

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA MODIFICAR EL REQUISITO DE
ADMISIBILIDAD DE ENCONTRARSE AL DÍA EN EL PAGO DE LA
PENSIÓN, EN LAS PRETENSIONES ALIMENTARIAS**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: ANITA MABEL PERALTA PÉREZ

Asesor:

Dr. REYNALDO MARIO TANTALEAN ODAR

Cajamarca – Perú

2019

COPYRIGHT © 2019 by
ANITA MABEL PERALTA PÉREZ
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**TESIS APROBADA:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA MODIFICAR EL REQUISITO DE
ADMISIBILIDAD DE ENCONTRARSE AL DÍA EN EL PAGO DE LA
PENSIÓN, EN LAS PRETENSIONES ALIMENTARIAS**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: ANITA MABEL PERALTA PÉREZ

JURADO EVALUADOR

Dr. Reynaldo Mario Tantaleán Odar
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

Mg. Rocío Elizabeth Salazar Chero
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2019



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 08:30 horas, del día 01 de junio de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, Mg. ROCÍO ELIZABETH SALAZAR CHERO**, y en calidad de Asesor el **Dr. REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR** Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA MODIFICAR EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DE ENCONTRARSE AL DÍA EN EL PAGO DE LA PENSIÓN, EN LAS PRETENSIONES ALIMENTARIAS”**, presentada por la **Bach. en Derecho y Ciencias Políticas ANITA MABEL PERALTA PÉREZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... **APROBARE**... con la calificación de **...DIECIOCHO (18)**... la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho y Ciencias Políticas ANITA MABEL PERALTA PÉREZ**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Siendo las 10:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Reynaldo Mario Tantaleán Odar
Asesor


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador


.....
Mg. Rocío Elizabeth Salazar Chero
Jurado Evaluador

A:

Mi amado esposo Billy Joel Rojas Chero, por su apoyo y amor
incondicional

AGRADECIMIENTO

Doy gracias a Dios por permitir la ejecución del presente trabajo; de igual forma a mi amado esposo Billy Joel Rojas Chero y a la familia Peralta Pérez, quienes han sido mi soporte en todo tiempo.

También quisiera hacer público mi agradecimiento al Dr. Reynaldo Tantaleán Odar, por su apoyo y disposición en la asesoría de la tesis que hoy se presenta.

“Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad”.

Nelson Mandela

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE TABLAS	xiii
AGRADECIMIENTO	vi
LISTA DE ABREVIACIONES	xiv
RESUMEN	xv
PALABRAS CLAVE	xv
ABSTRACT	xvi
KEYWORDS	xvi
INTRODUCCIÓN	xvii
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1.1. Contextualización	1
1.1.2. Descripción del problema	4
1.1.3. Formulación del problema	5
1.2. JUSTIFICACIÓN	5
1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN	7
1.4.1. De acuerdo al fin que persigue.....	7
1.4.2. De acuerdo al diseño de investigación	7
1.4.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	7
1.5. HIPÓTESIS.....	7
1.6. OBJETIVOS	8
1.6.1. Objetivo general	8
1.6.2. Objetivos específicos	8
1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	9
1.7.1. Métodos generales.....	9
1.7.1.1. Método analítico y comparativo.....	9

1.7.1.2.	Método sintético	9
1.7.2.	Métodos propios del derecho	10
1.7.2.1.	Método dogmático	10
1.7.2.2.	Método hermenéutico.....	10
1.8.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	11
1.8.1.	Recopilación documental	11
1.8.1.1.	Fichas de referencia.....	11
1.8.1.2.	Fichas bibliográficas.....	11
1.9.	UNIDAD DE ANÁLISIS	11
1.10.	ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	12
CAPITULO II.....	15
MARCO TEÓRICO	15
2.1.	LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....	15
2.1.1.	La tutela jurisdiccional	15
2.1.2.	El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	17
2.1.3.	Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	18
2.1.4.	El derecho de acceso a la jurisdicción	18
2.1.5.	La tutela jurisdiccional efectiva antes del proceso.....	18
2.1.6.	El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva: Dos manifestaciones de tradiciones jurídicas diferentes	22
2.1.7.	La efectividad como rasgo esencial del derecho	25
2.1.8.	El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental.....	28
2.1.9.	El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en la doctrina nacional.....	31
2.1.10.	El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia del tribunal constitucional	32
2.2.	EL DERECHO DE ALIMENTOS	36
2.2.1.	Sujetos de la obligación recíproca de darse alimentos entre cónyuges	38
2.2.2.	Obligación recíproca entre descendientes y ascendientes	39
2.2.3.	La obligación de darse alimentos entre hermanos	40

2.2.4.	Criterios para fijar alimentos.....	40
2.2.5.	Reajuste de la pensión alimenticia.....	43
2.2.6.	Prorrateso	44
2.2.6.1.	Prorrateso en supuestos de pluralidad de obligados alimentantes	44
2.2.6.2.	Prorrateso en pluralidad de acreedores alimentistas	46
2.2.7.	Exoneración de alimentos	47
2.2.8.	Requisito especial de la demanda.....	49
2.2.9.	El proceso inmediato en el Perú.....	52
2.2.9.1.	El proceso inmediato por la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar	56
2.2.9.1.1.	El delito de omisión a la asistencia familiar	56
2.2.9.1.2.	Tipificación del delito de omisión a la asistencia familiar	57
2.3.	EL PROCESO CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO	60
2.3.1.	Presupuestos	61
2.3.1.1.	Apariencia del derecho invocado (fumus bonis iuris)	61
2.3.1.2.	Peligro en la demora del proceso.....	62
2.3.1.3.	La razonabilidad de la medida.....	63
2.3.2.	Medidas cautelares específicas	65
2.3.2.1.	Medidas cautelares para futura ejecución forzada	65
2.3.2.1.1.	El embargo.....	65
2.3.2.1.2.	En forma de depósito (artículo 649° CPC)	66
2.3.2.1.3.	En forma de inscripción (artículo 656° CPC).....	67
2.3.2.1.4.	En forma de retención (artículo 657° CPC)	68
2.3.2.1.5.	En forma de intervención.....	68
2.3.2.1.6.	En recaudación (art 661° CPC)	69
2.3.2.1.7.	En información (art. 665° CPC)	69
2.3.2.1.8.	En forma de administración (art. 669° CPC)	70
2.3.2.1.9.	El secuestro	71
2.3.2.1.10.	Anotación de demanda en los registros públicos (art. 673° CPC)	73

2.4.	RESTRICCIONES ADMINISTRATIVAS PARA LOS DEUDORES ALIMENTARIOS	74
2.5.	LA PONDERACIÓN DE DERECHOS	79
2.5.1.	composición de la ponderación	81
2.5.2.	La ley de la ponderación	81
2.5.3.	Las cargas de argumentación	84
	CAPITULO III.....	86
	CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	86
3.1.	LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL DEUDOR ALIMENTARIO ANTE EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 565-A DEL C.P.C-	87
3.1.1.	Análisis legislativo	87
3.1.2.	Análisis doctrinario	91
3.1.2.1.	Artículo 565-A del C.P.C como vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante	91
3.1.2.2.	Artículo 565-A del C.P.C como no vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante	94
3.1.3.	Casística referente a la aplicación del artículo 565-A del Código Procesal Civil.....	96
3.1.3.1.	Análisis jurisprudencial de la tutela jurisdiccional efectiva, en su dimensión de acceso a la justicia	102
3.1.4.	El artículo 565-A en el ordenamiento jurídico nacional	106
3.1.4.1.	El test de ponderación como herramienta para superar las dudas de la prescripción contenida en el artículo 565-A del C.P.C	107
3.2.	SUFICIENCIA NORMATIVA QUE GARANTIZA EL DERECHO DEL ACREEDOR ALIMENTARIO	111
3.2.1.	Medidas cautelares en el ámbito procesal civil	111
3.2.2.	Inscripción en el registro de deudores.....	113
3.2.3.	El proceso inmediato por la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar.....	115
3.3.	RECAPITULACIÓN DE LA TESIS.....	118

CAPÍTULO IV	119
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA.....	119
4.1. Exposición de motivos.....	119
4.2. Efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional	121
4.3. Modelo de proyecto de ley	122
CONCLUSIONES	123
RECOMENDACIONES	125
REFERENCIAS	126
ANEXOS	130
ANEXO I.....	131
GUÍA DE REGISTRO DE LA LEGISLACIÓN DE ALIMENTOS Y TUTELA JURISDICCIONAL	131
ANEXO II	132
GUÍA DE REGISTRO DE JURISPRUDENCIA SOBRE APLICACIÓN E INAPLICACIÓN DEL ART 565-A DEL C.P.C.....	132
ANEXO III	133
GUÍA DE REGISTRO DE DOCTRINA A FAVOR Y EN CONTRA DE LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 565-A DEL C.P.C	133

LISTA DE TABLAS

Tabla 1: Autores que consideran al Art 565-A vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	92
Tabla 2: Autores que no consideran al Art 565-A vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	94
Tabla 3: Comparación entre la aplicación y no aplicación del artículo 565-A del código procesal civil en la casuística.....	97

LISTA DE ABREVIACIONES

CPP.	Constitución Política del Perú
C.C.	Código Civil vigente del Perú
C.P.C	Código Procesal Civil vigente en Perú

RESUMEN

La investigación partió del análisis del requisito de admisibilidad contenido en el artículo 565-A del Código Procesal Civil, que requiere al deudor acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión, a efectos de que le sea posible postular las pretensiones de reducción, variación, prorrateo y exoneración de alimentos, habiéndose hecho necesario a su vez: (a) evaluar sus ventajas y desventajas respecto al acreedor y deudor alimentario, (b) identificar la regulación jurídica de las citadas pretensiones, así como la de tutela jurisdiccional efectiva en el Perú, en su dimensión de acceso a la justicia, (c) analizar e interpretar doctrina y jurisprudencia sobre tutela jurisdiccional efectiva en el Perú, en su dimensión de acceso a la justicia, (d) exponer y aplicar doctrina sobre ponderación en los derechos del acreedor y deudor alimentario con relación a la prescripción de artículo 565-A del C.P. C, (e) identificar y desarrollar la normativa jurídica que garantiza el derecho del acreedor alimentario, ante el incumplimiento de pago. Finalmente, en aplicación de los métodos hermenéutico, exegético y dogmático se logró determinar que los fundamentos jurídicos para modificar el artículo bajo comentario, son los siguientes: la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante y la suficiencia normativa que garantiza el derecho del acreedor alimentario.

Palabras clave: Deudor alimentario, tutela jurisdiccional efectiva, admisibilidad de la demanda, test de ponderación y suficiencia normativa.

ABSTRACT

The investigation was based on the analysis of the admissibility requirement required by article 565-A of the Civil Procedure Code, which requires compliance with all food debts so that a process of reduction, variation, apportionment and exoneration of the maintenance pension can be initiated in Peru. Therefore, it was necessary to: (a) evaluate its advantages and disadvantages with respect to the creditor and the food debtor, (b) Identify the legal regulation of the effective Jurisdictional Guardianship in Peru, in its dimension of access to justice, (c) Analyze and interpret Doctrine and Jurisprudence on effective Jurisdictional Tutelage in Peru, in its dimension of access to justice, (d) Expose and apply the doctrine on weighting in the rights of the creditor and food debtor in relation to the prescription of article 565-A of the C.P.C, (e) Identify and develop the legal regulations that guarantee the right of the food creditor, in case of breach of maintenance. Finally, thanks to the hermeneutic and dogmatic methods it was possible to determine that the legal grounds that allow modifying Article 565-A of the Civil Procedure Code, which prescribes as a requirement of admissibility in food claims, prove to be up to date in the payment of the pension, they are the following: The violation of the right to the jurisdictional protection of the plaintiff and normative sufficiency that guarantees the right of the alimentary creditor.

Keywords: Food debtor, effective jurisdictional protection, admissibility of the claim, weighting test and regulatory sufficiency.

INTRODUCCIÓN

Un sistema u Ordenamiento Jurídico está compuesto por normas que deben guardar armonía entre sí, pero suele ocurrir que el legislador crea disposiciones normativas que rompen con el mismo, no siendo posible su inclusión dentro de él; debiendo por lo tanto expulsarse la disposición que fragmenta dicho esquema; en la presente tesis se sostiene lo propio respecto al artículo 565°-A del Código Procesal Civil, motivo por el cual se van a exponer los fundamentos jurídicos para su modificación.

Recordemos que la pensión de alimentos fijada por el Juez, es pasible de incrementar, disminuir, prorratearse u exonerarse, según lo establecido por los artículos 482°, 477° y 483° del C.C. respectivamente, teniendo para los dos primeros supuestos que basarse en el aumento o disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del obligado a prestarlos, para el prorrateo cuando el deudor se encuentre obligado a cumplir más de una obligación alimentaria y para la exoneración cuando la disminución de ingresos del este impide atenderla, debido a que pone en peligro su propia subsistencia, o cuando ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad.

Las pretensiones expuestas cuentan con un requisito previo para poder lograr su acceso, a pesar de tratarse de un proceso distinto al primigenio, siendo que en diciembre del año 2009, mediante Ley N° 29486, se incorporó el artículo 565-A, al Código Procesal Civil, donde se establece como requisito especial para demandar que el obligado a la prestación alimentaria, acredite encontrarse al día en el pago. Sin embargo, este precepto jurídico desde su proyecto habría tenido posiciones encontradas, al considerar que limitaría el derecho de acción el cuál

en materia procesal civil, no admite limitación ni restricción para su ejercicio, de conformidad a lo establecido en el artículo 3° del Código Procesal Civil.

Siendo así, la presente tesis tiene como finalidad el estudio de dicho requisito, el cual atentaría contra la tutela jurisdiccional efectiva del obligado demandante, quien también es parte fundamental de la relación alimentaria, igual de importante que el alimentista, en la medida que es de quien depende la provisión de los alimentos.

El sentido práctico de la tesis pretende lograr uniformidad de criterios jurisdiccionales, promover en la medida de lo posible la efectivización del cumplimiento de las obligaciones alimentarias, suprimiendo las condiciones que lo imposibilitan en la nueva acción y que más bien resultan contraproducentes con el propio ordenamiento jurídico como en el caso de la pretensión de disminución de alimentos, donde se pone en tela de juicio la capacidad económica del obligado, desnaturalizando además su razón de ser, ocurriendo otras situaciones de desventaja respecto a las demás pretensiones, las cuales se desarrollarán en el acápite correspondiente.

Finalmente la tesis cuenta con los capítulos reglamentarios, en el primero se van a presentar los aspectos metodológicos vinculados a la formulación del problema, objetivos, hipótesis y métodos. En el siguiente capítulo se hará una revisión doctrinal de temas vinculados a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de alimentos, el proceso cautelar en el Código Procesal Civil peruano, las restricciones administrativas para los deudores alimentarios y la ponderación de derechos.

En el último capítulo se puso a prueba la hipótesis y se pudo determinar que los fundamentos jurídicos que permiten modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, que prescribe como requisito de admisibilidad en las pretensiones alimentarias, acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión, son los siguientes: la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante en su dimensión de acceso a la justicia y suficiencia normativa que garantiza el derecho del acreedor alimentario.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización

Los alimentos tienen como fundamento el amparo y protección de la institución familiar en el Perú, impuesto como mandato legal, a fin de tutelar la necesidad de quien no puede valerse por sí mismo ni sobrevivir con sus propios medios, de esta manera el derecho de solicitarlos y la obligación de prestarlos se encuentran establecidas por supremacía en la Constitución Política del Estado de 1993, habiéndose dispuesto en su artículo 6° que es deber y derecho, entre otros de los padres el alimentar a sus hijos. Con criterio más amplio el artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, y el bienestar, en especial la alimentación.

No obstante es el Código Civil vigente de 1984, en adelante C.C, que ha regulado su tratamiento de manera específica, a partir del artículo 472° en adelante, donde se define a los alimentos como lo “indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación”, según la situación y posibilidades de la familia, debiendo ser regulados por el Juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del quien debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor, según lo especifica el artículo 481° del C.C.

Siendo así la pensión de alimentos, regulada por el Juez, es pasible de incrementar, disminuir, prorratearse u exonerarse, según lo contemplado en los artículos 482°, 477° y 483° del C.C. respectivamente, no obstante para el acceso de tales pretensiones, se incorporó conforme se ha citado en la introducción, la ley N° 29486, que modificó el Código Procesal Civil, estableciendo en el artículo 565-A, como requisito especial para la admisión de la demanda que el demandante, acredite encontrarse al día en el pago. Sin embargo, tal exigencia desde su proyecto encontró posiciones jurídicas divergentes, dentro de ellas las expuestas por el Ministerio Público, mediante Oficio N° 033-2008-MP-FN, al considerar que limitaría el derecho de acción, por su parte la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social del Congreso de la República, concluyó que la medida es beneficiosa para la optimización del cumplimiento del pago de alimentos dentro de un proceso sumarísimo, por ende el Juez estaría en mayores posibilidades de asegurar el resultado de un conflicto de intereses agilizando el proceso y beneficiando al alimentista.

La disparidad de opiniones no fue distinta a nivel jurisprudencial, como es de verse de las conclusiones arribadas a nivel Plenario Distrital de Familia, llevados a cabo en la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año dos mil once, donde por mayoría de votos se amparó admitir la demanda cuyas pretensiones se encuentran contenidas en el artículo 565-A del C.P.C, en amparo a la tutela jurisdiccional efectiva y principio de proporcionalidad, mientras que en el pleno jurisdiccional distrital de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Lima, se adoptó una tercera posición agregando que en casos que se haga imposible presentar el requisito de admisibilidad, de acreditar encontrarse al día en el pago de las pensiones, se permita al Juez admitir la

demanda, al amparo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y los derechos de acción y tutela jurisdiccional efectiva.

El primer criterio de los plenos descritos fue asimilado en el expediente N°4323-2011, por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Hunter-Arequipa, quien aplicando control difuso, admitió la demanda de reducción de alimentos interpuesta por Luis Enrique Torres Dávila, sin que el demandante cumpla con el requisito de encontrarse al día en el pago de la pensión de alimentos, requisito exigible para ejercer su derecho de acción, no ocurriendo lo mismo en la ciudad de Cajamarca, donde según los casos que se detallarán en los cuadros respectivos, muestran la aplicación literal del artículo bajo cuestionamiento, declarando inadmisibles las pretensiones que incumplan con dicho requisito; perjudicando al sector de la población en donde es exigible su cumplimiento y favoreciendo al sector donde se inaplica.

A nivel doctrinario opiniones como la del experto en Derecho de Familia, Alex Plácido Vilcachagua (2001), se pronuncia expresando que el requisito contenido en el Art 565-A del Código Procesal Civil es inconstitucional, si se considera la literalidad que califica el requisito como uno de admisibilidad al que están referidos los casos puramente formales, debiendo ser considerado como requisito de procedibilidad y se desestima la demanda se deberá pagar siempre lo debido. Marco Antonio Celis Vásquez (2013), Juez del Quinto Juzgado de Familia y docente de la Universidad Privada Antenor Orrego, de la ciudad de Trujillo, postula que tal requisito de admisibilidad sólo de ser exigible para los casos de exoneración de alimentos, en la medida que para los demás supuestos no tendría sentido al no cumplirse con el fin de la norma que es dotar de

seguridad y salud a los alimentistas, al existir la imposibilidad en el cumplimiento del pago de la pensión de alimentos.

En ese sentido, y advirtiendo diversidad de criterios en todas las esferas, esto es a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinario, se tiene como propósito en la presente investigación, analizar si la condición de admisibilidad bajo cuestionamiento, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante en su dimensión de acceso a la justicia; así como determinar la normativa peruana vigente que ampara el derecho alimentario del acreedor, sobre todo teniendo en cuenta que la finalidad de la incorporación de este requisito estaba dirigido a optimizar el cumplimiento de su pago.

Por último se debe hacer notar un aparente conflicto entre el derecho de alimentos del acreedor alimentario y el derecho de acceso a la justicia del obligado demandante, el cual se va a deslindar en el desarrollo de la presente, conjuntamente a la incongruencia que genera el cumplimiento del requisito cuestionado con la naturaleza de las pretensiones.

1.1.2. Descripción del problema

Se ha mostrado que efectivamente, existe incertidumbre jurídica por la diferencia de resoluciones jurisdiccionales en la misma materia jurídica, donde se pondera por un lado el derecho del demandante y por otro el derecho del alimentista, siendo necesario a efectos de la ejecución de la presente investigación, realizar un ejercicio de ponderación entre estos, con el objeto de consolidar la propuesta modificatoria; así como verificar si la supresión del requisito de admisibilidad sería aplicable a todos los supuestos de la norma, es decir a la reducción, variación, prorrateo y exoneración de la pensión alimentaria, todo ello a fin de

reconsiderar la ratio iure del artículo 565-A, del C. P. C., y en su oportunidad expresar los fundamentos de su modificación, en aras de suprimir la vulneración del derecho del demandante, uniformizar criterios jurisdiccionales y dotar de protección jurídica al alimentista.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, que prescribe como requisito de admisibilidad en las pretensiones alimentarias, acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión?

1.2. JUSTIFICACIÓN

El trabajo de investigación tiene como finalidad el estudio del requisito de admisibilidad de la demanda contenido en el artículo 565-A, del Código Procesal Civil, el cual según se ha expuesto atentaría contra la tutela jurisdiccional efectiva del demandante; y en razón a la trascendencia que importa la vulneración de los derechos de una de las partes de la relación alimentaría, igual de importante que el alimentista, en la medida que es de quien depende la provisión de los alimentos, es que se pretende su modificación, con el objetivo de uniformizar criterios, dotar de protección jurídica, a todas las partes integrantes de dicha relación; procurando además un modesto aporte al derecho de familia desde un espectro constitucional, en aras de la consecución de un sistema normativo coherente y sistematizado.

El sentido práctico de esta tesis, sin quitarle valor al estudio dogmático jurídico, aspira además de lograr la uniformidad de criterios jurisdiccionales una vez producida la modificación del artículo 565-A del Código Procesal Civil, es la de promover en la medida de lo posible la efectivización del cumplimiento de las

obligaciones alimentarias suprimiendo las condiciones que imposibilitan el derecho de acceso a la jurisdicción del obligado, permitiendo mayor probabilidad del cumplimiento de las obligaciones alimentarias propias de la nueva acción, en favor del alimentista, en razón que el obligado acudirá la pensión de acorde a su capacidad económica, y no por el contrario resulte contraproducente como hoy en día, que al impedirse accionar las pretensiones contenidas en el dispositivo bajo cuestionamiento, justamente por no poder cumplir íntegramente la obligación que primigeniamente no pudo cancelar y que se le pretende cobrar en un nuevo proceso, se genere no sólo la vulneración de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva advertida, sino además poniéndose en peligro la seguridad jurídica del alimentista, quien no sólo no recibió monto alimenticio inicial, vía proceso de alimentos primigenio, sino también se le pretende privar de los mismos eventualmente, en un segundo proceso completamente distinto, y cuyo requisito de admisibilidad no importa pronunciamiento de fondo, no obstante pone en riesgo también al derecho alimentario del alimentista como se ha señalado.

1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

Espacial:

La presente tesis abarca todo el territorio peruano, por cuanto el artículo materia de cuestionamiento rige en el mismo sin excepción.

Temporal:

La investigación ha comprendido el cambio legislativo e interpretación jurisprudencial, desde diciembre de 2009 hasta el mes de noviembre de 2018.

1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Siguiendo las pautas establecidas por el protocolo, se procederá a explicar las opciones planteadas según sus lineamientos.

1.4.1. De acuerdo al fin que persigue

Dadas las opciones, esta tesis es de corte básico, por cuanto le interesa el conocimiento y la determinación de los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, que prescribe como requisito de admisibilidad en las pretensiones alimentarias, acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión.

1.4.2. De acuerdo al diseño de investigación

Esta investigación es de tipo propositivo, por cuanto se están presentando los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, en ese sentido se busca que ya no exista como requisito de admisibilidad en las pretensiones alimentarias, presentándose los fundamentos jurídicos y doctrinarios para lo propio.

1.4.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos utilizados

La tesis realizada es de carácter argumentativo, careciendo de mediciones estadísticas, se utilizaron también métodos cualitativos; siendo por lo tanto de carácter cualitativa.

1.5. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, que prescribe como requisito de admisibilidad en las pretensiones

alimentarias, acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión, son los siguientes:

1. La vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante en su dimensión de acceso a la justicia.
2. Suficiencia normativa que garantiza el derecho del acreedor alimentario.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, que prescribe como requisito de admisibilidad en las pretensiones alimentarias, acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión.

1.6.2. Objetivos específicos

- a. Evaluar la regulación jurídica de la reducción, variación, prorrateo y exoneración de la pensión de alimentos en el Perú, identificando sus ventajas y desventajas respecto al acreedor y deudor alimentario.
- b. Identificar la regulación jurídica de la tutela jurisdiccional efectiva en el Perú, en su dimensión de acceso a la justicia.
- c. Analizar e interpretar doctrina y jurisprudencia sobre tutela jurisdiccional efectiva en el Perú, en su dimensión de acceso a la justicia.

- d. Exponer y aplicar doctrina sobre ponderación en los derechos del acreedor y deudor alimentario en relación con la prescripción de artículo 565-A del C.P. C.
- e. Identificar y desarrollar la normativa jurídica que garantice el derecho del acreedor alimentario, ante el incumplimiento de la pensión alimentaria.
- f. Proponer la modificatoria del artículo 565-A del C.P. C.

1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. Métodos generales

1.7.1.1. Método analítico y comparativo

El uso de los métodos analítico y Comparativo fueron sin duda una gran herramienta, en razón que coadyuvaron con el análisis de necesidad, que importa que el demandante acredite encontrarse al día de su pensión alimentaria, como requisito de admisibilidad en las demandas de variación, reducción, prorrateo y exoneración de alimentos.

1.7.1.2. Método sintético

Procedimiento que permite unir las partes del objeto que se estudia, para ver las relaciones internas y externas de sus elementos, a fin de apreciar su naturaleza o esencia que lo distingue de otros fenómenos. En ese sentido nos permitió agrupar, y organizar armónicamente lo obtenido mediante el método analítico, en tanto, ambos constituyen momentos de un único proceso del conocimiento.

En conjunto permitieron argumentar a favor de la modificación del artículo 565-A del Código Procesal Civil, que prescribe como requisito de admisibilidad en las pretensiones alimentarias, acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión.

1.7.2. Métodos propios del derecho

1.7.2.1. Método dogmático

Consistente en un trabajo de orden lógico que parte del supuesto de las normas jurídicas, las cuales se interpretan para lograr su explicación concreta, investigando a la vez los principios generales y los denominados dogmas jurídicos, que no son otra cosa que la técnica explicativa de las instituciones jurídicas que nos ayudan a entender las mismas del modo más adecuado a las exigencias del caso concreto, utilizándolo para conocer, entender, interpretar las instituciones jurídicas contenidas en el artículo 565°-A del C.P.C, a fin de lograr individualizar su razón de ser, finalidad, para posteriormente deducir la necesidad de su modificación.

1.7.2.2. Método hermenéutico

Mediante el que se realiza procedimientos de interpretación de la norma jurídica, utilizado en investigaciones teóricas y/o conceptuales por excelencia; y en la presente tesis, con el objeto de modificar el artículo 565°-A del C.P.C, realizando un estudio analítico del requisito de admisibilidad de las pretensiones alimentarias; éste método se puede sub clasificar en tres tipos: el exegético, sistemático y sociológico, no obstante para la tesis se empleó solamente los dos primeros.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Recopilación documental

Se considera fundamental para el tipo de investigación que se realizó, pues se utilizaron fuentes escritas, orales y/o virtuales, consistentes en libros, revistas jurídicas, monografías, tesis, ensayos en soporte físico o virtual, lo cual nutrió la data respecto al tratamiento jurídico y doctrinario de la reducción, variación, prorrateo y exoneración de alimentos en el Código Civil Peruano, tutela jurisdiccional efectiva y ponderación de derechos.

Para la presente técnica se tendrán como instrumentos:

1.8.1.1. Fichas de referencia

Donde se anotaron los datos generales de los libros, revistas, monografías, tesis y ensayos encontrados.

1.8.1.2. Fichas bibliográficas

Las que permitieron recoger información de los textos, siguiendo el formato de cita establecida por la Escuela de Post Grado, para la lista de referencias, entre otros.

1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS

Dado que la naturaleza de la tesis es de naturaleza cualitativa, se presidirán de los criterios de universo y muestra, pero sí se hace referencia a las unidades de análisis que permitieron analizar de una mejor forma los argumentos presentados, siendo las siguientes:

- a) Ley, artículos del Código Civil y Procesal Civil: 477°, 482°, 483°, 484° y 565-A del C.P.C.
- b) Jurisprudencia, detallada en el numeral 3.1.3, tabla 3 de la presente, así como en el numeral 3.1.3.1; y
- c) Plenos jurisdiccionales, detallados en el numeral 3.1.3, tabla 3 de la presente.

1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Respecto al tema materia de investigación, luego de la búsqueda realizada en las universidades locales, y en Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) se ha encontrado los siguientes antecedentes:

Uno de ellos es la investigación suscrita por María Luisa Mejía Alberca, realizada en la ciudad de Chiclayo, en el año 2016, titulada: el derecho de acceso a la justicia del deudor alimentario en el proceso de reducción de alimentos; en la que se concluye que el proceso de reducción de alimentos se inicia cuando las necesidades del alimentista o las posibilidades de quien deba darlos han disminuido, de conformidad con lo establecido en el artículo 482° del Código Civil, proceso al cual se estableció un requisito especial, contenido en el artículo 565-A del C.P.C, el que si bien tiene una *ratio legis*, en circunstancias excepcionales importa una afectación al derecho de acceso a la justicia del deudor alimentario.

Otro de ellos es la suscrita por Mirian Lisbeth Benites Torres, realizada en la ciudad de Trujillo, en el año 2015, titulada: vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del deudor alimentario en la acción de reducción de

alimentos por aplicación del artículo 565-A del Código Procesal Civil, en la cual se concluyó que el requisito de admisibilidad previsto en el citado dispositivo no cumple su finalidad de garantizar la ejecución de las sentencias de alimentos, siendo no adecuado para la regulación del problema social que pretendía afrontar.

Así también tenemos la investigación realizada por Mauricio Enrique Mujica Jaen, en la ciudad de Cuzco en el año 2017, cuyo título es: la aplicación del artículo 565-A del C.P.C, respecto a la pretensión de reducción de alimentos y su incidencia en la tutela judicial efectiva, siendo una de sus conclusiones que el citado artículo respecto de la pretensión de reducción de alimentos, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su manifestación del acceso al órgano jurisdiccional, toda vez que el requisito de estar al día en el pago de las pensiones, constituye una limitación, un exceso irracional y desproporcional.

Se tiene a su vez otro con el título de: “La inconstitucionalidad de la Ley N° 29486”, suscrito por Marco Antonio Celis Vásquez (2013), Juez del Quinto Juzgado de Familia de Trujillo y profesor de derecho de familia en la Universidad Privada de Trujillo, publicado en mayo del año 2013, donde concluye que el exigir como requisito de procedibilidad a los deudores alimentarios en los procesos de reducción, variación y prorrateo de alimentos, se restringe abiertamente el derecho de acceder a la tutela judicial efectiva de los deudores alimentarios, los cuales nunca podrán acceder a la jurisdicción si es que no están al día en dicha pensión, no obstante , tal requisito resulta constitucional únicamente en las acciones de exoneración de alimentos.

Finalmente otro de los trabajos de investigación se titula “¿se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con la exigencia establecida en el artículo 565°-A del Código Procesal Civil Peruano?” de la docente experta en derecho de familia de la Universidad Nacional de Cajamarca, Dra. Sandra Manrique Urteaga (2017), quien inicia manifestando que “este requisito especial, se ha convertido en un verdadero obstáculo material, para que el obligado alimentario pueda tener acceso al órgano jurisdiccional” (p. 232). En este artículo se llega a concluir que tal requisito contiene una extralimitación que “trae como consecuencia la vulneración al Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en su dimensión de acceso a la justicia” (p. 242) y que

Existen otros mecanismos procesales que ya garantizan la efectividad del cobro de la pensión alimenticia en el proceso primigenio, tales como: remisión de copias al Ministerio Público para la formulación de denuncia por delito de Omisión de Asistencia Familiar, la interposición de medidas cautelares y la inscripción en el Registro de Deudores Morosos Alimentarios. (p. 242).

Siendo el estado actual del debate y problema estudiados, es necesario puntualizar que se tuvo conocimiento de aquellos trabajos de investigación cuando ya se había emprendido la ejecución de la tesis que se postula y se advierte que no existe discrepancia entre ellos, otorgándonos mayor solidez y más aún si se ha desarrollado el tema de forma más completa.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

2.1.1. La tutela jurisdiccional

El derecho a la tutela procesal efectiva, reconocido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional y en el artículo 139.3 de la Constitución, es un derecho genérico o complejo que parte de una concepción garantista y tutelar para asegurar tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia.

Por un lado, el derecho de acceso a la justicia garantiza que cualquier persona pueda recurrir a un tribunal de justicia, de manera directa o a través de un representante para que, con un proceso respetuoso de garantías mínimas, se sustente una pretensión de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Landa Arroyo, 2012, p. 15).

La noción de tutela puede ser entendida como la protección que viene ofrecida a un determinado interés ante una situación en la cual el mismo sea lesionado o insatisfechoⁱ. Por ello, cada vez que se reflexione sobre la tutela debemos necesariamente reflexionar sobre los diversos medios que el ordenamiento que el ordenamiento jurídico prevé en el caso de la lesión o amenaza de la lesión de una situación jurídica y la forma de tutela de las situaciones jurídicas por excelencia es la tutela jurisdiccional, la misma que se lleva a cabo a través del proceso. De esta forma, la tutela jurisdiccional hará que la tutela prevista por el ordenamiento jurídico a los diversos intereses, sea efectiva (Priori Posada, 2003, p. 62).

La doctrina explica de la siguiente manera la relación existente entre tutela jurídica y tutela jurisdiccional: La tutela jurídica que concede la norma sustancial consiste en el reconocimiento de derechos, con su haz de facultades y deberes correlativos, atribuyéndoles la protección jurídica necesaria para que pueda afirmar que son derechos, mientras que la tutela jurisdiccional hace referencia a la función estatal desempeñada por jueces y tribunales cuyo cometido es actuar el derecho objetivo, aplicando en su caso, las sanciones expresas o implícitamente establecidas en éste para el caso de la violación de la norma jurídica. Por ello, se ha considerado que siempre, está la tutela jurídica trae consigo un derecho subjetivo y que luego va a necesitar ser protegido mediante la tutela jurisdiccional (Priori Posada, 2003, p. 62).

De esta manera, el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales brinda aquella protección que no ha sido lograda por la espontánea conducta de los sujetos. Así, si bien antes del proceso el derecho se encuentra amenazado, vulnerado o lesionado, luego del proceso se pretende que dicho derecho se encuentre protegido pues el Estado pone de sí toda la fuerza que él detenta para que dicho derecho sea respetado incluso, contra la voluntad de algunos particulares (Fazzalari, como fuera citado por Priori Posada, 2003, p. 280) y es que precisamente la tutela jurisdiccional que se brinda a través del proceso opera cuando la protección del ordenamiento jurídico no ha operado por medio de la colaboración de los privados; así la función del proceso es siempre la de constituir un remedio a la carencia de cooperación que se verifica en las relaciones entre los privados. Y sólo donde dicha cooperación no sedé, se evidencia la necesidad de tutela jurisdiccional.

No se puede afirmar un divorcio y separación completas entre el proceso y las situaciones jurídicas materiales. En efecto, interpretando a Valencia Miró, la inescindibilidad del proceso con el derecho material significa, que la efectividad de este depende de aquel en la medida que la función jurisdiccional adopta distintas formas procesales, se diversifican en pluralidad de procesos destinados que buscan proporcionar la tutela jurisdiccional adecuada al correspondiente derecho material (Priori Posada, 2003, p. 63).

En eso consiste la tutela jurisdiccional, que cumple también un rol en la efectividad del ordenamiento jurídico, pues una de las manifestaciones de dicho principio es precisamente el otorgar una efectiva protección a las situaciones jurídicas de los particulares. La trascendencia de esta necesidad de lograr una protección efectiva de las situaciones jurídicas particulares, está en la base misma de un Estado constitucional y también en el fundamento de un estado democrático, por ello, el propio ordenamiento reconoce en los particulares, como uno de sus derechos más esenciales y fundamentales, el contar con una tutela jurisdiccional efectiva (Priori Posada, 2003, p. 62).

2.1.2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a tutela jurisdiccional efectiva, es aquel que tiene todo aquel sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución.

2.1.3. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Inicialmente se debe decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo, en la medida que está conformada por una serie de derechos que determinan su contenido. Siguiendo a Priori Posada (2002, pp. 77-91), esta serie de derechos sería como sigue: derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, derecho a un proceso con las garantías mínima, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

2.1.4. El derecho de acceso a la jurisdicción

Si el Estado prohíbe a los particulares el recurso a la auto tutela para que estos puedan proteger sus interés, es evidente que el Estado debe garantizar que los particulares puedan acceder a la función jurisdiccional para que a través del inicio de un proceso se pueda lograr una tutela a la situación jurídica de ventaja que ha sido amenazada o lesionada. Si no se permite este acceso o éste se restringe, entonces ello sería lo mismo que admitir que el Estado no tiene ningún interés en tutelar determinado derecho.

2.1.5. La tutela jurisdiccional efectiva antes del proceso

El derecho a la tutela jurisdiccional, en tanto derecho público y subjetivo, tiene dos planos de existencia. Usando las categorías aristotélicas de potencia y acto, nos parece factible ubicar el derecho a la tutela jurisdiccional antes y durante el proceso, respectivamente.

a) En el primer caso, el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. Resulta absolutamente irrelevante si esa estructura material y jurídica que debe sostener el Estado va a ser usada o no. Lo trascendente es, única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponde el caso concreto debe estar siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia.

En efecto, siguiendo los lineamientos de Rosatti, esto se expresa así:

El derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del Estado- monopolizador del servicio de administrador de justicia, el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y facticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta (p. 47).

Es de similar opinión el constitucionalista Campos (1960, p. 17), quien expresa que el derecho a la jurisdicción es un supuesto de la actividad procesal que en su primera etapa, aparece como previo al proceso, pero que, no agotándose con el acceso al órgano judicial se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firme.

Como se advierte, el deber estatal de asegurar tutela jurídica a sus ciudadanos tiene exigencias, que son previas al inicio de un proceso en concreto. Par lo cual se necesita de un órgano estatal, autónomo, capaz y objetivo, encargado con exclusividad de la resolución de conflictos. Además que se debe tener

reglamentada la actividad a realizarse al interior de un eventual proceso, es decir, debe proveer con anticipación la vigencia de normas procesales que aseguren un tratamiento social sencillo, didáctico y expeditivo del eventual conflicto que se pueda producir. Igualmente, el Estado tiene la obligación de brindar a la comunidad de una infraestructura adecuada a fin de que el servicio de justicia sea brindado en condiciones satisfactorias.

Expresándolo de otra manera, se trata de que el Estado se comporte como lo haría una empresa de seguros respecto de sus asegurados. Es decir, teniendo y manteniendo las condiciones necesarias para dar atención inmediata al asegurado en el caso de que lo requiera, prescindiendo absolutamente de si el supuesto material generador de la atención el siniestro pudiera jamás presentarse.

Resulta irrelevante si todas o ciertas personas van a litigar alguna vez, el derecho a la tutela jurisdiccional antes de proceso le impone al Estado el deber de proveer a la comunidad de los elementos indispensables para que su pretensión sea procesalizada de la manera más idónea.

También contamos con la opinión de Landa Arroyo, (2012, p. 15) quien manifiesta que no significa que la judicatura deba admitir a trámite toda demanda, y mucho menos que deba estimar de manera favorable y necesaria toda pretensión formulada. El órgano jurisdiccional solo tiene la obligación de acoger la pretensión y, bajo un razonable análisis, decidir sobre su procedencia. Si por el contrario, la judicatura desestima de plano y sin previa merituación una petición, entonces se estaría vulnerando el derecho de acceso a la justicia.

Como todo derecho fundamental, el derecho de acceso a la justicia no es absoluto. Sus límites están constituidos por los requisitos procesales o las condiciones legales necesarias para acceder a la justicia, como la competencia del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, la legitimidad de las partes para obrar, entre otros. Pero está claro que no constituyen límites justificados a este derecho aquellos requisitos procesales que busquen impedir, obstaculizar o disuadir el acceso al órgano judicial. Lo que significa que no todos los requisitos procesales, por el hecho de estar previstos en una ley, son restricciones plenamente justificadas.

Por otro lado, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada constituye otra manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional. Si bien nuestra Carta Fundamental no hace referencia al derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”, un proceso solo puede considerarse realmente correcto y justo cuando alcance sus resultados de manera oportuna y efectiva.

Ahora bien, no basta garantizar que las pretensiones de los justiciables sean atendidas por un órgano jurisdiccional, siendo necesario además- que se realice mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas, las cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución, sino que se extienden a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3 de la Constitución), o que sean esenciales para cumplir con la finalidad del proceso.

El derecho al debido proceso resulta, entonces, un derecho implícito del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que supone tanto la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, como de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso. Este derecho contiene un doble plano pues, además de responder a los elementos formales o procedimentales de un proceso (dentro de los cuales están: juez natural, derecho de defensa, plazo razonable, motivación resolutoria, acceso a los recursos, instancia plural, etc.), asegura elementos sustantivos o materiales, lo que supone la preservación de criterios de justicia que sustenten toda decisión (basados en los dos juicios principales: juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, etc.) (Landa Arroyo, 2012, pp. 15-16).

2.1.6. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva: dos manifestaciones de tradiciones jurídicas diferentes

El problema en el que se encuentran tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales para delinear las relaciones entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva radica en que ambos tienen origen en dos tradiciones jurídicas distintas.

En efecto mientras el derecho al debido proceso tiene su origen en la tradición jurídica del *Common Law*, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene su origen en la tradición jurídica romano germánica; y esto es algo en lo que la doctrina nacional que se ha preocupado del tema está de acuerdo (Priori Posada, 2003, p. 274). Por eso cualquier explicación de la relación de estos dos derechos debe partir teniendo en cuenta la diversidad de tradiciones jurídicas en las cuales surge cada uno de éstos.

De ésta manera, a fin de comprender mejor las relaciones entre tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, debemos partir de que se entiende por tradición jurídica. Siguiendo a John Henry Merry Man (como fuera interpretado por Priori Posada, 2003) la tradición jurídica es un complejo de comportamientos profundamente arraigados e históricamente condicionados sobre la naturaleza del derecho. Es así que, para este autor, el rol del derecho en la sociedad y en el ámbito político; la organización y funcionamiento de un sistema jurídico y sobre el modo en que el derecho debe ser creado, aplicado, estudiado perfeccionado y enseñado, de forma tal que la tradición jurídica relaciona al sistema jurídico de un Estado con la cultura de la cual ella es una expresión parcial.

En el sistema de Derecho Continental, las fuentes del derecho más importantes son formales (constitución, ley, reglamento, sólo en defecto de éstas la jurisprudencia, costumbre y principios generales); en el *Common Law* son el la jurisprudencia y la costumbre. Mientras en la segunda el desarrollo de la tradición jurídica radica en los jueces a través de la doctrina, en la primera el papel del juez o es tan difundido e importante como que tiene la legislación formal o la doctrina. En efecto, mientras que la tradición jurídica del *Common Law* es una tradición jurídica de doctrinarios y legisladores; de forma tal que, mientras en un caso el derecho avanza con las decisiones jurisprudenciales, en el otro con los aportes doctrinarios que posteriormente son recogidos por las leyes (Priori Posada, 2003, p. 79).

Es precisamente, en estas diferencias en las que sustenta también la diferencia entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, mientras en el *Common Law* surge en una tradición donde el derecho evoluciona con los jueces a partir de decisiones jurisprudenciales; el derecho a la tutela jurisdiccional es una tradición donde el derecho evoluciona con los jueces a partir de decisiones jurisprudenciales (Priori Posada, 2003, p. 80).

En ese sentido, el profesor Rubio correa afirma: “El debido proceso es una institución anglosajona y que por consiguiente, sólo puede ser definido y precisado por la propia ley y jurisprudencia que lo aplique creativamente” (como fuera citado por Priori Posada, 2003, p. 80). De la misma manera podemos decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es una institución romano-germánica que se comporta como tal. En esta manera, mientras el debido proceso es un derecho cuyo contenido irá variando dependiendo de su aplicación al caso concreto; el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho cuyo contenido es elaborado por la doctrina sobre la base de la trascendencia y la finalidad que cumple dicho derecho en todo el sistema jurídico, para luego ser reconocido por el legislador y aplicado por los jueces. Mientras en un caso se espera que los jueces creen el contenido, en el otro se espera que los jueces lo apliquen y lo respeten, es claro que no sólo éstos (Priori Posada, 2003, p. 80).

Ahora bien, el Perú como todo Latinoamérica, pertenece a la tradición romano-germánica. En ese sentido, si partimos de considerar que uno de los valores de nuestra sociedad son la justicia y la paz social, que para lograr ellos se reconoce una serie de derechos de las personas, que se hace preciso que ese

reconocimiento no se agote en ello sino en lograr una verdadera efectividad, si una de las principales funciones del Estado es hacer que ese reconocimiento sea efectivo. Ese derecho que faculta a los particulares a exigir tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas de ventaja que se vean lesionadas o amenazadas. De ahí que la Constitución peruana ha reconocido el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Priori Posada, 2003, p. 81). Se ha hecho notar también que la noción de tutela jurisdiccional responde más una necesidad de que el proceso cumpla realmente los fines a los que está llamado a cumplir. Pero no sólo ello, “no podemos en un país como en Perú, esperar que el derecho a un debido proceso evolucione y complete su contenido como lo hace en los Estados del *Common Law* pues las realidades, culturas y comportamientos son distintos, porque en el sistema jurídico todo se comporta diferente” (Priori Posada, 2003, p. 80).

2.1.7. La efectividad como rasgo esencial del derecho

La efectividad de la tutela jurisdiccional sin duda constituye el rasgo esencial de este derecho; esto es su cumplimiento, de forma tal que una tutela que no fuera efectiva, por definición no sería tutela (Chamorro Bernal, 1994, p. 276).

La efectividad de la tutela jurisdiccional puede ser entendida en dos sentidos: el primero, entiende a todas y cada una de las garantías que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva deben tener una real y verdadera existencia. Por ello, la doctrina sostiene que la efectividad quiere decir que el ciudadano tengo acceso real y no formal o teórico a la jurisdiccional y al proceso y al recurso; que pueda defenderse real y no teóricamente, que no se le imponga impedimentos irrazonables a ello.

Efectividad quiere varias cosas, veamos: primero quiere decir que la persona afectada por un juicio sea llamada al mismo, luego, efectividad quiere decir que no se hurte al ciudadano una resolución al amparo de formalismos exagerados; pero también efectividad quiere decir que la resolución decida realmente el problema planteado (Chamorro Bernal, 1994, p. 276).

Conforme al segundo sentido para entender la efectividad, ésta tiene que ver con la real y verdadera tutela que debe brindar el proceso a las situaciones jurídicas materiales amenazadas o lesionadas. Es decir en este segundo sentido la tutela jurisdiccional efectiva tiene que ver directamente con el hecho que el proceso debe cumplir la finalidad a la que está llamado a cumplir.

De esta manera, es indispensable que la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses sea efectiva. No toda forma de tutela satisface el proceso constitucional; su actuación sigue al Juez disponga de los instrumentos y de los poderes para hacer conseguir al interesado el bien de la vida (la utilidad) que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza. El principio de efectividad se vincula, entonces, a una concepción entre el derecho sustancial y procesal, porque la tutela jurisdiccional es indispensable para la actuación del derecho sustancial.

El simple reconocimiento de una posición jurídica no es suficiente: la tutela jurisdiccional debe garantizarle su actuación. De esta manera, un diseño de tutela jurisdiccional inadecuado provocaría la insatisfacción del derecho material, es decir su vulneración. En otras palabras “una tutela jurisdiccional no efectiva provoca ineficacia de la situación jurídica sustancial” (Priori Posada, 2003, p. 66).

De esta manera, la efectividad de la tutela jurisdiccional tiene que ver con la instrumentalidad misma del proceso, es decir con la función que debe cumplir éste ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho procesal cumple una función instrumental esencial: Debe permitir que los derechos e interés legítimos, garantizados por el derecho sustancial, sean tutelados y satisfechos. El principio de efectividad, es esa perspectiva, constituye un aspecto de la visión más general de la efectividad del ordenamiento jurídico, y en consecuencia es justificada la afirmación según la cual el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra dentro de los principios supremos del ordenamiento, en estrecha relación con el principio de democracia (Priori Posada, 2003, p. 66).

Con ello, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y la más absolutas garantías previstas para su desarrollo sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, también alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro ésta, en que se ampare la pretensión del demandante (Priori Posada, 2003, p. 67).

Sobre la base de lo expuesto previamente, Francisco Chamorro Bernal (1994, pp. 277-279), sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad:

- a) La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional.

- b) La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdicción será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino sólo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico.
- c) La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.
- d) La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada.

La efectividad de la tutela jurisdiccional, entonces, no sólo reclamara que todas y cada una de las garantías que forman parte de dicho derecho sean respetadas en el proceso en concreto, sino además, reclama que el proceso sea el instrumento adecuado para brindar una tutela real a las situaciones jurídicas materiales (Priori Posada, 2003, p. 67).

2.1.8. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental

Se considera, que la justicia y la paz social, son aspiraciones valiosas para un hombre y para su comunidad y el derecho y su aplicación efectiva respecto de todos y cada uno de los individuos, son el mejor medio que está a nuestro alcance para lograr esos fines, por ello resulta fundamental que se le reconozca al ciudadano el derecho de alcanzar esos fines de manera efectiva. De esta manera, el derecho a la justicia es un derecho que los hombres tienen por el solo hecho de serlo (González Pérez, 1989, pp. 19,31).

El reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental ha determinado que dicho derecho haya sido elevado a la jerarquía de derecho constitucional, con todas las consecuencias que ello supone:

a) Tiene una doble naturaleza, pues por un lado desarrolla una función en el plano subjetivo actuando como garandí del individuo; y por otro, desarrolla una función en el plano objetivo, asumiendo una dimensión institucional al constituir uno de los presupuestos indispensables de un Estado constitucional (Priori Posada, 2002, pp. 72-73).

b) Es un derecho que vincula a todos los poderes púbdicos siendo el Estado el primer llamado a respetar el derecho (Picó i Junoy, 1997, p. 25). Con ello cualquier acto del estado expedido por cualquier de sus órdano que lesione o amenace este derecho es un acto inconstitucional.

c) No se requiere la existencia de una norma legal para que dicho derecho sea exigible ante los órdanos jurisdiccionales.

d) Todo Juez está obligado a implicar cualquier disposici3n legal o de rango inferior a la ley que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

e) Toda norma del ordenamiento juríbdico debe ser interpretada conforme al contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, cada vez que un órdano jurisdiccional deba interpretar o aplicar una norma procesal debe hacerlo a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

f) Existe la posibilidad de interponer una demanda de amparo contra cualquier acto que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

g) También, cuando ocurra, en su tarea de producción normativa, el Poder Legislativo está obligado a respetar este derecho constitucional (Priori Posada, 2002, pp. 72).

Sin perjuicio de todo lo expuesto anteriormente, la configuración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional en el ordenamiento jurídico peruano es incuestionable debido a su expreso reconocimiento en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado de 1933, conforme al cuál: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Priori Posada, 2002, pp. 69).

Dejando de lado la grave omisión del constituyente del rasgo de la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, la misma que puede excusarse si admitimos que una tutela jurisdiccional que no es efectiva no es en realidad una verdadera tutela, el constituyente peruano no nos entrena a un problema adicional, que es la relación que existe entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, asunto sobre el que ya se ha pronunciado un sector de la doctrina nacional, terna en la que nos detendremos a continuación. Sin embargo, se cree importante señalar que el autor considera un importante avance logrado por el texto constitucional de 1993 al haber consagrado de manera expresa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional, pues el

mismo no se encontraba previsto en la Constitución Política de 1979 (Rubio Correa, 1999, p. 49), y en el Proyecto de Constitución de 1993 sólo se encontraba expresamente reconocido el derecho al debido proceso. Sin embargo, el texto vigente fue el resultado de una aprobación con cincuenta y tres votos a favor y cinco en contra en el Congreso Constituyente (Landa Arroyo, 2000, p. 467).

2.1.9. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en la doctrina nacional

Siguiendo a Priori Posada (2003, pp. 71-72), la inclusión en el inciso 3 del artículo 136 de la C.P.P de 1993, de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva ha generado una diversidad de posiciones en la doctrina nacional acerca de la relación entre ambos derechos constitucionales, muchas de las cuales son, incluso, anteriores al propio texto constitucional. En ese sentido, se pueden identificar los siguientes grupos de posiciones acerca de dicha relación, así se tienen:

a) El derecho al debido proceso es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

b) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se relacionan por estricto orden secuencial, de forma que primero opera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y luego el debido proceso. Nótese que esta tesis el debido proceso no es una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, como sostuvo en una tesis anterior.

c) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso son en sustancia lo mismo.

d) El reconocimiento del derecho al debido proceso hace innecesario reconocer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues los elementos que configuran este derecho se encuentran dentro del primero. En ese sentido, como el derecho al debido proceso es un derecho de alcance mucho más general que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (pues el primero se aplica en todos los ámbitos mientras el segundo sólo a procesos judiciales) debe reconocerse sólo el derecho al debido proceso.

La diversidad de opiniones en la doctrina nacional es evidente y es que el tema no es sencillo, pues el origen de la dificultad de establecer las relaciones entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso radica precisamente en el origen de estos dos derechos fundamentales.

2.1.10. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia del tribunal constitucional

No se pretende realizar un exhaustivo estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano sobre las relaciones entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, sin embargo si se tiene la voluntad de trazar algunos lineamientos, en base a algunas resoluciones que se citarán:

En el expediente N°615-1999-AA/TC, se establece:

El Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo al controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin so pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de justicia en general, y en forma particular, ala que corresponde a la justicia constitucional. Esta sentencia sin duda refleja la tesis doctrinaria según la cual el debido proceso forma parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Otra de la sentencias del Tribunal Constitucional es la expedida en junio del año 2002, en el expediente N°1230-2002-HC/TC, caso Tineo Cabrera, en donde se establecieron algunas nociones importantes:

Una interpretación “desde” la Constitución de aquellos dispositivos de las Leyes N°s. 23506 y 25398 no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

El reconocimiento de este derecho no sólo exige el respeto de los poderes públicos, sino, además, se configura como una garantía institucional del Estado Constitucional de Derecho, por cuanto la condición de norma suprema de la Constitución y la necesidad de su defensa opera tanto en el proceso de producción jurídica de las fuentes formales del derecho como ante todos los órganos estatales e, incluso, ante los privados, cualquiera sea el tipo, la calidad o naturaleza de los actos que puedan practicar.

Y es que el reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático.

Resulta pues manifiesta la expresión de nuestro máximo intérprete de la Constitución de que los derechos necesitan ser efectivos y que para ello se requiere de la protección jurisdiccional de los mismos, ahí que la Constitución haya reconocido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales cuyo reconocimiento, como lo sostiene la propia sentencia es consustancial al sistema democrático. De esta manera, el Tribunal Constitucional entiende que el reconocimiento de derechos fundamentales y establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático.

Priori Posada (2003, p. 75) considera que existe un derecho a la tutela (o protección) jurisdiccional efectiva de todas las situaciones jurídicas de ventaja reconocidas por un ordenamiento jurídico, incluidas, claro está todas las situaciones jurídicas de ventaja fundamentales o derechos fundamentales. Pero no existe un derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales distinto al derecho a la protección o tutela jurisdiccional de todos los demás derechos.

Por ello se cree que el uso que hace el Tribunal Constitucional de la expresión “derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales” podría haberse evitado haciendo uso de la expresión “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, que además, se encuentra expresamente prevista en la Constitución. De esta manera lo único que se está haciendo es contribuir con si complejidad, pues las referencias realizadas al derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional, se agrega el derecho a la protección jurisdiccional, sin precisar los contenidos de estos tres derechos.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional referida al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la expedida en 03 de enero del 2003, expediente N°010-2002-AL/C), siendo que en el numeral 10.4 se afirma que:” el artículo 8, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y en consecuencia nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar un acto, cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La importancia del derecho de acceso a la jurisdicción para la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de ventaja puede ser constatada con las palabras de (Cappelletti, 1996, pp. 12-13) para quien en realidad el derecho a un acceso efectivo se reconoce cada vez como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico, el derecho humano más fundamental, en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar derechos de todos.

La consideración de dicho autor del derecho de acceso a la jurisdicción como el más fundamental de todos, parte de una consideración evidente, la única forma de garantizar la eficacia de las situaciones jurídicas es garantizando a las personas el libre e igualitario acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos. Si ello no se garantiza, las situaciones jurídicas serían mera proclamación. Por ello el Estado debe procurar eliminar todas las barreras que

limiten, restrinjan o impidan el libre e igualitario acceso a los órganos jurisdiccionales.

2.2. EL DERECHO DE ALIMENTOS

Antes de referirnos a la regulación que el ordenamiento jurídico civil peruano le ha otorgado a la figura de los alimentos se debe tener presente su origen; el mismo proviene del latín “alímentum” o “abalere”, que significa nutrir, alimentar; en la Enciclopedia Jurídica Omeba (1986) se lo define como "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".

Por su parte en Cabanellas (1994) lo encontramos como "las asistencias que en especie o en dinero, y por ley, contrato o testamento, se dan a una o más personas para su manutención y subsistencia; esto es, para comida, bebida, vestido e instrucción cuando el alimentista es menor de edad".

Podemos decir entonces que los alimentos importan todo lo que nos ayuda a protegernos para poder vivir y desarrollamos de forma digna, siendo un derecho que no asiste para recibir de otra persona por mandato legal, lo necesario para la subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación y recreación de la persona.

Nuestra legislación se refiere a la noción de alimentos en el artículo 472° del C.C: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica

y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”.

Los caracteres del derecho alimentario son: personal, intransmisible, irrenunciable, intransigible, incompensable, imprescriptible, inembargable. En cuanto a la obligación alimentaria, teniendo en cuenta que el titular de la obligación jurídica es el alimentante, sus caracteres son: personal, recíproca, revisable, intransmisible e incompensable, divisible y no solidaria.

El Código del Niño y del Adolescente, en adelante C.N.A, en su artículo 92° define a los alimentos, el concepto de recreación y los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

En cuanto a la recreación, sin duda se trata de un aspecto necesario e importante porque es parte integral en el desarrollo de la persona y más aún en el niño y el adolescente. Lo novedoso, es que dentro del concepto del derecho de alimentos se consideran los gastos que realiza la madre durante el embarazo y el postparto. Aquí se parte de un principio que consagra la Constitución Política del Estado y es que la vida empieza desde la concepción y desde allí hay que protegerla.

También se tiene la obligación recíproca de prestarse alimentos, prescrita en el artículo 474°, donde se establece que se deben alimentos recíprocamente los cónyuges, los ascendientes y descendientes; y los hermanos.

Esta norma configura la existencia de una relación obligacional alimentaria recíproca entre cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, en la que son los unos de los otros (acreedor alimentario) si se encuentran en estado de necesidad, o cuando tienen el deber jurídico de satisfacerla (deudores alimentarios).

La doctrina coincide en señalar que por medio del instituto jurídico de los alimentos, el derecho recoge el deber natural de solidaridad y colaboración frente a las necesidades de subsistencia de los integrantes de un grupo familiar y lo convierte en obligación civil exigible en sede judicial (Cornejo Chávez, 1999).

2.2.1. Sujetos de la obligación recíproca de darse alimentos entre cónyuges

Los cónyuges tienen el derecho 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 ante el incumplimiento del aspecto material del deber de asistencia.

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 a la 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 atención de su propia subsistencia, en contra del principio de igualdad entre cónyuges.

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 C.C) o los propios del otro (artículo 305 del C.C).

2.2.2. Obligación recíproca entre descendientes y ascendientes

Se extiende la obligación a todos los parientes en línea recta siguiendo el orden establecido en el artículo 475° del C.C; en el caso de los descendientes debe diferenciarse la unilateral que es regulada en el Código de los Niños y Adolescentes de la obligación recíproca que es regulada en el artículo bajo comentario.

Todos los hijos tienen los mismos derechos, conforme se encuentra establecido en los artículos 6 de la Const. y 235 del C.C, por lo que en el caso de que sean niños o adolescentes sus padres están obligados a educarlos y alimentarlos, según el artículo 287° del CC, incluso a pesar de estar suspendidos o perder la patria potestad. Subsiste la obligación entre los 18 y 28 años si estudian una profesión u oficio con éxito, según el artículo 424° del CC.

En caso de no hacerla, únicamente tienen derecho si son solteros y están incapacitados física o mentalmente de subsistir por sí mismos o su cónyuge no

puede dárselos, reduciéndose los alimentos a los necesarios en caso de que su propia inmoralidad los redujo a este estado, es indigno o desheredado artículos 473 y 485 del CC.

Los ascendientes tienen derecho a los alimentos amplios o congruos incluso cuando por su propia inmoralidad sean incapaces física o mentalmente de mantenerse, en atención al deber moral de tolerancia y consideración que les deben sus descendientes, discriminando a los demás acreedores alimentarios cónyuges, descendientes y hermanos a quienes les restringen los alimentos a lo estrictamente necesario cuando se encuentran en la misma situación. Sin embargo, en el caso de incurrir en indignidad o desheredación sí se les restringen los alimentos a los estrictamente necesarios.

2.2.3. La obligación de darse alimentos entre hermanos

Entre hermanos existe obligación unilateral si el acreedor es menor de edad artículo 93 del CNA y recíproca que es la normada en el artículo bajo comentario. En ambos casos se incluye tanto a los hermanos de padre y madre como a los medios hermanos. Debiendo únicamente en el caso de ser mayor de edad acreditar su estado de necesidad conforme la regla general establecida en el artículo 473 del C.C., no así si es menor de edad donde su estado de necesidad se presume.

2.2.4. Criterios para fijar alimentos

Los alimentos se regulan por el Juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a

las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor, según el artículo 481 del C.C.

No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos. Los presupuestos legales de la obligación de alimentos son tres: uno subjetivo, constituido por la existencia del vínculo familiar, caracterizado por su carácter y vocación de permanencia, mientras los otros dos, de carácter objetivo, el estado de necesidad del acreedor y la disponibilidad económica del obligado pueden variar con el transcurso del tiempo (Cornejo Chávez, 1999).

Lo expuesto supone que la obligación de alimentos nace desde el mismo momento en que concurren los tres requisitos mencionados y, por ende, la sentencia judicial posterior que así lo establezca será de carácter meramente declarativo. Como bien entiende la mayor parte de la doctrina (Lacruz Berdejo, 1990), antes de la sentencia judicial no puede afirmarse que el alimentante incumple con su obligación pues para ello es necesario que así lo exija el alimentista, como lo haría cualquier acreedor que desee constituir en mora a su deudor.

Sin embargo, esto no impide que la obligación legal de alimentos nazca con la concurrencia de los presupuestos legales, y en consecuencia, lo pagado con anterioridad a la demanda es un verdadero cumplimiento sin que exista posibilidad de que el alimentante exija el reembolso de los alimentos ya pagados (Lacruz Berdejo, 1990).

Nuestro cuerpo legal civil establece en el artículo 481° que los alimentos deben ser regulados por el Juez en proporción a las necesidades del alimentista y a las posibilidades de la persona que debe darlos. Así, se reconoce una de las características menos controvertidas y más aceptadas por la doctrina civil en materia de derecho de alimentos, según la cual los elementos objetivos de la obligación han de ser proporcionales (Padial Albás, 1997).

En ese sentido ello supone que la pensión alimenticia podrá ir variando de acuerdo con las circunstancias que afecten al alimentista y al alimentante.

El estado de necesidad puede ser definido como aquella situación en que se encuentra una persona a la cual le resulta imposible proveer a su propia subsistencia y satisfacer sus más elementales necesidades no solo por carecer de medios propios sino también por la imposibilidad de procurárselos él mismo. El estado de necesidad es un concepto variable que depende de las circunstancias personales de cada persona, cuya determinación corresponde hacerla al Juez estudiando cada caso concreto, pues como se afirma algún solo desde el plano de la propia necesidad es posible determinarlo (García, 1991).

No obstante, en el caso de los menores de edad tal estado de necesidad no puede presumirse del todo, a pesar que podría existir la posibilidad dada las condiciones del agente, sin embargo no exime al Juez de efectuar una apreciación especial tal como lo ha expresado algún sector de la doctrina nacional como Alex Plácido Vilcachagua (2001).

2.2.5. Reajuste de la pensión alimenticia

El reajuste de la pensión de alimentos que ha sido fijada en un proceso primigenio, se encuentra establecida en el artículo 482°, siendo que se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones.

El artículo bajo comentario trata exclusivamente de las variaciones que puede experimentar la pensión de alimentos a consecuencia de una modificación en el aspecto pasivo (una disminución del patrimonio del deudor alimenticio) o en el aspecto activo de la relación (un incremento en los ingresos del alimentista), siempre que sean de tal entidad que justifiquen el cambio solicitado.

Esto último no podía ser de otro modo a la luz de la regla recogida en el artículo 481° del CC que reconoce el principio de proporcionalidad al momento de establecer la pensión de alimentos.

Tratándose de cualquiera de estos supuestos, nuestra ley procesal (artículos 568° y 571°) establece que las variaciones en la pensión de alimentos tendrán vigencia a partir de la fecha del día siguiente a la fecha de la notificación de la demanda en la que se solicita el aumento o disminución, una vez que hubiesen sido aprobadas por resolución judicial.

La norma civil sí ha contemplado la posibilidad de que la prestación alimenticia se fije en un porcentaje de los ingresos del alimentante, esto permite que se evite el inconveniente de solicitar, con cierta frecuencia, el aumento de aquella, sobre todo tratándose de personas con trabajos dependientes y de carácter estable, casos en los que es posible determinar con precisión el monto de los ingresos y sus eventuales incrementos.

Si se produce una variación en la cuantía de las pensiones, resulta importante precisar el momento en que opera el alza o la disminución de la pensión alimenticia. Los artículos 568° y 571° establecen que en cualquiera de estas situaciones, la fecha en que desde la que se hace efectivo el mandato judicial es el día siguiente al de la notificación de la demanda.

2.2.6. Prorrateo

La obligación alimentaria es divisible, el prorrateo, implica su división cuando hay pluralidad de obligados alimentantes respecto de un mismo alimentista y cuando hay pluralidad de alimentistas respecto de un solo alimentante (Canales Torres, 2013, p. 73).

2.2.6.1. Prorrateo en supuestos de pluralidad de obligados alimentantes

Cuando una persona cualquiera se encuentra en estado de necesidad y no tiene ante sí sino a uno de los parientes obligados a la prestación alimentaria, es obvio que es a éste a quien debe pedirla; mas cuando tiene frente a sí a más de uno de tales parientes, es necesario determinar si debe demandar alimentos a todos

conjunta y simultáneamente o en qué orden y proporción a cada uno o a varios de ellos (Canales Torres, 2013, p. 73).

Así se debe pedir alimentos a un obligado en el orden legalmente establecido y se pasará al siguiente obligado solo sino está expedito el anterior y así sucesivamente. Entonces un obligado será suplido por otro del siguiente orden: si ha muerto o si no está en condiciones de prestar alimentos. En aquellos casos de concurrencia de obligados del mismo orden, pero de distinto grado de parentesco, el artículo 476° del C.C establece que entre los ascendientes y los ascendientes se regulan la gradación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista (Canales Torres, 2013, p. 73).

En cuanto a la concurrencia de varios obligados del mismo orden y grado, la regla general es que, tratándose de una obligación divisible como es la alimentaria, todos ellos vienen obligados a contribuir con una parte a satisfacer la pensión del necesitado (Canales Torres, 2013, p. 73).

Sobre la proporción para sobrellevar la carga alimentaria por parte de los alimentantes, el C.C atiende al principio de justicia y oportunidad según el cual quien más tiene, más da. En este sentido, el artículo 477° preceptúa al respecto que cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades y añade que sin embargo, el Juez puede obligar a uno sólo a que los preste, sin perjuicio de su derecho de repetir de los demás la parte que les corresponda (Canales Torres, 2013, p. 73).

Con respecto al prorrato, el C.P.C, en su artículo 570° establece que cuando se demanda prorrato de alimentos, corresponde conocer el proceso al Juez que realizó el primer emplazamiento. Mientras se tramita el proceso de prorrato, el Juez puede señalar provisionalmente, ha pedido de parte, las porciones que debe percibir cada demandante de la renta afectada (Canales Torres, 2013, p. 74).

Por su parte, el CNA establece en su artículo 95°, que la obligación alimentaria puede ser prorrateada entre los obligados si es que, a criterio del Juez, aquellos se hallan materialmente impedidos de cumplir con dicha obligación en forma individual. En este caso, los obligados pueden acordar el prorrato mediante conciliación convocada por el responsable. Esta será puesta en conocimiento del Juez para su aprobación. Así mismo, se dispone que la acción de prorrato también puede ser iniciada por los acreedores alimentarios, en caso de que el pago de la pensión alimentaria resulte inejecutable (Canales Torres, 2013, p. 74).

2.2.6.2. Prorrato en pluralidad de acreedores alimentistas

Si la concurrencia de varios obligados frente a un solo titular del derecho origina una distribución de cuotas entre aquellos, igual situación puede presentarse cuando, frente a un solo obligado, accionan varios titulares del derecho alimentario. En este caso, procede el prorrato, es decir la distribución entre los varios alimentistas de la parte de la renta del obligado que deba o pueda por razones de embargabilidad destinarse al cumplimiento del conjunto de esas obligaciones.

En relación al prorrateo contamos con el criterio jurisprudencial que establece que:

Mientras se tramite el proceso de prorrateo, el Juez puede señalar provisionalmente, a pedido de parte, las porciones que debe percibir cada demandante de la renta afectada, el porcentaje provisional, debe ser fijado prudencialmente atendiendo a las necesidades de los alimentistas y considerando el principio constitucional de igualdad de los hijos.

2.2.7. Exoneración de alimentos

El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad. Tratándose de hijos menores, a quienes el padre o la madre estuviesen pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, ésta deja de regir al llegar aquéllos a la mayoría de edad.

Sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente. Si en el artículo 481° se contemplaban las eventuales modificaciones en el monto de la pensión alimenticia, en éste se reconoce la posibilidad del cese provisional de la obligación cuando falte uno de los requisitos objetivos, o lo que es lo mismo, si la fortuna del alimentante disminuyera o si la nueva situación del alimentista le permitiera mantenerse por sí mismo. Esto quiere decir que el aumento en los ingresos del alimentante o la reducción de los ingresos del alimentista que le impidiesen atender a su propia subsistencia, actualizaría la obligación, puesto que el derecho a percibirla no se extinguió (La Cruz Berdejo, 1990, p. 457).

De acuerdo con el primer supuesto la disminución de los ingresos del alimentista, se exige que el obligado carezca de los medios para atender a su propia subsistencia, y aunque no se mencione en la ley, la de su familia si la tuviera. No es necesario, en cambio, que el alimentante se encuentre en estado de indigencia sino que haya disminuido la disponibilidad económica de que disfrutaba anteriormente.

La finalidad de la norma es doble: proteger el derecho a la vida del alimentante y no descuidar los gastos para manutención de su familia a que pudiese estar afecto aquél, intereses que el legislador considera preferentes al pago de los alimentos, de manera que, solo una vez satisfechas las necesidades personales y las cargas familiares, es posible exigir el cumplimiento de la obligación alimenticia. (La Cruz Berdejo, 1990, p. 457).

Cabe precisar que se trata de una exoneración que afecta solo al alimentante, puesto que, subsistiendo el estado de necesidad del alimentista, éste podrá ejercer libremente su derecho frente a los demás obligados siguiendo el orden de preferencias establecido por el legislador. El aumento de ingresos del alimentante originaría una nueva obligación entre las partes para cuya exigibilidad será necesario iniciar otro proceso judicial en el que se fije el nuevo monto de la pensión, atendiendo a las nuevas circunstancias.

En cuanto a la desaparición del estado de necesidad, ello se puede deber no solo a que el alimentista cuente ya con recursos propios para atender a su subsistencia, como por ejemplo, si recibe una cuantiosa herencia, sino también a que pueda contar con los medios necesarios para proporcionárselos, lo que

ocurriría si hubiese estado impedido de trabajar temporalmente por motivos de salud. (La Cruz Berdejo, 1990, p. 457).

Esta solución es coherente con el propio fundamento de la institución: la solidaridad familiar y la defensa del derecho a la vida, causas que al desaparecer originan la extinción temporal de la obligación. De igual manera, si el alimentista volviera a la situación de necesidad podrá solicitar una pensión de alimentos en un nuevo proceso judicial.

2.2.8. Requisito especial de la demanda

En cuanto al artículo 565-A, en el cuál se encuentra el requisito de admisibilidad para las pretensiones alimentarias, cuya incorporación se dio por Ley N° 29486, se aprecia que la norma exige que no solo se la que estar al día en el pago de los alimentos, sino que se deba probar este supuesto, para el cual, la prueba documental sería la más idónea para demostrar esa afirmación. Este hecho que se exige para poder admitir a trámite la demanda ya ha venido siendo trabajado en algunas decisiones judiciales, a tal punto que podemos sostener que en los Juzgados de familia de Lima, era una posición generalizada exigir estar al día en el pago de los alimentos para obtener la variación de éstos, pues no se podía premiar con la exoneración o reducción de éstos a aquel alimentista que irresponsablemente no cumplió con su obligación (Beltran, 2009, p. 9), comentando los alcances de esta norma repara en la incongruencia que encierra esta condición en el caso concreto de prorratio de alimentos . El legislador al establecer dicha exigencia debió tener en cuenta que los citados casos surgen cuando confluyen en un mismo deudor alimentario varias acreencias, siendo el

Juez quien determinará el porcentaje que le corresponde a cada alimentista, lo cual hace muy difícil que ante dicha situación se pueda exigir que el deudor alimentario se encuentre al día respecto de todas las pensiones que tiene a su cargo, ya que en muchas de estas ocasiones el porcentaje sobrepasa el límite máximo que la ley permite, colocando al deudor en una situación de indefensión que pone en riesgo su propia subsistencia (Narváez, 2011, p. 302).

Con la incorporación normativa de la Ley N° 29486 que establece que para las pretensiones de reducción, variación, prorrateo o exoneración de pensiones alimentarias se requiere de manera especial para la admisión de tales demandas, la previa acreditación del pago y el cumplimiento de la obligación alimentaria. Evidentemente, se entiende que se está ante una situación en la cual existe una sentencia definitiva que determina e impone el momento que debe otorgarse como pensión alimentaria (Canáles Torres, 2013, p. 71). Considera pertinente dicho requisito, pues es lógico que se permita tales pretensiones a un deudor alimentante que viene cumpliendo adecuadamente su obligación teniendo en consideración la responsabilidad del demandante.

Resulta claro que, al exigir como requisito de procedibilidad a los deudores alimentarios en los procesos de reducción, variación y prorrateo de alimentos, se restringe abiertamente el derecho de acceder a la tutela judicial efectiva de los deudores alimentarios, pues aquellas personas que mantienen deudas inmensas, nunca podrán acceder a la jurisdicción si es que no están al día en dicha pensión, lo que por sí resulta contraproducente, por cuanto muchas personas o nunca podrían demandar reducción o tendrían que obtener

préstamos para cumplir íntegramente la obligación, lo que significaría irónicamente que, sí pueden pagar la pensión alimenticia originaria, generando una distorsión respecto a la verdadera capacidad económica del demandado.

Existe una diferencia sustancial entre la pretensión de exoneración y las de reducción, prorrateo y variación de alimentos, pues en la primera la exigencia de dicho requisito de procedibilidad, no es inconstitucional, por la finalidad que persigue, es decir, se pretende exonerar del derecho de alimentos al deudor alimentario, pero por el hecho de que el alimentista adquirió la mayoría de edad o ya no existe estado de necesidad, es decir, allí no se objeta el monto de la pensión, sino simplemente se exige un derecho contemplado en la norma, es decir, procede la exoneración cuando el hijo llega a la mayoría de edad y éste no estudia satisfactoriamente, pero para acceder a tal derecho, el padre debe cumplir con la obligación de haber acudido puntualmente las pensiones alimenticias a la que estuvo obligado, pues no había objeción respecto al monto. Mientras que en el caso de reducción, variación y prorrateo, el móvil consustancial es el monto de la pensión alimenticia, lo cual resulta totalmente factible acceder a la jurisdicción, solicitando su reducción y a fin de amparar una pretensión justa que no perturbe su economía, pues de lo contrario se estaría afectando seriamente a la familia, en consecuencia la ley bajo comentario resulta manifiestamente inconstitucional, únicamente en el extremo que exige como requisito de procedibilidad al deudor alimentario, en las acciones de reducción, variación y prorrateo de alimentos, estar al día en la pensión alimenticia a la que estuvo obligado, resultando constitucional la exigencia de dicho requisito en las acciones de exoneración de alimentos.

2.2.9. El proceso inmediato en el Perú

En este subtítulo se ha intentado realizar el desarrollo del proceso inmediato en el Perú, y dentro de él la inclusión del proceso de omisión a la asistencia familiar, lo cual permite que las sentencias del proceso primigenio de alimentos se ejecuten con mayor celeridad, siendo uno de los argumentos a favor de la tesis y que contrarrestan la necesidad de la exigencia del artículo que se cuestiona.

Como es conocido el treinta de agosto del dos mil quince, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N° 1194, sobre flagrancia delictiva y proceso inmediato, para resolver los procesos de flagrancia, omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad, se constituye como un proceso especial, siendo una forma de simplificación procesal, sustentada en criterios de eficiencia y racionalidad, en los casos en los que sin particularidad son innecesarios mayores actos de investigación.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N°314-2015-CE-PJ, de fecha 15 de octubre del 2015, dispuso la constitución de una coordinación nacional para la implementación de los órganos jurisdiccionales de flagrancia delictiva, delitos de omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad, adscrita al equipo técnico institucional de implementación del Código Procesal Penal. Así mismo, aprobó el protocolo de actuación interinstitucional para los procesos inmediatos en casos de flagrancia y otros supuestos bajo el Decreto Legislativo N° 1194, herramienta que ha sido elaborada con el aporte de las instituciones como el Poder Judicial, Ministerio del Interior, Ministerio Público, Ministerio de Justicia entre otros.

En lo que respecta a las características de éste proceso especial, es que el tiempo destinado al trámite de los mismos se ha reducido a solo días, siendo ésta una cualidad importante y notoria para los justiciables que ven a través de el una vía eficaz de acceso a la justicia, y que a la vez imprime mayores niveles de aceptación entre las instituciones que conforman el sistema de justicia en el Perú.

Su configuración legal no está en función de la entidad del delito ni ideal del consenso, sino de la presencia desde un primer momento de una circunstancia objetiva referida a la notoriedad y evidencia de elementos de carga que permiten advertir con visos de verosimilitud la realidad del delito objetivo de persecución procesal y la intervención del imputado.

Los supuestos de aplicación, los encontramos en el artículo 446° del Decreto Legislativo ya comentado, en donde se establece que se debe incoar proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presenten alguno de los siguientes supuestos: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259; b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado sean evidentes.

Así mismo en el literal 4 de dicho dispositivo se indica que el Fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, sin

perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 447° del presente Código, el cual permite que en la audiencia las partes puedan instar la aplicación del principio de oportunidad de un acuerdo reparatorio o de terminación anticipada, según corresponda.

En el artículo 447° se otorgan los alcances respecto a la audiencia en casos de flagrancia delictiva, siendo que al término del plazo de la detención policial establecido en el artículo 264° del Nuevo Código Procesal Penal, el Fiscal debe solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la incoación del proceso inmediato. El Juez dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento fiscal, realiza una audiencia única de incoación para determinar la procedencia del proceso, y la detención del imputado se mantendrá hasta la realización de la audiencia.

Dentro del mismo requerimiento de incoación, el Fiscal deberá acompañar la Carpeta Fiscal y comunicar si requiere la imposición de alguna medida coercitiva, que asegure la presencia del imputado en el desarrollo de todo el proceso inmediato.

En la referida audiencia, las partes pueden instar la aplicación del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de la terminación anticipada, según corresponda, como se hizo mención anteriormente.

La audiencia única es de carácter inaplazable, el auto que resuelve el requerimiento debe ser pronunciada, de modo impostergable, en la misma audiencia. La resolución es apelable con efecto devolutivo, y una vez

pronunciada la decisión que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procede a formular acusación dentro del plazo de veinticuatro horas, bajo responsabilidad. Recibido el requerimiento fiscal, el Juez de la investigación preparatoria, en el día, lo remite al Juez penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio, con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 448 del Nuevo Código Procesal Penal. Frente al auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el fiscal dicta la disposición que corresponda o la formalización de la investigación preparatoria.

La audiencia única de juicio inmediato, se realiza después de recibido el auto que incoa el proceso inmediato, el Juez penal competente en el día, en todo caso no deberá exceder las setenta y dos horas desde la recepción, bajo responsabilidad funcional, dicha audiencia es oral, pública e inaplazable.

Una vez instalada la audiencia, el Fiscal expone los hechos objeto de la acusación, si el Juez penal determina defectos formales en ésta dispondrá su subsanación en la misma audiencia, posteriormente dictará acumulativamente el auto de enjuiciamiento y citación a juicio, de manera inmediata y oral.

El juicio se realizará en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. El juez penal que instale el juicio no puede conocer otros hasta que culmine el ya iniciado.

2.2.9.1. El proceso inmediato por la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar

Antes de abordar lo concerniente a este proceso, se va a empezar analizando el delito de omisión de asistencia familiar.

2.2.9.1.1. El delito de omisión a la asistencia familiar

El Código Penal vigente, en su artículo ciento cuarenta y nueve centra el injusto en el abandono económico y requiere de un derecho de alimentos reconocido judicialmente, vale decir, es un reclamo de naturaleza patrimonial.

Según Bernel del Castillo como fuera citado por Martha Adelceinda Ruiz Pérez (2003, p. 5) la criminalización de la omisión a la asistencia familiar se da a partir de la presencia de un bien jurídico de gran relevancia, este bien es la familia, que debe ser protegido por el orden público, porque su asistencia familiar depende del pago alimentario, es decir, está relacionada con los elementos básicos de supervivencia y siendo la familia el elemento más trascendente del Estado, entonces existen fundamentos sólidos para desbaratar cualquier duda que exista respecto a su criminalidad.

También Bramont Arias Bramont Arias Torres y García Contezano (como fuera citado por Ruiz Pérez, 2003, p. 5), el “Bien jurídico que se protege es la Familia”. El delito de omisión a la asistencia familiar tiene su idea fundamental en la noción de seguridad de los integrantes de la familia, de ahí que el delito que se comete, supone la infracción a los deberes de orden asistencial.

El comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la obligación establecida por una resolución judicial. “Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo y especialmente los deberes de tipo asistencial”.

2.2.9.1.2. Tipificación del delito de omisión a la asistencia familiar

En el Código Penal vigente el delito de omisión a la asistencia familiar se encuentra tipificado en el artículo 149°: *El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.*

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

El comportamiento del sujeto activo consiste en omitir el cumplimiento de la prestación alimentaria dispuesta en una resolución judicial, es un delito de omisión propia, donde el mandato consiste en una obligación que pesa sobre el deudor alimentario de cumplir con sus deberes de asistencia, por lo que se le requiere mediante la resolución antes anotada cumpla con su obligación de pago

y de persistir en su incumplimiento se penaliza su conducta por la resistencia a la autoridad judicial.

En este tipo de delito no se permite el pago parcial del deber jurídico, para que quede sin efecto dicho pago debe ser total, de lo contrario procede la acción penal por omisión al deber impuesto no cumplido; como señala Tapia Vives “Si se permite el pago parcial o tardío de la obligación alimentaria, se debilitaría en gran medida la pretensión de prevención general positiva inminente que se intenta conseguir a través de la pena” (Ruiz Pérez, 2003, p. 7).

Las conductas típicas en del segundo párrafo son: simulación de obligaciones de alimentos, renuncia maliciosa, y abandono malicioso del trabajo. En este supuesto, de falsedad o engaño tanto el agente como el cómplice tiene responsabilidad penal, siendo, común también que el obligado se presente como una persona incapaz de satisfacer su propia obligación alimentaria y así poder sustraerse de la misma. Es un hecho conocido por todos la existencia de un alto porcentaje de procesos sobre este delito y usar todos los recursos posibles para evadir responsabilidades operadores de la justicia (Ruiz Pérez, 2003, p. 8).

En el último y tercer párrafo se tiene otro agravante y que por cierto se ha prestado a polémica, porque en la realidad social es frecuente el abandono de los hijos por parte de los padres y familiares, sin embargo a la sede judicial no acuden todos los casos y si presentan la incidencia estadística, no es representativa especialmente del número de niños abandonados, a consecuencia de esta realidad, siendo miles de personas en que se encuentran en extrema pobreza al ser abandonados por las personas obligadas a proporcionarles los medios de subsistencia necesarios para vivir, y no existe otra

alternativa que verse obligados a trabajar tempranamente como en el caso de niños y adolescentes específicamente, abandonando sus estudios (Ruiz Pérez, 2003, p. 8).

El delito de omisión a la asistencia familiar dura mientras persista el deber a la asistencia familiar y por ello se dice que es un delito permanente, sólo deja de serlo si se cumple en forma total el deber jurídico impuesto, en consecuencia tiene las siguientes características, como son, siguiendo a por Ruiz Pérez (2003, p. 8):

Sujeto activo: El agente que no cumple, siendo su deber jurídico cumplir la prestación económica, previamente establecida por resolución judicial en sede civil.

Sujeto pasivo: El agente que sufre las consecuencias del ilícito penal de omisión a la asistencia familiar

Delito permanente: La acción delictiva se permite por sus propias características que se pueda prolongar en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatorio del derecho, en cada uno de sus momentos, por lo que todos los momentos de su duración puede imputarse como de consumación.

Delito de peligro: La responsabilidad penal conlleva la idea de peligro, la resolución judicial impuesta en sede civil, reestablece el equilibrio, obligando el cumplimiento del derecho alimentario, y de esta manera el daño ocasionado al bien jurídico que es la familia, es reparado mediante

la asistencia familiar por los conceptos de alimentos, salud, vivienda, educación, recreación y con ello el peligro contra la familia y su seguridad jurídica se reestablece.

2.3. El proceso cautelar en el código procesal civil peruano

La providencia cautelar se obtiene gracias a la interposición de una acción cautelar, que busca conservar el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta o controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro (Pérez Ríos, 2010, p. 96).

Para que se expida un auto cautelar, se requiere que este tenga los fundamentos de hecho y derecho de la petición; así como el examen preliminar de la consistencia del soporte probatorio aportado para establecer la concurrencia de los presupuestos de fondo exigidos por ley: a) la apariencia del derecho invocado, b) la necesidad de la emisión de la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o cualquier otra razón justificable y c) la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión (Pérez Ríos, 2010, p. 96).

2.3.1. Presupuestos

2.3.1.1. Apariencia del derecho invocado (fumus bonis iuris)

Se entiende como apariencia o aspecto exterior de derecho la alta dosis de razonabilidad o la razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón. La estimación de una demanda cautelar exige del juez el despliegue de una actividad cognitoria sumaria o juicio de razonabilidad para la comprobación de la verosimilitud del derecho invocado. Esta actividad no está destinada a producir certeza en el juez, sino únicamente considerable probabilidad de amparo de la pretensión principal, razonable apariencia de que el solicitante de la medida litiga con razón, pues quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho (Pérez Ríos, 2010, p 98).

No basta la simple afirmación de tal justificación, el actor debe aportar el suficiente caudal probatorio del cual se derive una apariencia de derecho a su favor, así como el peligro en la demora u otra razón justificable (Pérez Ríos, 2010, p. 98).

En toda actividad de cognición sumaria, como la desplegada para la expedición de una resolución cautelar, es previsible que sólo pueda determinarse la posibilidad o probabilidad de la existencia del derecho, no así la certeza del mismo. El actor no requiere probar la existencia del derecho subjetivo afirmado en el proceso principal, la norma exige que se acredite indicios de probabilidad o de apariencia de buen derecho (Pérez Ríos, 2010, p. 98).

2.3.1.2. Peligro en la demora del proceso

Es deber de todo ordenamiento jurídico prevenir la amenaza o la perpetración de un daño con ocasión de la petición y el otorgamiento de tutela judicial efectiva. Ello nos induce, a partir de la doctrina, establecer algunas precisiones sobre el concepto de daño y la noción de peligro (Pérez Ríos, 2010, p 101).

El concepto de daño como concepto jurídico y, antes de todo, como concepto económico -explica Ugo Rocco, citado por Pérez Ríos (2010)- es propio no sólo del derecho privado, civil y comercial, no sólo del derecho público interno (constitucional, administrativo, penal) o internacional, sino también del derecho procesal, puesto que representa un concepto jurídico fundamental. Precisa seguidamente que todo daño provoca, en general, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; el daño jurídico, en consecuencia, puede considerarse como la sustracción o disminución de un bien, pero al mismo tiempo puede concebirse como la supresión o afectación de un interés, sea éste tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado en la forma de un simple interés (p. 101).

Peligro es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; en el derecho procesal no puede ser otra cosa que la potencia o la idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de la pérdida o disminución de un bien o el sacrificio, o la restricción de un interés sea este tutelado o la forma de un derecho subjetivo o en la de un interés jurídico (Pérez Ríos, 2010, p. 102).

En tal sentido, el peligro en la demora, base de las medidas cautelares, es específicamente el peligro del ulterior daño que deriva del retardo de la decisión definitiva, a causa de la lentitud del proceso *cognitorio* o de ejecución. La imposibilidad material de acelerar el pronunciamiento de la sentencia definitiva es el fundamento de la obtención de la medida cautelar cuyo propósito es tornar inofensivo el daño que la referida lentitud genera. El *periculum in mora*, por consiguiente, implica la necesidad de evitar los riesgos que la duración del proceso principal genera, configurándose de ese modo un peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria (Pérez Ríos, 2010, p. 102).

2.3.1.3. La razonabilidad de la medida

El otorgamiento de una medida cautelar, inexorablemente, genera una restricción de uno o más derechos fundamentales relacionados por lo general con el derecho de propiedad, derecho a la inviolabilidad de domicilio, la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, a la libertad de contratación, a la libertad individual y seguridad personal, entre otros. Sin embargo esta restricción debe justificarse en la necesidad de salvaguardar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso: la protección de fines constitucionalmente relevantes justifica la intervención estatal jurisdiccional en el ámbito de derechos fundamentales. La decisión jurisdiccional cautelar por ello debe contener y ser la expresión de una correcta aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad (Pérez Ríos, 2010, p. 104).

El Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el expediente N° 2235-2004-AA/TC ha afirmado que:

a legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. En efecto, no basta con argumentar que la municipalidad estaba legitimada para regular determinado ámbito, sino que tal regulación debe ser proporcionada y razonable (STC 0850-2008-PA, fund. 21). A través de la autonomía municipal no puede legitimarse cualquier tipo de regulación. La limitación de la esfera de acción de los particulares tiene que ser legítima

Y en virtud del último párrafo del artículo 200° de la Constitución, se ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad. Acotando luego que por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción.

Finalmente el principio de necesidad, junto al principio de proporcionalidad, obliga al juez a adoptar entre las diversas opciones cautelares, específicas o inespecíficas existentes, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Debe escogerse por el juez aquella medida cautelar que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental (Pérez Ríos, 2010, p. 105).

2.3.2. Medidas cautelares específicas

Más que específicas son medidas cautelares nominadas y típicas: poseen una denominación asignada por el legislador y tienen regulación normativa propia. Estas son las medidas que tienen mayor uso y justificación social de allí que hayan sido reguladas de modo especial y presenten subgrupos de acuerdo a determinadas variables (Pérez Ríos, 2010, p. 130).

2.3.2.1. Medidas cautelares para futura ejecución forzada

Las medidas para futura ejecución forzada son aquellas que tienen como propósito asegurar la ejecución o realización de la obligación contenida en un título ejecutivo de origen jurisdiccional (judicial o arbitral) o contractual. También son conocidas como medidas asegurativas porque tienen por finalidad la realización de las decisiones condenatorias a las que la ley otorga calidad ejecutiva (Pérez Ríos, 2010, p. 158).

2.3.2.1.1. El embargo

Consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado aunque el bien se encuentre en posesión de tercero, siempre que la pretensión principal sea apreciable en dinero (art. 642º CPC).

Sabido es que la ejecución destinada a satisfacer cualquier pretensión insatisfecha exige el embargo de bienes y derechos del deudor a fin de ser realizados, y viabilizar el pago al acreedor; o bien, si se ha aprehendido dinero, proceder al pago inmediato al acreedor ejecutante, por eso que el embargo es, en primer lugar, un acto del órgano jurisdiccional, por el cual los bienes y

derechos del deudor, afectados, se declaran y quedan adscritos a la satisfacción del crédito del ejecutante (Pérez Ríos, 2010, p. 162).

El embargo procede aunque los bienes se encuentren en posesión de terceros, con las reservas que la ley establece. En efecto, interesa garantizar la realización del derecho declarado judicial o legalmente, luego el objetivo central del embargo consistirá en afectar los derechos de crédito o bienes del deudor ejecutado, que estén en posesión de terceros bajo cualesquiera de las modalidades previstas en la ley; en consecuencia, si los bienes se encuentran en arrendamiento, comodato o depósito, la afectación dispuesta mediante el embargo consistirá en su retención a cargo del poseedor (Pérez Ríos, 2010, p. 164).

2.3.2.1.2. En forma de depósito (artículo 649° CPC)

Consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado; es procedente siempre que la pretensión a garantizar en el proceso cautelado o principal sea apreciable en dinero.

La afectación jurídica puede recaer sobre bienes muebles o sobre inmuebles no inscritos del obligado, en ambos casos el deudor ejecutado asume la calidad de órgano de auxilio judicial bajo la denominación de depositario. El efecto principal de esta modalidad de embargo consiste en la inmovilización de los bienes afectados, estos deben ser conservados en el domicilio del ejecutado o en el local destinado para tal fin a la orden del Juzgado. No se afecta el derecho de usar disfrutar o disponer de los bienes, por su propietario. Empero, de algún

modo, los derechos de uso y disfrute sufren cierto menoscabo o limitación en el supuesto de que el uso de los bienes requieran de su traslado eventual o cotidiano a otros lugares (Pérez Ríos, 2010, p. 167).

El ejecutante, por razones prácticas y actuando previsoramente al solicitar embargo en forma de depósito debe designar un órgano de auxilio ante la eventualidad de que el embargo derive en una medida de secuestro por negarse el ejecutado a constituirse en depositario.

2.3.2.1.3. En forma de inscripción (artículo 656° CPC)

Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente (Artículo 656° CPC).

Según la norma, la afectación jurídica del bien o derecho del afectado se produce sobre bienes registrados y siempre que resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. La medida se ejecuta con la inscripción del monto de la afectación en el asiento registral respectivo. El bien así embargado puede ser enajenado, el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito (Pérez Ríos, 2010, p. 174).

2.3.2.1.4. En forma de retención (artículo 657° CPC)

El artículo prescribe:

Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez (Art.657° CPC).

En síntesis, debe entenderse que esta afectación tiene como propósito evitar que el derecho de crédito o los bienes del afectado, en posesión de un tercero, sean dispuestos por aquél. Tratándose de derechos de crédito, mediante la orden de retención dispuesta por el Juez, el poseedor queda prohibido de pagar (entregar suma de dinero) al deudor ejecutado, el dinero tiene que ser retenido a la orden del Juzgado y depositado en el Banco de la Nación. En el caso de otros bienes muebles determinados, el objeto es lograr su inmovilización, finalidad análoga al embargo en forma de depósito (Pérez Ríos, 2010, p. 176).

2.3.2.1.5. En forma de intervención

Esta modalidad de embargo tiene como finalidad recabar directamente los ingresos propios o información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica. De lo anterior se infiere que son dos las formas que adopta la intervención: intervención en recaudación e intervención en información; sin embargo, ello no significa que exista determinada prelación entre una y otra: puede demandarse una u otra indistintamente (Pérez Ríos, 2010, pp. 179-180).

La intervención es una medida cautelar, que permite la injerencia del órgano de auxilio judicial en una estructura económica empresarial o comercial o en una institución, o persona jurídica (asociación, fundación, comité, etc.), con distintas finalidades y objetivos. La intervención presenta grados de intensidad respecto a sus consecuencias jurídicas; así, la intervención en información es de menor impacto y rigor que la intervención en recaudación (Pérez Ríos, 2010, p. 180).

2.3.2.1.6. En recaudación (art 661° CPC)

EL artículo del CPC estipula:

Cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el Juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella.

La disposición del párrafo anterior es aplicable, también, a las personas jurídicas sin fines de lucro.

La resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir al Juez.

2.3.2.1.7. En información (art. 665° CPC)

La única finalidad de esta forma de embargo consiste en recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica.

Mediante esta intervención no se produce la afectación de ningún bien o derecho, simplemente se recaba información sobre la actividad económica de la empresa.

El auto cautelar además de la afectación deberá contener: a) El nombramiento de uno o más interventores informadores, atendiendo a la magnitud o importancia del negocio. b) El plazo durante el cual deben verificar directamente

la situación económica del negocio afectado. c) Las fechas en que los interventores informadores informarán al Juez. (Pérez Ríos, 2010, p. 182).

2.3.2.1.8. En forma de administración (art. 669º CPC)

Dice la norma que "cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan."(art.669º CPC).

En esta modalidad de embargo la afectación se expresa en la recaudación de los frutos que producen los bienes fructíferos. Según la normatividad civil los frutos pueden ser naturales industriales y civiles ¿La recaudación puede referirse a todo tipo de fruto? Si tomamos en cuenta lo previsto en el último párrafo del artículo 892º del Código Civil: "Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan" debemos inferir que la afectación en administración es posible únicamente sobre los frutos civiles, o sea los frutos que el bien o bienes producen como consecuencia de una relación jurídica (Pérez Ríos, 2010, p. 184).

Ahora bien, si se dicta una medida de embargo para asegurar la eficacia de resolución final en la que el núcleo del petitorio tiene que ser una obligación insatisfecha y a su vez el núcleo obligacional está constituido por una relación jurídica, entonces resulta indiscutible que el embargo en forma de administración solo recae sobre frutos civiles. Para el logro de este objetivo la empresa es sometida a intervención judicial y pasa a ser administrada por

órganos de auxilio denominados en este caso administradores judiciales quienes en dicha condición asumen la representación y gestión de la empresa conforme a la ley de la materia (Pérez Ríos, 2010, pp. 184-185).

2.3.2.1.9. El secuestro

El secuestro es una medida cautelar específica que tiene finalidad asegurativa y cuya manifestación inmediata consiste en el desapoderamiento del bien respecto del obligado. La finalidad asegurativa se manifiesta, por un lado, en la preservación de un bien determinado cuya propiedad o posesión discuten las partes en un proceso cognitorio; y por el otro, tal finalidad se concreta en el aseguramiento o garantía del cobro de determinada acreencia, reclamada en un proceso de ejecución, sólo en este supuesto el secuestro es una medida para futura ejecución forzada (Pérez Ríos, 2010, p. 198).

Secuestro judicial (1º párrafo del artículo 643º CPC)

Artículo 643.- Secuestro

Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez.

Cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio.

Se aplican al secuestro, en cuando sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo.

El secuestro judicial como es evidente tiene carácter asegurativo conservativo porque está destinado a la custodia y cuidado de un bien, en tanto se dilucide en el proceso cautelado o principal el conflicto de intereses respecto a la propiedad o posesión sobre el bien. Francesco Carnelutti grafica esta situación del modo siguiente: —Cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee. Las razones de esa superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginar la hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por el otro; el poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si éste no cuenta con otros bienes de fortuna la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida a los medios para sostener el proceso. Para asegurar la igualdad entre las partes, puede resultar conveniente que la cosa no sea poseída por ninguno de los dos he ahí la trascendencia y finalidad del secuestro judicial (Pérez Ríos, 2010, p. 200).

El legislador nacional ha optado por mantenerse dentro de esta concepción, tal como consta en la primera parte del artículo 643° del CPC Como puede presumirse este escenario procesal es el correlato de una opción contractual infructuosa. Ciertamente, si las partes no pudieron celebrar secuestro convencional o contractual, quien se considere con mejor derecho sobre la propiedad o posesión sobre el bien trasladará el conflicto al órgano jurisdiccional para que sea éste quien lo dilucide en un proceso cognitorio (Pérez Ríos, 2010, pp. 200-201).

Secuestro conservativo (2º párrafo del artículo 643º CPC)

Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, y con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio...(2a parte del artículo 643 del CPC).

Es una medida cautelar para futura ejecución forzada patrimonial que el juez ordena con la finalidad de asegurar el cobro del crédito del titular de la medida. Asegura el pago dispuesto en mandato ejecutivo. Es la especie de secuestro para futura ejecución forzada patrimonial y por tal razón puede recaer en cualquier bien del deudor. No se discute la propiedad ni la posesión del bien; no obstante, este tipo de secuestro es el que conduce a la expropiación jurisdiccional mediante la ejecución forzada (Pérez Ríos, 2010, p. 203).

Al secuestro se aplican las disposiciones referidas al embargo en cuanto sean compatibles con su naturaleza, luego puede ordenarse el secuestro sobre los bienes del ejecutado aunque estos se encuentren en posesión de tercero, con las reservas del caso (parte final del artículo 643 concordante con el 642 del CPC).

2.3.2.1.10. Anotación de demanda en los registros públicos (art. 673º CPC)

Artículo 673.- Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.

La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.

Esta medida cautelar, conocida también como anotación de litis, tiene como finalidad asegurar la publicidad de los procesos sobre bienes muebles o inmuebles inscritos para que las sentencias que se dicten en tales procesos puedan ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso; por consiguiente la anotación de demanda en el registro tiene como única finalidad advertir al posible comprador del bien que en caso el titular de éxito del actor en el proceso tendrá que enfrentar el pronunciamiento y someterse al efecto de la anotación (Pérez Ríos, 2010, p. 105).

2.4. RESTRICCIONES ADMINISTRATIVAS PARA LOS DEUDORES ALIMENTARIOS

Mediante Ley N° 28970, se creó el Registro de Deudores Alimentarios Morosos en el Órgano de Gobierno del Poder Judicial; aprobándose su reglamento mediante Decreto Supremo N° 002-2007-JUS, en cuyo artículo 2°, se define como deudor alimentario moroso, a la persona obligada a la prestación de alimentos en virtud a lo resuelto en un proceso judicial que ha culminado, ya sea con sentencia consentida o ejecutoriada o por acuerdo conciliatorio con

calidad de cosa juzgada, siempre que se encuentre adeudando por lo menos tres cuotas sucesivas o alternadas de sus obligaciones alimentarias;

Tratándose de procesos judiciales en trámite, se considerará deudor alimentario moroso, a la persona que adeude por lo menos tres pensiones devengadas en un proceso cautelar o en un proceso de ejecución de acuerdos conciliatorios extrajudiciales.

Así mismo; se tiene del citado artículo que el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, es un Libro electrónico que registra la información judicial del deudor alimentario moroso, con inclusión de todos los datos a que se refiere el artículo 3 de la Ley: a) nombres y apellidos completos del deudor alimentario moroso, b) domicilio real del deudor alimentario moroso, c) número del documento nacional de Identidad u otro que haga sus veces, del deudor alimentario moroso, d) fotografía del deudor alimentario moroso, e) cantidad de cuotas en mora parcial o total, monto de la obligación pendiente e intereses hasta la fecha de la comunicación, f) indicación del órgano jurisdiccional que ordena el registro, teniendo esta información carácter público y acceso gratuito.

En el literal d), del artículo 2° antes citado, se define lo que vendría a ser un certificado de registro positivo o negativo, que no es otra cosa que un documento que expide el Registro de Deudores Alimentarios Morosos con carácter de certificación sobre la condición o no de deudor alimentario moroso de una persona, como consecuencia de su inclusión en el registro o cancelación respectiva.

En lo que refiere a la responsabilidad del registro, es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el órgano responsable, con tal objeto, tendrá a su cargo el diseño, desarrollo, implementación progresiva y mantenimiento de los sistemas informáticos que permitan su existencia y operatividad para la prestación de todos los servicios previstos por la Ley.

Por otro se tiene en el artículo 4° del reglamento bajo comentario, que para la declaratoria de deudor alimentario moroso se requerirá de las siguientes condiciones: a) el procedimiento se inicia a solicitud de la parte beneficiaria de la prestación de alimentos declarada como tal en un proceso judicial culminado, ya sea con sentencia consentida o ejecutoriada, o por acuerdo conciliatorio con calidad de cosa juzgada; o, en procesos judiciales en trámite, cuando la persona adeude por lo menos tres pensiones devengadas en un proceso cautelar o en uno de ejecución de acuerdos conciliatorios extrajudiciales.

La apelación interpuesta contra el auto que declara la condición de una persona como deudor alimentario moroso, no impide la inscripción en el registro en modo alguno.

Conforme se encuentra comprendido en el artículo 5°, las inscripciones se producirán únicamente por decisión judicial, siendo responsabilidad del órgano jurisdiccional competente proporcionar los datos a que se refiere el artículo 3 de la Ley, excepto el referido en el literal d).

Es propicio mencionar también que el responsable del registro deberá proporcionar mensualmente, a través de los medios y la forma establecida en un Convenio de Cooperación Interinstitucional, la lista actualizada de los deudores alimentarios morosos a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, a efectos que se registre la deuda alimentaria en la central de riesgos de dicha institución.

De igual forma el responsable del registro se encargará de suministrar mensualmente, a través de los medios y la forma establecida, la lista actualizada de los deudores alimentarios morosos a las centrales privadas de información de riesgos con las que el Poder Judicial mantenga convenio vigente, con el objeto que se registre la deuda alimentaria.

Por su parte el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, también deberá de cumplir con la obligación de remitir mensualmente al registro tanto la lista de contratos de trabajo, bajo cualquier modalidad, que se celebren entre particulares así como la de los trabajadores que se incorporen a las empresas del sector privado, ello con la finalidad de identificar a los trabajadores que tengan la condición de deudores alimentarios morosos y se comunique al órgano jurisdiccional correspondiente en el plazo de tres (3) días, el cual deberá proceder conforme a sus atribuciones.

Asimismo, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, deberá remitir al Órgano de Gobierno del Poder Judicial, las listas de transferencias de bienes muebles o inmuebles registrables realizados por personas naturales, con los mismos propósitos.

Las oficinas de personal o las que hagan sus veces de las dependencias del sector público nacional, de igual forma deberán acceder a la base de datos del registro, con la finalidad de verificar si las personas que ingresan a laborar a sus respectivas instituciones, bajo cualquier modalidad, se encuentran inscritas en dicho registro, con el objeto de corroborar la veracidad de la declaración jurada firmada por el trabajador.

Finalmente el procedimiento para la cancelación del registro la encontramos en el artículo 6°, y este solo se producirá por mandato judicial expedido de conformidad con el procedimiento normado en el artículo 4 de la ley, en ningún caso, podrá solicitarse la cancelación por vía administrativa. La obligación de cancelación es exigible al registro al día siguiente de recibida la comunicación del Juzgado.

Otro de los aspectos administrativos que se encuentran como propuestas recientes, lo encontramos en el Proyecto de Ley 1403-2016-CR, presentado el 17 de mayo de 2017, en atención al régimen actual del Registro de Deudores Alimentarios Morosos -REDAM; de acuerdo a este, las personas inscritas en el registro, serían impedidos de renovar o actualizar los datos en su documento nacional de identidad, tampoco podrían solicitar la emisión, renovación o recategorización de su licencia de conducir, solicitar antecedentes penales, que se encuentra a cargo del Poder Judicial, solicitar la emisión o la renovación de su pasaporte a cargo de la Superintendencia Nacional de Migraciones, suscribir contratos públicos o privados en las notarías públicas en el que tenga que presentar su documento nacional de identidad.

Se pretende garantizar el cumplimiento de las pensiones alimentarias que han sido ordenadas mediante sentencia firme judicial. En razón de ello, la norma prescribe esta restricción de acceso administrativo como una medida temporal hasta que aquellos deudores alimentarios rezagados cumplan con su obligación de pensión asignada.

El órgano de gobierno del Poder Judicial de forma mensual y obligatoria, remitiría el Registro de Deudores Alimentarios Morosos actualizado, a todos los órganos administrativos involucrados para que estos registren la deuda alimentaria y hagan efectivo el cumplimiento a la presente ley.

La entidad administrativa u organismo involucrado que incumpla la ejecución de la presente ley, incurre en falta administrativa grave, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales (Lescano Calvo, 2017).

2.5. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

Alguno de los temas más discutidos en la Teoría del Derecho, es la distinción entre reglas y principios, unas como otros tienen en común la característica de ser normas jurídicas, esto es, enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas, si bien, presentan significativas diferencias, en especial, atendiendo a su forma de aplicación y al modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre ellas.

Por otra parte, como señala Zagrebelsky, “por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios” (1995, p. 109) aunque la

Constitución también contiene reglas¹, al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella.

En palabras de Bernal Pulido (1989, p. 5), existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios, habiéndose convertido ésta última en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios. A pesar de ello, la ponderación se sitúa en el centro de muchas discusiones teóricas, que revelan que algunos aspectos tales como su estructura y sus límites, aun distan de estar del todo claros.

En ese sentido, iniciaremos por conocer a lo que se entiende por ponderación de derechos, siendo que según el autor antes citado, lo define como la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Pues bien es “*mayor medida posible*” en que debe realizarse un principio se establece confrontando los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre

¹ Por ejemplo, el artículo 17.2 de la Constitución española, que prescribe que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”.

principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

2.5.1. Composición de la ponderación

Robert Alexy, es quien ha expuesto la composición de la ponderación con mayor claridad. Este autor la ha planteado en términos sencillos para establecer la relación de precedencia, la que va condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

2.5.2. La ley de la ponderación

Según la ley de la ponderación, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2002, p. 61), si se sigue esta ley, la ponderación

se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy (2002) identifica claramente: En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción del primer principio y de importancia en la satisfacción del segundo principio. En adelante nos referiremos a ambos fenómenos como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto Alexy (2002) sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala trídica o de tres intensidades.

En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. Así, por ejemplo, la afectación de la vida y la salud de la niña, que se originaría al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte de forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse sólo como media o leve.

Conviene reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes. La

variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. De la misma manera, la jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana a lo anterior se agrega una tercera variable, que denotaremos como la variable. Ella se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto –por ejemplo, permitir que los padres evangélicos decidan si llevan o no a la hija al hospital– proyecta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Así, por ejemplo, la afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital. Esta afectación, en cambio, será de menor intensidad, si los médicos no pueden identificar el problema que la aqueja, o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico.

2.5.3. Las cargas de argumentación

El tercer elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación. Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir cuando los pesos de los principios son idénticos ($GP_{i,jC} = GP_{j,iC}$). En este aspecto, sin embargo, Robert Alexy parece defender dos posiciones, una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales*, y otra en el *epílogo* a dicha teoría, escrito quince años después, que podrían resultar incompatibles entre sí en algunos casos (Bernal Pullido, 2006).

En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima "*in dubio pro libertate*". De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor "*razones más fuertes*". Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas. Dicho de otra manera, el empate jugaría a favor de la libertad y de la igualdad jurídica. Como consecuencia, si una medida afectara a la libertad o a la igualdad jurídica y los principios que la respaldan no tuviesen un mayor peso que éstas, entonces la medida resultaría ser desproporcionada y, si se tratase de una ley, ésta debería ser declarada inconstitucional (Bernal Pullido, 2006).

No obstante, en el *epílogo* a la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy se inclina a favor de una carga de argumentación diferente. En los casos de empate, sostiene, la decisión que se enjuicia aparece como “*no desproporcionada*” y, por tanto, debe ser declarada constitucional. Esto quiere decir, que los empates jugarían a favor del acto que se enjuicia, acto que en el control de constitucionalidad de las leyes es precisamente la ley. En otros términos, de acuerdo con el Alexy del *epílogo*, los empates no jugarían a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento. De este modo, cuando existiera un empate, la ley debería declararse constitucional, por haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador desde luego, la contradicción entre estas dos posturas acerca de la carga de argumentación, únicamente se presentaría cuando existiera una colisión entre la libertad jurídica o la igualdad jurídica, de un lado, y otro principio diferente a ellas, del otro. En este caso, podrían aventurarse dos interpretaciones sobre la posición de Alexy, dado que este autor no se pronuncia explícitamente acerca de esta posible tradición. Por una parte, que Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia al principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el Legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios (Bernal Pullido, 2006).

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En este último capítulo se realizará la demostración hipotética planteada como respuesta al problema de investigación, consistente en determinar los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, que prescribe como requisito de admisibilidad en las pretensiones alimentarias, acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión.

Pues bien, en aplicación de las técnicas e instrumentos de recopilación, procesamiento y análisis de información, como a los objetivos planteados, es que se ha evaluado la validez de los argumentos de la hipótesis, consistentes en: a) la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante en su dimensión de acceso a la justicia y b) la Suficiencia normativa que garantiza el derecho del acreedor alimentario.

Se ha creído conveniente estructurar los enunciados anotados por títulos y subtítulos según la temática a tratar, procediendo a realizar el análisis correspondiente a partir de la legislación, doctrina y jurisprudencia, conforme a las guías que se observan en los anexos respectivos (véase anexos 1, 2 y 3); detallándose los siguientes resultados:

2.6. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL DEUDOR ALIMENTARIO EN SU DIMENSIÓN DE ACCESO A LA JUSTICIA ANTE EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 565-A DEL C.P.C.

2.6.1. Análisis legislativo

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ha sido reconocido en el artículo 8² y 10³ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 8.1⁴ del Pacto de San José de Costa Rica, artículo 14.1⁵ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; así como en el artículo 6.1⁶ de la Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950.

En nuestra legislación nacional lo encontramos en primer orden en la Constitución Política del Estado, artículo 139° inciso 3, en donde se establece como principio y derecho de la función jurisdiccional a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, a su vez en el artículo 2° inciso 20, se reconoce

² Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

³ Art.10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁴ Artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁵ Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda las personas son iguales ante los tribunales y cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por Ley, en la substanciación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

⁶ Art 6.1 de la Convención Europea: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”

como derecho fundamental de toda persona el formular peticiones ante la autoridad competente. Inmediatamente lo encontramos más desarrollado en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, en donde se define a la tutela procesal efectiva, como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, entre otros.

Así también en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se lo encuentra como la potestad que ostenta toda persona para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.⁷

Todos estos enunciados normativos permiten mostrar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra expresamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico nacional y no sólo con rango constitucional si no también con el carácter de derecho fundamental.

Este derecho fundamental es de contenido complejo debido a que abarca diversos derechos como el de acceso a los órganos jurisdiccionales, a un proceso con garantías mínimas, a una resolución fundada en derecho y a la efectividad de las resoluciones judiciales, sin embargo es la dimensión del derecho de acceso a la justicia el cual se encuentra relacionado con la presente tesis, ya que este importa que toda persona pueda acceder a la función

⁷ **Artículo I.-** Toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso

jurisdiccional para que a través del inicio de un proceso se pueda dilucidar la incertidumbre jurídica que vive.

Ahora bien, es harto conocido que todo derecho no es absoluto, encontrándose límites para su ejercicio, consistentes en las condiciones legales para su acceso, como los que se establecen en los artículos 424° y 427° del Código Procesal Civil, referidos a la competencia del Juez, la capacidad para obrar, respectivamente, entre otros, que de alguna manera habilitan y activan el funcionamiento del sistema jurisdiccional; sin embargo a estos requisitos se adicionan algunos especiales que en ocasiones no se encuentran justificados debido a la vulneración de derechos fundamentales que ocasiona su cumplimiento como es el caso del Artículo 565-A del Código Procesal Civil, el cual atenta directamente con el derecho de acceder a la justicia del obligado a prestar alimentos, convirtiéndolo en nulo e inefectivo pese a su carácter de fundamental.

A ello debemos agregar que el requisito establecido en el artículo citado, se ubica en la esfera de admisibilidad de la demanda y por ende responde a exigencias de mera formalidad, ya que al tratarse de un acto de iniciación procesal no implica el planteamiento de un conflicto suscitado y por ende un pronunciamiento de fondo, sino que se configura con motivo de la petición formulada ante el órgano judicial, a fin de que se disponga la apertura y ulterior trámite del proceso, por lo que cualquier condición a ese nivel es sin duda vulneratoria de derechos, debido a que la causa puede rechazarse y archivarse ante su incumplimiento.

Al respecto es propicio citar a Narvaez (2011, p. 924), quien refiere que la limitante de inadmisibilidad deberá ser ejercida con prudencia y ponderación por la afectación inmediata a la tutela jurisdiccional. Si bien se requiere de un debido proceso para solucionar los conflictos, éste no puede limitarse por aspectos meramente formales; afirma también que la tarea de los Jueces no puede agotarse en la lectura generalizada del mero enunciado, sin hacer una aplicación particularizada a la anomalía del caso concreto, no se puede postergar el derecho de acción so pretexto de cuestionamientos formales, sin apreciar la afectación de otros derechos constitucionales.

En la misma línea el Tribunal Constitucional se pronunció en su expediente N°613-2003-AA/TC Lima, en los seguidos por Pedro Miranda Vásquez y otra, de fecha 21 de abril del 2003; que los jueces deben tener en cuenta que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; e inclusive en materia de pruebas, instando al cumplimiento del artículo 201° del C.P.C, donde se establece que el defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no lo invalida, si cumple su finalidad para prescindir de un medio de prueba. Traduciendo dicha opinión se invita a quebrar el orden formal que caracteriza a los procesos de los que conoce el Órgano Jurisdiccional, orientándolos en provecho de la finalidad elemental o concreta para la que éstos existen, de no ser así el proceso se tornaría en un proceso formal, sin ningún referente de contenido justo o razonable.

Concepciones sin duda aplicables a la propuesta de modificación de la norma cuestionada; a efectos de evitar recaer en legalismos que tienen como

consecuencia la vulneración de los derechos tanto del deudor alimentario quien se ve restringido de incoar su acción ante el órgano judicial correspondiente y del acreedor alimentario quien pierde la posibilidad de recibir una pensión alimentaria, la cual es de mayor probabilidad de cumplimiento que la contenida en el proceso principal y que se ve imposibilitado de percibir justamente por el requisito de previo cumplimiento.

Al respecto complementamos con lo citado por Bermudez (2013), quien considera que las normas deben aplicarse a la luz del principio de favorecimiento del proceso, es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito.

2.6.2. Análisis doctrinario

En el análisis de esta sección se ha intentado presentar el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional en su dimensión de acceso a la justicia a nivel doctrinario, preponderando su naturaleza esencial y el grado de afectación que importa esa esfera y se ha incluido, como punto final, el test de ponderación para tal efecto.

2.6.2.1. Artículo 565-A del C.P.C como vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante

En seguida se presenta una tabla que resume la doctrina encontrada que considera al Art 565-A vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Tabla 1: Autores que consideran al Art 565-A vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Autor	Concepción
Ministerio Público-Oficio N°033-2018-MP-FN, Proyecto de Ley N°1750/2007.	considera comprensible la propuesta plasmada en el proyecto de ley, sin embargo observa que el mismo debe ser materia de mayor análisis ya que se limitaría el derecho de acción, el cual en materia procesal civil no admite limitación ni restricción para su ejercicio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° del C.P.C
Marco Antonio Vásquez Celis	Resulta claro que al exigir como requisito de procedibilidad a los deudores alimentarios encontrarse al día en el pago en los procesos de reducción, variación y prorrateo de alimentos, se restringe abiertamente su derecho de acceder a la tutela judicial efectiva, pues aquellas personas que mantienen deudas inmensas, nunca podrán acceder a la jurisdicción si es que no están al día en dicha pensión, lo que por sí resulta contraproducente, por cuanto muchas personas o nunca podrían demandar reducción o tendrían que obtener préstamos para cumplir íntegramente la obligación, lo que significaría irónicamente que si pueden pagar la pensión alimenticia originaria, generando una distorsión respecto a la verdadera capacidad económica del demandado
Mirian Lisbeth, Benites Torres	<p>En su investigación realizada en la ciudad de Trujillo, año 2015, concluye que es inadecuado que el legislador haya limitado el ejercicio del derecho de reducción de alimentos del deudor alimentario, reconocido en el artículo 482° del Código Civil, con un requisito procesal de admisibilidad impertinente, incurriendo en una contradicción respecto a su naturaleza, siendo esta la disminución una de las posibilidades del obligado, por lo que se hace imposible cumplir con la obligación alimentaria.</p> <p>Señala así mismo; que dicho requisito es inconstitucional, porque vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del deudor alimentario, al condicionar su derecho de acceso a la justicia al cumplimiento de un requisito impertinente.</p>

Mauricio Enrique Jaen Mujica

Concluye en su trabajo de investigación, realizado en la ciudad de Cuzco, año 2017, que el artículo 565-A del C.P.C, respecto a la pretensión de reducción de alimentos, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, toda vez que el requisito de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias, constituyen sin lugar a duda una limitación, un exceso, una barrea irracional y desproporcional.

Agrega a su vez que el artículo bajo comentario, respecto a la pretensión de reducción de alimentos, es inadecuada, puesto que no toma en cuenta los supuestos en que procede la reducción de alimentos, como son las necesidades del alimentista y la capacidad del demandado.

María Luisa Mejía Alberca

En su investigación realizada en Chiclayo, año 2016, concluye que el requisito especial contenido en el en Artículo 565-A del Código Procesal Civil, importa una afectación al derecho de acceso a la justicia del deudor alimentario que, de manera justificada, se encuentra atravesando una situación que le imposibilita el cumplimiento de tal requisito, como en el proceso de reducción de alimentos, el que se interpone cuando las necesidades del alimentista o las posibilidades de quien deba darlos han disminuido, de conformidad con lo establecido en el artículo 482° del Código Civil.

Nataly T. Angelats Agreda

En su artículo “Cuidado con retrasarse en la pensión de alimentos, su derecho a la defensa, puede verse amenazado”, concluye que el artículo materia de cuestionamiento, resulta contradictorio con el ordenamiento constitucional, por cuanto si el acreedor alimentario ha variado su situación económica, en consecuencia se ha retrasado en el pago de la pensión de alimentos, privándose el derecho de poder solicitar una variación y por tanto afectando el derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional. A su vez determina que existe un obstáculo al debido proceso, por cuanto el obligado no puede hacer uso del derecho a la debida defensa.

Karlos Peralta Pérez

En su artículo “El requisito de admisibilidad de no tener deuda alimentaria, regulado por la Ley N° 29486 y la contravención del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en los casos de reducción de alimentos”, concluye que tal requisito es inconstitucional en dicho supuesto

porque vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Sandra Verónica Manrique Urteaga

El exigir al demandante el estar al día en el pago de la pensión para demandar la reducción, variación, exoneración, prorrateo de alimentos, constituye una extralimitación no justificada del ordenamiento procesal.

Esta extralimitación no justificada trae como consecuencia la vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en su dimensión de acceso a la justicia.

Alex Plácido Vilcachagua

Considera que efectivamente el artículo 565-A del C.P.C, vulnera el derecho a la tutela Jurisdiccional efectiva del demandante si se considera la literalidad que califica el requisito como uno de admisibilidad al que están referidos cuestiones puramente formales. Debe ser considerado como requisito de procedibilidad y se desestima la demanda se deberá pagar siempre lo debido.

2.6.2.2. Artículo 565-A del C.P.C como no vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante

Se va a mostrar los resultados de la doctrina encontrada que no considera al art 565-A como vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Tabla 2: Autores que NO consideran al Art 565-A vulneratorio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Autor	Concepción
La comisión del proyecto de ley en el numeral VI del dictamen, analizaron las propuestas con el siguiente resultado:	Los alimentos tienen por fundamento el amparo y la protección, el hombre en sus primeros años de vida no puede valerse por sí mismo, ni sobrevivir por sus propios medios. Existe constitucionalidad y coherencia entre el proyecto y el ordenamiento nacional, así como con la Constitución Política del Estado vigente, que regula en su artículo 6° que es deber de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, del mismo modo en su artículo 4° reconoce la obligación que tiene el Estado de proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre, al anciano en situación de abandono y también a la familia.

Se hace referencia también a los alimentos como derecho fundamental, siendo que desde el inicio, las Naciones Unidas han establecido el acceso a una alimentación adecuada como un derecho individual y de responsabilidad colectiva.

Así también la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, proclamó que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial, la alimentación.

La iniciativa legislativa tiene por finalidad reforzar los mecanismos procesales a efectos de garantizar la ejecución de las sentencias que fijan alimentos, derecho que por su naturaleza tiene carácter de impostergable.

Se pretende a su vez proteger los derechos del alimentista, los cuales no se encuentran en confrontación con el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional, el cual no debe ser utilizado como un instrumento por el que se vulneran los derechos de quienes podrían encontrarse en situación de desventaja o desprotección.

El artículo bajo comentario resulta beneficioso para la optimización del cumplimiento del pago de alimentos dentro de un proceso sumarísimo, por ende el Juez está en facultades de asegurar el resultado de un conflicto de interés lo que finalmente agiliza el proceso y beneficia al alimentista.

Benjamín Aguilar Llanos

En su artículo titulado “Apreciación crítica de la Ley 29486, sobre el instituto jurídico de los alimentos”, señala que la pertinencia y utilidad de la norma contenida en la ley 29486, se hace evidente, pues si el demandado ha venido incumpliendo el pago de la pensión ¿Cómo podría solicitar la reducción de la pensión?; por este motivo, su exigencia sí juega como un presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción de reducción.

Claudia, Canales Torres

Considera pertinente el requisito del Art 565-A, pues es lógico que se permita tales pretensiones a un deudor alimentante que viene cumpliendo adecuadamente su obligación teniendo en consideración la responsabilidad del demandante.

Si comparamos la argumentación que usan los autores que deciden por la no aplicación del Art. 565-A, nos damos cuenta que ellos no recurren solo a la ley, sino que exponen argumentos de diversa índole, siendo el más recurrente el de tutela jurisdiccional; por lo que resulta más esclarecedor para determinar la predominancia de los derechos en juego la utilización del test de ponderación el cual se realizará en la sección 3.1.4.1.

2.6.3. Casuística referente a la aplicación del artículo 565-A del Código Procesal Civil

En la aplicación del artículo indicado (Tabla 3, fila izquierda), se puede notar que, efectivamente se declaró la inadmisibilidad de las pretensiones contenidas en el artículo 565-A, cuando el demandante y deudor alimentario no cumplió con acreditar el pago de la pensión alimentaria, según se viene deduciendo, no sólo vulnerando la tutela jurisdiccional del mismo, sino restringiendo la realización de un proceso y la discusión de un derecho de fondo, en el cuál sin duda el acreedor alimentario tiene más posibilidad de poder lograr se fije a su favor una pensión cuya probabilidad de cumplimiento es mayor en el caso de reducción de alimentos por ejemplo, debido a que quien va a cumplir con otorgarlos muestra la intención de realizarlos pero conforme a sus condiciones económicas actuales, de lo contrario no se preocuparía por interponer acción alguna, no obstante tal derecho es obstaculizado por una condición no sólo exagerada sino aplicada a literalidad sin tomar en cuenta la particularidad de cada situación.

Tabla 3: Comparación entre la aplicación y no aplicación del artículo 565-A del Código Procesal Civil en la casuística

Aplica el requisito establecido en el artículo 565-A del Código Procesal Civil		No aplica el requisito establecido en el artículo 565-A del Código Procesal Civil	
Expediente	Fundamento	Expediente	Fundamento
N°1122-2012, del 2°J. de Paz Letrado Cajamarca.	Inadmisibles la demanda de variación de alimentos, en aplicación del artículo 565-A del C.P.C	N°4323-2011 J. Módulo Básico de Hunter-Arequipa.	Admitió demanda de reducción de alimentos interpuesta, sin que se cumpla el requisito establecido en el Art 565-A del C.P.C. en razón a criterios de proporcionalidad, razonabilidad y tutela jurisdiccional del demandante.
N°1123-2012, del 2°J. de Paz Letrado Cajamarca.	Inadmisibles la demanda de variación de alimentos, en aplicación del artículo 565-A del C.P.C	Expediente N°489-2014 6° J. Paz Letrado- Caj	Admitió demanda de exoneración de alimentos interpuesta, sin que se cumpla el requisito establecido en el Art 565-A del C.P.C.
N°314-2013, del 6°J. de Paz Letrado Cajamarca	Inadmisibles la demanda de reducción de alimentos, en aplicación del artículo 565-A del C.P.C	Plenario Distrital de Familia-Corte Superior de Lima año 2011	Por mayoría de votos se amparó admitir la demanda cuyas pretensiones se encuentran contenidas en el art 565-A del C.P.C, en amparo a la tutela jurisdiccional efectiva.
N°863-2014, del 2°J. de Paz Letrado Cajamarca	Inadmisibles la demanda de reducción de alimentos, en aplicación del artículo 565-A del C.P.C	Plenario Distrital de Familia-Corte Superior de Lima año 2011	Donde por mayoría de votos se adoptó una tercera posición siendo que se debe agregar a la norma que en casos que se haga imposible presentar el requisito de admisibilidad, de acreditarse encontrarse al día en el pago de la pensión, el Juez permita admitir la demanda al

amparo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y los derechos de acción y a la tutela jurisdiccional efectiva.

N°1509-2014, del 6°J. de Paz Letrado Cajamarca	Inadmisible la demanda de reducción de alimentos, en aplicación del artículo 565-A del C.P.C
N°468-2015, del 2°J. de Paz Letrado Cajamarca	Inadmisible la demanda de exoneración de alimentos, en aplicación del artículo 565-A del C.P.C
N°836-2015, del 2°J. de Paz Letrado Cajamarca	Inadmisible la demanda de reducción de alimentos, en aplicación del artículo 565-A del C.P.C
N°1695-2016, del 6°J. de Paz Letrado Cajamarca	Inadmisible la demanda de exoneración de alimentos, en aplicación del artículo 565-A del C.P.C

Ahora bien, si nos fijamos en las filas del margen derecho, notamos que, a diferencia de las otras, en estas se muestra cómo es que a pesar de seguir vigente en nuestra legislación la condición de encontrarse al día en el pago de la pensión contenida en el artículo 565-A, del C. P. C., con buen criterio, algunos sectores jurisdiccionales, principalmente en Lima, se han apartado del mismo, y consecuentemente otorgaron luz verde a los demandantes y obligados alimentarios a exponer y sustentar su pretensión ante los tribunales, dentro de tales criterios priman el principio de proporcionalidad, razonabilidad, derecho a la tutela jurisdiccional del demandante y una ecléctica, donde en casos que se haga imposible presentar el requisito de admisibilidad, el Juez permita admitir la

demanda al amparo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y los derechos de acción y tutela jurisdiccional efectiva.

No podemos dejar de comentar un proceso de sumo interés acaecido en la ciudad de Cajamarca, es el signado con número de Expediente 489-2014, donde Luis Antonio Huaylas Inguil, demanda exoneración de alimentos en favor de su esposa Carmi Areli Andi Saldaña, teniendo como pretensión subordinada la reducción de la pensión alimenticia, a fin de que se disminuya la pensión del 50% de utilidades que percibía como trabajador de la empresa minera Yanacocha, a la suma de S/50.00 nuevos soles, por haber disminuido significativamente sus posibilidades económicas, fundamentando su demanda en atención a las obligaciones que asume actualmente, como es el pago de una deuda hipotecaria que mantenía con su consorte en el Banco Continental y que, mediante acuerdo conciliatorio N°050-2013, este se responsabilizó de asumir, no obstante un mes posterior su situación económica y familiar tuvieron un cambio significativo, en la medida que su empleadora, minera Yanacocha S.R.L puso fin a su vínculo laboral que mantenía desde hace varios años atrás, por lo que recibió S/31.415.81, por concepto de compensación por los años de servicio, suma dineraria que fue embargada a favor de la acreedora alimentaria, dentro del proceso de ejecución conciliatorio de alimentos inicial, dinero con el que se acredita encontrarse al día en el pago de la pensión además de asegurar las pensiones devengadas.

Del mismo modo la situación familiar del demandante y deudor alimentario, cambió debido a que procreó otra menor de edad con su actual pareja, la cual

conjuntamente con su madre necesitan manutención, por lo que hace que sea difícil seguir otorgando la pensión alimentaria fijada inicialmente en favor de su ex consorte.

Sumado a ello habría desaparecido en la actualidad el estado de necesidad en la alimentista, su ex consorte, quien desempeña actualmente el cargo de gerente general en la persona jurídica denominada "Salón Spa Farah", donde percibe ingresos mensuales, siendo además que pernocta de manera unilateral en el inmueble que pertenece a la sociedad conyugal.

Con respecto a la pretensión subordinada, el demandante y obligado a la prestación alimentaria se obligó a entregar la suma de S/840.00 nuevos soles a favor de su hijo y el 50% a su ex consorte, de las utilidades que le otorgaban como trabajador de la empresa minera antes anotada, montos que cumplía mensualmente en tanto eran descontados directamente de su remuneración, no obstante haberse finalizado el vínculo laboral indicado anteriormente se le hace imposible seguir cumpliendo con tal obligación.

Es así que la presente demanda, fue declarada inadmisibles por el Sexto Juzgado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante resolución N. 01, de fecha dos de junio de 2014, por existir imprecisión en el nombre de la demandada, para posteriormente declararse su admisibilidad con resolución N°01, de fecha 08 de agosto de 2014, expresando en el numeral dos que habiéndose visto de su contenido y recaudos que satisface los requisitos exigidos por la norma adjetiva, debido a que se adjuntó la resolución por la que

se dispone la medida cautelar de embargo en forma de retención a favor de la demandada con la finalidad de asegurar las pensiones futuras.

La demandada interpuso recurso de apelación contra el auto admisorio de la demanda, aduciendo agravio económico en tanto el demandante al interponer su acción debió dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 565-A del C.P.C, debiendo acreditar el pago de la pensión alimentaria en el proceso primigenio N°329-2008, cuyo conocimiento es del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Cajamarca.

Con resolución número tres, de fecha ocho de setiembre del año dos mil catorce, se concedió el recurso impugnatorio sin efecto suspensivo y sin calidad de diferida, en favor de la demandada. Posteriormente con fecha 30 de setiembre de 2014, se realizó la audiencia única de ley, donde se declaró la existencia de la relación procesal válida y consecuentemente saneado el proceso, no se llegó a un acuerdo conciliatorio y evacuados los alegatos se comunicó que la sentencia se dictará dentro del plazo de ley.

Mientras se emitía la sentencia correspondiente, el demandante con fecha 11 de diciembre de 2014, presentó escrito, adjuntando documental, haciendo presente al Juzgado que dentro del proceso de ejecución de conciliación se había expedido la resolución N°04, por la cual el Magistrado de segunda instancia (Tercer Juzgado de Familia) procedió a declarar nula la resolución N°38, a través de la cual se aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas por la suma de S/224 250.052 nuevos soles, ordenando al Juez de primera instancia

que emita nueva resolución recabando previamente los medios de prueba que fueron solicitados en el escrito de observación, a fin de coadyuvar a la solución del caso concreto, deduciéndose que existirían medios de prueba que acrediten el cumplimiento de la obligación alimentaria por el ahora demandante y mientras se dirima tal controversia en dichos momentos no se podría demostrar estar al día en el pago de la pensión alimenticia, por un tema netamente procesal.

Mediante resolución N° 11, de fecha veinticuatro de abril de dos mil quince, se emitió sentencia declarando fundada la demanda de exoneración de alimentos, por haber desaparecido en la demandada su estado de necesidad, donde además se determinó en el numeral dos, correspondiente al título de requisito especial de la demanda acumulada, que habiéndose solicitado al Juzgado de Paz Letrado de Cajamarca, la remisión de un informe documentado respecto a si en el proceso único de ejecución de acta de conciliación está o no determinado al existencia de deuda alguna por concepto de pensiones devengadas a favor de la hoy demandada, sin que el mismo fuera remitido, en tanto aún no está aún determinado la existencia de tales devengados en favor de la acreedora, por lo que no se puede exigir el cumplimiento del artículo 565-A del C.P.C , caso contrario atentaría contra su derecho fundamental constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.6.3.1. Análisis jurisprudencial de la tutela jurisdiccional efectiva, en su dimensión de acceso a la justicia

El acceso a la justicia es una de las garantías reconocidas a toda persona para el ejercicio o defensa de sus derechos con sujeción a un debido proceso. El

derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite a toda persona, en tanto sea sujeto de derecho exigir al Estado lo requisitos esenciales para solventar el proceso judicial.

Veamos unos pronunciamientos: El órgano jurisdiccional se halla obligado a dar curso a la demanda independientemente del resultado que se logra en la culminación de la misma, ello ha sido recogido en el expediente N° 782-97, Primera Sala Civil.

“Es Garantía de la administración de justicia el derecho de defensa del que nadie puede ser privado. Con la notificación judicial se cautela aquel derecho elevado a rango constitucional, observándose de ese modo el debido proceso” (Exp. N°1177-95, Quinta Sala Civil).

Otra de las sentencias ilustrativas que nos ayudan a la mejor comprensión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva la encontramos en la expedida el 3 de enero de 2003 en el proceso de inconstitucionalidad, seguido contra los Decretos Leyes N°2545, N°25708 y otros, contenidos en el expediente N°010.2002-AL/TC, donde en su numeral 10.1 señalan: nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho subjetivo constitucional a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. Un planteamiento contradictorio conllevaría a la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución.

Esta vez el Tribunal usa como sinónimos los conceptos de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acceso a la justicia, y los relaciona con el derecho a la protección jurisdiccional.

En el numeral 10.4, afirma que el artículo 8, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no a sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con ello las nociones de protección jurisdiccional de los derechos y acceso a la justicia.

En el expediente N°615-1999-AA/TC, se estableció que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos.

En el expediente N°1230-2002-HC/TC, caso Tineo Cabrera, se estableció que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, si bien puede decirse que detrás de la constitucionalización de proceso como el hábeas corpus, el amparo y otros, la Constitución Política del Estado ha reconocido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (Priori Posada, 2003, p. 74).

Otra sentencia del Tribunal Constitucional referida al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la expedida en el expediente N°010-2002-AL/C, el 03 de enero de 2003, afirmando en el numeral 10.4: el artículo 8, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y en consecuencia nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar un acto.

El artículo 565-A del C.P.C vulnera directamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante y obligado alimentista, en su nivel de acceso a la justicia, en razón que el requisito de encontrarse al día en el pago de la pensión para interponer demandas de reducción, variación, prorrateo y exoneración de alimentos, constituye una condición irracional y desproporcional que causa indefensión en la fase inicial del proceso, que no permite discutir en la fase central las diversas perspectivas de las partes a través de los medios que consideren convenientes.

Aunándonos a la teoría de Priori, que postula el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental, preponderamos el mismo como hegemónico respecto a otros, constituyendo una garantía material que conducirá a garantizar el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos.

En ese sentido la tutela jurisdiccional al incorporarse como derecho fundamental permite que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la define su respeto a los derechos fundamentales. En

consecuencia, las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso. En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales de cara a proteger los propios derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y militares y, hasta los procesos arbitrales, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; sino traspasar adecuadamente principios, institutos y elementos de la teoría general del proceso al derecho constitucional procesal en formación, adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución. En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales, se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales (Landa Arrollo, 2002, p. 446).

2.6.4. El artículo 565-A en el ordenamiento jurídico nacional

Bajo los supuestos que se han venido planteando durante el transcurso de la tesis, estamos en la condición de afirmar que este artículo no guarda coherencia normativa con el sistema nacional peruano.

En efecto, para empezar, en el propio ordenamiento civil se estipula que se puede solicitar disminución de alimentos cuando el obligado pierde solvencia económica; sin embargo, resulta siendo incongruente que para que acceda a ello

justamente porque carece de recursos, se le exija pagar previamente el total de lo que debe, no siendo razonable exigirle un todo cuando no puede solventar una parte. Igual razón para el caso del prorrateo de los alimentos cuya razón de ser se centra principalmente en la repartición del dinero del obligado entre sus tantas obligaciones las cuales se podrían ver perjudicadas por el solo capricho que en una de ellas se exija el cumplimiento de previo pago del total de la deuda alimenticia, de igual forma ocurre en la pretensión de variación, en donde se obstaculiza el cumplimiento en sí de la provisión de alimentos pero de otras formas como en especies u otros; apreciándose la misma sin razón para la exoneración en la que se pretende exigir el cumplimiento de un requisito que se convierte en imposible ya que pelagra la subsistencia del demandante.

Ahora bien, qué sucedería si eliminamos la exigencia de estar al día en el pago prescrita en el 565-A del C.P.C, es posible argumentar que el obligado ya no tendría excusas para incumplir con sus obligaciones alimentarias, teniendo efecto su razón de ser, la de brindar educación, vestido y todo lo que ellos involucran. Bajo este punto de vista se estaría protegiendo también al niño y al adolescente de forma eficaz, otorgándosele una pensión cierta y posible o echando mano de la normativa existente para su cumplimiento, según corresponda.

2.6.4.1. El test de ponderación como herramienta para superar las dudas de la prescripción contenida en el artículo 565-A del C.P.C

En las secciones anteriores se han expuesto tanto las posturas a favor como en contra de la regulación del artículo 565-A. además, en el marco teórico se han

expuesto los principales autores que definen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; así también se hizo notar que este artículo no está acorde con las prescripciones normativas del propio Código Civil.

Sin embargo, para que nuestro análisis sea más preciso, será necesario identificar cuál de las dimensiones que lo componen se encuentra afectada a los efectos de la tesis que se presenta; encontrando la de acceso a la justicia como vulnerada, debido a que el requisito cuestionado, evita que toda persona exija del Estado la prestación que le corresponde como parte de las atribuciones que se le reconoce por su sola condición de ser humano que tiene la necesidad de pedir tutela para la incoación de su proceso judicial de reducción, variación prorrateo o exoneración de alimentos.

El derecho de acceso a la justicia como derecho fundamental debe cumplir su rol objetivo, el cual debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados, en ese sentido el concepto adquiere una importancia capital y no sólo teórica, para las tareas del Estado; de ahí que cualquier poder del Estado tiene una obligación (negativa) de abstenerse de injerencias en el ámbito protegido por los derechos fundamentales, como también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo lo que sea necesario para la realización de los mismos (Hesse como se citó en Álvaro de Oliveira, 2008, p. 141).

Sin embargo; tenemos que en esta obligación positiva, la comisión del proyecto de ley que precede a la regulación del artículo 565-A del C.P.C, en el numeral

VI de su dictamen, hizo como referencia a los alimentos como derecho fundamental, ya que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se proclamó que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial, la alimentación, al igual que en las Naciones Unidas se estableció su acceso adecuado como un derecho individual y de responsabilidad colectiva, razón por la cual ponderaron su aplicación; encontrándonos por lo tanto ante la presencia de dos derechos fundamentales que estarían en aparente concurso.

Ante tal escenario y en aplicación de los objetivos planteados, se cree pertinente realizar una ponderación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su dimensión de acceso a la justicia del deudor alimentario y el derecho de alimentos del acreedor alimentario. Pero es bueno recordar lo que establece la doctrina analizada previamente, las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta, ya que uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, debido a que, en cada caso concreto, los principios tienen diferente peso donde prima el mayor.

En ese sentido nos remitidos a la famosa Ley de la Ponderación, la cual según Alexy consiste en llevar a cabo un juicio de proporcionalidad entre los derechos enfrentados que incluya la aplicación de los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; lo que también se conoce como el "Test Alemán de Proporcionalidad".

A. Juicio de adecuación o de idoneidad

El Tribunal Constitucional se refirió a este subprincipio así: “consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin” (expediente N° 00045-2004-PI/TC). Pues bien, veamos que el art. 565-A, establece que para interponer una demanda de reducción, variación, exoneración o prorrateo de alimentos es necesario estar al día en el pago de la pensión, deduciendo entonces que la medida busca proteger al alimentista para que reciba su pensión y así, de este modo se pueda garantizar su subsistencia. Visto así, la medida puede ser aceptada como idónea, pues se está protegiendo el derecho a la vida y a los alimentos del alimentista. Visto así, la medida ha superado el principio de idoneidad.

B. Juicio de necesidad

Lo que corresponde ahora es la identificación de medios hipotéticos alternativos que también pretendan darle solución al problema que se presenta, esto es el pago de la pensión alimenticia. Lo que se busca es analizar las otras propuestas para alcanzar la finalidad con el menor sacrificio posible de otros principios en juego. Entonces la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿de qué otro modo se puede garantizar el derecho a la alimentación de los acreedores a recibirlos? o en otras palabras, ¿existe la suficiente legislación que lo permita? La respuesta que tiene esta pregunta es afirmativa, y se la hará ver en el análisis de la siguiente variable de la hipótesis, la suficiencia legal, por lo que remitimos a esa parte la fundamentación que se presenta en la siguiente sección (3.2).

Lo que interesa hacer ver en este punto es que el juicio de ponderación ha sido resquebrajado, ya que se considera que el artículo 565-A, no supera el juicio de necesidad, entonces resulta siendo innecesario analizar al juicio de ponderación propiamente dicho, y de ahí que vulnere el derecho a la tutela jurisdiccional del demandante.

2.7. SUFICIENCIA NORMATIVA QUE GARANTIZA EL DERECHO DEL ACREEDOR ALIMENTARIO

Esta variable en realidad ya forma parte del test de ponderación, en donde se recurre a la necesidad de la medida. Fue en ese análisis en donde se estableció que la exigencia de pago contenida en el art 565-A del C.P.C. no resulta siendo significativa, y más bien vulneradora del derecho constitucional de acceso a la justicia, por cuanto existen mecanismos legales idóneos que permiten lograr el fin de cumplir con el pago los alimentos. Tales medios legales serán expuestos en seguida.

2.7.1. Medidas cautelares en el ámbito procesal civil

Las medidas cautelares recogidas en el C.P. C, sin duda son una herramienta viable para el acreedor alimentario, quien, puede solicitarlas antes o durante el proceso, a efectos de lograr asegurar el cumplimiento de su acreencia, siendo aplicables las de embargo, en todas sus formas, como la de depósito, inscripción, retención, intervención, recaudación, información, administración; así como la de secuestro.

En atención a que actualmente, nuestro ordenamiento jurídico, no hace exigible el patrocinio letrado en materia de alimentos, se tiene como consecuencia un efecto adverso en el sentido que la estrategia legal es precaria o casi nula, como para solicitar las medidas anotadas u optar tal vez por la ejecución anticipada y ejecución forzada de la sentencia judicial, por la que se puede exigir el cumplimiento de dicha prestación aunque exista apelación, ordenando el Juez abrir la cuenta de ahorros correspondiente a favor de la demandante para dicho fin, conforme se establece en el artículo 566° del C.P.C, sumado además al apercibimiento decretado en el siguiente dispositivo al ya mencionado.

La referida ejecución forzada, se ajustaría a las reglas de la ejecución de resoluciones judiciales, regulada en el dispositivo 716° del C.P.C, donde se prescribe que se conceden a solicitud de parte, medidas de ejecución con arreglo al Subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada; todo ello a efectos de dotar de mecanismos que permitan el pago del monto de la pensión de alimentos que ha sido asignada; lo cual a nuestro parecer resulta más factible e idóneo que promulgar normas como la que cuestiona la presente tesis, que terminan afectando derechos fundamentales.

Por otro lado es preciso mencionar que nuestra normativa procesal civil, en su dispositivo 675°, establece la figura de asignación anticipada de alimentos, la cual se permite de manera mensual y adelantada, y pasible de ser descontada del monto establecido en la sentencia definitiva y que, en el caso de menores con indubitable relación familiar, es otorgada incluso de oficio, lo que nos hace concluir que en definitiva se trata de una medida anticipatoria respecto a lo que se va a decidir en la sentencia, en pocas palabras se entiende que el obligado

estaría cancelando su futura pensión alimenticia; y si bien es cierto su naturaleza es diversa a la medida cautelar la cual no ostenta este carácter anticipado podría ejecutarse de manera conjunta, es decir se propone que el Juez de oficio disponga una asignación anticipada y para obtener dicho pago, ordene el embargo del deudor en cualquiera de sus formas; al parecer dicha propuesta podría sonar incongruente dada la naturaleza de las figuras, no obstante pasible de ejecutar y con un panorama prometedor, debido a que se lograría adelantar el pago de la pensión alimenticia con mayor accesibilidad.

Finalmente en el artículo 563° del C.P.C, se establece que a pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el Juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimenticia, aplicándose independientemente que se haya venido produciendo el cumplimiento de la citada asignación o pensión.

2.7.2. Inscripción en el registro de deudores

Pero no solo en el ámbito civil se pueden encontrar mecanismos que hacen innecesaria la exigencia del pago que se viene cuestionando, contamos con una serie de impedimentos en el ámbito administrativo que le son aplicables a todo deudor moroso, según se detallan a continuación.

Mediante Ley N° 28970, se reguló el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, en la cual se procederá a registrar la data del deudor conforme a lo estipulado en el artículo 3° de la citada normativa, no obstante ello no queda en

un simple registro, debido a que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, como órgano responsable, tendrá a su cargo la operatividad para la prestación de todos los servicios previstos por la Ley.

Es así que el responsable proporciona a la Superintendencia de Banca, seguros y administradoras privadas de fondos de pensiones, la lista actualizada de los deudores alimentarios morosos, a fin de que allí también se registre su deuda alimentaria en la central de riesgos de dicha Institución, lo que sin duda restringe su posibilidad de acceder a créditos si es que no prioriza su deuda alimentaria pendiente.

Sumado a ello las instituciones del Estado como el Ministerio de Trabajo y SUNARP, también coadyuvan en la labor al enviar mensualmente la lista de contratos de trabajo, así como la lista de transferencias de bienes inmuebles o muebles registrables, con el propósito de identificarlos e informar al órgano jurisdiccional correspondiente.

Finalmente, en el año 2017, la comisión del congreso aprobó el dictamen del Proyecto de Ley 1403-2016-CR, con el objeto de ampliar las restricciones ya existentes a los deudores alimentarios morosos que se encuentren registrados en el REDAM, siendo impedidos de renovar o actualizar los datos en su documento nacional de identidad, tampoco podrían solicitar la emisión, renovación o recategorización de su licencia de conducir, solicitar antecedentes penales, entre otros ya expuestos en el marco teórico de la presente; en ese sentido se sigue proponiendo normativa para los efectos del cumplimiento de la obligación alimentaria.

2.7.3. El proceso inmediato por la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar

Para proteger el pago de alimentos fijados en una pensión, como si no bastara con las alternativas de la vía civil y administrativa, el ordenamiento jurídico también ha previsto la posibilidad de recurrir a la vía penal. Pero eso no es todo, ya que incluso en dicha vía la más gravosa, se la debe canalizar vía proceso inmediato.

Los delitos de omisión de asistencia familiar al vulnerar las obligaciones civiles impuestas a quienes tienen familia y lesionan y/o ponen en peligro, la propia existencia y demás condiciones de vida de los alimentistas están basadas en deberes asistenciales cuya infracción es la base del reproche penal y son tramitados en nuestros días como proceso inmediato.

En efecto, una de las figuras que se instauraron para reforzar el cumplimiento de la obligación alimentaria impaga, la encontramos en la obligatoriedad que se impuso mediante el Decreto Legislativo N° 1194, para incoar proceso inmediato en los delitos de omisión a la asistencia familiar entre otros, dotando con ello de suficiencia normativa para lograr su ejecución, además de celeridad y simplificación procesal en los casos en los que no sea necesario mayores actos de investigación.

El delito de omisión a la asistencia familiar por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto

mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria, la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el no poder cumplir si no el no querer hacerlo; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo, pero son suficientes, vista la corrección del juicio civil y siempre que sea así, para estimar en clave de evidencia delictiva, y en principio, la omisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena;

Sin embargo el apartado uno del artículo 446° del Nuevo Código Procesal Penal, establece la obligatoriedad por parte del Ministerio Público de la interposición de la solicitud de incoación del proceso inmediato, claro está así debe entenderse cuando se presentan los presupuestos materiales de evidencia delictiva y de no complejidad.

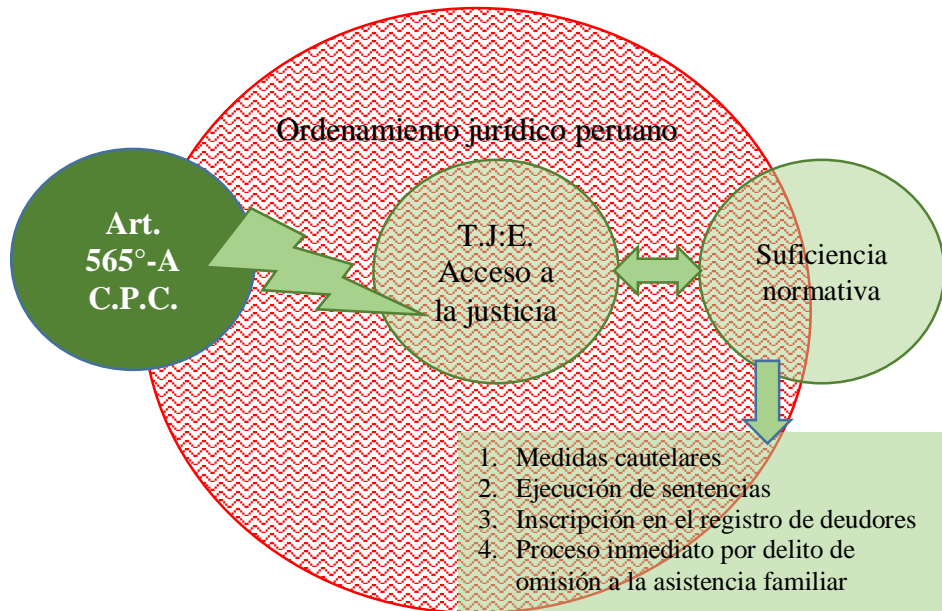
Es así que se puede lograr el pago de la pensión alimentaria impaga en un corto plazo, debido a que cuando los actuados son remitidos al Ministerio Público, este inmediatamente está obligado a dar inicio a la investigación, señalando como diligencias preliminares en su generalidad consisten en la toma de declaraciones del imputado, agraviada y de ser el caso la proposición del Principio de Oportunidad de corresponder, el cual de ser aceptado por las partes, daría ocasión a la suscripción del acta correspondiente y posterior emisión de la

Disposición de Abstención de la acción Penal con lo cual el caso se cerraría solo a nivel Fiscal.

No obstante; de no arribarse a dicho acuerdo ya sea porque alguna de las partes no asintió su aplicación o el imputado incumplió su pago, el Fiscal a cargo está obligado a incoar proceso inmediato ante el Juez, el cual fijará la audiencia respectiva, teniendo presente que el imputado aún puede llegar a una conclusión anticipada, a efectos de cumplir su prestación alimentaria impaga, lo que dota de aún más opciones para lograr el ansiado pago, haciendo uso de todos estos mecanismos otorgados aun en la etapa penal que se entiende es la última ratio y que se estiman suficientes, no siendo necesario al restricción de derechos fundamentales como el de acceso a la justicia.

2.8. Recapitulación de la tesis

Se ha creído conveniente elaborar un gráfico que permita sintetizar todo lo sostenido en la tesis, según se muestra:



Lo que hace ver el gráfico es que, dentro del ordenamiento jurídico peruano existe una disposición normativa, el Art. 565°-A del C.P.C, que rompe con la armonía y prescripción que lleva en sí la tutela jurisdiccional efectiva en su dimensión de acceso a la justicia, por cuanto su presencia no es necesaria, ya que existe suficiencia normativa que permitirá cumplir los fines que pretende dicho dispositivo; es decir, el pago de las pensiones alimentarias, las que se pueden lograr mediante medidas cautelares, ejecución de sentencia, inscripción del deudor en el REDAM e incluso recurriendo al proceso penal por la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

2.9. Exposición de motivos

En diciembre del año 2009, mediante Ley N° 29486, se modificó el C.P.C, estableciendo en su artículo 565-A, como requisito especial, para la admisión de la demanda de reducción, variación, prorrateo o exoneración de la pensión alimentaria, que el demandante obligado acredite encontrarse al día en el pago.

Así, textualmente prescribe:

Es requisito para la admisión de la demanda de reducción, variación, prorrateo o exoneración de pensión alimentaria que el demandante obligado a la prestación de alimentos acredite encontrarse al día en el pago de la pensión alimentaria.

Si bien es cierto, esta nueva disposición fue publicada; su pertenencia al ordenamiento nacional no fue unánime desde su inicio, habiendo tenido posiciones diversas al considerar que limita el derecho de acción, que en materia procesal civil, no admite restricción para su ejercicio conforme al artículo 3° del Código Procesal Civil.

Aún más, en diversos trabajos doctrinarios se estableció que dicha disposición vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el mismo que es irrestricto y más aún si en su dimensión de acceso a la justicia no se discute derecho de fondo, por tratarse de una exigencia meramente formal, no obstante se habría adoptado tal medida con la finalidad de optimizar el cumplimiento del pago de alimentos, encontrándose el Juez en mayores posibilidades de asegurar el resultado de un conflicto de intereses que beneficie al alimentista.

La propuesta de modificación no afectaría en absoluto el ordenamiento jurídico referido a la regulación de alimentos, sino todo lo contrario, lo armoniza, ello debido a que como se ha desarrollado, el artículo cuestionado más bien contradice la propia naturaleza de las pretensiones, ya que en el caso de la reducción de alimentos, se la requiere justamente por el la imposibilidad de cumplirla, siendo irónico obligar a cancelar la deuda primigenia, con lo cual no solo se atentaría al derecho del obligado sino que además se demostraría que este si puede cumplirla; situación similar ocurre con la variación la cual se solicita por motivos especiales que la justifiquen, y que de alguna permite la dación de alimentos de forma inmediata, impidiéndolos con este requisito, perdiendo dicha posibilidad junto con la que se adeuda;

Sucede lo mismo en el caso del prorrateo de alimentos, en tanto se le exige al deudor el pago de todas sus deudas alimentarias que se entiende responden a varios acreedores; finalmente para el caso de la exoneración es contraproducente que al obligado que no puede sostenerse así mismo se le condicione su derecho de solicitar su exoneración que al seguir sumándose se hace más imposible de pagar, poniendo no solo en riesgo a su persona si no al acreedor alimentario que tendría habilitado su derecho de solicitar alimentos a los llamados a prestarlos según el orden de prelación correspondiente.

Por lo expuesto, el requisito de admisibilidad de la demanda contenido en el artículo 565-A, del C.P.C, atenta contra la tutela jurisdiccional efectiva del obligado accionante; y en razón a la trascendencia que importan los derechos de esta parte de la relación alimentaría igual de importante que el alimentista, en

la medida que es de quien depende la provisión de los alimentos, es que se pretende su modificación, con el objetivo de uniformizar criterios, dotar de protección jurídica a todos los sujetos procesales ya que el acreedor se vería también beneficiado.

2.10. Efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional

Por lo manifestado; el efecto de la vigencia de la norma será la de restituir los derechos fundamentales de todos aquellos quienes soliciten tutela jurisdiccional efectiva para interponer sus demandas de reducción, variación, prorratio o exoneración de pensión alimentaria. Por lo que, queda sin efecto el requisito cuestionado para todos aquellos quienes hayan iniciado una demanda o vayan a realizarla.

2.11. Modelo de Proyecto de Ley

LEY Nº 30 ____

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 565-A DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 1. Derogación del artículo 565-A del Código Procesal Civil

Deróguese el artículo 565-A del Código Procesal Civil.

Artículo 2. Sobre los efectos del artículo 565-A del Código Procesal Civil

Quedan sin efecto el requisito establecido por el artículo 565-A del Código Procesal Civil.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la modificatoria del Código Procesal Civil por el Congreso de la República, insistiendo en su derogatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108° de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los ____ días del mes de _____ de dos mil _____.

NOMBRE

Presidente del Congreso de la República

NOMBRE

Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

CONCLUSIONES

1. Se logró determinar que los fundamentos jurídicos que permiten modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, que prescribe como requisito de admisibilidad en las pretensiones alimentarias, acreditar encontrarse al día en el pago de la pensión, son los siguientes: la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional del demandante en su dimensión de acceso a la justicia y la suficiencia normativa que garantiza el derecho del acreedor alimentario.
2. La actual regulación jurídica de la reducción, variación, prorrateo y exoneración de la pensión de alimentos en el Perú, permite que el deudor alimentario pueda solicitar alguna de estas alternativas previstas cuando considere que su situación económica ha cambiado. Sin embargo, puede verse obstaculizado por la exigencia de admisibilidad del artículo 565-A del Código Procesal Civil, que va en contra no solo del deudor alimentario sino con la naturaleza de las mismas pretensiones y del alimentista.
3. El acceso a la justicia viene a ser una de las principales manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva en el Perú, pues permite que se empiece a efectivizar este derecho fundamental, el cual se constituye como el más importante en el caso de variación, prorrateo y exoneración de la pensión de alimentos en el Perú, en donde se daría paso a discutir el derecho de fondo.

4. La doctrina y jurisprudencia sobre tutela jurisdiccional efectiva en el Perú, de forma unánime considera que su dimensión de acceso a la justicia es una de sus las principales manifestaciones y que no debería existir ningún requisito que impida ejercerla y más aún si es meramente formal.

5. El test de ponderación aplicable a los derechos del acreedor y deudor alimentario sobre la exigencia del artículo 565-A del Código Procesal Civil, muestra que si bien es cierto, resulta ser idónea por cuanto existe la protección del derecho fundamental de gozar de alimentos, no es necesaria, por existir suficiencia normativa que permite lograr el pago sin vulneración del derecho fundamental de acceso a la justicia del deudor.

6. La normativa jurídica que garantiza el derecho del acreedor alimentario, ante el incumplimiento del pago de su pensión es: la interposición de medidas cautelares, la ejecución de sentencia, la inscripción en el registro de deudores alimentarios morosos y el proceso inmediato por delito de omisión a la asistencia familiar.

RECOMENDACIONES

1. Modificar el artículo 565-A del Código Procesal Civil, en los términos de eliminar el requisito de admisibilidad que este prescribe; mientras ello no se realice los jueces haciendo uso del control difuso pueden no utilizarlo ya que se ha demostrado que tal prescripción deviene en inconstitucional, al vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del deudor alimentario.
2. Realizar estudios de carácter cuantitativo que nos permitan conocer cuántos de los jueces inaplica el artículo 565-A del Código Procesal Civil y bajo qué argumentos.

REFERENCIAS

- Accion de Inconstitucionalidad concreta, 00727-2012-02-AIC (Constitucional 11 de Mayo de 2012).
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, 56-70
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas. (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Álvaro de Oliveira, C. A. (2008). *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*. Lima: Comunitas.
- Barbero, D. (1967). *Sistema de Derecho Privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Beltran, P. (2009). "Aciertos y desaciertos del nuevo requisito para demandar la reducción de la pensión alimentaria". En: *La Ley N°25*. Gaceta Jurídica: Lima.
- Bernal Pulido, C. (1989). *Estructura y Límites de la Ponderación*. España: Espagrafic.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51-75. Recuperada de <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/viewFile/48220/29676>
- Cabanellas, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- Campos, G. B. (1960). *Regimen Legal y Jurisprudencia del amparo*. Buenos Aires: Ediar.
- Canales Torres, C. (2013). *Criterios en la Determinación de la pensión de alimentos en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

- Cappelletti, M. (1996). *El acceso a la Justicia. La tendencia mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Casación, 3065 (Corte Suprema del Perú 3 de junio de 1999).
- Celis Vásquez, A. M. (2013). Requisito especial en demanda del obligado a prestación de alimentos. La inconstitucionalidad de la Ley 29486, recuperado de <https://agendamagna.wordpress.com/2013/05/20/requisito-especial-en-demanda-del-obligado-a-prestacion-de-alimentos/>
- Chamorro Bernal, F. C. (1994). *La Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: Bosch.
- Claudia, C. T. (2013). *Criterios en la Determinación de la pensión de alimentos en la Jurisprudencia*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Gaceta Jurídica Editores.
- Enciclopedia Jurídica Omeba*. (1986). Buenos Aires: Driskill S.A.
- Enrico, T. L. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ejea.
- García, A. (1991). *Manual de Derecho Civil*. Barcelona.
- González Pérez, J. (1989). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Madrid: Civitas.
- Hechandía, H. D. (1993). *Compendio de Derecho Procesal*. Medellín: Dike.
- Jaen, M. E. (2017). Aplicación del artículo 565-A del Código Procesal Civil respecto a la Pretensión de Reducción de Alimentos y su Incidencia en la Tutela Judicial Efectiva. Cuzco, Cuzco, Lima.
- Lacruz Berdejo, L. C. (1990). *Elementos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.
- Landa Arroyo, C. L. (2012). *El Derecho al debido Proceso en la Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Tribunal Constitucional del Perú Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Diskcopy S.A.C.

- Lara, C. T. (2000). *El centro del Debate Constitucional en 1993* (Vol. omo II).
Lima, Perú: Congreso de la República.
- Lescano Calvo, I. (2017). *Deudores alimentarios no podrían renovar su DNI, pasaporte, ni licencia de conducir*. Recuperado de:
<https://legis.pe/deudores-alimentario-dni-pasaporte-licencia-conducir/>
- Manrique Urteaga, S. V. (2017). ¿Se vulnera el derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva con la exigencia establecida en el artículo 565°-A del Código Civil peruano? *Revista Quaestio Iuris* 5, 229-242.
- Messineo, F. (1955). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Chile: Ed. Jurídicas Europa América.
- Mirian, B. T. (Setiembre de 2015). Vulneración del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva del Deudor alimentario en la acción de Reducción de Alimentos por Aplicación del Artículo 565-A del Código Procesal Civil. Trujillo, Trujillo, Perú.
- Narvaez, M. L. (2011). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Narvaez, M. L. (s.f.). *Jurisprudencia actual, Tomo 4*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Padial Albás, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona.
- Pérez Ríos, C. A. (2010). Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. (Tes. doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos), Lima. Recuperada de
<http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/1480/;jsessionid=CCE3FDCA795902BD18E11FE15367F920?sequence=1>
- Picó i Junoy, J. (1997). *Las Garantías Cosntitucionales del Proceso*. Barcelona: Bosch.

- Priori Posada, G. F. (2003). La Efectiva Tutela Jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una Necesaria Rein vindicación de los Fines de Proceso. *Ius et veritas* 26, 273-292, Recuperada de <https://textos.pucp.edu.pe/pdf/4860.pdf>.
- Priori Posada, G. P. (2002). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Ara.
- Rocco, U. (1982). *Tratado de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Depalma.
- Rosatti, H. D. (1984). *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5*. Lima: PUCP.
- Ruiz Pérez, M. A. (2003) El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula. *Diario Oficial El Peruano, Estafeta Jurídica Virtual*. Lima.
- Vásquez, M. A. (20 de mayo de 2013). <https://agendamagna.wordpress.com/2013/05/20/requisito-especial-en-demanda-del-obligado-a-prestacion-de-alimentos/>. Obtenido de [rdpress.com/2013/05/20/requisito-especial-en-demanda-del-obligado-a-prestacion-de-alimentos/](https://agendamagna.wordpress.com/2013/05/20/requisito-especial-en-demanda-del-obligado-a-prestacion-de-alimentos/)
- Vescovi, E. (1987). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.
- Vilcachagua, P. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta.
- Zagrelesky, G. (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (trad. de M. Gascón). Trotta, Madrid.

ANEXOS

ANEXO I

GUÍA DE REGISTRO DE LA LEGISLACIÓN DE ALIMENTOS Y TUTELA JURISDICCIONAL

Código Civil del Perú		Código Procesal Civil del Perú	
Artículos	Definición	Artículos	Definición

ANEXO III

**GUÍA DE REGISTRO DE DOCTRINA A FAVOR Y EN CONTRA DE LA
REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 565-A DEL C.P.C**

Artículo 565-A del C.P.C Incorporado por Ley N° 29486, publicada el 23 diciembre 2009.	Autores a favor	Fundamento	Autores en contra	Fundamento	
Instituciones a favor	Fundamento	Instituciones En contra	Fundamento		