sean equiparables (Exp. N.º 04493-2008-PA/TC).

A. Características y elementos del concubinato

La legislación señala como características del concubinato las siguientes: es considerada como una unión con las condiciones del matrimonio, nacida bajo condiciones autónomas, sin ningún tipo de presión entre un varón y una mujer.

También, debe ser estable y permanente, teniendo una duración no menor a dos años, “debe tratarse de una situación notoria que se prolongue en el tiempo” (Arrechederra, 2003, p.4389). Por otro lado, debe ser singular y conocida por todos los que rodean a la pareja, adquiriendo entonces una apariencia de matrimonio. Además, no deben tener impedimentos para contraer matrimonio.

Con respecto a las características del concubinato, la Corte Suprema en la Casación N.^o 4479-2010-Lima, precisó que en la unión de hecho no debe mediar ningún tipo de presión, lo que significa que debe ser libre y espontánea, y los convivientes deben tener la posibilidad de elegir, evidenciándose el *afecctio maritatis* a pesar de que, la formación del vínculo sea diferente. Además, la relación debe constituirse entre un hombre y una mujer, siendo indispensable este requisito, pues la relación debe ser heterosexual, haciendo alusión a palabras como “un” y “una”, dando a entender la singularidad que deben tener en la relación, por lo que debe ser monógama, asumiendo la obligación de la fidelidad.

La relación deberá ser estable y permanente, traduciéndose en que la pareja debe haber formado una familia que hace vida en común,

debiéndose cumplir con los dos años ininterrumpidos de convivencia para acceder al reconocimiento de la unión de hecho. Esto implica que se deben compartir un techo y cohabitar en una vivienda, donde la pareja podrá tener una relación con afectividad similar a la conyugal formada a través del matrimonio; pues, si no hay un sitio en común, no puede hablarse de concubinato, por lo que las uniones esporádicas no pueden asumir los derechos y obligaciones de las uniones de hecho.

La pareja no debe tener impedimento matrimonial, es decir no ostentar ningún vínculo matrimonial con otra persona, además, no deben incurrir en los impedimentos regulados por los artículos 241 y 242 del Código Civil. Por lo que la relación convivencial debe cumplir con la relación personal y no solo procrear hijos o mantener una relación íntima, sino que implica el compartir todos los ámbitos de la vida de los convivientes. Esto conlleva a que la convivencia deba ser pública y evidente para todos, posible de ser conocida por terceros, no cayendo en la clandestinidad.

En cuanto a sus elementos, estos han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional; así se dice que, el formar una familia u hogar, implica también compartir el lecho y una vivienda en común. La pareja deberá llevar una vida similar a la que nace del matrimonio, compartiendo intimidad demostrando el lazo que los une. Estas implicaciones se ven en la convivencia, basándose en la fidelidad. Por tanto, aquel conviviente que tenga una relación sea matrimonial

o convivencial, quedará excluido del posible reconocimiento de la unión de hecho.

B. Formas del concubinato

La doctrina coincide en precisar que la unión de hecho puede clasificarse en dos: unión de hecho propia o también denominada como pura, y una impropia o impura.

Amado (2018) indica que la unión de hecho propia es aquella que se da entre un varón y una mujer, que cumplen con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, cuya finalidad es formalizar la unión.

Mientras que la impropia o impura se constituye cuando uno o ambos convivientes tienen impedimentos para contraer en algún momento matrimonio, habiendo decidido compartir una vivienda y asumiendo las obligaciones de la unión de hecho, pero no es posible el reconocimiento legal.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico peruano solo protege y reconoce a la unión de hecho propia o pura, a la que le da el nombre de “concubinato”, que deriva de *concubere*, cuyo significado reside en compartir un lecho, manteniendo relaciones íntimas que deben ser estables y exclusivas para que así se cumpla con lo que indica la Constitución y el Código Civil (Amado, 2018, p.107).

Con relación a esta clasificación, el Tribunal Constitucional peruano también se ha pronunciado; habiendo indicado que la unión de

hecho tiene dos formas de ser considerado. El primero es la convivencia en sentido estricto, también denominado como puro o propio, y otro en sentido amplio, considerado como un adulterio. En el primer caso los convivientes no tienen ningún tipo de impedimento para posteriormente contraer matrimonio, mientras que, en el segundo, no podrían contraer nupcias debido a que incurren en algún impedimento (STC N.º 06572-2006-PA/TC)

También la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema; al respecto, señaló que la sociedad de gananciales generada en una unión de hecho, solo es aplicable para los casos del concubinato propio, debiendo cumplir con todos los requisitos que exige la ley. Además, indicó que si uno de los convivientes mantiene otra relación simultánea en domicilios distintos no podría reconocerse, pues no cumple con la singularidad ni exclusividad, dando como resultado un concubinato impropio (Cas. N.º 1925-2002-AREQUIPA).

a. Conceptos doctrinarios

Lora (2015) considera que el concubinato no es otra cosa que una forma de construir una familia, debiendo existir una relación sentimental entre dos personas que no tienen impedimento para contraer matrimonio, o reconocer la unión de hecho bajo los parámetros establecidos por ley, teniendo como característica la permanencia de la relación (p.33).

Del mismo modo, Amado (2018) coincide con que la unión de hecho se da entre un varón y una mujer que comparten un hogar, pero no

han contraído matrimonio, aun así, estas relaciones tienen consecuencias legales, pues se han incrementado con el transcurso del tiempo, optando las parejas por convivir y no casarse. Esto debido a diversas razones, pudiendo ser una la desacreditación de la institución del matrimonio o lo costoso y engorroso que podría llegar a ser el divorcio (pp.105-106).

Para la presente investigación, teniendo en cuenta lo señalado por la doctrina, la norma constitucional y jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, entendemos como unión de hecho a aquella unión estable entre una pareja heterosexual que no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio, es decir, que pueden asumirlo en cualquier momento de la relación. También, vemos como elemento la permanencia, que se traduce en indispensable para el adecuado reconocimiento, así como el periodo prolongado.

b. Evolución histórica del concubinato

i. En las Constituciones peruanas, la Constitución de 1979

Esta figura recién aparece regulada en la Constitución de 1979, es por ello que en su artículo 9 se define como una unión estable de carácter heterosexual, cuyos integrantes no deben tener impedimento para contraer matrimonio, lo que implica que el hogar deba haber sido formado por el tiempo requerido por ley, además de cumplir con los requisitos prescritos. Estas relaciones dan cabida a una sociedad de bienes que se sujeta a lo establecido

para el matrimonio, es decir a la sociedad de gananciales como único régimen patrimonial.

ii. En las Constituciones peruanas, la Constitución de 1993

El constituyente mantuvo esta figura jurídica, por tanto, recogió tal definición sin mayores modificaciones como así lo encontramos en su artículo quinto; constituyendo las uniones de hecho otra de las fuentes creadoras de la familia.

Este avance constitucional de la unión de hecho también ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en una de sus sentencias; expresó que fue la Carta constitucional de 1979 la que reconoció por primera vez la unión de hecho. Esto debido a que la realidad social estaba cambiando y era cada vez más común encontrar hogares formados por uniones de hecho que matrimonios. Sin embargo, debido a la ausencia de reconocimiento constitucional, cuando la unión de hecho terminaba, usualmente el varón se quedaba con los bienes adquiridos dentro de la relación, por lo que su reconocimiento era la forma de solucionar el problema. Fue entonces que la Constitución de 1993 continúo con este criterio sin someterlo a modificaciones, lo que implica que haya garantía en el derecho a la dignidad de quienes optan por esta unión, pasando a ser consideradas como familias y, por tanto, deben ser protegidas por el Estado (STC N.º 06572-2006-PA/TC).

Así, también lo señaló la Corte Suprema de la República, al hacer referencia que la Constitución de 1979 es la primera que lo reconoce como institución (Cas. N.º 3243-2000-La Libertad).

En otros países sudamericanos como Argentina y Colombia también ha sido recogida esta figura en su legislación, en similares términos que la peruana; a diferencia de Chile que aún no está prevista legalmente como tal.

C. Diferencias con el matrimonio

Una de las principales diferencias del concubinato con relación al matrimonio es que cada día se incrementa el número de uniones de hecho no solo a nivel nacional, sino mundial, en comparación con las uniones conyugales, adquiriendo en la sociedad en estos últimos tiempos una especial notoriedad; por ello, a nivel internacional algunos estudiosos insisten en que se reconozca constitucionalmente a la unión de hecho como institución familiar e incluso que se equipare o iguale a las familias nacidas del compromiso matrimonial.

Otra diferencia que hace mención Amado (2018) es que la unión de hecho tiene diversas realidades, teniendo en común que son convivencias y no matrimonios, siendo estos últimos actos públicos donde los contrayentes se comprometen a cumplir con las obligaciones y ejercer los derechos que se deriven de dicho acto (p.107).

Otra diferencia radica en que el matrimonio es celebrado con los requisitos de forma y solemnidades prescritos por la legalidad vigente, como lo indica Anita Chávez (2014, p. 129); a diferencia del concubinato, donde la pareja de manera voluntaria decide unirse y formar un hogar de hecho.

Además, para los efectos patrimoniales es necesario que la condición de concubinos sea acreditada mediante el reconocimiento, ya sea notarial o judicialmente; a diferencia del matrimonio que, para reclamar los efectos civiles basta con presentar una copia certificada de la partida emitida por el registro civil pertinente.

Por otro lado, Vega Mera citando a Alex Plácido (2010), precisa que el cambio de ruta en el modelo familiar de la Constitución ha avanzado significativamente. Ve al matrimonio como un derecho subjetivo de los individuos, y considera que la diferencia con la unión de hecho se relaciona con los mecanismos para acceder a efectos personales y patrimoniales, según el mandato constitucional de protección. Lo fundamental es la familia, sin importar la formalidad de su creación.

D. Algunas semejanzas con el matrimonio

La unión de hecho a partir de su reconocimiento en la Constitución de 1979 “logra alcanzar gran trascendencia y con ello se rompe la identidad familia-matrimonio, dando lugar a la aceptación de la diversidad en cuanto a las formas de instituir una familia” (Fernández, 2013, p.181); es a partir de dicho reconocimiento en la

norma fundamental que ambas familias merecen protección especial por parte del Estado, pues así también lo expresa el Tribunal Constitucional en el Exp. N.^º 06572-2006-PA/TC, precisando que la protección de la familia va más allá de su origen, extendiéndose a las uniones de hecho.

Otra similitud la encontramos en la Constitución de 1993, en que se concede protección especial a la familia y promoción del matrimonio; en tal sentido, debe entenderse que la familia nacida en la unión matrimonial y en el concubinato tienen el mismo estatus en el ordenamiento jurídico peruano.

También, encontramos similitud en el comportamiento de los convivientes en el hogar de hecho, quienes asumen finalidades, obligaciones y deberes muy similares a los del matrimonio; por ello, recientemente, con la dación de la Ley N.^º 30907 se ha establecido la equivalencia de la unión de hecho con el matrimonio para acceder a una pensión de sobrevivencia el conviviente supérstite.

Además, la unión de hecho es entendida como una comunidad que busca los mismos objetivos y poseen las mismas expectativas, lo que significa que de por medio está el aprecio y afecto de las parejas, generando así un deber de fidelidad y la interdependencia entre los miembros de la unión de hecho (Exp. N.^º 04493-2008-PA/TC).

Amado (2018, p.106), por su parte entiende que la unión de hecho por un hombre y una mujer siempre va a generar una familia,

cumpliendo con los mismos deberes propios del matrimonio, considerada como una comunidad de vida permanente, continua e ininterrumpida asistencia entre la pareja tanto en lo personal como en el plano económico y fidelidad recíproca, entre otros deberes.

E. Causas del concubinato en el ordenamiento jurídico peruano

Siguiendo las afirmaciones sobre las uniones de hecho, para Amado (2018) constituyen una salida para aquellos que teniendo en cuenta su derecho a la libertad y a elegir, prefieren la convivencia sobre el matrimonio, teniendo como guía los lazos de amor, respeto y fidelidad que deben reinar en la relación convivencial.

Siguiendo a Amado (2018), otro de los factores para vivir en convivencia, en ciertos casos, se debe al egoísmo de los convivientes, quienes no desean tener lazos permanentes y así quedar en libertad para cambiar de compañero, lo cual es contrario al verdadero interés de los mismos compañeros, de los hijos y del Estado; y, en otros casos, se debe a que uno de ellos aún está legalmente impedido de casarse (pp.105-106).

F. Formas y consecuencias jurídicas de la extinción del concubinato

Se ha explicado en la doctrina que, la unión de hecho tiene dos formas de extinguirse: normal (usual) y anormal (no frecuente). En el primer caso, el modo normal significa que la convivencia acaba con el matrimonio, es decir cuando los convivientes deciden contraer nupcias, transformando la unión de hecho en una de derecho. El

modo anormal, tiene determinadas causales de extinción, que van desde la muerte de uno de los concubinos, la ausencia declarada a través de la vía judicial, el mutuo acuerdo, la decisión unilateral o el matrimonio de uno de los concubinos con una tercera persona (Amado, 2018, pp.115-116).

En lo que concierne a las causas o causales de extinción señaladas, solo en el caso de la decisión unilateral de terminar la unión de hecho, el juez puede conceder, teniendo en cuenta la opinión del concubino abandonado, de otorgar un monto pecuniario a modo de indemnización o pensión de alimentos, tal como está previsto en el tercer párrafo del artículo 326 del Código Civil.

2.2.4 El derecho de alimentos en el Perú

A. Concepto jurídico

Para Aguilar Llanos (2016), los alimentos son considerados como un conjunto de normas que buscan garantizar la subsistencia de un ser humano, teniendo como base el fin que persigue, el cual es cubrir las necesidades de quién lo requiere, permitiendo su reconocimiento como un derecho fundamental (p.9); por eso, es considerado como aquel derecho que “busca asegurar las necesidades básicas biopsico-social del ser humano, bajo la exigencia de preservar la dignidad de la persona humana y ser sustento de su realización personal” (Gómez, 2014, p.197).

Además, constituye una institución del derecho de familia que busca la satisfacción de las necesidades básicas del beneficiario, que toma

el rol de alimentista, teniendo como finalidad la preservación de los derechos fundamentales como salud, integridad, dignidad, entre otros.

Quiroz Frías (2018), considera que los alimentos constituyen todo lo que resulte necesario con la finalidad de atender la subsistencia; es decir, aquello que es indefectible para el desarrollo integral de quien lo requiere y no tiene que ver únicamente con el aporte pecuniario, sino con la asistencia alimentaria (comida) propiamente dicha para la subsistencia del o la recurrente y debe ser contextualizado mucho más allá, con el afán de salvaguardar la condición de asistencia (pp.81; 84).

Por su parte, Regalado (2017) precisa que el derecho a los alimentos o, comúnmente, como suele denominarse “los alimentos” constituyen una de las bases del Derecho de Familia, el cual está garantizado en el ordenamiento jurídico nacional (artículo 472 del Código Civil de 1984) y en el internacional (artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 11 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (p.13).

En el ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 472 del Código Civil peruano está prevista la institución de los alimentos y se definen como lo absolutamente necesario para el sustento del alimentista, involucrando vivienda, vestido, asistencia médica. Todas estas necesidades deben ser cubiertas siguiendo las posibilidades

de la familia. Es en esa línea de interpretación en que la Primera Sala Especializada de Familia de Lima, en la sentencia expedida en el Exp. N.^o 00157-2008-24-1801-3R-FC-15, señaló que los alimentos pertenecen al ámbito del amparo familiar, siendo una institución de vital importancia, por lo que debe entenderse que estos son todo lo indispensable para cubrir la vivienda, vestido, educación y demás que contribuyan al desarrollo del ser humano.

Se entiende por alimentos todo lo necesario para el adecuado desarrollo o subsistencia del alimentista, debiendo cubrir sus necesidades según la economía de la familia. Además del reconocimiento nacional, también encontramos este derecho en el ámbito internacional, cuya regulación se basa en los valores relacionados con la solidaridad y ayuda. Como derecho humano es compatible con uno de los valores fundantes de todo Estado constitucional de derecho como es la protección de la vida humana.

B. Naturaleza jurídica

Algunos doctrinarios señalan que son tres las tesis que abordan este tema; sin embargo, por razones prácticas, las diversas posiciones pueden agruparse en dos: tesis patrimonial y no patrimonial.

- a) Tesis patrimonial. - cuando los alimentos pueden ser valorados económicamente.
- b) Tesis no patrimonial. - considerado como un derecho personal, el cual desde una perspectiva ético-social debe entenderse que el alimentista no tiene interés pecuniario, pues la prestación recibida

no incrementa su patrimonio, sirviendo solo para atender sus necesidades básicas.

Al respecto, Canales (2013), afirma que los alimentos tienen una naturaleza peculiar, pues tienen un aspecto patrimonial debido a que se otorga un monto pecuniario determinado o se sustenta con bienes de otra naturaleza, pero tienen un mismo fin: la supervivencia y satisfacción de necesidades, lo que busca que haya una protección efectiva de los derechos fundamentales del ser humano (p.67); por eso se dice que los alimentos son de naturaleza jurídica ecléctica, es decir, que si bien tienen un aspecto económico, este no tiene finalidad de lucro, ello a pesar de su carácter patrimonial, pero busca la satisfacción de derechos fundamentales (Canales, 2013, p.18).

C. Contenido del Derecho de alimentos

El derecho de alimentos comprende diversos ámbitos, entre los que podemos considerar el sustento diario, pero existen tres elementos vitales, los cuales son: constituirse como un derecho vital y de urgencia, en el sentido que el necesitado o alimentista no puede subsistir sin la ayuda económica; el segundo es que la norma es la que establece quién es el acreedor de este derecho y quién el obligado a facilitarlo; y el tercero es que el obligado o deudor casi siempre tiene un vínculo consanguíneo o por afinidad con el alimentista (Aguilar, 2016, p.11)

D. Caracteres del Derecho alimentario

Los caracteres del derecho alimentario están enumerados en el artículo 487 del Código Civil, y el enunciado indica que estos son incompensables, no se pueden transmitir, así como tampoco se puede renunciar a ellos, y son intransigibles. Siguiendo a Tafur y Ajalcriña (2013), el derecho alimentario es:

- i) intransmisible. - pues este derecho es inherente a la persona del alimentado y del alimentante y no puede transferirse inter vivos; por lo que es un derecho personal que nace con la persona, la acompaña y se extingue con ella.
- ii) irrenunciable. - quien puede dejar de pedir alimentos es el alimentista, estando imposibilitado de abdicar de él; es un derecho que sirve para la vida y permite su supervivencia, por tanto, no puede renunciar de este derecho.
- iii) intransigible. - este derecho no puede concederse recíprocamente para poner fin a la relación jurídica familiar, por tanto, no puede ser materia de transacción por el mismo hecho de que los alimentos sirven para conservar la vida.
- iv) incompensable. - en este caso es de vital importancia la subsistencia del hombre, por lo que no puede cambiarse por otro derecho, no puede haber compensación sobre el derecho alimentario por su carácter vital ni puede extinguirse

recíprocamente las obligaciones alimentarias (pp.37-39).

E. Fundamentación del Derecho de alimentos

El derecho de alimentos constituye un derecho fundamental con rango supranacional pues se encuentra garantizado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente en el artículo 25¹; por tanto, corresponde al Estado el deber de garantizar a las personas un nivel digno de vida como así lo ha precisado el Tribunal Constitucional, en el Exp. N.º 03330-2004-AA/TC. En esta resolución se indica que la obligación del Estado por mantener protegido el derecho a la vida, no significa que se lleve a cabo de forma precaria, sino que deben existir condiciones mínimas que permitan materializar la dignidad, poniendo entonces las exigencias que el Estado y los privados deben cumplir para llevar a cabo esta labor.

Es importante traer a colación en esta parte lo señalado por Quiroz Frías (2018), para quien los alimentos han sido y serán la principal fuente de sustento a lo largo de las generaciones, derecho fundamental que resulta atribuible a todos los humanos solo por ostentar tal condición y, por tanto, es anterior y superior a cualquier legislación (pp. 79-80); en ese entendido, los alimentos apuntan a

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos **Art. 25**: “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 (...”).

cubrir un estado de necesidad existente en el acreedor alimentario, lo estrictamente necesario para alimentarse diariamente, constituyéndose en uno vital y de urgencia (Aguilar Llanos, 2016).

F. Obligación alimentaria

La obligación alimentaria es considerada como una obligación que deriva del ámbito personal, pero que involucra también lo patrimonial, pues su sustento reside en los principios de solidaridad y ayuda mutua, lo que implica que se convierta en un deber impuesto a una persona respecto de otra que no puede atender sus necesidades básicas por sí sola, incluyendo lo referente a la vivienda, vestido, asistencia médica, educación y demás (Quiroz Frías, 2018, pp.80-84).

Además, en el Código Civil peruano la obligación alimentaria es tratada bajo el ámbito personal, pero con aspectos patrimoniales, teniendo en cuenta que hay gastos de dos tipos, unos denominados como ordinarios y otros extraordinarios. En los primeros se agrupa todo lo relacionado a lo básico y necesario para la vida diaria, como lo es la subsistencia, vivienda y ropa; mientras que, en los extraordinarios, están considerados los gastos médicos, cirugías que pudiera necesitar, entre otros. Debido a esto es que se considera que es un deber jurídico que se le impone a una persona (Quiroz Frías, 2018, pp.162; 166).

Por su parte, Canales (2013), señala que la obligación alimentaria surge generalmente por mandato de la ley, y solo a veces debido a

la voluntad propia. Cuando la ley obliga al alimentista, es porque existen diversos motivos, pero siempre con un fundamento basado en la ética. Dentro de esto se considera al deber de asistencia y solidaridad que permiten a la persona sobrevivir. Por lo que, este tipo de deber se convierte en la principal fuente al momento de otorgar y valorar la necesidad de los alimentos (p.67). Tiene como características, las siguientes:

- a. **Es personalísimo**, en el entendido que la obligación alimentaria recae sobre una persona debido al vínculo que tiene con el alimentista, esto en virtud de lo que señale la ley. Por tanto, se afirma que es *intuito personae*, es decir que la obligación no es posible de transmitirse vía herencia a los deudos.

Es personalísimo porque tiene por finalidad el garantizar que el titular del derecho pueda subsistir sin inconvenientes y con dignidad, siempre que haya de por medio un estado de necesidad (Cas. N.^o 1261-2014-Lima).

- b. **Es variable**, pues es revisable, dado que las causas legales o voluntarias, que dieron origen a la obligación, son revisables y dinámicas, por lo que se exige que haya un constante análisis. Además, las posibilidades del alimentante también cambian con el transcurrir del tiempo, lo que lleva a revisar la asignación pecuniaria constante, pudiendo llegar a un aumento, reducción e incluso en un momento dado la exoneración de la obligación.

- c. Es **recíproca, mutua o bilateral**, debido a que existe un lazo que une a las dos partes, alimentante y alimentista, cuya relación es jurídica y comparten vínculos entre sí.
- d. Es **intransmisible**, pues no se permite que la obligación alimentaria pase a otra persona, esto bajo ninguna condición o circunstancia, es decir no puede ser una cesión *inter vivos* o a través de la herencia.
- e. Es **irrenunciable**, vinculándolo con la prescripción, es decir que aquellas pensiones que no fueron pagadas en su momento pueden ser cobradas a través del proceso.
- f. Es **incompensable**, referido a que la obligación y las pensiones alimentarias no pueden ser pagadas de diferente forma o con otra obligación que exista entre las partes.
- g. Es **divisible y mancomunada**, cuando hay varios deudores alimentarios respecto de un mismo alimentista, la obligación que recae sobre esa pluralidad de deudores se divide entre estos.

G. Sujetos de la obligación alimentaria

De acuerdo con lo previsto en el artículo 474 del Código Civil, se deben alimentos recíprocamente en tres casos: entre los cónyuges siempre que se mantengan el vínculo; entre los ascendientes y descendientes debido a la consanguinidad que hay, y en virtud del deber de asistencia; también, existe esta obligación entre los hermanos.

Asimismo, de conformidad con el artículo 475 de la norma acotada, los alimentos, cuando sean dos o más los obligados, se deberán dar en orden, teniendo en primer lugar el cónyuge, luego los descendientes, seguidos por los ascendientes y finalmente los hermanos.

H. Presupuestos normativos para acceder a una pensión de alimentos

De la lectura al artículo 481 del Código Civil, se advierte que dos son los criterios normativos que deberá tener en cuenta el juez o jueza para fijar una pensión de alimentos: (a) las necesidades o estado de necesidad de quien solicita el cumplimiento de la obligación, y (b) las posibilidades del obligado; empero, es la doctrina y jurisprudencia nacionales que unánimemente han considerado que tres son los presupuestos para ejercer el derecho de alimentos: a) el estado de necesidad, que para el presente trabajo deberá entenderse como “estado de indigencia”, b) posibilidad económica del que debe prestarlos, y c) la existencia de una norma legal que establezca la obligación alimentaria.

I. Norma aplicable

Con respecto a este presupuesto, Tafur y Ajalcriña (2013, p.45) explican que, para el ejercicio del derecho alimentario, debe existir un vínculo obligacional cuyo origen se funda en la ley, lo cual sucede cuando se configuran los requisitos de hecho que autorizan a exigir la prestación alimentaria, generalmente debido a los vínculos de

parentesco entre el alimentista (acreedor) y el alimentante (deudor) y, por excepción, entre extraños. Según estos autores debe existir un parentesco establecido por la ley, pues de no existir la norma que la imponga, el acreedor alimentario no podría accionar, al no existir fundamento o base legal que ampare su pretensión.

Sobre este presupuesto, Simón (2017) señala que esta condición solo se presenta en relaciones como paterno- filial, conyugal, fraternal y la que nace entre ascendientes y descendientes (p.40); por tanto, debe haber claridad sobre quiénes son los acreedores alimentarios y los deudores como lo indica el artículo 474 de la norma sustantiva civil.

J. Necesidad o falta de medios: estado de indigencia

Aguilar Llanos (2016) cuando hace mención al fundamento de los alimentos, nos dice que es aquella situación en la que es necesario cubrir un estado que podría poner en peligro la subsistencia de un ser humano (p.20); en ese entendido, el estado de indigencia como lo explica Dulizky (2019) es hablar de pobreza y derechos humanos, que no es fácil ni estática pues evoluciona con el tiempo y además resulta controversial y compleja debido a los diversos problemas y dimensiones que encierra. Desde su punto de vista (perspectiva del sistema interamericano), existe un consenso en que la pobreza, sea extrema o no, es un problema económico que trasciende a diversas esferas, teniendo un claro involucramiento del ámbito social, cultural,

político y que se centra en afectar a la eficacia de los derechos humanos.

Destaca que en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se precisa que el ambiente en el que se logra la realización del ser humano, debe estar libre de temor y miseria, debiendo los Estados crear las condiciones necesarias para el pleno desarrollo de los derechos humanos. Siendo así, es la Convención la que crea una evidente relación entre la pobreza y los derechos humanos.

Siguiendo a la Convención, existen tres derechos particulares que permiten la conexión entre pobreza y violación de derechos en particular: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, y derecho a la vida, es así que la Comisión ha explicado la relación entre pobreza e igualdad y no discriminación y ha desarrollado desde esta relación parte del fundamento jurídico de las obligaciones del Estado en esta materia.

Precisa Aguilar Llanos (2016), en este marco jurídico, que la Corte reafirmó su posición que se estaría incurriendo en discriminación si la protección de la Convención Americana tiene la obligación de proteger a quien acuda en búsqueda de justicia, no debiendo ser un impedimento que no tenga buena posición económica.

En esta primera parte podemos concluir que el estado de indigencia es entendido como aquella situación específica en que se encuentra un grupo de personas que viven en condición de pobreza o pobreza extrema (CIDH, 2017, p.504) y ello se debe, principalmente, a la multiplicidad de enfoques desde los cuales puede ser abordado este fenómeno social, siendo el enfoque monetario o de pobreza por ingresos el más empleado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) para medir la “línea de pobreza”, la cual es obtenida partiendo de una consideración dual, conformada por una línea de indigencia o pobreza extrema (componente alimentario) a la que se le suman los bienes y servicios básicos (componente no alimentario).

Es en ese sentido que se hace propicio determinar, de acuerdo con la realidad nacional vigente, el parámetro objetivo para considerar si es que una persona se encuentra en situación de pobreza, para ello el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en su informe técnico sobre la “Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017” ha empleado el análisis de la línea de pobreza desagregándolo en dos componentes: a) el componente alimentario, constituido por el valor de una canasta socialmente aceptada de productos alimenticios y b) el componente no alimentario, constituido por el valor de la canasta de bienes y servicios que requiere una persona para satisfacer sus necesidades en cuanto a vestido, calzado, alquiler de vivienda, uso de combustible, muebles, enseres, cuidados de la salud, transporte, comunicaciones, esparcimiento, educación, cultura y otros (p.36)².

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que la interpretación de los elementos que componen esta línea de pobreza y del concepto mismo de pobreza por ingresos

² Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional, que recae en el Exp. N.º 03960-2016-PA/TC (f.j. 7 a 10); se ha copiado el fundamento ocho del voto del magistrado Ramos Núñez.

pueden variar dependiendo de cada Estado en razón a las diferencias culturales sobre lo que se puede entender como bienestar y desarrollo.

En otro momento, la CIDH en el caso de la Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*, ha señalado que la pobreza, y particularmente la pobreza extrema, son formas que niegan los derechos humanos, por lo que es necesario que los Estados no permitan acciones que pueden generar discriminación en cualquiera de sus formas. Además, es necesario que cada Estado adopte medidas positivas que reviertan o eviten las situaciones discriminatorias.

Asimismo, la CIDH en el caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs. Brasil*, ha precisado que la pobreza podría entenderse como una situación que cubre a un sector de la población, cuya pobreza extrema se puede extender a varias generaciones. Sin embargo, no hay una definición final que haya sido adoptada por el derecho internacional, pero sí hay pronunciamientos que indican qué personas podrían verse discriminadas por su situación económica.

De lo que se concluye que esta categoría muy amplia de “vulnerables” se identifica bajo el concepto de “pobreza”. Los pobres, mencionados específicamente en las Reglas de Brasilia³ constituyen

³ Sección 2a., punto 7, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008).

un extenso segmento de la población latinoamericana, que enfrenta múltiples obstáculos, a veces irrecuperable.

Por otra parte, Plácido citado por Quiroz y Cortez (2014), ha señalado que el estado de necesidad no es otra cosa que una indigencia o insolvencia que deviene en la no satisfacción de las necesidades básicas de una persona, justificándose en situaciones que le impiden conseguir el sustento (p.172); siendo así, deberá analizarse tal situación de manera efectiva, real o actual en relación con la circunstancia (edad, estado de salud, discapacidad, pobreza, etc.); como lo es para la presente investigación el estado de indigencia actual del exconviviente al término de su relación.

K. Posibilidad económica de quien los presta

Llamada también capacidad económica del obligado y que, según Tafur y Ajalcriña (2013, p.49), es necesario que la persona a quien se le solicita el absoluto cumplimiento de la obligación alimentaria (alimentante) esté en condiciones de suministrarlos, en la suma fijada, sin llegar al sacrificio de su propia subsistencia, pues si tiene lo mínimo o indispensable, sería injusto exigirle para asistir a la persona necesitada; ya que iría en contra de sus propias necesidades.

Torres Carrasco, citado por Canales (2013), indica que las posibilidades económicas del alimentante se encuentran referidas al ingreso pecuniario que pueda tener el deudor, es decir que quien ostente la obligación de cumplir con el deber de asistencia a través

de los alimentos, debe tener una situación económica estable que le permita responder y cumplir a cabalidad para con el acreedor. Esto es materia de evaluación debido a que la asistencia no debe poner en riesgo otras obligaciones alimentarias con otros acreedores o con él mismo (p.74).

L. El derecho alimentario a favor del excónyuge

Patricia Simón (2017), al respecto señala que existen relaciones basadas precisamente en la afectividad del ser humano y en su capacidad de relacionarse intersubjetivamente, las cuales propician el nacimiento de deberes de asistencia y uno de estos vínculos generadores se presenta a raíz de la relación conyugal o matrimonial (artículos 288 y 474 del Código Civil), los cuales son connaturales y expresan el sentido axiológico de valores, como la solidaridad, unidad y asistencia; pero, no solo son deberes de asistencia, sino que una vez finiquitado este vínculo se presentan aún casos de subsistencia como los que aparecen explicados en el artículo 350 del Código Civil; así, según este enunciado normativo, si bien la obligación alimentaria entre marido y mujer cesa por el divorcio; sin embargo, el excónyuge tiene derecho al otorgamiento de una pensión alimenticia en los siguientes casos:

1. 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 trabajo 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 aquel. Con respecto a esta excepción Tafur y Ajalcriña (2013) resaltan que:

este derecho no sería exigible cuando el estado de necesidad sobreviniese con posteridad, por cuanto el origen, causa o inicio del estado de necesidad no se ubica en el matrimonio disuelto, sino en una época en la cual no existía ya el vínculo familiar (p.131).

2. El indigente debe ser socorrido por su excónyuge aun cuando fue el responsable del divorcio. Tafur y Ajalcriña (2013), indican que “este caso extremo rige por razones de humanidad y es una medida razonable por cuanto, a pesar de lo acontecido, no pueden ser indiferentes a la miseria que padezca uno de ellos” (pp.131-132).

En el mismo sentido, Canales (2013), afirma que “la continuación de los alimentos entre excónyuges obedece al estado de indigencia y su repercusión en la persona” (p. 68); en este caso el cónyuge recibirá los alimentos de su excónyuge, perdurando hasta cuando el estado de necesidad se extinga o contraiga matrimonio. Esta obligación sería una de las varias consecuencias del divorcio (Aguilar Llanos, 2016, p.18).

M. El derecho alimentario a favor del exconviviente

Conforme lo explicamos líneas arriba, el artículo 326 del Código Civil es el único dispositivo legal que contempla el pago de una pensión alimenticia a favor del exconviviente tras la ruptura de su relación, en el supuesto que uno de ellos haya decidido salir del hogar de hecho, más no bajo otras causales; por tal razón, la controversia

mayor surge con respecto al derecho alimentario entre concubinos, pues lo que sucede en el matrimonio es diferente.

Así, con respecto a los alimentos brindados durante la etapa convivencial, si bien no existe propiamente una obligación, sí se hace alusión a una obligación de tipo moral, esto en virtud del deber de asistencia se habla de una obligación moral de atención recíproca en virtud de la cual, en concordancia a lo dispuesto por el artículo 1275 del Código Civil no hay repetición de lo pagado en cumplimiento de dicha obligación (Cabello citado por Fernández Revoredo, 2013, p.113).

El guardián de la Constitución al referirse en la sentencia del Exp. N°06572 – 2006 – PA/TC, respecto de las obligaciones de cooperación y auxilio de uno hacia el otro integrante de la unión de hecho no hace más que referirse al principio de solidaridad constitucional que según Peces-Barba citado por Pachas Serrano (2018, p.230) es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y los demás; esto implica, que debe existir un nexo ético que vincula necesariamente a los integrantes de una sociedad, haciendo que los seres humanos se ayuden mutuamente y esto solo se logra con el cumplimiento del valor supremo de la dignidad, que implica la proyección del derecho fundamental a la vida.

De similar opinión es Barbero, citado por Diez Picazo y Antonio Gullén (2002, p.47), para quien la vida es el primer derecho fundamental que debe preservarse a través de los medios suficientes e idóneos que prodiga el Estado. Por tanto, su fundamento no reside en un deber ético que el ordenamiento jurídico toma a su consideración, sino en el principio denominado como solidaridad familiar, cuya principal obligación es la atención de las necesidades básicas de los integrantes.

Por otro lado, Vega Mere (2016) acentúa que el deber de asistencia alimentaria es un deber de orden normativo cuyo sustento reside en la necesidad de protección de la familia, considerándola como una norma constitucional. Por lo que tendría más jerarquía que lo mencionado en el código civil, debiendo ser aplicado como deber de asistencia entre los integrantes de la familia (p.81).

N. El derecho de alimentos en la Legislación comparada

a. En Colombia

En el Título XXI, artículo 411 del Código Civil de Colombia, regula los alimentos que se debe por ley a ciertas personas, como el cónyuge en primer lugar, cuya jurisprudencia respalda indicando que este deber es aplicable cuando los compañeros (entiéndase pareja) son permanentes y hayan formado una relación con fines maritales. Además, se aplica este principio a los descendientes legítimos (Sentencia C-174-96).

b. En Argentina

En el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, precisamente en su artículo 525 están fijados los criterios que el juez debe tener en cuenta para que declare procedente lo solicitado y fije el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias; entre ellas el estado de los bienes de los convivientes, debiendo verificarse si antes o durante adquirieron patrimonio, también la dedicación que cada uno le dio a la familia que formaron, así como a la educación de los hijos.

La norma argentina exige también verificar la edad y estado de salud de la pareja y de los menores si los hubiese, así como la capacitación laboral que tienen los progenitores, midiendo las posibilidades de acceder a un trabajo remunerado.

De estos enunciados se infiere que en la legislación de Argentina los convivientes se deben alimentos al término de su relación siempre que uno de ellos acredite un empeoramiento de su situación económica y el otro esté en la posibilidad de apoyarlo; debiendo tenerse en cuenta, además, otros criterios para su otorgamiento como el haberse dedicado a la familia, crianza y educación de los hijos, edad, estado de salud, entre otros. De igual manera, en la legislación colombiana se deben alimentos tanto el cónyuge como los compañeros que forman una unión marital de hecho; lo que no ocurre en la legislación chilena.

c. En Chile

Se deben alimentos, conforme al artículo 321 del Código Civil chileno, en principio el cónyuge, luego a los descendientes, ascendientes, hermanos, a quién donó una cantidad pecuniaria significativa. Mientras que no se deben alimentos en los casos que indica el propio código.

Además, en su artículo 174 se precisa que: “El cónyuge que no haya dado causa al divorcio tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de alimentos según las reglas generales”.

2.2.5 El principio de igualdad y no discriminación

A. Los principios en el neoconstitucionalismo actual

Para Zavala (2010), el resultado de la fusión de las versiones norteamericana y francesa se concreta en la fórmula del Estado social de derecho; en ese contexto, nos dice que el neoconstitucionalismo o llamado constitucionalismo contemporáneo forja el desarrollo de una nueva teoría jurídica muy distinta al positivismo legalista, que tiene como características según Alexy, Zagrevelsky, Guastini y Prieto Sanchis, las siguientes:

- 1) Es un derecho más de principios que de reglas;
- 2) Mayor utilización del método de la ponderación que el de la subsunción para la aplicación del derecho;
- 3) Una plenitud constitucional que llena al detalle el ordenamiento jurídico, dejando menos ámbito a la ley;
- 4) Poder del Juez para la determinación de los derechos, en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos y,
- 5) Una apertura a que cohabiten valores plurales que, eventualmente, pueden colisionar, en lugar de cerrarse a un escaso número de principios coherentes y compatibles.

En ese entendido, la noción de Estado garantista es la de Estado constitucional de derecho, es decir, aquél que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al ejercicio del poder arbitrario; de ahí que, el Estado que asume el garantismo es el que vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos; así, un Estado constitucional se instrumenta normativamente sobre la base de un modelo que contiene tres elementos que sobresalen:

- a) La supremacía constitucional y de los derechos fundamentales que son todos los enunciados por la Constitución sean de libertad o de naturaleza social;
- b) El imperio del principio de juridicidad (llamado por muchos el de legalidad) que somete a todo poder público al Derecho; y,
- c) La adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar el goce de los derechos de libertad y la efectividad de los sociales.

Por otro lado, si bien el Estado de derecho anterior al Estado constitucional contemporáneo, se estructuraba, manifestaba y aplicaba como derecho “reglas”; el nuevo paradigma se trata de un derecho por “principios y reglas”, lo cual tiene directa y trascendental importancia para la potestad jurisdiccional, pues las normas pueden expresarse como reglas y como principios. Para colocar en contexto, las reglas se estructuran (organizan) como supuestos y precepto de conducta, son las que nos indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en ocasiones concretas, determinadas, específicas, pues están previstas tales ocasiones en las reglas mismas; mientras que los principios son,

por excelencia, las normas que reconocen los derechos de rango constitucional, así una de las características del neoconstitucionalismo es la determinación de los principios que se imponen mediante la normatividad constitucional y que se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico; sólo cuando las normas-reglas generan dudas, dejan lagunas o entran en contradicción (pp.275-287).

En sintonía con todo esto, Rosas Castañeda (2019, p. 39) concluye que la Constitución no solo contiene reglas, sino sobre todo principios, siendo los principios paradigmáticos reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales; más allá de la positivización de los derechos fundamentales, subyace un elemento axiológico que los fundamenta: la dignidad humana y puede ser conceptualizada como la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano; se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor manera.

Ello, se condice con lo señalado por Domingo Pérez (2008), para quien el neoconstitucionalismo involucra una teoría de la justicia vinculada al respeto a los derechos fundamentales que se convierten en el criterio básico de justicia, por eso el neoconstitucionalismo sostiene que los derechos fundamentales [son] el núcleo de lo justo

y, en consecuencia, el criterio básico de justicia de la comunidad política. Semejante teoría de la justicia no puede admitir sin [ser] incoherente que los derechos fundamentales sean restringidos (pp.17-26).

Así las cosas, en un Estado de derecho, los derechos fundamentales se convierten en el empuje de este cambio y el nuevo modelo estatal se justificará en ellos como fin último, convirtiéndose el Estado en un instrumento al servicio de los derechos (García citado por Vásquez, 2018, p.23).

B. El principio de igualdad

Atendiendo a su importancia para la investigación, abordaremos su regulación y contenido desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial.

a) En el ámbito legal

El principio de igualdad no solo está previsto en la norma fundamental de nuestro país, sino también en normas convencionales; así tenemos el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, donde se reconoce el derecho de todo ser humano a ser tratado igualitariamente ante las leyes, lo que implica que nadie puede ser discriminado bajo ningún pretexto.

La igualdad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos está prevista en los artículos 1, 2 y 7; donde se reconoce que todos nacemos libres e iguales en todos los derechos, esto sin que haya

de por medio algún tipo de discriminación, prescribiendo la igualdad ante la ley. Lo mismo regula la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo II, haciendo ver la igualdad ante la ley y de los derechos.

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26 regula lo mismo y resalta la importancia de considerar esta igualdad de todos ante la ley, prohibiendo la discriminación. Esta regulación coincide con lo prescrito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En tal sentido, concluimos que bajo este principio no solo todos somos iguales ante la ley, sino que además, ninguno pierde ese trato igualitario, y ello porque ninguna de estas características altera la esencia de la naturaleza humana, dado que la igualdad de trato se refuerza constitucionalmente en el artículo 103 de nuestra Constitución, el cual señala que: “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas” en la medida que, siendo todos un mismo ente, tales diferencias no existen; por esa razón, el principio de igualdad impone al Estado (y a los particulares también) que en las diversas manifestaciones de su actuación se trate a todos por igual, sea legislando, ejecutando actos, o administrando justicia (Vásquez, 2018, pp.25-26).

Dicho de otro modo, el precepto de “igualdad” desde lo jurídico “constituye una exigencia para el legislador: no construir reglas desde una concepción de discriminación negativa; sino, este deber se expresa en el sentido de que tenga lugar cierto nivel de ponderación en la tarea legislativa precisamente para no expedir leyes contrarias a la Constitución” (Martínez citado por Soto, 2018, p.253); por cuanto la igualdad se instituye como un límite ante el

trato injusto, diferenciado y arbitrario que privilegie a unos en menoscabo de otros, pues si ello ocurre denigra la esencia asignando –consciente o inconscientemente- distintos valores objetivos a cada persona (Vásquez Armas, 2018, p.26).

b) En la doctrina

En opinión de García Toma (2008), la igualdad es un principio-derecho que busca situar a todas las personas en una misma situación, logrando así la equivalencia. Este derecho tiene un sentido y proyección normativo, pero también deontológico, lo que permite que sea parte del ámbito constitucional y democrático. Por otro lado, puede ser considerado como un derecho, lo que implica que sea una atribución que forma parte del patrimonio jurídico del ser humano, siendo innata a su naturaleza (pp.105;108).

Ferrajoli (1999) por su parte, indica que la igualdad jurídica permite la unificación de los sujetos que son titulares de los mismos derechos, los cuales son considerados como universales. Entonces, se constituye como un principio propio de la norma que pertenece al ámbito general de los derechos, relacionándose con la vida, libertad, política, entre otros.

Este autor precisa que es a partir de estos presupuestos que se comprende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las diferencias –sean naturales o culturales- no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo

tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades, sean económicas o sociales, son en cambio las disparidades entre sujetos, producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción.

Por eso se dice que la igualdad tiene doble condición, por una parte, puede ser considerada como principio y por otra sería un derecho constitucional. En cuanto a la connotación de principio, se afirma que “constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre las relaciones jurídicas de los ciudadanos y los poderes públicos (García como fuera citado por Toyco Suárez, 2018, p.185).

Mientras que, como derecho fundamental, no sería otra cosa que el reconocimiento del derecho subjetivo, siendo el titular la persona y plausible de oponibilidad; permitiendo que nadie sea discriminado bajo ninguna condición (STC 01423-2013-AA).

Conforme a la norma constitucional, la igualdad necesariamente debe ser entendida desde sus dos perspectivas: como principio propio del ordenamiento jurídico y como derecho fundamental que pretende obtener un trato similar ante hechos, situaciones y relaciones equiparables.

c) En la jurisprudencia

Del mismo modo, la jurisprudencia peruana ha entendido que “la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble dimensión de principio y de derecho subjetivo constitucional” (Exp.

N.º 0045-2004-AI/TC). Siendo así, se evidencia que la concepción del ordenamiento jurídico peruano es que tiene las dos concepciones y puede ser considerada como principio y derecho, no permitiendo la discriminación o diferenciación injustificada de dos personas ante hechos similares o iguales, debiendo ser razonable este trato.

Asimismo, el supremo Constitucional, en el Exp. N.º 00261-2003-AA/TC, ha precisado que los alcances de la igualdad como principio, son la igualdad como una forma de limitar al Estado y su actuación en los tres poderes; la igualdad como mecanismo idóneo en los casos donde el poder del Estado sea desmedido o arbitrario; también, puede ser considerada como un impedimento para hacer una diferenciación que atente contra cualquier derecho fundamental; y por último, como una pauta que no permita la restricción de oportunidades similares para todos.

C. El principio a la no discriminación

Para desarrollar este principio, necesariamente debemos precisar qué se entiende por discriminación, y para eso García (2008) indica que la discriminación se deriva de un trato desigual y que puede llegar hasta la arbitrariedad, dirigido a personas que tienen las mismas condiciones o situaciones, esto con la finalidad de otorgarles ventajas o cargas, afectando directamente a la dignidad y a la subsecuente negación de la condición humana (p.112).

En ese contexto, dicho autor resalta que la proscripción de la discriminación presenta los siguientes elementos (pp. 113 y 114):

- a. reconocimiento que las personas más allá de sus diferencias accidentales comparten una misma naturaleza; y que, por ende, son intrínsecamente iguales,
- b. exigencia que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros, en circunstancias y condiciones idénticas,
- c. reconocimiento del establecimiento de reglas de diferenciación siempre que aquellas no resulten irrazonables y desproporcionadas; vale decir, que no sean obra de la arbitrariedad.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional con respecto a la no discriminación, ha reiterado en la STC 00261-2003-AA/TC, que la igualdad no siempre justifica el tratamiento igualitario de los casos en general, sino que se debe considerar las particulares condiciones que pueda haber, tratando igual a los que verdaderamente tienen similitudes y desiguales a los que tienen otras características. Ahora bien, se indica que existen ciertas condiciones para que el trato sea desigual, siendo lo primero que haya sucesos especiales, sea a nivel de territorialidad o temporalidad, asumiéndose que tienen rasgos particulares.

Por otro lado, permitir que haya una distinción implica que hay de por medio una diferenciación legítima y concreta, constituyendo una

suficiente justificación para poder llegar al tratamiento desigual. Conociéndose esto como una discriminación inversa, pues se trata de un trato diferente, pero con la finalidad de alcanzar la igualdad, siendo responsabilidad del Estado.

Se concluye esta parte con lo expresado por el Supremo Constitucional en la sentencia citada, al desarrollar el tema de “igualdad ante la ley y el concepto de diferenciación”, cuando hace referencia que la idea de igualdad se desprende necesariamente de la dignidad, pero también se ve involucrada la naturaleza de los seres humanos. Por tanto, el tratamiento diferenciado no sería injustificado, siempre que no haya afectación del derecho a la dignidad.

D. Ponderación entre discriminación e igualdad

En efecto, como lo refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Exp. N.º 00261-2003-AA/TC, habría una infracción a la igualdad cuando en la interpretación o formulación de la ley, hay distinción de tratamiento, pero las condiciones del hecho son iguales, por lo que se configuraría una lesión al derecho a la no discriminación, quebrándose la noción de igualdad.

Por ejemplo, cuando una persona denuncia la existencia de trato desigual injustificable, como lo dice García (2008), es necesario que compare su situación con una igual y se evidencie la vulneración del principio de igualdad, debiendo en principio acreditar que los hechos y condiciones son idénticos, encontrándose la otra persona en una

mejor condición; en ese entendido, dos son las reglas para tenerse en cuenta y ponderar entre discriminación e igualdad: la primera es cuando no existe una razón justificable que conlleve a un tratamiento desigual; y la segunda es que cuando hay razones para el tratamiento desigual, se debe cumplir (p.116).

Con el fin de que se verifique si una “diferenciación” es válida o si se constituye en una “discriminación”, el Tribunal Constitucional en el caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República (Exp. N.º 004-2006-PI/TC; f.j. 129 a 151), ha formalizado jurisprudencialmente la utilización del test de igualdad, dividido en seis pasos. El primero es que se debe verificar que hay una diferencia legislativa, debiéndose verificar que el hecho en cuestión sea similar con uno que sirva de comparación, así lo expresa también el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

El segundo paso es determinar el nivel de la intervención del derecho a la igualdad, debiendo evaluarse las intensidades de la norma que interviene con este derecho. El tercer paso es la verificación de la existencia de un fin constitucional que permite el trato desigual. En este es necesario que se analice la medida legislativa que permite el trato diferenciado.

El cuarto paso consiste en el examen de idoneidad, que exige que la diferencia de trato necesariamente debe ser congruente con el fin que se persigue, debiendo evaluarse esta medida y examinar que la

igualdad sea coherente con las medidas que se adopten y lo que se persigue.

En el quinto paso, se tiene en cuenta el examen de necesidad, analizando que la medida legislativa sea legítima pero también no debe ser tan gravosa para los derechos y principios inmiscuidos en el caso particular.

El sexto paso, es el examen de proporcionalidad propiamente dicho, conocido como ponderación. Este permite que se analice desde dos intensidades o pesos: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora, y 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate.

Por otro lado, con respecto a la discriminación estructural, la Corte IDH, en el Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil hace notar la inclusión de la alegada violación del artículo 24 de la Convención sobre el derecho a la igualdad, que tendría dos acepciones, siendo la primera el deber del Estado de garantizar que nadie sea discriminado, pero también protege a la igualdad ante a la ley, lo que deriva en la prohibición de la discriminación de derecho o de hecho, esto a nivel internacional pero también dentro de los Estados.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N.^º 01423-2013-PA/TC, al referirse por el principio de no discriminación, precisó que la no discriminación como mandato está regulado en el artículo 1 apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, señalando que la igualdad ante la ley no garantiza que todos sean tratados igual siempre, sino que hay casos especiales que para garantizar la dignidad se buscaría la diferenciación.

2.3 NORMATIVOS

2.3.1 Nacionales

A. Constitución Política del Perú

Artículo 4: Relacionado con la protección de la familia, además de promover el matrimonio entre un varón y una mujer. Se prescribe que tanto el Estado como la Sociedad, tienen la obligación de proteger no solo la unión entre los contrayentes, sino también a los niños, adolescentes, a la madre y al anciano que se encuentren en situación vulnerable.

Artículo 6: Este artículo prescribe que la política nacional busca promover que tanto la maternidad como la paternidad, se ejerzan responsablemente, respetando los derechos fundamentales de los integrantes de la familia. Asegurando que haya programas de educación, pero también acceso adecuado a todos los derechos fundamentales. En este artículo se regula la igualdad entre los hijos, eliminando así cualquier tipo de discriminación relacionada con el estado civil de los progenitores.

B. Código civil

Artículo 233: sobre la regulación de la familia y su finalidad en la sociedad y el ordenamiento jurídico.

Artículo 234: sobre la definición del matrimonio.

Artículo 288, 289: sobre los deberes adquiridos a través del matrimonio.

Artículo 295: sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio.

Artículo 326: sobre los efectos de las uniones de hecho.

2.3.2 Internacionales

A. Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 16: Sobre el derecho de todos los seres humanos a formar una familia y a casarse conforme a las leyes.

B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 23: Sobre la consideración de la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad, cuya protección recae sobre el Estado y toda la población.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación se ha realizado bajo un enfoque cualitativo, por ello en la primera parte se analiza el tratamiento jurisprudencial que está recibiendo los alimentos a favor de los excónyuges y se interpretarán luego estos resultados en la contrastación final de la hipótesis; la cual es: “Los fundamentos jurídicos, doctrinarios y de equidad que sustentarían el reconocimiento del estado de indigencia como causal para otorgar una pensión de alimentos a un exconviviente en la legislación civil peruana son: a) El reconocimiento de las uniones de hecho como otra forma de constituir familia, b) La situación de indefensión en la que queda el exconviviente al término de su relación convivencial y c) La vulneración al principio de igualdad y no discriminación del exconviviente con relación al excónyuge, en estado de indigencia”. Todos estos puntos serán abordados desde el numeral 3.2.

3.1 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS ALIMENTOS A FAVOR DE LOS EXCÓNYUGES

En esta parte del trabajo de investigación evaluaremos si existen casos en los cuales al excónyuge se le ha otorgado judicialmente una pensión de alimentos y en qué circunstancias; con ese fin analizaremos el criterio adoptado por la Corte Suprema de la República, para que, a partir de lo advertido, determinemos si existe una vulneración al principio de igualdad y no discriminación en relación al tratamiento de la pensión entre excónyuges y exconvivientes en estado de indigencia.

3.1.1 Sentencias

A. Estimatorias

Casación N.º 1398-2008- Ica de fecha 11 de diciembre de 2008

(Divorcio por causal de separación de hecho)

En esta sentencia, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia casaron la resolución que había sido impugnada por L.S.G.H, declarando que el derecho a una pensión de alimentos estaba vigente y, por lo tanto, podría hacerlo valer en la jurisdicción correspondiente.

Los principales argumentos de esta sentencia se ubican en los considerandos décimo segundo y décimo tercero. En el décimo segundo se nos indica que existen precisiones respecto a los alimentos, pues si bien el divorcio fenece este deber entre los ex cónyuges, esto se da siempre que la ayuda haya sido dada fuera de la vía judicial, lo que no sucedió en este caso, pues la demandada tuvo que acudir al ámbito jurisdiccional para obtener la pensión, por lo que en la casación se indica que no podría haber un pronunciamiento sobre el cese de una obligación que ya fue determinada por un órgano jurisdiccional.

Mientras que, en el fundamento décimo tercero, se indica que si se pronuncian sobre la cesación se estaría contraviniendo el artículo 139 de la Constitución, debido a que la imposición de la pensión ha sido por orden judicial, debiéndose verificar que los presupuestos para la pensión de alimentos subsisten o no.

Casación N.º 02667-2008 de fecha 07 de enero de 2008 (Divorcio por causal de separación de hecho).

En esta sentencia, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia *declaró fundado el recurso de casación* interpuesto por la demandada, por lo que, casaron la resolución y declararon la nulidad de la sentencia de vista y confirmaron la de instancia en el sentido que existe aún la obligación de otorgar alimentos a la demandada y al hijo de los justiciables. Esta decisión se basó en los siguientes argumentos:

Quinto. - “Que, el artículo trescientos cincuenta del Código Civil regula los efectos de la declaración de divorcio respecto de los cónyuges, siendo su efecto inmediato el cese de la obligación que nace del deber de asistencia mutua como consecuencia inmediata del matrimonio que consagra el artículo doscientos ochenta y ocho del citado Código material. El supuesto que la norma establece parte de la premisa de que, al momento de la declaración de divorcio, ambos cónyuges se estuvieron procurando alimentos mutuamente por el solo hecho del matrimonio y de los deberes que surgen de aquél, en cuyo caso, al darse por concluido el vínculo matrimonial, inmediatamente cesan todos sus efectos, incluido el de prestarse alimentos entre las partes”;

Sexto. - “Que, puede darse el caso, sin embargo, que al momento de la declaración de divorcio una o ambas partes se estuvieran prestando alimentos no por propia iniciativa o como consecuencia del simple cumplimiento del deber que surge al instaurarse el vínculo matrimonial, sino por efecto de un mandato judicial que impone coercitivamente el cumplimiento”.

Casación N.º 208-2012 de fecha 19 de junio de 2012, Lima.

Aumento de pensión alimenticia

Con motivo de la disolución del vínculo marital se ha indicado en esta sentencia que el divorcio origina nuevas circunstancias en torno a las necesidades de las pensiones alimenticias; así las cosas, la Corte Suprema ha señalado que al variar en el divorcio el estado de necesidad

de la recurrente, por el hecho de perder el derecho de atención en el Hospital Militar Central, tiene expedito su derecho para solicitar el aumento de pensión de alimentos que se le concedió.

Casación N.º 5699-2011 de fecha 09 de octubre de 2012, Arequipa.

Obligación alimentaria entre cónyuges

Conforme a esta decisión judicial el deber y también derecho a los alimentos entre los cónyuges, tiene su origen en el vínculo matrimonial que ostentan, el mismo que ha generado una familia; sin embargo, de manera excepcional establece la subsistencia alimentaria a favor del otro cónyuge si estuviera imposibilitado de trabajar; por lo que, el estado de necesidad sería la base para justificar la prestación.

Casación N.º 3468-2014 de fecha 17 de marzo de 2015, Lima.

Según esta decisión judicial se tiene que, en principio, es pertinente anotar que si bien el artículo 350 del Código Civil dispone que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los cónyuges, también establece de manera excepcional que esta obligación continúa vigente más allá del divorcio, si es que uno de los cónyuges no tuviera bienes o gananciales que le permitieran vivir dignamente, en estos casos el juez será quién le asigne una pensión de alimentos, cuyo monto no podrá ser mayor a la tercera parte de la renta del cónyuge; precisándose en su tercer párrafo que ello procede aunque el excónyuge hubiese dado motivos para el divorcio. Situación que para ser amparada debe cumplir con las condiciones descritas en el artículo mencionado caso contrario, dichas obligaciones alimentarias cesarán automáticamente.

B. Desestimatorias

Casación N.º 1673-96- Lima de fecha 30 de abril de 1998.

En esta decisión judicial se sostuvo que el cuarto párrafo del artículo 350 del Código Civil, es una excepción a la regla general que indica que el excónyuge debe responder por las necesidades de su pareja siempre que se encuentre en grave estado de necesidad, ello a pesar de haber dado motivos para la disolución del vínculo matrimonial. Pero, en este caso en particular, la recurrente no se encuentra en estado de indigencia o necesidad, por lo que la norma del Código Civil no se ha transgredido, salvo que haya suficientes medios probatorios que indiquen lo contrario.

Casación N.º 1261-2014- Lima de fecha 11 de mayo de 2015.

En este caso concreto se resolvió declarar improcedente el levantamiento de impedimento de salida solicitado al indicar que si bien la accionante (ahora emplazada) ha salido del país en setiembre de 1989, hasta marzo de 1984 existía una suma pecuniaria de pensiones devengadas que no fue cancelada. Por lo que, para la causal de separación de hecho y lograr que fenezca el vínculo matrimonial, es necesario que el actor haya cancelado en su totalidad las obligaciones alimentarias, cuyo monto fue pactado entre ambas partes.

Ahora bien, la norma puede ser flexibilizada si el caso lo requiere, pero en el analizado no hay requerimiento de la demandada con la finalidad de ejercer el cobro de las pensiones alimenticias devengadas desde el

año 1994 hasta la fecha; por lo que, esto denotaría que no existe un estado de necesidad urgente que proteger.

C. Nulas

Casación N.º 5818-2007 de fecha 10 de noviembre de 2008, Moquegua.

(Divorcio por causal de separación de hecho)

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia declaró fundado el recurso de casación interpuesto por C.C.C.L., casaron la resolución impugnada y, por consiguiente, declararon nula la sentencia de vista de fecha 05 de julio de 2007 y dispusieron que la Sala Superior emitía nuevo fallo conforme a derecho y a lo actuado.

En este puntual caso se analiza, entre otros puntos invocados en el recurso casatorio interpuesto por J.M.Z.M., si la obligación alimentaria debe subsistir estando disuelto el vínculo matrimonial; así en el décimo primero de sus considerandos, se precisa que el demandante le daba mensualmente un monto pecuniario a la demandada, esto debido a un mandato judicial, por lo que el cese no puede ser unilateral, sino que debe ser mediante un proceso judicial.

Ahora bien, del análisis a las sentencias estudiadas nos permite concluir que en determinadas ocasiones la Corte Suprema, como máximo tribunal de justicia ordinaria, en cumplimiento de su función nomofiláctica, ha emitido fallos declarando fundado el recurso casatorio y, como consecuencia de ello, de manera excepcional el otorgamiento de una pensión de alimentos a favor del excónyuge, por estar regulado

en la norma y por haberse acreditado en instancia previa (con los medios probatorios ofrecidos) que no cuenta con los recursos mínimos necesarios que le permita satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia (en otras palabras que se encuentra en estado de indigencia; sea por motivos de salud, imposibilidad para trabajar, entre otros). En ese entendido, la Corte Suprema se pronuncia a favor de la excónyuge indigente con el fin de que conserve y continúe su derecho a percibir alimentos como si -durante el vínculo matrimonial- se hubiesen prestado mutuamente, en virtud de los deberes asistenciales que juegan un rol fundamental en las relaciones familiares; sin embargo, en muchos otros casos la Corte desestimó tal pretensión por no haberse acreditado el estado de necesidad, y en otros declaró su nulidad en virtud del artículo 350 del Código Civil que establece el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges tras el divorcio, por considerar que terminada la relación surgen nuevas circunstancias en torno a las necesidades de las pensiones alimenticias.

3.2 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS QUE FORMAN PARTE DE LA HIPÓTESIS

3.2.1 Reconocimiento de las uniones de hecho como otra forma de constituir familia

En el ordenamiento jurídico peruano, la institución de la familia está regulada en los artículos 4, 6 y 7 de la Constitución del Estado, los cuales hacen mención al principio de protección de la familia y a su obligatorio reconocimiento, esto por su connotación de institución natural y

fundamental para la sociedad; asimismo, se reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir acerca de su paternidad y maternidad; por ello el Estado y la sociedad están obligados.

Su finalidad radica en que la institución de la familia se consolide y fortalezca de acuerdo con los principios y normas constitucionales, como lo establece el artículo 233 del Código Civil.

La familia, al ser un instituto natural, como lo prescribe la Norma Fundamental, se encuentra sujeta a los nuevos cambios sociales, culturales y económicos, los cuales están vinculados a nuevos paradigmas de la sociedad; de ahí que, comprende diversas realidades humanas distintas a la del matrimonio. Estos nuevos cambios significan una modificación en lo que se conoce como familia tradicional-nuclear, donde predomina el *pater familias*, dejándose de lado el concepto cerrado de familia y matrimonio para dar paso a uno más amplio con nuevas composiciones familiares o estructuras distintas a la tradicional como es la familia monoparental, familia reconstituida o ensamblada y aquella nacida de la unión de hecho, sin pasar por alto que el modelo familiar por excelencia en la legislación es aquel que se funda en el matrimonio, a pesar que la unión de hecho históricamente es anterior a él.

Por ello, dado a estos nuevos contextos sociales y en vista que las uniones de hecho cada día van en incremento en comparación con las uniones conyugales (26,7% de convivientes vs. 25,7% de casados/as, de acuerdo al censo nacional de Población y Vivienda 2017), se

encuentra justificado su reconocimiento como “fuente generadora de familia” con deberes y derechos en lo personal y económico, como tal, merecedora de tutela amplia y protección por parte del Estado y particulares ya que cumplen los mismos deberes propios del matrimonio; considerar lo contrario generaría una situación de inequidad y desprotección para un gran número de familias y peor aún contrario a lo que establece el artículo 4 de la Constitución de 1993.

Como consecuencia de estos nuevos cambios, surge un nuevo paradigma constitucional –Estado Legal de Derecho a Estado Constitucional de Derecho-, el paso de un modo de familia global a uno más democrático, de un modelo de familia único a un modelo pluralista, en razón a que el concepto de familia no se limita a la “tradicional o familia nuclear”, sino que la familia al ser un ente que se desenvuelve dentro de una sociedad va recogiendo influencias de dicho medio, transformándose así en una familia más dinámica y cambiante.

Es menester señalar también que “familia-matrimonio” son dos conceptos que están relacionados, pero a su vez son diferenciables; no obstante, ambos merecen ser tutelados, por el mismo hecho que la Constitución no se limita a un solo modelo de familia, sino que extiende la protección constitucional, dejando abierta la posibilidad de seguir protegiendo a nuevas formas de familias, que pueden surgir de acuerdo a la evolución de la sociedad.

Al constituir las uniones de hecho “otra forma de familia”, merecen ser protegidas siempre que no vulneren valores y principios constitucionales y estén conforme al ordenamiento jurídico nacional, pues así lo señala el artículo 5 de la Constitución, donde se aprecia que la unión de hecho nace de aquella relación heterosexual que dos personas forman, quienes deben cumplir con ciertos requisitos como el no tener impedimento matrimonial.

A este nuevo enfoque de familia, se conoce como “Constitucionalización del Derecho de Familia”; ello, conlleva la superación de una visión civilista en esta rama del derecho hacia una mirada constitucional, dado a que en las relaciones familiares están en juego derechos fundamentales de las personas que las conforman; además, este reciente enfoque de familia ha permitido que se aborden nuevos aspectos y conceptos basados en las nuevas necesidades sociales en relación con esta institución familiar, sin dejar de garantizar la debida protección de los derechos como finalidad última del constitucionalismo.

Por otro lado, la protección a la familia no solo se da en el espacio jurídico interno, sino que trasciende a otros niveles jurídicos de protección internacional, a partir del cual los derechos de las personas dejan de ser un asunto interno para seguir los tratados internacionales a fin de lograr lo que actualmente se conoce como “Convencionalización del Derecho de Familia”. Dentro de estos instrumentos normativos tenemos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

que en su artículo 15 (inciso 2) señala: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”.

Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16 precisa que el fundar una familia no sólo es un derecho fundamental sino también uno humano. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17), prescriben que es el Estado el ente que debe proteger a la familia en cualquiera de sus modalidades. Esto evidencia que la protección se extiende más a allá del vínculo matrimonial, incluyendo a las uniones de hecho.

Conformar una familia constituye un derecho fundamental, que faculta a las personas, como sujetos de derecho, a decidir si quieren casarse o no, siendo lo más fundamental que el hogar subsista y que la convivencia esté basada en respeto y deber: valores axiológicos tradicionales semejantes a los del matrimonio. Es por esta razón que, a partir de este nuevo proceso de convencionalización, el concepto de familia es abordado según las disposiciones de los textos constitucionales y, a su vez, de lo regulado a nivel internacional sobre la protección de los derechos humanos que forman parte del ordenamiento jurídico, conforme lo establece la Constitución en su artículo 55.

Entonces, a partir de esta disposición constitucional, este nuevo enfoque de convencionalización del derecho de familia permite que en las

relaciones familiares haya una concordancia entre los objetivos personales y los que se pretenden alcanzar como institución.

Por eso, las uniones de hecho constituyen una forma de fundar una familia y se las considera fuente generadora de deberes y derechos en lo personal y económico similares al matrimonio; asimismo, constituye un derecho fundamental que está vinculado con la constitución y desarrollo de las familias, siendo necesario por ello que se adopte un enfoque flexible de familia que tenga en cuenta las diferencias culturales y los factores de dependencia económica y emocional sobre la base de la tutela de dignidad de la persona humana e igualdad previstas en los artículos 1 y 2 de la Constitución.

3.2.2 Situación de indefensión del exconviviente en estado de indigencia

Para abordar este tema, en primer lugar, debemos precisar lo que entendemos por alimentos y es todo aquello necesario para satisfacer las necesidades elementales de la persona, sirven para su sostenimiento a favor de quienes que -por diversas causas- no les es posible proveerse por sí solas; por ello, el fin que persiguen no es otro que el de cubrir un estado de necesidad de quien lo solicita. Como derecho fundamental está protegido por la Constitución, pues se relaciona con el derecho a la vida y garantizado por valores como unidad, solidaridad y asistencia; asimismo, constituye un derecho fundamental, derecho humano, con rango supranacional ya que se encuentra garantizado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25); a tal efecto, corresponde al Estado garantizar este derecho con dignidad.

Ahora bien, cuando una relación (sea matrimonial o de unión de hecho) se termina por diversos factores, surgen deberes y derechos, en especial de carácter alimentario que necesariamente deben ser atendidos, sobre todo, a favor de quien se encuentre en estado de vulnerabilidad; pues, se ha evidenciado que en la mayoría de casos, el exconviviente (para fines de esta investigación) no cuenta ni está en condiciones de proveerse o mantenerse por sí mismo y peor aún no está facultado para una pensión de alimentos por no estar regulado en el ordenamiento jurídico peruano; a esto es lo que denominamos “situación de indefensión del exconviviente en estado de indigencia”.

El estado de indigencia, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe ser entendido como aquella situación en la que se encuentra una persona que no cuenta con los medios económicos para atender su subsistencia. Se traduce también en un estado de pobreza, que impide al exconviviente por sí mismo satisfacer sus principales necesidades básicas (techo, alimentos, asistencia médica, entre otros), por ello requiere el apoyo económico del otro para procurarlas, en virtud del principio-deber de solidaridad que une a la familia. A mi entender, lo indicado encuentra un importante sustento en lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 06572-2006-PA/TC, caso: Rosas Domínguez, donde se ha señalado que la interpretación de la unión de hecho de la Constitución sería muy constreñida si no se consideraran las obligaciones de cooperación o alimentaria, existiendo también el deber de asistencia mutua.

Al estado de indigencia, algunos estudiosos del derecho de familia, lo han denominado también “estado de insolvencia” que impide a la persona satisfacer sus requerimientos alimentarios, ya sea por motivos de salud, falta de trabajo, impedimentos físicos, entre otros; sin embargo, para tener acceso a ellos deberá acreditarse a fin de que se analice tal situación de manera efectiva, real o actual en relación con la circunstancia; como sucede, para la presente investigación, el estado de indigencia actual del exconviviente al término de su relación, siendo este el supuesto en el que cabe la posibilidad de implementar esta medida de protección, extendiéndose a la unión de hecho como una estructura familiar (Exp. N.º 00154-2012-PA/TC).

A partir de esto, si bien en el Código Civil específicamente en su artículo 474 se hace mención que los alimentos se deben recíprocamente entre los cónyuges, esto se debe a que durante el matrimonio existe una obligación alimentaria recíproca entre ellos y esto permite que luego del divorcio, continúen prestándose alimentos por mandato de la ley (artículo 350 del Código Civil) cuando uno de ellos, al encontrarse en estado de necesidad, requiere el apoyo económico del otro; exigiéndose para tal supuesto los dos requisitos básicos para su otorgamiento: necesidad de quien los pide y posibilidad de quien debe prestarlos, conforme al artículo 481 de la norma acotada.

Este fundamento se ve reflejado continuamente en las sentencias analizadas, pues en la casación N.º 1398-2008- Ica, se evidencia que a pesar de que el divorcio se haya dado, el deber de asistencia frente al

cónyuge que se encuentra en estado de indefensión persiste cuando se ha solicitado dentro de un proceso judicial. También, la postura que se sostiene en la investigación se puede observar en la Casación N.º 208-2012, a causa de la disolución del vínculo matrimonial se pierde la atención en el Hospital Militar Central, dejando abierta la posibilidad de solicitar judicialmente un aumento de pensión de alimentos. Esto permite demostrar que la jurisprudencia y la interpretación de la ley permite que subsista el deber de asistencia aun cuando el vínculo matrimonial haya fallecido.

Ahora bien, al sustentarse que el vínculo formado en las uniones de hecho es equiparable al matrimonio y se generan los mismos deberes y derechos, es necesario comparar la situación del conviviente que se encuentra en situación de necesidad debe ser asistido aun cuando se haya disuelto el vínculo filial.

En la Casación N.º 5699-2011, se evidencia que el deber de subsistencia permanece aun cuando el vínculo se disolvió, teniendo en cuenta el estado de necesidad del excónyuge. Situación que repetidamente se evidencia en las uniones de hecho, debiendo permitir que sean los exconvivientes quienes tengan abierta la posibilidad de ser asistidos cuando existe estado de necesidad de por medio. Pues en muchos hogares, solo uno de los convivientes se ocupa de las labores domésticas y deja de lado el aspecto laboral (dependencia económica), en tanto que el otro se ocupa de brindar el aporte económico para el sustento del hogar, ayudándose mutuamente en los deberes y obligaciones de la convivencia; pero, ello no ocurre así, ya que en la

legislación no existe regulación alguna respecto de la asistencia de alimentos a favor de un exconviviente cuando, tras la ruptura de su relación, se encuentre en estado de indigencia, es decir, cuando carece de medios propios que le impiden proveer a su propia subsistencia a fin de satisfacer sus elementales necesidades o no esté en condiciones de procurarse o mantenerse por sí mismo; solo está regulado el otorgamiento de alimentos a favor de un exconviviente en el supuesto que uno de ellos haya decidido dar por terminada la relación convivencial, siempre que la parte demandante así lo peticione, tal como aparece previsto en el tercer párrafo del artículo 326 del Código Civil.

Con el fin de poder ilustrar esta variable: situación de indefensión del exconviviente en estado de indigencia, se revisaron ciertas sentencias del Poder Judicial, incluidas de la Corte Superior de Cajamarca, advirtiéndose en ellas que se les denegó su derecho alimentario: i) por no haberse acreditado el estado de necesidad, y ii) por no existir una relación de convivencia actual o vigente; siendo que en la tercera de las decisiones judiciales se rechazó la demanda por no haberse adjuntado tasa judicial por ofrecimiento de pruebas y cédulas de notificación suficientes; así:

- a) En el Exp. N.º 01020-2006-0-0601-JR-FC-01 de reconocimiento de unión de hecho, iniciado en el Primer Juzgado de Familia, el criterio que adoptó la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca fue confirmar la sentencia de vista que declaró infundada la pretensión de alimentos solicitada por la demandante N.C.Q.G., considerando que

hubo terminación de la unión de hecho por decisión unilateral del demandado A.CH.M.; previsto en el artículo 326 del Código Civil, por no haber acreditado la demandante encontrarse en estado de necesidad.

Se indicó que la pensión alimenticia solicitada sería infundada debido a que la demandante tiene un trabajo estable en el Poder judicial, teniendo la condición de nombrada, lo que le permite solventar sus necesidades sin ningún inconveniente.

El criterio de la Sala Civil nos permite adentrarnos en el análisis que nos lleve a obtener fundamentos para aplicar las mismas reglas al exconviviente que se encuentra en estado de necesidad. Ahora bien, este estado debe ser probado adecuadamente durante el proceso, pues es indispensable para que el deber de asistencia subsista, por lo que en este caso no se cumplía, siendo que la demandante tenía un trabajo estable y por lo tanto tenía cubiertas sus necesidades básicas. Situación que no siempre ocurre, pues a pesar de los cambios sociales y culturales de las últimas décadas, existen muchas familias tradicionales, donde solo uno de los convivientes/cónyuges es el que se encarga de velar por la estabilidad económica del hogar, mientras que el otro se responsabiliza de las actividades domésticas y los hijos.

Por su parte, la opinión de la Sala no limita el deber de asistencia, debiendo interpretarse en ese sentido la ley, para que la disolución del vínculo no sea fundamento para dejar en situación de abandono al cónyuge que no puede solventar sus necesidades.

b) En la Casación N.^o 2228-2003-Ucayali, la Corte Suprema estableció que, para conceder la pensión de alimentos, es necesario que haya una relación convivencial vigente, o en su defecto, acreditar que el conviviente tiene la condición de abandonado. Y, será este mismo quién deba elegir si el dinero será como una indemnización o como concepto de pensión de alimentos. Esta situación necesariamente debe ser analizada, pero no se llevó a cabo debido a que la pretensión no fue amparada.

En esta casación se debe tener en cuenta que la relación convivencial no es determinante para decidir si el exconviviente puede obtener una pensión o no, haciéndose mención que en caso no exista la relación, el exconviviente debe encontrarse en condición de abandono. Esto lleva a interpretar que, a pesar de la disolución del vínculo, el deber de asistencia subsista siempre que sea necesario para la adecuada sobrevivencia del conviviente. Entonces, el legislador peruano debe tener en cuenta esta interpretación, pues al no reconocer el derecho alimentario del conviviente en estado de necesidad, se están violentando derechos fundamentales como la dignidad, la vida y los alimentos, generando que haya un daño irreversible e incluso pudiendo ocasionar la muerte.

Esta interpretación de la Corte Suprema permite tener fundamentos adecuados para el reconocimiento del derecho alimentario, pues los magistrados pueden deducir esta situación velando por los derechos fundamentales, por lo que el legislador debe seguir esta línea de criterio

para proteger al exconviviente, aun cuando a causa de este se haya producido la ruptura del vínculo.

c) En el tercer caso, existe un expediente que fue tramitado en la Corte Superior de Ancash interpuesto por el abogado F.J.N.S. contra su exconviviente, presuntamente por encontrarse en un estado de precariedad económica, demanda que fue rechazada por la Jueza de Paz Letrado de Huaraz por considerar que el recurrente no había adjuntado tasa judicial por ofrecimiento de pruebas y cédulas de notificación suficientes.

Este proceso, luego, fue visto por el Tribunal Constitucional a través del Exp. N.º 01321-2016-PA/TC, vía recurso de agravio por la denuncia penal que interpuso el abogado a la Jueza por el delito de prevaricato, por exigirle la presentación de tasas judiciales y cédulas de notificación en su condición de demandante; declarándose fundada en parte la demanda de amparo, nula la resolución fiscal y ordenándose que la Fiscalía de la Nación emita nueva resolución debidamente motivada de acuerdo a los fundamentos de la sentencia; sin embargo, el demandante no continuó con el proceso de alimentos, para saber en qué sentido habría sido atendida la pretensión de alimentos (fundada, infundada o improcedente) y sirva en el presente trabajo de investigación como un referente judicial.

Si nos detenemos en analizar los casos propuestos, en particular el deber alimentario a favor de un exconviviente en estado de indigencia, llegamos a la primera conclusión de que no existe norma o mandato que

obligue a prestarse alimentos recíprocamente durante su relación de convivencia ya que no se encuentran comprendidos en los alcances del artículo 474 del Código Civil.

La ley reconoce alimentos en caso de extinguida la relación por decisión unilateral de uno de ellos que abandona al otro, no así la obligación alimentaria en caso de indigencia por encontrarse imposibilitado de poder sustentarse por sí solo, en otras palabras cuando se encuentre en condiciones de pobreza; esto no ocurre con el excónyuge pues el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, prescribe que a través del divorcio se ocasiona el cese de la obligación alimenticia entre marido y mujer; empero, el párrafo siguiente de esta norma precisa de manera excepcional que si el divorcio es culpa de uno de los cónyuges y el otro no tiene bienes a su nombre o no tuviera la posibilidad de trabajar, entonces el magistrado tiene la posibilidad de asignar una pensión alimenticia, misma que no superará la tercera parte del culpable.

Por último, consideramos que la equiparación del derecho alimentario en las familias matrimoniales y uniones de hecho es necesario, pues tanto el exconviviente como el excónyuge en estado de indigencia necesitan alimentos -como un derecho fundamental- para satisfacer sus necesidades, siendo así debería regularse como una causal para su otorgamiento pues como bien lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Exp. N.º 04933-2008-PA/TC, indicando que el derecho de alimentos que pueda tener el exconviviente que se encuentre en estado de necesidad, esto teniendo en cuenta la interpretación de los

principios constitucionales, pues no existen reglas taxativas que lo regulen. Ahora bien, los principios pueden resolver el conflicto, teniendo en consideración también el principio de solidaridad.

La interpretación del Tribunal Constitucional nos lleva a determinar que el estado de necesidad de un conviviente, aun cuando el vínculo haya sido disuelto, subsiste cuando hay situación de precariedad, cuya solución no solo encontramos en los derechos fundamentales, sino también se encuentra el sustento en el principio de solidaridad, extendiéndose no solo a los hijos nacidos dentro de la relación, sino también cuando uno de los cónyuges y/o conviviente se encuentre en estado de necesidad, debiendo protegerlos aun cuando las condiciones para el reconocimiento de la unión de hecho o el matrimonio haya desaparecido.

Este principio permite que las personas “fruto de la existencia de relaciones de facto trianguladas por la conexión directa y la afectividad que, sin existencia de parentesco alguno o con parentesco biológico pero no jurídico, dan pie a la necesidad de protección legal o jurídica” (Benavente Moreda, 2023, p.234) puedan ser protegidas por la solidaridad, para así evitar el estado de necesidad.

Por otro lado, en el aspecto legislativo, como sabemos en la legislación peruana no están regulados los alimentos a favor de un exconviviente en situación de indigencia; sin embargo, esto sí ha sido tratado en la legislación comparada como es el caso de Argentina y Colombia; así, en el país de Argentina los convivientes se deben alimentos al término de

su relación siempre que uno de ellos sufra un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, y el otro esté en la posibilidad de apoyarlo; debiendo tenerse en cuenta, además, otros criterios para su otorgamiento como el haberse dedicado a la familia, crianza y educación de los hijos, edad, estado de salud, entre otros. De igual manera, en Colombia se deben alimentos tanto el cónyuge como los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho y los alimentos son necesarios siempre que no sea posible que el conviviente subsista por su cuenta.

En el aspecto normativo, se ha tenido en cuenta además la legislación de países sudamericanos como es el caso de Paraguay, Bolivia y Uruguay, donde está regulado también el pago de una pensión de alimentos a favor del exconviviente que carece de recursos y estuviere imposibilitado a procurárselo, y que podría solicitar alimentos al otro; por ejemplo en Paraguay en el Código Civil aprobado mediante Ley 1183/85 (modificado parcialmente mediante Ley 1/90 de fecha 15 de julio de 1992), en su acápite relacionado a unión de hecho o concubinato, específicamente en su artículo 90º, se señala que una vez terminada la convivencia y también la adecuada separación de gananciales de los concubinos, uno de ellos se encontrase en desventaja económica, tiene la posibilidad de pedir alimentos al otro, siempre que subsista el estado de necesidad.

En Bolivia, tanto el matrimonio como la unión de hecho (unión libre como lo denominan), son consideradas como instituciones sociales que dan lugar a una relación conyugal o de convivencia, se les reconoce el término de cónyuge sin distinción y cuando se extingue dicha relación el juez fija una pensión (asistencia familiar como lo denominan) a favor del excónyuge que no cuente con los medios suficientes por encontrarse en situación de salud grave o muy grave; así, en el Código de las Familias y del Proceso Familiar promulgado mediante Ley N.º 603 de fecha 19 de noviembre de 2014, en el capítulo primero sobre constitución del Matrimonio y de la Unión Libre, se señala que tanto el matrimonio como la unión libre son instituciones sociales que permiten el vínculo conyugal. Además, al igual que el caso peruano, deberán cumplir con los requisitos que se requiere para su materialización, como lo son la estabilidad y singularidad. Por otro lado, también se prescribe lo siguiente:

Artículo 215 (asistencia familiar al cónyuge):

- i. Si uno de los cónyuges no tiene medios suficientes por estar en situación de salud grave o muy grave, la autoridad judicial le fijará la asistencia familiar en las condiciones previstas por el artículo 116 del presente Código.
- ii. Esta obligación cesa cuando la o el cónyuge beneficiario constituye nuevo matrimonio o unión libre, cuando mejore su situación de salud, por empeoramiento de la situación económica de la o el cónyuge obligado al pago, o por el fallecimiento o presunción de fallecimiento de cualquiera de los dos.

Del mismo modo en la legislación uruguaya, mediante la Ley N.º 18.246 de Unión Concubinaria, específicamente en sus artículos 1, 2 y 3, prescribe el ámbito de aplicación, los caracteres y la asistencia recíproca respectivamente. En el primero, sobre el ámbito se indica

que la convivencia necesariamente debe ser ininterrumpida por el lapso de 5 años, solo así se podrán asumir derechos y obligaciones.

En el artículo 2 de la mencionada legislación, se indica que los efectos de la unión de hecho solo son aplicables a aquellas personas que comparten una vida, esto sin hacer distinción alguna por la orientación sexual de la pareja. A esto se suma que debe ser una relación estable, singular y permanente. Mientras que en el artículo 3 se hace alusión a la asistencia personal y material que existe entre la pareja, encontrándose obligados a contribuir en todos los gastos del hogar, esto teniendo en cuenta la situación económica de cada uno. Cuando se termina el vínculo, aún existe la obligación de auxilio, que no puede ser mayor al tiempo que duró la convivencia.

Entonces, a partir de la interpretación del Tribunal Constitucional y teniendo en cuenta la norma sustantiva civil, así como la legislación comparada, podemos concluir que las personas que estuvieron unidas en matrimonio tienen derecho a una pensión de alimentos una vez sea disuelta la relación; más no aquellas personas que formaron una unión de hecho con los requisitos que exige el artículo 326, primer párrafo, in fine del Código Civil: “siempre que haya durado por lo menos dos años continuos”; por este motivo, consideramos que el Estado (Poder Legislativo) deberá adoptar medidas positivas a favor de estos últimos por la situación específica en que se encuentran: estado de indigencia o de pobreza, en este caso, deberá regularse el derecho a los alimentos por tener la condición de derecho fundamental de la persona, ya que en ambas familias se cumplen deberes y derechos: enfrentan los mismos

fines, las mismas actividades en el hogar y cuidados de los hijos; caso contrario habría un trato desigualitario de la familia convivencial en relación con la familia matrimonial, vulnerándose así lo establecido en el artículo 2.2 de la Constitución y artículo 24 de la Convención Americana que protege el derecho a “igual protección de la ley”.

3.2.3 Principio de igualdad y no discriminación contra el exconviviente en estado de indigencia

Para desarrollar este principio, necesariamente debemos hacerlo desde el principio-derecho de igualdad, por la relación de dependencia entre uno y otro (principio de igualdad que incluye al de no discriminación) que, a su vez, son complementarios; para ello, tomaremos en cuenta la norma suprema, tratados internacionales y doctrina del Tribunal Constitucional, luego concluiremos si la situación del exconviviente en estado de indigencia respecto al derecho alimentario merece ser tratada igual que para el excónyuge.

El artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, se reconoce que todos deben ser tratados igual ante la ley, sin ningún tipo de distinción; es así que, a partir de este enunciado podemos conceptualizar al principio de igualdad como un principio que protege la igualdad de trato de las personas que se encuentren en situaciones iguales o coincidentes, evitando privilegios y desigualdades; y, que ante situaciones desiguales se conceda un trato distinto a las personas. Se fundamenta este principio en la máxima que ordena “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, por tal razón se le obliga al Estado,

a través de sus distintas autoridades, así como a los sujetos privados, a realizar acciones que estén destinadas a que las personas alcancen las mismas oportunidades sin distinción con las demás, en el ejercicio de sus derechos.

Como principio, contiene dos facetas: la primera es la igualdad ante la ley, esto referido a la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, configurándose como un límite para el legislador. Mientras que, la segunda es un límite para los órganos jurisdiccionales, quienes deben aplicar la ley uniformemente en los casos que lo amerite, obteniendo las mismas consecuencias jurídicas en casos sustancialmente iguales (Expediente N.º 0004-2006-PI/TC).

Además, está reconocido este principio en tratados de derechos humanos a través de cláusulas autónomas o subordinadas y abiertas o restringidas, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el ejercicio de su función consultiva (opinión consultiva OC-18/03), ha señalado que la igualdad ante la ley, como una manifestación de la no discriminación, constituyen elementos del principio. Además, se considera que pertenece al *ius cogen*, debido a que sobre él se sostiene la estructura del orden público tanto internacional como interno.

La igualdad es también un derecho fundamental y, como tal, tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo; como derecho subjetivo admite el derecho a la dignidad que tiene toda persona para ser tratada por igual ante la ley, frente a los demás; como derecho objetivo admite la

obligación del Estado y de los sujetos privados a fin de no discriminar a la persona frente a las demás cuando se encuentre en situaciones iguales, esto no impide brindarle un trato diferenciado siempre que esté debidamente justificado en razones objetivas; así, de manera acertada el Tribunal Constitucional en más de una sentencia ha indicado que este derecho no significa que haya una garantía que todos seamos iguales ante la ley y en todos los casos, pues la igualdad debe tratarse desde la desigualdad, es decir que los casos similares deberán ser tratados iguales, mientras que aquellos que son diferentes, deberán ser tratados de la misma forma, con las diferencias que requiera.

Por otro lado, el principio de no discriminación si bien, la Constitución en su artículo 2.2 reconoce el derecho a la igualdad que tiene toda persona ante la ley, también prohíbe que nadie sea discriminado a causa del sexo, religión, entre otros; en ese entendido, podemos definir al principio de no discriminación como aquel principio que tiene por esencia garantizar la igualdad de trato entre las personas; su finalidad es velar por la igualdad de derechos y la dignidad de todas las personas.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en más de una oportunidad con respecto a este principio, expresando que los principios de igualdad y consiguiente no discriminación se complementan entre sí, por lo que la igualdad contendría: En principio la no discriminación, mediante la cual se prohíben las diferencias que no estén sustentadas en razones justificables. En segundo lugar, se tiene el principio de protección, el cual

se manifiesta mediante acciones que tiene por finalidad cumplir con la igualdad real.

En otro momento, ha precisado que las formas o clases de discriminación son dos: directa e indirecta. La primera exige que la intervención tenga su fundamento en el juicio y decisión que no tenga razón y proporción. La segunda es que las normas jurídicas no deben tener efectos perjudiciales para una gran cantidad de personas dentro de un colectivo.

Este principio también está reconocido en tratados de derechos humanos, tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1.1) y Protocolo Adicional de la Convención (artículo 3), donde en su Opinión Consultiva N.º 4/84 se hace mención que la igualdad y la no discriminación derivan de la idea de la dignidad y, por ende, pertenecen a la naturaleza de la persona. Ahora bien, en esa línea de ideas, el tratamiento diferente no necesariamente se convierte en discriminación, pues no sería siempre ofensiva. La dignidad humana solo se vería afectada si hay un trato desigual frente a una situación igual; otra forma de vulneración sería si el caso es desigual, pero se da un trato igual, lo que generaría discriminación por indiferenciación.

Teniendo en cuenta estos fundamentos constitucionales y convencionales, analizaremos la normativa contenida en el Código Civil vigente vinculada al otorgamiento de la pensión de alimentos a favor del excónyuge indigente (artículo 350) en comparación con el exconviviente (artículo 326), a partir de lo cual se establecerá si el no otorgamiento de

este derecho fundamental al exconviviente vulnera el principio-derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 2.2 de la Constitución, cuando ambos se encuentren en igualdad de condiciones.

El artículo 350 del Código Civil establece que: “por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer [...] el indigente debe ser socorrido por su excónyuge, aunque hubiese dado motivos para el divorcio”; en tanto que, el artículo 326 de la norma acotada dispone que la unión de hecho termina con la muerte, acuerdo mutuo de uno o ambos convivientes, la ausencia. Ahora bien, cuando uno de los convivientes decide poner fin al vínculo, el magistrado puede dar al abandonado un monto pecuniario como indemnización, o en su defecto una pensión de alimentos.

Si comparamos ambas disposiciones, en la primera “el derecho alimentario a favor del excónyuge en estado de indigencia” y en la segunda “el pago de una pensión de alimentos al exconviviente cuando uno de ellos decidió dejar el hogar”, podemos apreciar que del contenido de la primera norma (artículo 350) se advierte un acto discriminatorio que brota del propio enunciado pues el derecho alimentario le alcanza o beneficia a un determinado grupo de personas que provienen de una relación matrimonial ya feneida (divorcio) y que se encuentren en condición de pobreza (estado de indigencia); esto, en relación con aquellas personas que habiendo finalizado su relación convivencial (exconviviente) se encuentran en condición vulnerable (estado de

indigencia), pero no les asiste el derecho a los alimentos por no haberse regulado esta causal en la norma acotada (artículo 326, tercer párrafo).

Como sabemos, esta última norma, solo protege al conviviente cuando la relación se extingue por decisión unilateral, pudiendo el órgano jurisdiccional conceder a petición del demandante abandonado: (i) una cantidad de dinero por concepto de indemnización, o (ii) una pensión de alimentos (Exp. N.º 081-93-Lima) más no por la causal propuesta (estado de indigencia) como se observó en las sentencias estudiadas, por no existir norma alguna que proteja su derecho fundamental a los alimentos cuando se extinga tal relación; por ello, resulta conveniente dar un tratamiento legal a las uniones de hecho en el reconocimiento de sus derechos personales como es el caso del derecho alimentario a favor del exconviviente, por parte del otro, cuando se encuentre en situación de pobreza, por ser este derecho expresión del deber de asistencia que se fundamenta en la preservación del sentimiento familiar que los vincula y que se hace sentir de modo tan evidente en la estructura y funcionamiento de la propia unión de hecho, a fin de que logre cubrir sus gastos de subsistencia, pues por sobre todo está el derecho de dignidad de la persona y la protección que merece la familia.

Consideramos también que existe discriminación en el aspecto normativo por haberse dictado una ley que solo favorece a un determinado grupo de personas en perjuicio de otro (uniones de hecho), pues así como existen parejas divorciadas también existen uniones de hecho que han concluido por diversos motivos; por ello, se exige que no

se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros, en circunstancias y condiciones idénticas, correspondiéndole en este caso al legislador dictar una ley que esté destinada a no crear situaciones de discriminación para aquellas personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, también son titulares de protección especial por parte del Estado.

Es, a tal efecto, que el Estado debe considerar medidas respecto de las necesidades de los exconvivientes, como sujetos de derechos por la situación específica en que se encuentren, sobre todo en el caso de estado de indigencia; además, deberá promoverse y permitirse el ejercicio de los derechos fundamentales de este grupo de personas, permitiendo así la igualdad como derecho fundamental de carácter transversal. Siendo así, se pretende que se desprenda de la dignidad y la propia naturaleza de la persona. Esto tiene la finalidad de alcanzar una mejor calidad de vida, para que así haya igualdad en cuanto al alcance de la protección legal.

Encuentra justificación para que se regule alimento a favor de este grupo de personas (exconvivientes) por su misma naturaleza de este derecho, en la medida en que el concubinato viene logrando grandes avances normativos por ejemplo en adopción, derechos sucesorios y previsionales, y de esta manera insiste en su reconocimiento institucional tan igual que la familia nacida del compromiso matrimonial; ello, en razón a que, del texto constitucional no se desprende un solo modelo de familia y por eso merece protección por parte del Estado, en

atención al artículo 2, numeral 2 de la Constitución Política del Perú, debiendo atenderse a esta realidad de manera objetiva y no tratársela como una situación circunstancial, cuando ambos (excónyuge y exconviviente) se encuentren en las mismas condiciones y estén en dificultad para poder obtener los medios suficientes que les permita atender sus necesidades elementales, luego de concluida su relación.

3.3 INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE ESTOS ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS PARA QUE SE RECONOZCA AL ESTADO DE INDIGENCIA COMO CAUSAL PARA EL OTORGAMIENTO DE UNA PENSIÓN ALIMENTICIA A FAVOR DEL EXCONVIVIENTE

Habiendo desarrollado cada uno de los fundamentos que sirvieron de sustento para respaldar la hipótesis; corresponderá en esta parte el respectivo análisis e interpretación, pero de manera sistemática, a fin de obtener como producto la propuesta de ley, esto es, se incorpore en el Derecho civil el estado de indigencia como una causal para el otorgamiento de una pensión de alimentos a favor de un exconviviente.

En primer lugar, se debe partir del Derecho a la igualdad que todo ser humano tiene ante la ley conforme al artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú, en atención a una realidad y necesidad latentes en nuestro país para que no exista un trato desigual. Se entiende, por tanto, que el Estado se encuentra obligado a proteger no solo a los miembros de la unión conyugal, también a los miembros de la unión de hecho pues entre ellos se generan diversos vínculos, tanto afectivos como patrimoniales. A través de esto se puede visualizar el principio de la igualdad entre las instituciones de matrimonio y concubinato. Ambos como

manifestación de otra institución importante como es la familia, creadores y generadores de familia, además, son una extensión del derecho humano a fundar una familia como así lo dice la Corte Suprema de Justicia en la casación 1532-2013-Lambayeque y casación 4121-205-Arequipa.

Desde una visión axiológica con un enfoque de derechos humanos, la familia como afirma Berenice citado por Pérez Gallardo (2016):

permite concebirla desde un enfoque pluralista, con otra mirada, que trasciende incluso los límites del Derecho privado. La familia es para siempre, es el sello que nos identifica, no solo como hijo, como padre, como hermano, sino como seres humanos. De ella venimos y a ella vamos, cualquiera sea el modelo, entidad, construcción o tipo de familia a la que pertenezcamos o la que construyamos" (p.161).

Por eso merecen respeto, protección y tutela tanto por la sociedad y el Estado. En esta definición, obviamente, se encuentran las uniones de hecho que merecen tutela jurídica y ello se justifica en la medida que constituyen relaciones familiares y merecen protección social, jurídica y económica, no solo durante la relación, sino al momento de su ruptura.

Por otro lado, toda persona -por el solo hecho de serlo- requiere para su sustento diario de alimentos que le permita conservar su vida en condiciones dignas y cumplir con su proyecto diseñado, de ahí que el derecho a los alimentos es inherente a la persona; por tal razón, tiene reconocido su derecho fundamental a la alimentación que está garantizado no solo por la norma suprema sino en tratados internacionales como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22 y de modo específico está recogido en el artículo 25, donde prescribe que todos tienen el derecho a tener un nivel de vida que le permita desenvolverse adecuadamente en la sociedad. Esto se extiende a la familia y engloba aspectos como la salud,

alimentación, vivienda, entre otros. Además, todos son titulares del derecho a obtener alimentos sanos y nutritivos.

Este derecho fundamental [alimentos] por ser anterior y superior a cualquier legislación constituye una de las piedras angulares del Derecho de Familia y su finalidad es satisfacer las necesidades elementales (alimentación, habitación, vestido, asistencia médica y psicológica, etc.) del acreedor alimentista y su consiguiente protección de sus derechos fundamentales a la vida, integridad, salud, entre otros. Para acceder a ellos existen ciertos requisitos que han sido regulados por ley: i) estado de necesidad del acreedor alimentista, ii) posibilidad económica del deudor alimentario, y iii) existencia de una norma legal para su otorgamiento. El estado de necesidad se presenta cuando una persona no se encuentra en posibilidades de atender a sus necesidades porque carece de recursos o medios económicos para cubrirlas; para el presente trabajo este requisito ha sido desarrollado bajo el concepto de “estado de indigencia”; la posibilidad económica es por quien debe prestarlo y debe contar con recursos para atender a las necesidades de la persona que lo solicita. Por último, debe existir una norma legal que señale la obligación alimentaria para que se establezca la prestación alimentaria; por ejemplo, en el artículo 474 del Código Civil se establece los sujetos que se deben alimentos recíprocamente, entre los cuales se hace mención de los cónyuges, más no a los convivientes como sujetos obligados a la asistencia alimentaria.

Ello se debe a que durante la unión conyugal tal obligación proviene del deber de asistencia, de contribuir al sostenimiento del hogar, donde ambos participan en la administración del hogar y cooperan en la economía de este, como lo

señalan los artículos 288, 290 y 300 de la norma acotada. En el caso de la unión convivencial si bien no se deben alimentos de manera recíproca, sus integrantes tienen el derecho y deber de contribuir en la administración del hogar, involucrando los aspectos económicos, esto para alcanzar las finalidades similares a las que se persiguen en el matrimonio.

Cuando la relación conyugal funciona normalmente, el deber de asistencia se cumple sin que sea necesaria la intervención del Estado, pero si termina por regla general “cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer” como lo precisa el artículo 350 del Código Civil; sin embargo, en este mismo artículo por excepción la obligación alimentaria subsiste entre excónyuges aun cuando uno de ellos hubiese dado motivos para el divorcio con la condición que cayese en indigencia para poder afrontar su subsistencia conforme al cuarto párrafo de la norma acotada. Esta excepción como lo explica Cornejo Fava (2016) “ha de atribuirse al hecho real de que, por mucho que el Derecho declare la insubsistencia del vínculo, quienes fueron o vivieron como marido y mujer no serán ya nunca extraños entre sí máxime si, precisamente a consecuencia de la convivencia marital, uno de ellos se viera colocado en situación de necesidad y con frecuencia en inferioridad de condiciones en relación al estado anterior al matrimonio” (p.122).

En el caso de los convivientes, cuando se termina la relación que es el momento más controvertido, es en efecto el artículo 326 del Código Civil que hace referencia a que la pensión de alimentos se constriñe únicamente al supuesto de terminación de la unión de hecho por decisión unilateral, concediéndole el juez –al exconviviente abandonado y afectado a la vez- a su elección una

indemnización consistente en una cantidad de dinero o una pensión de alimentos. De esta norma se advierte que este es el único supuesto que se le otorga alimentos al exconviviente cuando decidió unilateralmente dejar el hogar y, por ende, dar por terminada la relación; más no por la causal propuesta en el presente trabajo: estado de indigencia.

Como sabemos el estado de indigencia es considerado como aquella situación de pobreza o pobreza extrema que presenta uno de los integrantes de la unión de hecho que tras su ruptura no cuenta con ingresos para poder afrontar los gastos que ocasione cubrir sus elementales necesidades y que, al no existir norma alguna que ampare su derecho [alimentos] y se lo faculte [estado de indefensión] es que se ve imposibilitado de accionar en vía judicial para solicitar a su expareja cumpla con su obligación, viéndose obligada dicha persona, en algunos casos, de requerir el apoyo social que brinda el Estado para poder sustentarse; lo que no ocurre con el excónyuge, ya que según se precisó en el artículo 350 de este cuerpo normativo que necesariamente el indigente debe ser ayudado por el excónyuge, esto a pesar de haber sido el causante de la disolución del vínculo, como bien lo ha señalado García (citado por Antonio Cabanillas, 2003), es “una realidad social que viene siendo objeto de una especial atención por parte del mundo jurídico, han alcanzado un amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional, aunque no existe una ley general que las regule, ni una equiparación plena entre el matrimonio; lo cierto es que la legislación más reciente, tiende a su equiparación en determinados efectos, en el ordenamiento jurídico responde a una demanda social y encuentra su apoyo en la propia Constitución (p.4617).

Sin embargo, al encontrarse el exconviviente indigente en ese estado de indefensión, consideramos que al igual que el excónyuge que se encuentra en esta misma situación, tienen ambos el derecho a los alimentos por tener el carácter de ser un derecho fundamental, por tanto no debe existir diferenciación cuando no lo hay en virtud del artículo 2.2 de la Constitución, es así que el orden jurídico deberá adecuarse a la conservación de la persona humana y con ello, al respeto de su dignidad, a fin de que alcancen su perfección y para lograrlo requiere de bienes humanos a los que conocemos como derechos humanos, los mismos que brotan de la esencia de la persona siendo el principal de ellos precisamente la dignidad, entendida como aquella facultad que le sirve a la persona para asegurar las condiciones de una existencia y coexistencia cabalmente humanas y le permite al titular del derecho –toda persona- a gozar de los atributos, facultades o beneficios, a partir de la cual irradian todos los demás derechos como es el derecho a la vida, entre otros; tanto más si las uniones de hecho vienen alcanzando grandes avances normativos en favor del conviviente y exconviviente, con respecto a vocación de adoptar, vocación a heredar (derechos sucesorios) y pensión de sobrevivencia (derechos previsionales).

En ese entendido proponemos en el aspecto normativo que se incorpore en el artículo 326 del Código Civil el estado de indigencia como causal para el otorgamiento del derecho alimentario a favor del exconviviente, obviamente, quienes hayan cumplido con los requisitos que exige esta norma, tales como la unión heterosexual, cuyos miembros no deben tener impedimento matrimonial, para que exista un trato igualitario “igualdad de trato” en ambos; caso contrario consideramos que sería un acto discriminatorio que no se ajusta a los

parámetros constitucionales, puesto que el rol del Estado es propiciar situaciones de igualdad en el seno de la sociedad peruana; así, de manera específica, en el presente caso se trata de superar esta situación de desigualdad que no hace bien sino que divide a las personas, para lograrlo deberá colocarse en igualdad de condiciones al exconviviente y excónyuge con respecto a su derecho alimentario; de esta manera, se estaría tutelando un interés superior que no es más que la familia de acuerdo al nuevo paradigma de familia constitucional y convencional.

Finalmente, para saber si con la dación del artículo 350 del Código Civil el legislador estableció un tratamiento diferente hacia un determinado grupo de personas (exconviviente en estado de indigencia), se ha creído conveniente revisar la colección de lo esencial del Derecho de César Landa Arroyo (2017) y seguir el test desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. 00045-2004-AI que se ha constituido como una metodología de análisis y está compuesta por los siguientes pasos:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente.- en esta primera etapa se tiene que, tanto la familia matrimonial como extramatrimonial, son dignos de protección constitucional, por lo mismo tienen igual derecho a los alimentos al término de su relación siempre que acrediten su estado de indigencia; sin embargo, la norma legal cuestionada establece un tratamiento diferente hacia el exconviviente indigente por estar regulado únicamente los alimentos a favor del excónyuge indigente, a pesar que el derecho a los alimentos está comprendido en los derechos fundamentales correspondientes a todo ser humano.

- b) Determinación de la «intensidad» de la intervención.- en esta segunda etapa, para efectos de este trabajo, consideramos que la intervención en la igualdad es de intensidad grave por cuanto el motivo de la diferenciación se sustenta en causas expresamente prohibidas por la constitución conforme al artículo 2.2 (condición económica), en este caso la diferenciación está basada en la condición de pobreza del exconviviente, prohibida por la constitución ya que afecta el ejercicio de un derecho fundamental: derecho alimentario en condiciones de igualdad con respecto al excónyuge.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente. - en esta tercera etapa, con respecto a la medida legislativa, es a partir de la dación del artículo 350 que el legislador consideró que solo un determinado grupo de personas (excónyuge indigente) podría acceder al derecho de alimentos.
- d) Examen de idoneidad. - en esta cuarta etapa, la medida diferenciadora – derecho alimentario al exconviviente en estado de indigencia- que se propone permitirá que este grupo de personas vean realizado su derecho a los alimentos tan igual que el excónyuge que se encuentre en la misma situación.
- e) Examen de necesidad. - en esta quinta etapa, como una alternativa a la norma, podría servir de sustento al juzgador cierta jurisprudencia para que declare el derecho de alimentos a favor del exconviviente por la causal propuesta; sin embargo, esto no se ha evidenciado en las sentencias analizadas toda vez que en ellas no se les ha reconocido tal derecho por no contar con jurisprudencia al respecto; siendo necesario que se regule tal situación.

f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. - conforme a esta última etapa, la intervención es de intensidad grave por estar basada en un motivo de prohibición por la propia constitución e impedimento del ejercicio del derecho fundamental de alimentos a favor de un determinado grupo de personas (exconvivientes) en condiciones de igualdad con aquellas que formaron parte de una relación matrimonial.

En conclusión, el contenido del artículo 350 resulta discriminatorio, por ende, prohibido por el principio-derecho de igualdad; mereciendo por ello la incorporación en el artículo 326 del Código Civil de la causal del estado de indigencia para el otorgamiento de una pensión alimenticia a favor del exconviviente, a fin de evitar desigualdades; propuesta normativa que se formula a continuación.

CAPÍTULO IV
PROPUESTA NORMATIVA

LEY N.º.....

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 326 DEL CÓDIGO CIVIL

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley busca reconocer el estado de indigencia como una causal para el otorgamiento de una pensión de alimentos a favor de un ex conviviente.

Artículo 2. Procedencia

Para que la unión de hecho dé lugar al derecho alimentario se requiere que cumpla con las condiciones del artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento de la extinción de la relación convivencial.

Artículo 3. Reconocimiento del derecho alimentario

Para los efectos de la presente Ley, se reconoce el derecho alimentario a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 26662 de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, o reconocidas judicialmente.

Sin perjuicio de ello, el exconviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes de extinguida dicha relación no hubiera realizado la inscripción registral mencionada en el párrafo anterior.

Artículo 4. Incorporación del texto en el artículo 326 del Código Civil

Incorpórese al artículo 326 del Código Civil el texto siguiente:

“Extinguida la relación convivencial, el indigente debe ser socorrido por su exconviviente cuando no cuente con los medios económicos que le permitan garantizar sus elementales necesidades”.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de.....de.....

4.1. Exposición de motivos

La Constitución vigente en su artículo 4 reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad, por lo mismo está sujeta a nuevos cambios en lo social, económico y cultural. Dentro de estos cambios surgen otros tipos de familia como las uniones de hecho, dotadas al igual que la familia matrimonial de protección constitucional; de ahí que reciben la denominación de familia constitucionalizada o “constitucionalización de la familia”; pero no solo su reconocimiento [de la institución familiar] está plasmado en la carta fundamental sino también en tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico y por eso hoy en día hablamos ya de una familia convencional o “convencionalización de la familia”.

Es en tal sentido que el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Exp. N.^o 06572-2006-PA/TC en su fundamento 11, señala que no cabe distinguir un tipo de familia, pues todas deben ser protegidas por el Estado y la sociedad. Por lo tanto, no existe justificación alguna de protección especial para la familia que proviene del matrimonio, pues en el Perú la gran cantidad de familias son producto de las uniones de hecho.

En ese contexto, el artículo 5 de la Constitución señala que la comunidad de bienes se rige por la sociedad de gananciales, esto debido a la relación estable que haya formado la pareja en cuestión, siempre que sea aplicable. Complementariamente el artículo 326 del Código Civil regula el “concubinato propio” como aquella unión que está formada por un hombre y una mujer, quienes no tienen impedimento matrimonial y buscan alcanzar los mismos objetivos que el matrimonio.

Siendo así, el número de hogares formados por uniones de hecho es cada vez más grande, esto conforme lo indica el Censo Nacional de Población y Vivienda 2017, donde teniendo el 12% de familias conformadas por uniones de hecho, se pasó al 16,3%.

Para la conformación de las uniones de hecho, uno de los requisitos exigibles por ley es la formalidad, pues si bien es cierto no requieren el cumplimiento de la “solemnidad” que se exige para el matrimonio, si requiere de su inscripción en el Registro Personal de Declaración de la unión de hecho en los Registros Públicos; por eso son dos las formas de inscripción en el mencionado registro: por vía judicial o a través de la vía notarial en asuntos no contenciosos.

Por otro lado, con respecto al instituto jurídico de los alimentos, estos constituyen la principal fuente de sustento para la humanidad, está considerado como un derecho fundamental pues su finalidad es asegurar la conservación de la vida de las personas; comprende todo lo necesario para poder sobrevivir y tener una calidad de vida adecuada.

Tienen derecho a los alimentos todas las personas por el mismo hecho de serlo; es así que durante la relación matrimonial se deben recíprocamente alimentos los cónyuges por ley; sin embargo, cuando aquella se extingue excepcionalmente puede continuar percibiéndolos siempre que acredite encontrarse en estado de indigencia o no cuente con los medios necesarios para sustentarse diariamente aunque haya dado motivos para el divorcio como lo explica el artículo 350 del Código Civil en su tercer párrafo: “El indigente debe ser socorrido por su excónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio”; en tanto que, durante la relación convivencial ambos

cooperan en la economía del hogar, ambos lo administran, se apoyan mutuamente para satisfacer sus necesidades elementales, pero no existe una ley; no obstante, cuando se rompe dicha relación el exconviviente al no contar con los medios necesarios para cubrir sus necesidades básicas se encuentra en indefensión al no existir una norma que le faculte acceder al órgano jurisdiccional solicitando alimentos al exintegrante de esa relación convivencial, por no haberse regulado esta causal [estado de indigencia] en el artículo 326 del Código Civil.

Esta norma al haber sido redactada de esta manera presenta una omisión que, por ser tal, también afecta el derecho de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 2 inciso 2) de la Constitución del Estado, toda vez que no prevé al estado de indigencia como una causal para el otorgamiento de una pensión alimenticia a favor del exconviviente, que en su momento perteneció a una unión de hecho con los requisitos establecidos en el artículo 326 del código acotado.

Este derecho-principio ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, quien ha señalado que se vulnera cuando el trato desigual carece de una justificación objetiva y razonable; así en el Exp. N.º 04482-2011-PA/TC, expresó que el artículo 2, inciso 2 de la Carta Magna permite el adecuado reconocimiento de la igualdad, debiendo justificarse el trato desigual, y sin esta condición se estaría configurando una vulneración y por ende discriminación. Mientras que, en el artículo 5 se regula el derecho a la igualdad, cuya connotación también abarca la calidad de principio. En ese sentido, la igualdad en la ley se traduce en un límite para el legislador,

mientras que este derecho en la aplicación de la ley, se traduce como un límite en el actuar de todos los organismos jurisdiccionales.

Por tanto, en estricto cumplimiento del marco constitucional, legal y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consideramos que se debe modificar el artículo 326 del Código Civil, para que extinguida la relación convivencial el indigente sea socorrido por su exconviviente cuando no cuente con los medios económicos que le permitan garantizar sus elementales necesidades.

4.2. Efectos de la vigencia de la legislación nacional que se pretende modificar

Los efectos de la vigencia de la presente iniciativa legislativa se circunscriben en modificar el artículo 326º del Código Civil, a fin de que el exconviviente de una unión de hecho propia sea acreedor de una pensión alimenticia cuando se encuentre en estado de indigencia; es decir, cuando no cuente con los recursos económicos necesarios que le permitan afrontar la satisfacción de sus elementales necesidades por sí solo.

4.3. Análisis costo-beneficio

La presente propuesta legislativa no genera costos al erario público; por el contrario, genera un beneficio que será principalmente social y se manifestará al reconocer el estado de indigencia como una causal para el otorgamiento de una pensión alimenticia a favor del exconviviente.

CONCLUSIONES

1. Se establece que los argumentos justificativos para reconocer el estado de indigencia como causal de pensión de alimentos a favor del exconviviente son: el reconocimiento de las uniones de hecho como forma de familia, la situación de indefensión del exconviviente y la vulneración del principio de igualdad y no discriminación respecto al excónyuge, conforme al desarrollo del derecho constitucional y convencional.
2. En relación con el análisis del reconocimiento de las uniones de hecho como forma de constituir familia, se concluye que el ordenamiento jurídico peruano les otorga una protección parcial y diferenciada. Si bien son reconocidas como una entidad familiar, este estatus no se traduce en una tutela integral equiparable a la del matrimonio, especialmente en lo concerniente a los derechos posteriores a su disolución.
3. Respecto al examen de la vulnerabilidad socioeconómica del exconviviente, se determina que la ausencia de un derecho expreso a alimentos en caso de indigencia agrava sustancialmente su riesgo de desamparo económico. Esta omisión legal lo sitúa en una posición de desprotección frente al excónyuge, quien cuenta con un amparo normativo claro.

4. Sobre la evaluación de una posible vulneración al principio de igualdad y no discriminación, se constata que existe un trato desigual y discriminatorio. El artículo 350 del Código Civil protege al excónyuge indigente, mientras que no existe previsión análoga para el exconviviente en idéntica situación, lo que contraviene el mandato constitucional de igualdad ante la ley (Art. 2.2 de la Constitución).
5. En cuanto a la elaboración de una propuesta normativa, se formula como solución concreta la necesidad de incorporar en el Código Civil una disposición que reconozca expresamente el estado de indigencia como causal autónoma para demandar una pensión de alimentos a favor del exconviviente, subsanando así la actual omisión y alineando la legislación con los principios constitucionales.

RECOMENDACIONES

1. Es conveniente que el legislador regule el estado de indigencia como una causal para el otorgamiento del derecho alimentario a favor del exconviviente; basado en el principio-derecho de igualdad ante la ley.
2. Se recomienda al legislador incorporar en el artículo 326 del Código Civil el estado de indigencia como una causal para el otorgamiento de una pensión de alimentos a favor del exconviviente cuando no cuente con los recursos necesarios para atender su propia subsistencia.
3. Se sugiere que los jueces peruanos haciendo uso de sus facultades que le confiere la Constitución Política del Estado, cuando se presente un caso de alimentos iniciado por un exconviviente en estado de indigencia, se resuelva conforme está regulado para el excónyuge, en aplicación del principio-derecho de igualdad ante la ley, consagrado en la norma fundamental.
4. Los estudiosos peruanos y extranjeros del Derecho de Familia deberían desarrollar con mayor profundidad el derecho alimentario a favor del exconviviente en estado de indigencia.
5. Los operadores jurídicos deberían contemplar el estado de indigencia como una causal para resolver los procesos de alimentos planteados por los exconvivientes, en armonía con los principios constitucionales de igualdad ante la ley, justicia y equidad.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2013). *El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Aguilar Llanos, B. (2016). *Claves para ganar los procesos de alimentos. Un enfoque aplicativo de las normas, la doctrina y la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Alvites Carbonelli, E. (2018). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso*. Obtenido de <http://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.010>
- Amado Ramírez, E. P. (agosto, 2018). La unión de hecho y la importancia de la valoración de los medios probatorios. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 239. Gaceta Jurídica.
- Aranzamendi, L. (2011). *Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada al derecho*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Atienza, M. (2010). *Tratado de argumentación*. Madrid: Trotta.
- Benavente Moreda, P. (2023). Jornada sobre "Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar". 20 de diciembre de 2022. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. *Anuario de Derecho Civil*, 225-242. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9046260.pdf>
- Canales Torres, C. (2016). *Invalidez, separación y divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Instituto Nacional de Estadística e Información (2018). *Censos2017*. Obtenido de inei.gob.pe/redatam/

Chávez Granda, J. (2019) La importancia de la parentalidad socioafectiva en las familias ensambladas. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* 135. Gaceta Jurídica.

Código Civil Chileno. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Documento generado en la web el 26 de enero de 2019. Última modificación al Código Civil con fecha 20 de marzo de 2018 mediante Ley 21080.

Código Civil Colombiano. Documento generado en la web el 26 de enero de 2019.

https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Ley 26.994 sancionada el 01 de octubre de 2014 y promulgada el 07 de octubre de 2014. Documento generado en la web el 26 de enero de 2019.

http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Informe temático sobre "Pobreza y derechos humanos en las Américas" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Puede visualizarse en OEAISer.L/V/II.164. Doc. 147. 2017.

Cornejo Fava, M. T. (diciembre, 2016). *Causas para ganar los procesos de alimentos: La obligación alimentaria de los cónyuges y excónyuges*. Lima: Gaceta Jurídica.

Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. Fundamentos 334-336.

De Domingo Pérez, T. A. (2008). Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* 8. Gaceta Jurídica.

Debate Constitucional-1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Tomo V. Lima Perú (31-05-93 al 20.09-93).

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Documento generado en la web el 26 de enero de 2019. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Diez Picazo, L. y Antonio, G. (2002). *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*. (8^a ed.). Madrid: Tecnos.

Donoso Díaz, M. (2010). *Mediación Familiar: Un enfoque integral de la Familia y su contexto legal* (2^a ed.). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica Silva Hernández.

Dossier de la Jurisprudencia. En Diálogo con la Jurisprudencia. N.º 250.Julio 2019.ISSN:1812-99587, p. 11. Gaceta Jurídica.

Espinosa, E. (2017) *La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad*. Revista IIDH, ISSN 1015-5074, N.º. 65, 2017, Págs. 11-68. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>

Fabio Esborraz, D. (2015) *El concepto constitucional de familia en América Latina: Tendencias y proyecciones*. Recuperado de www.redalyc.org/pdf/4175/41753062002.pdf

Fernández Revoredo, M. (2013). *Manual de Derecho de Familia: Constitucionalización y Diversidad Familiar*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ferrajoli, L. (1999). Igualdad y diferencia, Derechos y Garantías. La Ley del más débil. Madrid. Trotta, pp. 73-96. En *materiales de la Academia de la Madrid para el Curso especializado “El enfoque de género en la Administración de Justicia-año 2018*.

García Toma, V. (2008). *Los Derechos Fundamentales del Perú*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Guamán Chacha, K. A., Hernández Ramos, E. L., & Lloay Sánchez, S. I. (2020). El positivismo y el positivismo jurídico. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(4), 265 - 269. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000400265&lng=es&tlng=es.

Hawie Lora, I. M. (2015). *Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Hernández Sampieri, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. (5^a ed.). México, D.F.: Editorial Mc Graw Hill Interamericana.

Himma, K. E. (2014). Positivismo jurídico incluyente. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*(8), 353 - 430.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). Perfil Sociodemográfico del Perú. Resultados de los Censos Nacionales XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas, realizado en octubre de 2017. Obtenido de <https://surl.li/wpchjs>

- Landa, C. (2013). *La constitucionalización del derecho peruano*. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8895>
- Lopera Echavarria, J. D., Ramírez Gómez, C. A., Zuluaga Aristazábal, M. U., & Ortiz Vanegas, J. (2010). El método analítico como método natural. *Nómadas*, 25(1).
- López Fuentes, R. A. (2018). La progresiva protección del derecho a la familia y del menor de edad a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* 125. Lima: Gaceta Jurídica.
- Loyola Ríos, N. D. (2016). El neoconstitucionalismo y la reconfiguración de los sistemas jurídicos. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* 97. Lima: Gaceta Jurídica.
- Miranda Canales, M. J. (2016). Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10), 99 - 111. doi:<https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.231>
- Nuria González, M. (2008). *El Derecho de Familia en un mundo globalizado: especial referencia a la adopción internacional*. Obtenido de <https://www.oas.org>
- Pérez Gallardo, L. B. (2016). Las nuevas construcciones familiares en la jurisprudencia constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* 97. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. F. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021. <https://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf>

Pobreza y Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Algunas aproximaciones preliminares. Ariel E. Dulizky. Obtenido de https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/pobreza-derechos-humanos.pdf

Quecedo, R., & Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica* (14), 5 - 39. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17501402>

Quintana Castillo, C. (2015). Reconocimiento de las uniones no matrimoniales en Latinoamérica, a propósito de la entrada en vigencia de la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil en Chile. *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado*, 115-136. Recuperado de <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/1070#page=1>

Quiroz Frías, A. P. (2014). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.

Quiroz Frías, A. P. (abril, 2018). ¿Son un deber de asistencia los alimentos? *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* 124. Lima: Gaceta Jurídica.

Ramírez Huaroto, B. (2018). *Derecho de familia y procesos constitucionales*. Obtenido de <https://surl.li/iggjfm>

Rosas Castañeda, J. A. (2019). Rasgos esenciales de los derechos fundamentales y las técnicas argumentativas de proporcionalidad y ponderación. *Doctrina constitucional de Gaceta Constitucional* 139. Lima: Gaceta Jurídica.

Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho.

- Revista Telemática de Filosofía del Derecho 14, 317-358. Obtenido de <http://www.rtfd.es/numero14/11-14.pdf>*
- Simón Regalado, P. (2017). *La Pensión alimenticia: qué criterios usan los jueces en relación a su aumento o reducción*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Tafur Gupioc, E. y Ajalcriña Cabezudo, R. E. (2013). *Derecho Alimentario*. Lima: Editora Fecat.
- Toyco Suárez, P. N. (2018). La discapacidad en la Constitución: Hacia un necesario reconocimiento de derechos fundamentales desde la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* 124. Lima: Gaceta Jurídica.
- Tribunal Constitucional. En STC emitida en el Exp. N.º 0045-2004-AI/TC (f.j. 20).
- Tribunal Constitucional. STC emitida en el Exp. N.º 03960-2016-PA/TC (f.j. 7 a 10); fundamento ocho del voto del magistrado Ramos Núñez.
- Tribunal Constitucional. STC emitida en el Exp. N.º 00261-2003-AA/TC (f.j. 3.1; párrafos 3, 4 y 5).
- Tribunal Constitucional. STC emitida en el Exp. N.º 02437-2013-PA/TC (f.j. 5).
- Tribunal Constitucional. STC emitida en el Exp. N.º 03605-2005-AA/TC (f.j. 3).
- Tribunal Constitucional. STC emitida en el Exp. N.º 04493-2008-PA/TC (f.j. 15).
- Tribunal Constitucional. STC emitida en el Exp. N.º 06572-2006-PA/TC (f.j. 7 a 10).
- Tribunal Constitucional. STC emitida en el Exp. N.º 06572-2006-PA/TC (f.j. 8, 9).
- Tribunal Constitucional. STC emitida en el Exp. N.º 2868-2004-AA/TC (f.j. 14, último párrafo).
- Valderrama Mendoza, S. (2016). *Pasos para elaborar Proyectos de Investigación científica cuantificada, cualitativa y mixta*. (6^a ed.). Puno: San Marcos.

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Vásquez Armas, R. (julio, 2018). El “estado de cosas inconstitucional” y su aplicación por el Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* 127. Lima: Gaceta Jurídica.

Vega Mere, Y. (2010) *El nuevo rostro de la familia*. Obtenido de www.revistas.pupc.edu.pe

Zavala Egas, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil-Ecuador: Edilex S.A. Editores.

Zicavo Martínez, N. (2009). *La Familia en el Siglo XXI: Investigaciones y reflexiones desde América Latina*. Ponencia por Méndez Guzmán, María Ximena y Otros: Factores que inciden en la Constitución y mantención de la Relación de pareja estable: Una visión multidisciplinaria en las comunas de Concepción y Talcahuano. Ediciones Universidad del Bío-Bío.

Zuta Vidal, E. I. (2018). La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes. *Ius et veritas*, 186-198.
doi:<https://doi.org/10.18800/iuseveritas.201801.011>

ANEXO

CUADRO N.º 1

**PERÚ: POBLACIÓN CENSADA DE 12 Y MÁS AÑOS, SEGÚN ESTADO CIVIL O CONYUGAL,
1981-2017**
(Absoluto y porcentaje)

Estado civil o conyugal	Censo 1981 a/		Censo 1993 b/		Censo 2007		Censo 2017	
	Absoluto	(%)	Absoluto	(%)	Absoluto	(%)	Absoluto	(%)
Total	11 152	100,0	15 307	100,0	20 850	100,0	23 196	100,0
	131		295		502		391	
Conviviente	1 336 326	12,0	2 488	16,3	5 124 925	24,6	6 195 795	26,7
		779						
Separado/a	181 813	1,6	269 495	1,8	714 242	3,4	968 413	4,2
Casado/a	4 285 091	38,4	5 384	35,2	5 962 864	28,6	5 959 966	25,7
		534						
Viudo/a	520 589	4,7	617 750	4,0	809 707	3,9	940 437	4,1
Divorciado/a	...	-	65 654	0,4	114 093	0,5	209 707	0,9
Soltero/a	4 828 312	43,3	6 481	42,3	8 124 671	39,0	8 922 073	38,5
		083						

a/ Excluye a la población que no especificó su estado civil o conyugal.

b/ Comprende separado y divorciado.

Fuente: INEI- Censos Nacionales de Población y Vivienda, 1981, 1993, 2007 y 2017.