

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**Pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los
casos de divorcio por causal de adulterio**

**Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogado**

Autor

Palomino Dolores, Diana Carolina

Asesor

Díaz Ambrosio, Silverio

Huaraz – Perú

2019

DEDICATORIA

A Dios, quien me dio la vida y la dicha de tener salud y sabiduría.

A mis padres por ser personas bondadosas y maravillosas que forjaron una familia excepcional.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad San Pedro por ser el medio para lograr mis metas personales y profesionales.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado, presento ante ustedes mi Trabajo de Suficiencia Profesional titulada, **pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los casos de divorcio por causal de adulterio.**

La finalidad del presente trabajo de investigación es analizar y explicar los criterios de la doctrina, la jurisprudencia peruana y el derecho comparado y analizar la normatividad sustantiva y adjetiva penal que regula este proceso especial de la teoría procesal civil. Todo ello en cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad San Pedro SAD - Huaraz, el mismo que nos permitirá obtener el título profesional de Abogado.

También debemos manifestar que los resultados que se proponen en las conclusiones y sugerencias, son congruentes con el marco teórico desarrollado.

Esperando cumplir con los requisitos formales del presente reporte de investigación, ponemos a consideración al honorable jurado para su respectiva revisado, observación y aprobación.

Bach. Palomino Dolores, Diana C

Palabras Claves:

Tema	Alimentos
Especialidad	Derecho Civil

Keywords:

Text	Foods
Specialty	Civil Law

Línea de Investigación: Derecho

INDICE GENERAL

	Página
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Presentación.....	v
Palabras Claves	vi
Índice General.....	vii
Introducción.....	1
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES.....	5
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	09
CAPITULO III: LEGISLACIÓN NACIONAL.....	46
CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA.....	49
CAPÍTULO V: DERECHO COMPARADO	53
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES.....	59
CAPÍTULO VII RECOMENDACIONES.....	61
CAPÍTULO VIII: RESUMEN	62
CAPÍTULO IX REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63
CAPÍTULO X: ANEXOS.....	65

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de suficiencia profesional, tiene como objetivo realizar un análisis jurídico dogmático de la pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los casos de divorcio por causal de adulterio.

Este trabajo recoge información en materia civil, los cuales va a permitir analizar hechos y aspectos jurídicos con respecto al tema, con la finalidad de cubrir los vacíos teóricos legales y normativos que lo pobladores deben conocer para hacer respetar sus derechos y respetar los derechos ajenos, en especial el de proteger a los menores que son los más perjudicados.

Por otro lado, nos va permitir observar y determinar que las sentencias en relación a la pensión de alimentos de los cónyuges en nuestro país no se cumplen, de manera especial lo dispuesto en el artículo 345-A del Código Civil la cual es “velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado”. A veces se otorgan indemnizaciones que, sin duda alguna, quedan cortas para alcanzar el objetivo de la institución.

Por ello, nuestra preocupación de analizar y presentar a la comunidad los aportes legales que resguardan o protegen en sus derechos de los cónyuges no solo en nuestro país sino también en otros países. Ante lo señalado, el presente trabajo de suficiencia desarrollará en su primer capítulo los antecedentes de la protección del derecho alimentario desde épocas muy remotas; en el capítulo dos relacionado al marco teórico se presentará información respecto a las teorías del derecho alimentario, en el capítulo tres presentaremos aspectos relacionados al derecho comparado de las normas que establecen la protección alimentaria del cónyuge desde lo planteado en régimen de divorcio en el Perú y en otros países.

El presente trabajo de investigación está dividido en diez capítulos: el primer capítulo está referido a los antecedentes; en el segundo capítulo se aborda el tema de la revisión de la literatura o marco teórico; el tercer, cuarto y quinto capítulo están referidos a la legislación nacional, la jurisprudencia y el desarrollo del derecho comparado; finalmente en los capítulos seis al diez se presentan los temas referidos a las conclusiones, recomendaciones, resumen, referencia bibliográfica y los anexos.

Desde el punto de vista metodológico se emplearon los métodos, exegéticos, hermenéutico, argumentación jurídica y fenomenológico. La información obtenida fue contrastada con el marco teórico, de donde se extrajeron los puntos problemáticos, discusión, y las conclusiones.

Lo descrito líneas arriba, nos ha permitido que en la presente investigación planteamos la siguiente interrogante:

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos dogmáticos de la pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los casos de divorcio por causal de adulterio?

Objetivo General. -

Analizar los fundamentos jurídicos dogmáticos de la pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los casos de divorcio por causal de adulterio.

Objetivos Específicos. -

1. Analizar y explicar los criterios de la doctrina peruana y el derecho comparado respecto a la pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los casos de divorcio por causal de adulterio.

2. Analizar y explicar los criterios establecidos por la jurisprudencia nacional respecto a la pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los casos de divorcio por causal de adulterio.

Variables de estudio. –

Hernández, Fernández y Baptista (2010) consideran que una variable no es otra cosa que una propiedad o condición que puede variar y cuya variación es susceptible de ser medida. Las variables adquieren valor para la investigación científica cuando pueden ser relacionadas entre sí. El uso de variables en investigaciones como la nuestra, que es de índole dogmático - filosófico es un despropósito, que solo satisface las exigencias de esquemas de proyectos e informes de tesis de algunas universidades, que son el reflejo de un marcado positivismo inmaduro.

Según Ramos (2014) las variables están ligadas con un concepto muy importante dentro de la investigación científica, con el de operacionalización; el cual consiste en establecer las variables y hacerlas susceptibles de un mejor manejo; esto es posible a través de dividir las variables en elementos para que puedan ser mejor utilizados en la investigación. El uso de las variables en el campo de las investigaciones jurídicas, es pertinente cuando se trata de trabajos de campo, a saber, la medición de la población penitenciaria, el establecimiento estadístico de la violencia doméstica en cierta área geográfica, la magnitud de la causa de adulterio en algún juzgado de familia.

Las variables de la presente investigación son:

- Proceso Civil
- Alimentos
- Divorcio
- Adulterio
- Jurisprudencia
- Doctrina
- Derecho Comparado

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1. Antecedentes-

En este tópico, referido a los antecedentes del presente trabajo de investigación presentamos una síntesis de las investigaciones y trabajos realizados, que guardan relación con el objeto de estudio de la presente investigación, con el fin de dar a conocer cómo ha sido abordado el tema desde una perspectiva eminentemente dogmática jurídica. Por lo que, en el presente trabajo de investigación, se hizo una revisión del estado de la investigación en torno al problema de investigación respecto a los fundamentos jurídicos dogmáticos de la pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los casos de divorcio por causal de adulterio.

Delgado (2017) describe como se viene dando la pensión alimenticia para el interés superior del niño, niña y adolescente, en la jurisdicción de S.J.L. 2016. En esta investigación utilizó una sola variable: Pensión Alimenticia para el Interés Superior del niño, niña y adolescente, cuyo énfasis fue en los 3 derechos de los niños y adolescentes con mayor relevancia (Alimentación, educación y bienestar en salud), las mismas que fueron sustentados por nuestros teóricos (Peralta, Pankara, Jarecca y Morillo). De acuerdo al análisis y discusión de los resultados donde se midió una sola variable y concluye que la Pensión Alimenticia tiene que ser administrada de forma consiente ya que su finalidad es para el desarrollo del menor de edad y exclusivamente para sus necesidades básicas.

Carhuapoma (2015), concluye con respecto al tema de sentencias sobre pensión de alimentos vulnera el principio de igualdad de género, que nace de la interacción y observación de la investigadora acerca de la realidad que viven los padres alimentistas en las demandas por Pensión de Alimentos en donde ellos reciben poca o ninguna protección por parte de nuestra legislación peruana, el problema se agrava cuando el Juez al momento de emitir una sentencia en materia

de alimentos se guía por estereotipos, por criterios personales dejando de lado el derecho positivo. Si bien los criterios que debe observar el Juez para la determinación de una pensión alimentaria se encuentran expresamente previstos en el artículo 481 o del Código Civil Peruano (capacidad del obligado y necesidad del alimentista), cree necesario valorar el contenido que los administradores de justicia le otorgan a fin de establecer los presupuestos básicos que deben utilizarse en la determinación de una pensión eficaz que cubra las necesidades del alimentista. Los resultados determinan que se ha rechazado la hipótesis nula, por consiguiente, se ha aceptado la hipótesis alterna en el sentido de que las sentencias sobre pensión de alimentos, se relaciona de forma significativa con el Principio de Igualdad de Género del obligado en el Distrito de Ascensión- periodo 2013. Como conclusión del trabajo en mención se tiene el hecho que la evidencia empírica ha corroborado el hecho que las sentencias sobre pensión de alimentos se relacionan de forma significativa con el Principio de igualdad de Género del obligado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Concepto jurídico de alimentos. -

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

Sin embargo, toda persona humana, como sujeto de este derecho esencial, demanda además de subsistir, desarrollarse como tal, para lo cual necesita de otros factores esenciales como: salud, educación, vivienda, recreo, entre otros, y es en razón de ello que en el campo del Derecho se ha elaborado un concepto jurídico con un sentido más amplio, que es recogido por las legislaciones de cada país.

En el caso del Perú, el artículo 472° del Código Civil, 2 aplicable en forma genérica para adultos, ha sido modificado para los casos de menores por el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 101 °), con el siguiente texto: «Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post- parto».

Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA define jurídicamente alimentos como “comprende todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción”.

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

En cuanto a la Declaración de los Derechos Humanos, suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución No 217 A, y aprobada en el Perú por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959, establece en su artículo 3°: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. El artículo 25°, inciso 1: “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; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad”. Inciso 2°: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

En cuanto a la Declaración sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 por Resolución No 1383, suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990 y aprobada mediante Resolución Legislativa No 25278 con fecha 3 de agosto del mismo año, ratificada por el señor Presidente de la República con fecha 14 de agosto de 1990, entra en vigencia en el Perú como ley interna con fecha 2 de setiembre del referido año. Este instrumento internacional contiene disposiciones expresas sobre el derecho de alimentos de los niños, sobre la base de los siguientes principios: Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo

ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá, será el interés superior del niño”

Principio 4: “El niño debe gozar de los beneficios de la Seguridad Social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán brindarles tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y post-natal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

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

2.2. Clasificación de los alimentos. -

a) Legales. –

Son aquellos que dan acción para exigir su cumplimiento, por lo que se llaman también obligatorios o forzosos; sobre el particular el Código Civil de 1936 deben de cubrir el sustento que se necesitaba, se comprendía un elemento subjetivo, que estaba en relación directa con la posición que ocupaban las partes socialmente.

En la legislación peruana sí encontramos el concepto de los alimentos necesarios, y los legisladores lo han recogido con carácter sancionador mediatizado. Los alimentos así descritos se reducen a lo estrictamente necesario para subsistir, cuando el acreedor alimentario se encuentra en estado de necesidad por su propia inmoralidad o cuando ha incurrido en causal de indignidad o desheredación.

b) Voluntarios.

Son aquellos que provienen no de la ley, sino de la mera voluntad o liberalidad de una persona contenida en testamento o por donación entre vivos. Los alimentos voluntarios surgen no por mandato de la ley, sino por propia iniciativa y deseo de una persona por atender los requerimientos de otra, con quien no está obligado: en un acto libre y voluntario, se compromete a alimentarla. Ejemplo de estos alimentos lo encontramos en el Derecho Sucesorio, en el caso de los legados de alimentos.

2.3. Naturaleza jurídica. –

Se trata de ubicar el derecho y la obligación alimentaria como patrimonial y personal. En este punto la doctrina está dividida, consideran que unos que es de carácter patrimonial en tanto que los alimentos se materializan, se concretizan en algo material con significado económico (dinero o especie); sin embargo, se objeta esta teoría, pues si fuera patrimonial podría transferirse el derecho, o renunciarse a él, características que no se presentan en los alimentos sino de lo contrario.

Una teoría mixta, la recoge Guastavino, y en Perú Cornejo cuando concluye que el derecho alimentario es un derecho que tiene contenido económico y por ello tiene rasgos del derecho patrimonial, pero no de derecho patrimonial obligacional real pues no goza de la característica de ser erga omnes, más sí de un derecho patrimonial obligacional, pues la personas involucradas en esta relación no comprenden a toda la sociedad sino a algunas cuentas; pero al ubicarse los alimentos dentro del ámbito familiar, tiene características propias del derecho personal, y es así que este derecho patrimonial obligacional no puede ser transferido, y nace con la persona y se extingue con ella, rasgos eminentemente del derecho personal.

2.4. Características: derecho alimentario

A) Personal. –

Sirve a la persona, es vital, nace con la persona y se extingue con ella.

B) Intransferible. –

Como consecuencia de la primera característica, este derecho no puede cederse, ni transmitirse, ni intervivos ni mortis causa.

C) Irrenunciable. –

En tanto que sirve a la persona, y permite su supervivencia no puede renunciarse al derecho; al respecto habría que señalar una corruptela frecuente, que se da en los procesos de separación convencional, cuando en la solicitud se consigna que la cónyuge renuncia a sus alimentos, y el juez falla acogiendo esta renuncia y por ende no fija suma alguna por este concepto. Como es de observarse, ello es erróneo no solo porque se está violentando el artículo 487 del Código Civil, sino porque atenta contra la misma naturaleza del derecho; lo que ocurre en esta circunstancia es que la cónyuge no se encuentra en un estado de necesidad (quizás tiene recursos propios), condición indispensable para que opere el derecho.

D) Imprescriptible. -

En tanto que los alimentos sirven para la sobrevivencia de la persona cuando esta se encuentra en un estado de necesidad, por ello, mientras subsista este estado de necesidad, siempre estará vigente el derecho de acción para reclamarlo. Puede desaparecer el estado de necesidad, pero puede reaparecer en cualquier tiempo, en conclusión, no tiene tiempo fijo

de extinción (salvo de la muerte), por ello el derecho siempre existirá y con él la acción.

E) Incompensable. -

El derecho alimentario es incompensable, y tiene que ser por cuanto, como dice el doctor Cornejo Chávez, la subsistencia del ser humano no puede trastocarse por ningún otro derecho.

F) Intransigible. -

El derecho alimentario como tal no puede ser materia de transacción, ello responde al destino final de los alimentos que es conservar la vida; sin embargo, lo que sí es posible es transigir el monto de lo solicitado como pensión alimenticia, esto es el quantum, la cantidad o porcentaje. Esta transacción sobre el monto o porcentaje de la pensión se hace en presencia del juez y en la audiencia de conciliación.

G) Inembargable. -

El derecho como tal y su concreción, la pensión de alimentos es inembargable ya sea por su propia naturaleza y la pensión por mandato expreso de la ley.

H) Recíproco.

El artículo 350 del Código Civil señala en su segunda parte que si se declara el divorcio por uno de los cónyuges, y el otro careciera de bienes propios, o de gananciales suficientes o estuviera imposibilitado de trabajar o de cubrir sus necesidades por otros medios, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel; en este caso el cónyuge necesitado recibirá los alimentos de su ex –consorte,

y estos alimentos perduraran hasta que cese el estado de necesidad o contraiga nuevas nupcias, pero como es de observarse se trata de un derecho que nace a raíz del divorcio para cubrir un estado de necesidad emergente y en beneficio exclusivo del necesitado, por lo que no cabe reciprocidad, en todo caso lo que puede solicitar el obligado sería la exoneración o extinción de esta obligación si las circunstancias lo justifican; circunstancias que desarrollaremos más adelante.

2.5. Obligación alimentaria. –

2.5.1. Fuente de la obligación alimentaria.

Principalmente encontramos como origen de la obligación el parentesco y el matrimonio, es así que se deben recíprocamente los ascendientes y descendientes, los hermanos y los cónyuges; esta obligación natural de asistirse y que ha sido llevada al plano de la obligación civil, la consigna nuestro código civil en el artículo 474, por lo tanto en este caso la fuente de los alimentos radica en la ley; sin embargo, también existe otra fuente que no sería la ley; sin embargo, pues la obligación nace de la libre determinación de una persona de dar a la otra de por qué así lo desea, sin que nadie se la haya impuesto, esto es lo que podríamos decir de forma voluntaria. (Llanos, 2008)

7. 2.5.2.- Sujeto de la obligación a darle alimentos.

A) Cónyuge.-

Los cónyuges tienen el derecho y el deber de mutua asistencia (ayuda, colaboración socorro espiritual, emocional y material) en razón de su estado familiar (artículo 288 del CC). La obligación recíproca de

darse alimentos entre cónyuges deja de ser latente para hacerse exigible entre el cumplimiento del aspecto material del deber de asistencia.

Del mismo modo se ha llegado señalar que el artículo 473 del CC no le es aplicable a la cónyuge sino a los otros alimentistas, considerando que este artículo solo se explica si se parte del supuesto de que el derecho de estos últimos, en principio, termina con la mayoría de edad, lo que no ocurre en el caso de la cónyuge, ya que ordinariamente se adquiere dicho estado civil desde los dieciocho años de edad, siendo desde este momento cuando nace su derecho de alimentos (Cas. N° 2833-99).

Nosotros consideramos que por el hecho de que no se haga una mención expresa a los cónyuges y hermanos, este artículo no deja de ser aplicable en razón de que no podemos hacer una diferenciación donde la ley no la hace. En el mismo sentido, no podemos considerar que está dirigido únicamente a los descendientes (hijos), pues su parte final hace referencia a los ascendientes. Además, para los descendientes existe una norma específica modificada por la misma ley (artículo 424 del CC), la cual es acertada porque trata de limitar la obligación de mantenimiento de los padres hacia los hijos.

Por ello, si la finalidad era el legislar solo para los hijos, creemos que ha sido un error el modificar el artículo 473 en los términos en los que se ha hecho, habiéndose en nuestra opinión incluso atentado contra la base ética y moral de solidaridad sobre la que descansa la obligación recíproca establecida por la norma bajo comentario.

No obstante, en tanto la ley está vigente los cónyuges al solicitarse los alimentos recíprocos no pueden sustraerse de las condiciones que se exigen a todos los adultos para solicitarlos y que están reguladas en los

artículos 473 y 481 del CC, salvo las excepciones que emergen de la interpretación sistemática del artículo bajo comentario, a las que más adelante nos referiremos.

Las dificultades como la acotada en la interpretación de la norma bajo comentario, nos obligan a hacer algunas precisiones conceptuales previas antes de examinar algunas situaciones de aplicación práctica.

Para tal efecto, el cónyuge afectado debe acreditar su estado de necesidad, es decir la imposibilidad de atender a su propia subsistencia por incapacidad física o mental de acuerdo con lo señalado en el artículo 473 del CC. Sin embargo, es práctica judicial muy arraigada y vigente el otorgar alimentos al cónyuge (mujer) con la sola valoración de su estado de familia por medio de su partida de matrimonio sin que ella haya acreditado la imposibilidad de su propia subsistencia, en contra del principio de igualdad de los cónyuges.

Conviene anotar que incluso nuestra jurisprudencia, en una inadecuada comprensión del estado de necesidad, ha llegado a señalar que ninguna manera el estado de necesidad puede significar que se encuentre (la cónyuge) en total imposibilidad de proveer sus necesidades.

B) Cumplimiento de la obligación cuando los cónyuges viven juntos.-

En el caso de que los cónyuges vivan en el mismo techo sea bajo el régimen de la sociedad de gananciales o de separación de patrimonios, es obligación de ambos el sostenimiento del hogar según sus posibilidades y rentas, pudiendo solicitar en caso necesario que el juez regule la contribución de cada uno (artículo 300 del CC) o la administración de los bienes propios del otro (artículo 305 del CC),

recayendo esta obligación solo en uno de los cónyuges en el caso comentado anteriormente (artículo 291).

Debemos precisar que la obligación del sostenimiento del hogar y la obligación alimentaria no son equivalentes. El sostenimiento si bien los incluye abarca la satisfacción de todas las necesidades del hogar y no únicamente las del cónyuge. No obstante, ello, en el caso de la vida en común es difícil establecer una diferenciación entre una y otra. El artículo bajo comentario regula estrictamente la obligación alimentaria recíproca personal (Hernández, 2008)

En el caso de la separación de cuerpos o divorcio, es procedente solicitar la separación provisional y los alimentos como medidas cautelares (artículo 485 y 680 del CPC), correspondiéndole al juez autorizar que los cónyuges vivan por separado y fijar por adelantado el monto de la obligación alimentaria cuyo valor será definido finalmente en la sentencia (artículo 342 del CC), protegiéndose al cónyuge perjudicado (artículos 345-A y 350 segundo párrafo del CC).

Es de advertir que en el caso del cónyuge inocente o perjudicado con el divorcio, se establece en el artículo 350 del CC una valoración distinta de la señalada en el artículo 473 del CC, para la determinación de su estado de necesidad cuya finalidad es proteger su estabilidad económica.

C) Cumplimiento de la obligación en caso de suspensión de la cohabitación y separación de cuerpos y divorcio. -

En el caso de la suspensión judicial de la cohabitación subsisten las demás obligaciones, correspondiendo los mismos efectos que si se mantuviera la vida en común (artículos 287 y 347 del CC).

Distinta es la situación en el caso de la separación de hecho unilateral, donde se protege al abandonado que mantiene su derecho alimentario, cesando para el que se retira sin justa causa o rehúsa regresar a ella (artículo 291, segundo párrafo) pudiendo solicitar incluso el embargo de sus rentas, la administración de los bienes sociales (artículo 314 del CC) o los propios del otro (artículo 305 del CC).

Por otro lado, al ser de orden público las normas del Derecho de Familia, no es procedente que las personas regulen por convenio extrajudicial la suspensión de la cohabitación, por lo que una vez que cualquiera de los cónyuges solicite la reanudación de la convivencia si el otro se rehúsa, la consecuencia será el cese de la obligación alimentaria.

D) Traslado de la obligación alimentaria del cónyuge. -

Permite el traslado de la obligación alimentaria, amparando el derecho de subsistencia que tiene el cónyuge obligado.

Debemos tener presente que los alimentos nacen como efecto del parentesco por consanguinidad, concepto que lo encontramos definido en el artículo 236: "El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común..."

De esta forma, la obligación alimentaria existente entre los ascendientes y descendientes, es decir, padres, hijos, nietos, comprende a todos los parientes en línea recta, sin limitación. Asimismo, la obligación alimentaria entre los hermanos se debe entender entre todos los hermanos, por cuanto la norma no señala diferencia entre hermanos

de padre y madre y los medios hermanos, aquellos que solo son de padre o solo de madre.

Los mencionados son los obligados a prestar alimentos por razón de consanguinidad, hallándose otros obligados a prestar alimentos en razón de la ley, sin existir necesariamente los lazos de consanguinidad. Así, podemos mencionar algunos supuestos:

Es el caso del cónyuge económicamente dependiente del ausente, que no recibiera rentas suficientes para atender sus necesidades alimentarias, puede solicitar una pensión alimenticia, la cual será otorgada atendiendo a las necesidades del solicitante y la cuantía del patrimonio afectado

Los supuestos normativos que posibilitan el traslado:

1. Las demás obligaciones del cónyuge y su propia subsistencia

Se debe determinar previamente qué clase de obligaciones pueden tener mayor urgencia que cumplir con el deber de socorro y ayuda mutua que emerge de las obligaciones matrimoniales. Es de advertir que solo se puede anteponer al deber de socorro aquellas obligaciones que tienen que ver con la propia subsistencia del cónyuge deudor.

De este modo, si bien la ley considera que es importante que un cónyuge contribuya con la satisfacción de las necesidades del otro, entiende que sus necesidades son prioritarias.

Consideramos que estas necesidades vinculadas con la propia subsistencia serían únicamente las básicas o primarias (alimentos, vestido, salud, etc.).

2. La situación del cónyuge

Un aspecto que complica la aplicación de la norma en función del comentario que venimos haciendo es el vinculado a la situación del cónyuge.

La situación del cónyuge reemplaza a conforme a su rango considerado en el Código Civil de 1936, manteniéndose el resto de la redacción del artículo bajo comentario en los mismos términos.

Al respecto, señala Cornejo (1998) que esta expresión tenía un contenido elitista por cuanto parecía dar prelación a necesidades suntuarias del obligado sobre las urgencias vitales del cónyuge alimentista.

Sin embargo, esta situación depende exclusivamente de la interpretación que se haga del término. En este sentido, consideramos que se mantiene el mismo riesgo anotado por Cornejo de darse una interpretación que podría comprender la satisfacción de necesidades que para una persona de situación social o económica distinta no necesariamente son prioritarias. Por este motivo consideramos que este término debe ser eliminado.

De esta manera, para que se produzca el traslado de la obligación alimentaria debe acreditarse, teniéndose en cuenta los considerandos precedentes, que con su patrimonio y con lo que percibe o pueda percibir, no se encuentra en situación de prestar los alimentos sin ponerse a sí mismo en peligro.

Es en esta situación donde el artículo bajo comentario permite el traslado de la obligación alimentaria amparando el derecho a la

subsistencia que tiene el cónyuge obligado. Así, los obligados alimentarios serían los parientes antes que el cónyuge, es decir la obligación alimentaria es asumida por los hijos, los padres o los hermanos.

2.6. Asignación de alimentos al cónyuge divorciado. –

2.6.1. Concepto. -

La relación alimentaria entre el marido y la mujer viene insumida en otra de mayor amplitud, que es la que dimana del deber de asistencia que el artículo 288 del código civil consagra en términos no por escuetos en si letra menos amplios en su contenido,

Y así es, en efecto: marido y mujer contraen al casarse, y por el

hecho mismo de casarse, una alianza vigente para todos los efectos de la vida, los venturosos y los adversos: una alianza en cuya virtud, no solo a cada cual le interesa y afecta genéricamente lo que afecta o interesa al otro, sino que, más concretamente, cada uno ha de velar porque el otro y satisfaga sus necesidades. Expresión de esta es el artículo 474, que al tratar específicamente de los alimentos, preceptúa que se los deben recíprocamente los cónyuges.

Si bien esta fórmula repite la que contenía el artículo 441 del Código de 1936, la relación alimentaria entre marido y mujer ha experimentado en el nuevo modificaciones importantes a raíz del precepto constitucional que consagra el principio de la igualdad de los sexos ante la ley.

En virtud de este postulado, la situación del marido que anteriormente estaba obligado a proporcionar a la mujer lo necesario para el sustento según sus posibilidades, ha quedado equiparada a la de la misma mujer en el tratamiento legal.

En efecto, además del aludido artículo 288, que impone por igual a ambos cónyuges el deber de asistencia del que por cierto forma parte el de los alimentos, el artículo 300 preceptúa que cualquiera que se a el régimen patrimonial en vigor, es decir el de una comunidad de gananciales o el de separación de patrimonios ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según sus respectivas posibilidades y rentas; precepto del cual fluye que, a nivel de la norma legal, tanto puede ser el marido quien debe alimentar a la mujer o como a la inversa, o contribuir uno a otra por partes iguales o desiguales a la satisfacción de las necesidades del otro.

2.6.2. Principio de igualdad y los roles que cada cónyuge desempeña en el hogar. –

La igualdad legal proclamada por nuestra ley (artículo 234 del CC) se contrapone con los roles socialmente asignados a los varones y mujeres, donde las mujeres mayoritariamente se dedican a las labores domésticas y el varón al trabajo fuera del hogar.

En tal sentido, una apreciación de la igualdad de los cónyuges al momento de solicitar los alimentos sin la apreciación de los roles que desempeña cada uno en el hogar, puede pasar por alto el trabajo doméstico al fijarse únicamente en la existencia del estado de necesidad del solicitante. Esta valoración, con los parámetros propuestos por la modificación acotada, deja de lado muchas situaciones existentes en la vida conyugal, durante y después del matrimonio.

Sin embargo, existen situaciones en las que la valoración del estado de necesidad adquiere un matiz distinto del exigido por el artículo 473 del CC que lo limita a la incapacidad física o mental de mantenerse a sí mismo.

Éste es el caso del traslado de la obligación de sostener a la familia a uno de los cónyuges cuando el otro se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos (artículo 291 del CC). En este caso, el trabajo doméstico adquiere una valoración económica como parte del sostenimiento del hogar y cumplimiento del deber de asistencia.

No obstante, consideramos que el cónyuge solicitante, además de probar la labor doméstica que realiza y que no percibe ingresos fuera del hogar, debe acreditar que no tiene bienes propios capaces de producir rentas o que por su edad y capacitación está en condiciones de obtener un trabajo remunerado, pues de otro modo se estaría amparando una actitud abusiva de parte de uno de los cónyuges al cargar su mantenimiento íntegramente sobre el otro.

En conclusión, deberá acreditar el estado de necesidad que tiene en función del rol y las actividades que desempeña y las que están en posibilidades de realizar. Esto tiene algunos matices que pasaremos a examinar.

2.6.3. La sociedad conyugal funcional normalmente. –

Cuando la sociedad conyugal funciona normalmente, el deber de asistencia y su contenida obligación alimentaria que se cumplen sin intervención del poder público: haciendo uso de la facultad común de decidir sobre el tren económico de vida del hogar (artículo 290) y

ajustando esa decisión también común-.que anteriormente competía solo al marido- a sus posibilidades, ambos cónyuges proporcionan regular y periódicamente, en dinero o en especies, los recursos necesarios para su alimentación, al mismo tiempo y en la misma forma que proveen al sustento de sus hijos, estos es, dentro de la comunidad del hogar.

2.6.4. Se representan en hechos y circunstancias. -

Pueden presentarse, sin embargo, hechos y circunstancias que introduzcan en este régimen normal modificaciones más o menos importantes. Las principales de tales situaciones son las siguientes (Chávez, 1999):

- a) La de que, manteniéndose la vida común, los cónyuges no se pongan de acuerdo en cuanto a la contribución de cada uno, caso en que el juez la regulará, según lo dispone el artículo 288 in fine.
- b) La de que, en el mismo supuesto básico de continuar la convivencia, uno de los cónyuges no contribuya con los frutos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar- concepto dentro del cual está incluida la carga alimentaria-; supuesto en el cual el otro puede pedir al juez que pasen a su administración en todo o en parte dichos bienes y deberá constituirse garantía hipotecaria o de otra naturaleza si es posible para asegurar las resultas de su gestión.
- c) La de que manteniéndose también la vida común, uno de los cónyuges inculpa respecto del otro su obligación alimentaria, caso en el que este último le esta franqueada la acción de cobro respectiva y, dentro de ella, la posibilidad de trabar embargo (incluso en la forma de ordenarse a los deudores del obligado que hagan al demandante sus pagos).

- d) La de que- y ello, a nivel de la vida real habrá de ser lo más frecuente, al menos en los estratos medios de la población urbana- uno de los cónyuges, especialmente la mujer, se dedique exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos; en cuya hipótesis la obligación alimentaria recae sobre el otro (artículo 291).

- e) El rompimiento arbitrario o interrupción de facto de la comunidad de vida por uno de los cónyuges, quien rehúsa volver al hogar; caso en el cual cesa la obligación de alimentarlo y aun el juez puede ordenar, según las circunstancias, el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del abandonado.

- f) La separación de los cónyuges por acuerdo voluntario extrajudicial. Independientemente de que en la práctica la mujer- o eventualmente el marido- reciba entonces los alimentos en la forma prevista en el convenio, este carece de valor legal, pues la ley no deja a la decisión de los cónyuges el cumplimiento o el incumplimiento del deber de cohabitación. Por lo tanto, tal convenio terminará cuando cualquiera de los cónyuges exija la reanudación de la vida en común; y según que el otro se allane o no a tal requerimiento, se estará en alguna de las hipótesis anteriormente mencionadas.

- g) El incurrimento por uno de los cónyuges en causal de indignidad para suceder o de desheredación, supuesto en el que solo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.

Acerca de esta causal, es pertinente señalar que en el nuevo código ha corregido el error en que incurría el anterior al referirse, no a la indignidad, sino a la incapacidad de suceder.

En consecuencia, queda comprendido en la restricción arriba mencionada el cónyuge que sea condenado como autor o cómplice del homicidio doloso en agravio de los ascendientes o descendientes del otro o de tentativa de homicidio contra dichos parientes y además contra el propio cónyuge, o por cualquier otro delito doloso cometido en agravio del otro cónyuge o de sus parientes antes mencionados; o que denuncie al otro calumniosamente por delito con privación de libertad; o que hubiera empleado dolo o modifique el que haya otorgado; o que destruya, oculte, altere o falsifique el testamento de otro.

Que da igualmente comprendido en la restricción alimentaria el cónyuge que incurre en alguna de las causales de divorcio enumeradas en los incisos 1 a 6 del artículo 333, a saber, adulterio, sevicia, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado del hogar o conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

h) El incurrimento por uno de los cónyuges en conducta inmoral que constituye un caso dudoso de modificación del derecho alimentario. Por una parte, se podría decir que el artículo 473 dispone que cuando el alimentista ha caído en la miseria por obra de su propia inmoralidad solo podrá exigir lo estrictamente necesario para su subsistencia, y que repugna a un recto sentido moral y a la justicia que el cónyuge entregado a la inmoralidad- que salpica y acaso deshonra al otro- pretenda ser normal y plenamente alimentado por este. De otro lado, se podría argüir que el mencionado artículo no se aplica al cónyuge, sino a otros alimentistas: su primer párrafo, en efecto, se refiere al mayor de dieciocho años al preceptuar que solo tiene derecho a los alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender su propia subsistencia y de él dice, en su segundo párrafo, que solo tiene derecho a lo

estrictamente necesario si la causa que lo ha reducido a la miseria fuese su propia inmoralidad; y ordinariamente no se es cónyuge sino a partir de los dieciocho años. Por lo tanto, tratándose de otros alimentistas, la regla general es que su derecho de alimentos termina cuando cumple los dieciocho años solo por excepción lo mantiene o lo adquiere más allá de esta edad cuando se halla en estado de necesidad (y entonces, únicamente en lo estrictamente necesario si la causa de tal estado fuese su inmoralidad); mientras que el cónyuge, que normalmente solo puede serlo a partir de los dieciocho años de edad, tiene derecho alimentario como regla general. Esta es, como ponente de un libro de Derecho de Familia del nuevo Código, nuestra interpretación. Si uno de los cónyuges incurre a una conducta inmoral, el camino legal que le se franquea es la separación de los cuerpos o el divorcio, conforme a lo dispuesto en los artículos 333, inciso 6° y 349°, a menos que invoque se ha expresado anteriormente.

- i) En cuanto a la hipótesis de hallarse en trámite un juicio sobre separación de cuerpos o divorcio- caso en el cual el artículo 282 del antiguo código reconocía el derecho del cónyuge pobre a pedir una asignación provisional de alimentos- el nuevo código guarda silencio, más de ello no deberá seguirse la conclusión de que ese derecho ha sido suprimido, sino que, por integrar el título referente a normas procesales, ha quedado remitido a lo que sobre el particular preceptúe el texto adjetivo.
- j) Finalmente, en el supuesto de haberse producido separación de cuerpos, sea por causales específicas o por mutuo disenso, los artículos 342 y 345, respectivamente, obligan al juez a señalar en la sentencia de pensión alimenticia que uno de los cónyuges deba pasar al otro.

2.6.5. Formas de regulación en el Perú. –

Según la época, los matrimonios religiosos y civiles, plantea diversos e importantes problemas, acerca de cuya solución no existe todavía un criterio invariable de solución, no obstante, el tiempo transcurrido desde la introducción del matrimonio civil obligatorio.

En lo que específicamente concierne al derecho alimentario entre cónyuges, el problema más importante, entre los que se han presentado ante los tribunales, es el referente a si un matrimonio religioso, celebrado antes de 1930 y no inscrito en el Registro del estado civil, confiere a uno de los cónyuges y concretamente a la mujer, un derecho alimentario frente a su marido.

La ejecutoria suprema de 11 de mayo de 1939 estableció que el matrimonio religioso, contraído conforme a las formalidades del concilio de Trento e inscrito en el registro parroquial, confiere tal derecho alimentario aunque no se haya registrado en el Registro Civil, por lo dispuesto en el artículo 1827, segunda parte, del Código Civil de 1936, con arreglo al cual las partidas parroquianas relativas a hechos anteriores a la vigencia del Código, conservan el valor que les confieran las leyes anteriores, y en los artículos 400, inciso 3º y 401 del Código de Procedimientos Civiles, de 1912, en cuya virtud las partidas parroquiales son instrumentos públicos y producen fe.

Con el mismo criterio e invocando los mismos fundamentos legales, la Ejecutoria Suprema de 4 de agosto de 1958 hizo mérito de la partida parroquial para semejantes efectos alimentarios, tratándose de un matrimonio religioso contraído in extremis bajo la vigencia del Código de 1852.

Otras ejecutorias supremas, si bien tratando el tema relativo al derecho hereditario del cónyuge en el mismo caso, han reproducido igual criterio. Así, la de 3 de noviembre de 1953, la de 10 de junio de 1954, la cual, sin embargo, se pronunció con el voto discordante del señor Valverde y la de 18 de diciembre de 1954, reconocieron un derecho sucesorio del cónyuge cuyo matrimonio religioso anterior a 1930 no fue inscrito en el Registro De Estado Civil, sino en el parroquial.

En forma análoga, la de 25 de mayo de 1954 hizo lugar a una demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso, tratándose de un matrimonio religioso, contraído antes de 1930 y no inscrito en el Registro del Estado Civil. En este caso concreto, la razón de que no se aplicará la disposición de los artículos 441 y 443 del Código Civil de 1852- razón que desarrollo en su dictamen el Fiscal señor Ponce Sobrevilla e hizo suya la Sala respectiva de la Corte Suprema- fue que dicho precepto “prácticamente no llegó a funcionar por la imposibilidad material que hubo que darle cumplimiento al desaparecer los libros del Registro Civil a raíz del conflicto bélico con la Republica de Chile y aun cuando, con posterioridad dicho conflicto, se ordenó su reorganización, no volvió a actualizarse la aplicación de los referidos artículos 441 y 443 del Código abrogado. Precisamente, a fin de remediar la anómala situación creada, se estableció el régimen transitorio indicado en el inciso 3° del artículo 400 del C. de P.C. que confiere a las partidas extendidas en los Registros Parroquiales la calidad de instrumentos públicos, régimen que concluyó con la expedición de los Decretos Leyes N° 6889 y 6890, disponiendo el matrimonio civil obligatorio.

Por su parte, la Ejecutoria Suprema de 10 de diciembre de 1968 otorgo validez a un matrimonio religioso no inscrito en el Registro Civil; para declarar nulo un segundo matrimonio, este civil, contraído por el marido muchos años después de separado de facto de la primera mujer.

No obstante, el problema dista de poder considerarse definitivamente esclarecido. En efecto, la fuerza de los argumentos legales en que las referidas ejecutoriadas se sustentaron no disipa los que podrían esgrimirse en abono de la tesis contraria, a saber, que un matrimonio religioso celebrado bajo la vigencia del código de 1852 tenía que ser inscrito en el Registro de Estado Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 443, para que se pudiera reclamar los derechos civiles anexos a él, tajante negativo ya que con el derecho alimentario entre cónyuges es uno de los derechos civiles anexos al matrimonio: si este no hubiese contraído, el varón y la mujer serían extraños y, por tanto, no se suscitaría entre ambos relación alimentaria alguna. Esta disposición concuerda con la del artículo 441 del mismo código Civil de 1852, que exigirá obligatoriamente que los contrayentes inscribieran su matrimonio en el Registro Civil dentro de los plazo de ocho días (o después, solo con mandato judicial, según las normas del Código adjetivo).

Este parece ser el criterio con que la Corte Suprema pronunció las ejecutorias de 10 de enero de 1951 y 17 de agosto de 1953 según las cuales no procede declarar el divorcio de dos personas cuyo matrimonio religioso no fue inscrito en el Registro del Estado Civil.

El problema, como se ve, se reduce al saber si la inscripción del matrimonio religioso en el Registro del Estado Civil era exigida por el Código de 1852 como condición esencial para la validez del acto jurídico matrimonial, es decir, *ad substantium* o *ad solemnitatem causa*, o solamente como medio de acreditar su celebración, esto es, *ad probationem causa*.

En el terreno doctrinario, hay quienes piensan que el matrimonio se perfecciona con el simple consentimiento de las partes; es un contrato consensual; y, por lo tanto, las formalidades prescritas por el Derecho

objetiva solo sirven para dejar constancia de su realización, a fin de viabilizar el posterior ejercicio de los derechos, obligaciones y responsabilidades que de ese matrimonio surjan para los contrayentes, la prole, los terceros y la misma del casamiento ni afectan su validez; y así como la inscripción de un matrimonio inválido no la convalida, la no inscripción de un casamiento valido no lo invalida.

Otros piensan, por el contrario, que el matrimonio es un acto formal y solemne, en el cual la voluntad de las partes no lo es todo ni lo puede todo; cuyo perfeccionamiento se produce cuando, además del consentimiento libre de las partes, cumplen éstas con determinadas y exigentes formalidades que la ley señala y que elevan la intervención del Estado a la jerarquía de condición sustancial para a validez del acto jurídica. Un matrimonio celebrado sin la presencia del funcionario que representa el Estado, sin testigos, en lugar distinto del señalado por ley, sin formalidad alguna, en suma, no tiene valor de jure ni puede producir de facto efecto alguno.

Existen o existieron, por cierto, otras teorías, como la de la consumación que exigía la copula sexual como requisito de perfeccionamiento del matrimonio; pero la consensual y la forma a que acabamos de hacer referencias son las principales.

Ahora bien, por razones de técnica legislativa, los Códigos no expresan en su articulado la teoría a la cual adhieren en cada caso y no siempre es posible averiguarlo a través de la correspondiente exposición de motivos; pero consideremos que hay por lo menos, dos notas características que eventualmente podrían evidenciar si un cuerpo legal adhiere a la tesis del matrimonio consensual o a la del matrimonio formal, y, en consecuencia, si exige la inscripción registral ad probationem o ad substantium; si lo primero, probablemente legislará

sobre la inscripción, esto es, sobre el acta y la partida, en un título sobre “prueba del matrimonio”, y además admitirá medios supletorios de probanza para el caso de que no exista partida; si lo segundo, gobernará lo pertinente en el título sobre “celebración del matrimonio” y no reconocerá más prueba que la partida del Registro para acreditar la celebración del casamiento.

Pues bien, si estas inferencias son correctas, la posición de los Códigos peruanos de 1852 y 1936 parece esclarecerse, aunque no definitiva y totalmente, de modo que deja siempre un margen de duda. En efecto, mientras el Código de 1936 también el de 1984 tratan del valor de la inscripción en un título especial sobre “prueba del matrimonio” y admiten pruebas supletorias, con lo cual se creería que adhieren a la teoría de la inscripción ad probationem el Código de 1852 no dedicaba título alguno a la “prueba” del casamiento ni trataba de pruebas supletorias, sino que, como se ha visto, exigirá la presentación de la partida como requisito para reclamar los derechos civiles anexos al matrimonio, es decir que, aparentemente, adhería a la tesis de la inscripción como requisito esencial para la validez del acto jurídico.

La duda se suscita, sin embargo, por varias razones: que el Código de 1852 reconocía el matrimonio religiosa como el único válido para los católicos y no legislaba sobre el matrimonio civil, de lo cual se podría inferir que la inscripción en el Registro Civil- no exigida naturalmente por la Iglesia- no podía condicionar la existencia y validez del acto; que no incluía la existencia de la inscripción en el título sobre “celebración del matrimonio”, sino en el referente al Registro; que era posible la inscripción posterior, por virtud de lo dispuesto en los artículos 1321 y ss. Del Código Procesal Civil; y que los artículos 400, inciso a y 401 de este mismo cuerpo de leyes confería las partidas parroquiales instrumentos el valor de instrumentos públicos, capaces, por tanto, de

probar por sí mismas y sin necesidad de prueba alguna coadyuvante, el hecho a que se refieren, es decir, un matrimonio religioso, único reconocido por la ley civil como válido, y el artículo 1827, párrafo segundo del Código Civil de 1936 parece remitirnos a dichas normas del texto procesal para reconocer pleno valor probatorio a las partidas parroquiales- sin condicionarlo a la inscripción en el registro civil- tratándose de actos verificados antes de la vigencia del Código actual.

Una tercera interpretación cabría también al respecto: que la inscripción registral no condiciona esencialmente la existencia del matrimonio, pero tampoco es un simple medio de prueba susceptible de ser suplido, sino que, sin afectar a la existencia del casamiento, su falta impide, sin embargo, que surta efectos civiles. En otras palabras, mientras para la teoría de la inscripción como requisito ad solemnitatem, el matrimonio no existe si no hay registro de su celebración; y mientras para la teoría de la inscripción como medio de prueba, el matrimonio exista sin ella y puede producir efectos si se acredita de otro modo su celebración; para esta tercera interpretación, el matrimonio existe aunque no se haya registrado, pero no produce efectos civiles mientras no se inscriba y no hay otro medio de que los surta. Como se ve, para los efectos prácticos, esta tercera interpretación equivale a la primera. Tal parece ser la posición sostenida por el señor Valverde.

En todo caso, dado el tiempo transcurrido desde que la ley civil desconoció efectos al matrimonio religioso (4 de octubre de 1930), el asunto han de quedar pocos casos de matrimonios contraídos hace más de ciento cincuenta y cinco años y que, por no haberse inscrito en el Registro del Estado Civil conforme al Código de 1852, puedan generar problemas legales.

2.7. Derecho alimentario de los cónyuges.-

2.7.1. Nociones previas. –

El deber alimentario de los cónyuges, refiere Borda, deriva de otro que es esencial al matrimonio: el deber de asistencia, de ahí se recíproca. El artículo 474 inciso 1º, siguiendo este criterio, establece que el derecho alimentario es recíproco entre los cónyuges.

En la hipótesis de una normal convivencia conyugal, cualquiera que sea el régimen en vigor- el de la comunidad de gananciales o el de la separación- ambos están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según las respectivas posibilidades y rentas, inclusive, sino uno de ellos se dedicara exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los niños, la obligación de sostener a la familia recae sobre otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno u otro campo y se cumple sin la intervención del poder público.

2.7.2. Derecho alimentario de los cónyuges. –

El deber de asistencia, no es otra cosa más que un mutuo auxilio, y se traduce en la ayuda constante que deben de otorgarse los casados en los alimentos, significaba proveer al otro de todo lo que necesite para vivir según sus posibilidades.

Sánchez aludiendo a la potestad del marido sobre la mujer, sostenía que, por el virtual contrato que había entre marido y mujer, el marido se obligaba a sustentarla, y la mujer a obedecer en lo que fuere justo y razonable.

Algunos autores, como Antonio Gómez, decían que si no se pagaba la dote prometida, el marido no tenía obligación de alimentar a la mujer, y

podía echarla y enviarla a la casa de su padre o del que prometió la dote. En el mismo sentido Enrique de Villalobos, teólogo moral, decía que si no estaba pagada la dote, no tenía obligación el marido de sustentar a la mujer, salvo si la fió o recibió sin dote a la mujer, en cuyo caso no podía echarla de casa ni dejar de llevarla a ella por no haberle pagado la dote. Agregaba, además, que si ella perdía la dote o se la confiscaban, el marido tenía la obligación de sustentarla. (Llanos, 2008)

2.7.3. Casos especiales.

En situaciones de crisis matrimonial las relaciones conyugales quedan sometidas a ciertas reglas y se cumplen con intervención de la autoridad pública. Estos son:

a) Cese de alimentos del proceso de invalidez del matrimonio, las peticiones sobre asignación de alimentos y gastos judiciales, oposición de dichas asignaciones, se sujetarán a las normas pertinentes relativas al proceso de separación de cuerpos y de divorcio.

b) Caso del cónyuge que abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella, suspenso en la cual, no solo cesa la obligación de alimentos, sino que el juez puede disponer, según las circunstancias, el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del abandonado.

c) Caso de regulación por el juez, si los cónyuges no se ponen de acuerdo en cuanto a la contribución de cada uno para el sostenimiento del hogar.

d) Caso del cónyuge que no contribuye con el fruto de sus bienes propios al sostenimiento de hogar, supuesto en el cual, el otro cónyuge puede pedir al juez que pasen a su admiración en todo o en parte

dichos bienes, debiendo constituir garantía hipotecaria o de otra naturaleza.

e) Caso de alimentos en el proceso de separación de cuerpos o de divorcio, la pensión alimenticia que uno de los cónyuges debe pasar al otro, será fijada por el juez en la sentencia.

f) Casos de incumplimiento de la obligación alimenticia por uno de los cónyuges, autorizándose del cobro correspondiente.

g) Caso de alimentos entre ex cónyuge, caso en el cual, cesa la obligación alimentaria entre el marido y la mujer, sin embargo excepcionalmente careciere de bienes propios o gananciales, por causas graves puede pedir su capitalización y por indigencia.

2.7.4. El derecho a conocer el nivel remunerativo de la pareja en casos de alimentos.

Está demostrado que en el poder judicial, en todos sus niveles y ámbitos de competencia por territorialidad, que la mayor carga procesal se registra en los Despachos de Familia; situación que se agrava si se analiza el resultado negativo del proceso de reforma procesal penal, donde el porcentaje mayoritario de casos proviene de procesos de alimentos.

La acumulación de expedientes y acciones de los justiciables más la temporalidad extendida a más de un año en el desarrollo de un proceso permite generar una premisa, donde los argumentos de las partes, no necesariamente provocan resolución vinculante a sus intereses, debido a que los juzgados no llegan a conocer la realidad de las circunstancias de las partes procesales activas y pasivas.

Los hechos descritos muestran que el proceso judicial en la especialidad ha colapsado, no solamente en función a la alta carga presentada y actuada por las partes, sino por la obsolescencia del marco normativo, tanto en la especialidad como en el ámbito de la ley civil y procesal civil aplicables por supletoriedad.

Los justiciables frente a la realidad generan la interiorización de que la práctica jurisdiccional utiliza la interpretación decimonónica del derecho, los jueces desconocen la realidad social que rodea a la familia y que no se valora la posición de las partes, negándoles a estos una condición justiciable por estar limitados a una condición exógena al expediente. (Valdez, 2013)

2.8. Divorcio. –

a) Etimología del divorcio.

Significa el rompimiento del vínculo matrimonial, concluye el matrimonio. Los ex cónyuges se convierten en extraños ante sí y por lo tanto cada uno de ellos queda en aptitud de contraer nuevo matrimonio, cesan todas las obligaciones y derechos que emergen de la institución.

Si la separación legal es aceptada, incluso en el derecho canónico, cierto que en forma excepcional, ello no ocurre con el divorcio que tiene cierta resistencia en ciertos sectores de la sociedad, y en particular la Iglesia Católica, que como sabemos no lo acepta, y así el Derecho Canónico, en el canon 1141 establece el principio general del matrimonio rato o consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano ni por ninguna causa fuera la muerte.

En la antigua Roma el divorcio era la consecuencia del concepto que tenían del matrimonio, esto es, la intención de ser marido y mujer. Si esta decisión venía a menos y faltaba la maritalis affectio (el efecto conyugal), se consideraba lógico divorciarse. El divorcio era la separación de hecho, que perdurando, revelaba el firme propósito de disolver el matrimonio.

b) Teorías sobre el divorcio.

Corrientes que tratan de explicar, o quizás darle un sentido a la existencia del divorcio. Veamos:

Divorcio sanción. -

Ante el fracaso matrimonial busca al responsable del fracaso, quien es sancionado por ley. Se establecen causales específicas y taxativas, todas ellas describiendo inconductas. Quienes critican esta corriente señalan lo peligroso del enfrentamiento entre los cónyuges y el riesgo de colusión entre aquellos. Según esta concepción se entiende que la ruptura matrimonial se da sólo por causales específicamente enumeradas por la ley, en lo que presupone la comisión por parte de uno o de ambos cónyuges de hechos o actos culpables cuya atribución deviene incompatible con la continuación de la vida en común, se exteriorizan por inconductas o faltas, en resumen, se puede señalar que causan transgresión de deberes y obligaciones, la realización de conductas antijurídicas o contra la moral pública; interesa la causa del conflicto (acreditación de la culpa) e interesa identificar al culpable.

Divorcio remedio. -

No se busca a un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente, en la que se incumplen los deberes conyugales. Aquí no interesa buscar al que provocó la situación. El divorcio es considerado

remedio, en el sentido que es una salida del conflicto conyugal en el que no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de efectuar la vida en común, de naturaleza ética que la reunión matrimonial propone. Así el divorcio remedio no indaga el porqué del fracaso conyugal, ni a quién es imputable tal o cual hecho, lo que siempre importa es que ha generado una ruptura conyugal o quiebra matrimonial, la cual se pone de manifiesto ante la imposibilidad, o la extraordinaria dificultad de alcanzar las funciones esenciales del matrimonio, ya que tal situación impone un sacrificio superior a lo que razonablemente es exigible de acuerdo a las condiciones sociales imperantes.

c) Causales del divorcio. -

Resulta curioso comprobar la identidad de las causales tanto para la separación legal como para el divorcio, siendo que ambas instituciones no son lo mismo, sino que es más grave que la otra; en efecto mientras que la separación solo hay suspensión de la vida en común, en el divorcio hay un rompimiento del vínculo, esto es, ya no hay más matrimonio; pues bien, el artículo 349 del código civil así lo establece. (Llanos, 2008)

□ **Adulterio:** Para Borda el adulterio es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero, mientras que Cornejo Chávez nos señala que es el trato sexual de uno de los cónyuges con distinta persona.

Los cónyuges se deben trato mínimo, débito sexual, exclusivo y excluyente, sin la menor posibilidad de que este deber derecho pueda ser compartido con terceros, y de allí el deber de la fidelidad, y cuando ello no se cumple, entonces, como dice Lafaille estamos ante una violación al deber de fidelidad; ahora bien, cuando uno de los cónyuges tiene

relaciones sexuales con otra persona que no sea su consorte, queda configurado el adulterio, cabe precisar que el trato íntimo no debe darse entre personas del mismo sexo, pues ello constituye otra causal también regulada como es la homosexualidad.

El adulterio es una falta grave al deber de fidelidad, y ofende seriamente al consorte, ofensa que lo lleva a considerar que la vida en común ya no es posible, pues ha introducido un elemento disociador entre la pareja, el elemento confianza desaparece, sin embargo, si el cónyuge agraviado no siente esa ofensa, si considera que pese a la falta puede continuar la relación de pareja, que aún es posible la armonía entre ellos, entonces no es dable que la ley le otorgue el camino de la separación, y así lo hace saber el legislador en el artículo 336 del Código Civil, cuando refiere que no procede la separación si el ofendido provocó, consistió o perdonó al adulterio, y que la cohabitación posterior al adulterio implica perdón.

Se hace referencia precisar los conceptos de provocar, consentir y perdonar. Veamos. Provocar significa incitar a ejecutar o realizar algo. En caso bajo comentario, la provocación estaría referida a que uno de los cónyuges conscientemente a través de actos, conductas, empuja a su consorte a cometer adulterio. Consentir significa aprobar, mostrar conformidad a la realización de un hecho; traducido a la causal, estaría implicando que el consorte no muestra rechazo o repudio a la falta contra la fidelidad verificada por otro cónyuge; sino todo lo contrario, en un acto carente de moralidad, termina aprobando la conducta del infiel. Y, en cuanto al perdón, este puede ser expreso o tácito, como lo reconoce lo reconoce el mismo precepto legal al señalar que la cohabitación posterior a la falta constituye un perdón; ahora bien, para que este último se configure resulte obvio que el supuesto de cohabitación posterior se dé con pleno conocimiento de la falta, pues si el consorte ignora la falta y

cohabita con el cónyuge ofensor, no puede alegarse que exista perdón, pues nadie perdona lo que ignora o desconoce.

Para que se configure el adulterio debe haberse consumido el acto sexual de uno de los cónyuges con otra persona que no es su consorte (le llaman elemento objetivo) aun cuando el trato mínimo fuera ocasional o único, por lo tanto los simples amoríos, o coqueteos no constituyen adulterio, sin embargo creemos que también son variables de faltas a la fidelidad. A este elemento objetivo debe sumarse la intención de faltar al deber de la fidelidad, esto es que se haga con pleno conocimiento y voluntad (le llaman elemento subjetivo), en consecuencia los actos sexuales producto de una violación no constituyen adulterio. A este nivel jurisprudencial se ha analizado la figura de adulterio continuado, y lo refieren al caso de la convivencia de uno de los cónyuges con una tercera persona, convivencia que implica permanencia de vida en común y que supone el trato íntimo entre esta pareja.

En cuanto la probanza del adulterio, resulta harto complejo acreditar objetivamente el adulterio, aun cuando cierto sector de la doctrina señala que, en los casos de hijos adulterinos, la probanza resulta obvia a través de la partida de nacimiento del adulterino, lo cual desde nuestro punto de vista no resulta siendo absoluto, pues si se trata de la cónyuge adúltera, ese hijo tenido por ella con tercera persona se reputa hijo de su marido por la presunción pateris, hasta que no conteste la paternidad y resulte victorioso en ese juicio de impugnación, pues bien, en cuanto a las pruebas, jurisprudencialmente se acepta los indicios que es una apreciación total de ellos llegan a persuadir al juzgador, que estamos ante un caso de adulterio, pero principalmente sobre la base del principio de prueba escrita.

d) Doctrina Jurídica.

Tesis Antidivorcista (Andía, 2002).- Esta doctrina considera el matrimonio como una sociedad de por vida, por tanto, sustenta la tesis de su indisolubilidad, cerrando paso al divorcio y obligando a los cónyuges a mantenerse unidos, aun cuando en la práctica esa unión se haya roto. Recusa el divorcio sustentándose en la doctrinal sacramental, la sociológica y el paterno filial.

1. Doctrina sacramental. - La doctrina de la iglesia católica considera al matrimonio como un sacramento. Se funda en el principio cristiano “lo que Dios unió, no lo separe el hombre”, por tanto, destaca su carácter insoluble, lo cual supone que el casamiento solo concluye con la muerte, sin embargo, como se tiene dicho, esta doctrina acepta solo la separación de cuerpos por causal sumamente graves, pero no autoriza el divorcio con carácter definitivo.

2. Doctrina sociológica. - Esta doctrina, parte de la idea de que “la sociedad es una gran masa de moléculas son las familias”, es decir, las células básicas de la sociedad, de tal modo, si el divorcio destruye una de las células, va destruyendo la sociedad, por consiguiente, admitir el divorcio significa el reconocimiento jurídico de su propia destrucción. Luego, la familia y el matrimonio constituyen los presupuestos indispensables para la existencia de la sociedad, donde el matrimonio es considerado como la institución que garantiza no solo la permanencia de la familia de la base matrimonial, sino también la subsistencia de la misma sociedad.

3) Doctrina paterno - filial. - Por último, esta doctrina, sostiene que el divorcio es una institución que afecta y perjudica no solo al cónyuge inocente, sino también a los hijos. En ese sentido, asevera Larson, si bien el divorcio atiende al interés de los padres, pero coloca al cónyuge inocente en una misma situación que al culpable en cuanto ambos quedaran libres para contraer nuevo matrimonio. En cambio, Arturo Bass

refiere que el divorcio incrementa los casos de locura, suicidio y criminalidad infantil.

La tesis antidivorcista ha sido severamente criticada con el fundamento de que el divorcio no es un atentado contra la buena organización y estabilidad de la familia y de la sociedad como algunos expresan con ligereza o bajo influencia de algún prejuicio, pues, todas las escuelas filosóficas y jurídicas buscan el fortalecimiento de la familia y el matrimonio como base de la sociedad; sin embargo es necesario saber qué familia o matrimonio se trata de fortalecer, se supone que es de una familia normal y feliz, pero de ningún modo de aquel matrimonio ya fracasado y destruido, que antidivorcistas intentan perpetuar a cualquier precio.

Tesis Divorcista. - Muchos autores consideran al divorcio como un “mal necesario”, que se sustenta en las doctrinas siguientes: la del divorcio-repudio, la del divorcio- sanción y la del divorcio- remedio.

CAPITULO III

LEGISLACION NACIONAL

3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos

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" e esfuerzo y de gastos

3.2. Constitución Política del Perú.-

Artículo 4.-

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 7.-

Protección y defensa de la salud, el medio familiar y la comunidad. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

3.3. Código Civil.-

Es el artículo 333° del Código Civil el que preceptúa que los cónyuges se deben recíprocamente alimentos.

- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

Es el artículo 348° del Código Civil el que preceptúa que los cónyuges se deben recíprocamente alimentos.

- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

Es el artículo 350° del Código Civil el que preceptúa que los cónyuges se deben recíprocamente alimentos.

- Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge, aunque hubiere dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.

Es el artículo 474° del Código Civil, el que preceptúa que los cónyuges se deben recíprocamente alimentos.

- La relación alimentaria entre el marido y la mujer es consecuencia de otra mayor, el «deber de asistencia» consagrado también en el artículo 288 del citado cuerpo de leyes.

CAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.0 00782-2013-PA/TC

LIMA

Sobre el principio de congruencia y la interpretación del artículo 345-A del Código Civil. -

- Sobre el principio de congruencia y su relación con la debida motivación, el Tribunal Constitucional tiene dicho lo siguiente: [. . .] uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que la decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia

se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (STC 8123-2005-PHC, Fund. N. 0 35).

- En este sentido, la debida motivación de las resoluciones judiciales obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (*incongruencia activa*). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (*incongruencia omisiva*) (Cfr. STC 04295- 2007-PHC/TC, Fund. N.0 5 e).
- Si bien el principio de congruencia resulta de aplicación a todos los ámbitos del derecho procesal, resulta especialmente válido cuando los intereses que las partes discuten son de naturaleza estrictamente privada; no obstante, cuando están en juego intereses de innegable trascendencia pública, la congruencia procesal puede verse restringida en atención a la legítima protección de otros bienes constitucionales (cfr. STC 2868- 2004- AA, Fund. N. o 11; STC 0905- 200 1-AA, Fund. N.0 4). Por esta razón, en ámbitos de especial relevancia social del derecho, tal principio sufre una relativización. Así sucede, entre otros, en los ámbitos del derecho constitucional, laboral y de familia.
- De ahí que, el Código Civil, en los casos de separación de hecho, imponga al juez un deber tuitivo respecto de la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, que lo faculta a fijar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, en los siguientes términos: "Artículo 345-A.- Para invocar el

supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323 , 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes".

- A juicio de este Tribunal Constitucional, este deber del juez resulta coherente con la concepción constitucional de la familia como institución natural de la sociedad (Cfr. STC 09332-2006-PA/TC, Fund. N. 0 4) y con el principio de protección de la familia que de ella se deriva, consagrados en el artículo 4 de la Constitución y recogido también en el artículo 345 del Código Civil. En el ámbito procesal, este mandato constitucional vincula a todos los sujetos del proceso y en todas las etapas procesales, por lo que resulta justificado que la referida indemnización por responsabilidad civil familiar sea fijada necesariamente como punto controvertido, aun cuando no hubiera sido demandada por alguno de los cónyuges.
- En estos casos, este Tribunal considera que existe una regla de precedencia condicionada que favorece la aplicación del principio de protección de la familia y determina la restricción del principio de congruencia procesal, por lo que una correcta aplicación de la función tutelar por el órgano jurisdiccional no puede limitarse a la simple constatación de si existe pedido indemnizatorio expreso de las partes, sino que exige al juzgador realizar un juicio de inferencia a partir de hechos objetivos a fin de evaluar la existencia

de un cónyuge perjudicado - aquél que no motivó la separación de hecho- y fijar, si fuera el caso, la indemnización correspondiente.

- El problema de los límites de la relativización del principio de congruencia ha sido abordado en la decisión dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N.0 4664-2010 PUNO) de fecha 18 de marzo del 2011, en donde se analizó los supuestos de procedencia de la indemnización de oficio al amparo del artículo 345-A del Código Civil. En dicha sentencia, se excluye la aplicación del principio iura novit curia en casos de ausencia de pedido, alegación o base fáctica para probar los daños. Asimismo, se debe destacar que en el punto segundo, numeral 3.2, del fallo de la sentencia se establece como precedente judicial vinculante que el juez de primera instancia de oficio se pronunciará sobre dicha indemnización "siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí". En caso contrario, el juez no está autorizado a emitir pronunciamiento sobre la indemnización.

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

a.- Brasil:

Canotilho (1991: 40), “la Constitución afirma que el divorcio directo es posible, con la eliminación en su texto de la separación y la necesidad del paso del tiempo”. Asimismo, la Constitución “Es una ley jerárquicamente superior - la ley fundamental, la ley básica - que está en el vértice del sistema jurídico, a la que todas las leyes tienen que someterse”.

Lobo (2011), considera que bajo la ley brasileña hay un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la fuerza normativa propia de la Constitución. El inc. 6 del artículo 226 de la Constitución se califica como una norma regla porque su apoyo factico es determinable: el matrimonio puede ser disuelto por el divorcio, sin ninguna condición previa, un acto único de la voluntad de los cónyuges.

Ambos autores, relacionan mínimamente a la Constitución con su normativa, ya que concluyen que en su país, si existe el divorcio directo, además que es aplicado y regulado.

Dentro de esta investigación, se tomó como referencia, a estos autores, porque le dan gran importancia a l tema del divorcio, relacionado con su constitución. Lo fundamental de esta investigación es hacer referencia, acerca de la problemática que

puede existir, por no estar regulado el divorcio remedio, en nuestra legislación, a diferencia de Brasil, en el cual si está regulado.

b. Argentina

D'Antonio. (2008:58), se vincula con la existencia de causales que autorizan a un cónyuge para reclamar el divorcio y derivadas del incumplimiento por el otro de sus deberes matrimoniales (divorcio sanción) o de situaciones que, sin obedecer a inconductas conyugales, determinan la procedencia del divorcio por aparecer inconveniente mantener la convivencia (divorcio remedio).

Belluscio (1993) reseña que hasta la sanción del Código Civil, el divorcio estuvo regido en nuestro país por la legislación canónica. El Código no introdujo innovaciones fundamentales, pues continuaron sometidos a la legislación canónica. En esos casos correspondía a los jueces eclesiásticos entender en las causales de divorcio (art. 201) y a los jueces civiles conocer de todos los efectos civiles del divorcio.

La ley de matrimonio civil adoptó el régimen del divorcio sanción, de tal modo que sólo podía ser decretado judicialmente sobre la base de alguna de las causales determinadas en la ley, las cuales se fundaban exclusivamente en la culpa de uno de los esposos (art. 67)

La reforma introducida por la ley 17.711 en 1968, al admitir en el art. 67, ley matrimonio civil, que el divorcio se decretase a petición conjunta de los esposos cuando existieran causas graves que hiciesen imposible la vida en común, implicó adscribirse al régimen de divorcio remedio, ya que no necesariamente esas causales debieran configurar culpa de alguno de los esposos.

Luego la ley 23.515, de 1987, añadió causa invocadas por uno de los esposos que no necesariamente implican la culpa del otro (art. 203) y la separación de hecho (art. 204) lo que amplía las posibilidades del divorcio remedio.

c. México

Rojina (1971:51), dice, que el Divorcio sanción, supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio (hay agravio de un cónyuge para con el otro), y que se aplica al cónyuge culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge inocente, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba.

Baqueiro y Buenrostro (1990: 179), en el divorcio remedio, no puede hablarse de cónyuge culpable ni de sanción, pues no le es imputable a ninguno la causal, como en el caso de las enfermedades incurables, además contagiosas o la hereditaria, la impotencia sexual o cualquier trastorno mental también incurable. Pero al ser éstas motivo para no llevar a cabo una convivencia normal, se da la acción a los cónyuges para poner fin al matrimonio.

En 1917 se crea el divorcio vincular en México. Que consiste en el rompimiento del vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio. El divorcio vincular puede dividirse en voluntario y necesario. El voluntario es aquel que se realiza por un mutuo consentimiento de los cónyuges y el necesario es aquel que invoca ante el juez, el cónyuge víctima por alguna causa contemplada en la ley. El divorcio voluntario se divide en administrativo y judicial. Y el necesario, se divide en divorcio sanción y remedio.

Bailón (2000: 107), el divorcio necesario o también conocido como causal o contencioso es el divorcio que se origina por alguna de las causas estipuladas, en nuestra legislación. Se define al divorcio necesario, como la disolución contenciosa del matrimonio cuando se ha probado alguna de las causales establecidas por la ley. A su vez, el necesario se divide en divorcio sanción y en divorcio remedio. El divorcio sanción se origina por una causa que constituye un acto ilícito o una violación grave a las obligaciones que derivan del matrimonio. En este tipo de divorcio, existe un cónyuge culpable, por lo que corresponde al cónyuge víctima perdonar, permitiendo que la acción prescriba o ejercerla. En el divorcio remedio no

existe un cónyuge culpable, las causas se originan por cuestiones imputables a un cónyuge como enfermedades incurables, contagiosas o graves. Las enfermedades son motivos para que no se cumplan los objetivos del matrimonio como tener una convivencia normal entre los cónyuges, por lo que el estado crea esta forma para ponerle fin al matrimonio.

d. Perú

Tercer pleno casatorio civil (2010: 195), nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio. El divorcio sanción, es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges – o a ambos – como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos. En cambio, el divorcio remedio, es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio.

Cornejo (1960: 208), sostiene con énfasis que el divorcio en el Perú no fue obra de jurista sino de un parlamento heterogéneo y de un Ejecutivo surgido de una revolución, siendo por lo tanto producto de una decisión política antes de un pensamiento jurídico.

Fernández (2001:125), la diferencia sustancial entre ambos reside en que en el divorcio sanción la causa del conflicto es la causa del divorcio, mientras que el

divorcio remedio entiende que el conflicto es en sí mismo la causa del divorcio, que sin que interesen las causas o responsables del conflicto.

Al divorcio sancionador se le denomina también subjetivo o de culpa de uno de los cónyuges. En tanto, el divorcio remedio o de causales objetivas, se sustenta en la ruptura de la vida matrimonial, que se verifica a través del acuerdo de los cónyuges para su conclusión, o por cese efectivo de la convivencia durante un lapso de tiempo, o por una causal genérica que impida la convivencia, a la que se le denomina divorcio quiebre.

Umpire (2001), el Código Civil de 1984, mantuvo el sistema de divorcio restringido de la legislación civil precedente, si bien optaba por un sistema mixto al admitir el divorcio remedio a través de la separación convencional como precedente para el divorcio, las causales establecidas eran en su mayoría de carácter culposo, inculpatorio, que tenían como fundamento el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, de ahí, era clara su comprensión sancionadora no sólo para la determinación de la declaración de disolución del vínculo matrimonial, sino también para la regulación de los efectos personales, paterno filiales y patrimoniales del divorcio.

Mediante la Ley N° 27495 del 6 de julio del 2001 se incorporan modificaciones sustanciales al sistema, precisando algunos cambios en los cuales ya existentes, pero sobre todo al introducir dos causales de divorcio, las previstas en el numeral 11° y 12° del Art. 333° del C.C. esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Se trata de dos causales que en términos teóricos y legislativos generales son propios del sistema divorcio remedio, en su modalidad de causal objetiva la primera y de causal genérica de divorcio quiebre la segunda.

Cabe señalar que si bien, el carácter mixto de nuestro sistema evidentemente se ha flexibilizado facilitando los divorcios la gran pregunta a plantearse es si la actual legislación, tal y como su mixtura la presenta permite su comprensión tendiente al divorcio remedio pleno, conduciéndonos a puntos cercanos al otro extremo del péndulo divorciaste. Preliminarmente pensamos que ello es discutible, máxime si el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales, adicionando las ya mencionadas y ha regulado de manera preparatoria los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

- En todo proceso de divorcio, los temas de la alimentación constituyen un factor indispensable para la vida sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico mental y psicológico, por ello, los derechos de las personas afectadas por un divorcio son protegidos por los derechos nacionales e internacionales, sin embargo en algunos casos no se cumple, ya que algunas personas arguyen no contar con los medios necesarios para garantizar el cumplimiento de estos derechos.
- Por otro lado, en la actualidad, el régimen del divorcio es complejo en la medida en que coexisten tanto el divorcio sanción, como el divorcio remedio y el divorcio encausado y a pesar de que en nuestro país desde 1930, el divorcio ha sido tratado de manera legal, se ha enfrentado con opositores y con reparos por cuestiones de orden moral. Dichos reparos se han ido regulando especialmente en lo relacionado a los bienes patrimoniales.
- El cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, es identificado como el cónyuge que sufre la inestabilidad económica y para cuya identificación, además, deberá tomarse en cuenta datos objetivos como el patrimonio y los

ingresos previsibles de los cónyuges tras el divorcio; la situación laboral de los cónyuges; el régimen patrimonial del matrimonio.

- La comprensión de la real naturaleza jurídica sobre quién es el cónyuge perjudicado, permitirá otorgar indemnizaciones acordes a su función y que den la cobertura necesaria para que el cónyuge económicamente débil pueda revertir su inestabilidad económica.
- La jurisprudencia constitucional concluye que: el Código Civil, en los casos de separación de hecho, imponga al juez un deber tuitivo respecto de la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, que lo faculta a fijar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, en los siguientes términos: "Artículo 345-A.- Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323 , 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes".

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

- Se debe de reformar el párrafo segundo del inciso 4) del artículo 2° de la Constitución Política, así como la derogación de los artículos 130° al 138 del Código Penal, con el fin de despenalizar los delitos denominados contra el honor.
- si se llegara a despenalizar los delitos contra el honor, se debe considerar a la vía civil como la más idónea para una mejor protección de los derechos a la privacidad y el honor de las personas.

CAPÍTULO VIII

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito principal es realizar un análisis jurídico dogmático de la pensión de alimentos a favor del cónyuge afectado, en los casos de divorcio por causal de adulterio. El presente trabajo de suficiencia recoge antecedentes históricos que abordan el tema tratado y ello con mucha profundidad y conocimiento de la problemática. El marco teórico observa aspectos genéricos del divorcio y las responsabilidades de las personas que vienen pasando por esta situación. De igual forma se presentan aspectos de derecho comparado en lo que concierne al principio y la normatividad del tema relacionado a los derechos y deberes en relación a la alimentación y la protección del afectado en el divorcio. El trabajo concluye mencionando que la alimentación es un proceso vital para la persona, por lo que las normas están en la obligación de proteger al afectado, pero que sin embargo existe personas que eluden sus responsabilidades y que a pesar de la existencia normas siempre buscan argumentos para no cumplir con este derecho.

CAPITULO IX

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andía, R. (2002). Derecho de Familia en Código Civil. 3° Edición. Lima: Ffecaat.
- Avendaño, J. (2013). Gaceta Civil y Procesal Civil N°5. Lima: El Búho E.I.R.L.
- Baqueiro, E. y Buenrostro, R. (1994). Derecho de familia y sus sucesiones. (1ª edición). México: Universidad Autónoma.
- Belluscio, A. (2001). Manual de Derecho de Familia. Tomo I, Tercera Edic.. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Chávez, C. (1999). Derecho de Familia Peruano. Lima: El Búho E.I.R.L.
- Cornejo, A. (1960). Derechos de Familia. Perú: San Marcos.
- Cornejo, H. (1998). Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2010). Tercer Pleno Casatorio Civil. 1ª edición. Lima : Biblioteca Nacional del Perú. <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/III+Pleno-casatorio+ Civil.pdf?MOD=AJPERES>

- Fernández, C. (2001). Derecho de familia.. 1ª edición. Lima: San Marcos
- Gómez, E. (2015). Los modelos del Divorcio sanción vsv divorcio remedio según el ordenamiento. Pimentel. Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad Señor de Sipàn.
- Hernández, C. (2008). Código Civil Peruano Comentado Tomo III - Derecho de Familia Segunda Parte - Gaceta Jurídica. Lima: El Búho E.I.R.L.
- Hernández S. y Otros (2008) Metodología de la Investigación Editorial, McGrawHill. Tercera Edición. México.
- Llanos, A. (2008). Familia en el Código Civil Peruano. Lima: Ediciones Legales.
- Llanos, A. (2008). La Familia en el Código Civil Peruano. Lima: Ediciones Legales.
- Lobo, P.(2011) Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus, en Revista Brasileirade Direito de Família, N° 12.
- Ramos N. C. (2010) Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
- Umpire, E. (2001). Divorcio y sus causales. 1ª edición. Lima: Jurídica Libyjur.
- Valdez, A. (2013). Gaceta Civil y Procesal Civil N°6. Lima: Grijley.

CAPITULO X

ANEXOS

ANEXOS 01

8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00782-2013-PA/TC

LIMA

JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA