

# CODIGO CIVIL COMENTADO

POR LOS 100 MEJORES ESPECIALISTAS

**tomo II**

Derecho de Familia  
(Primera parte)



GACETA JURIDICA

# INDICE

Presione CTRL + Clic para dirigirse al Artículo que desee

1. [REGULACIÓN JURIDICA DE LA FAMILIA . ARTICULO 233º.](#)
2. [DEFINICIÓN DE MATRIMONIO E IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES. ARTICULO 234.](#)
3. [OBLIGACIONES DE LOS PADRES E IGUALDAD ENTRE LOS HIJOS. ARTICULO 235.](#)
4. [PARENTESCO CONSANGUINEO. ARTICULO 236.](#)
5. [PARENTESCO POR AFINIDAD. ARTICULO 237.](#)
6. [PARENTESCO POR ADOPCIÓN. ARTICULO 238.](#)
7. [PROMESA RECÍPROCA DE MATRIMONIO. ARTICULO 239.](#)
8. [EFFECTOS DE LA RUPTURA DE LA PROMESA RESPONSABILICIA. ARTICULO 240.](#)
9. [MATRIMONIO IMPEDIMENTOS. ARTICULO 241.](#)
10. [MATRIMONIO IMPEDIMENTOS. ARTICULO 242.](#)
11. [MATRIMONIO PROHIBICIONES. ARTICULO 243.](#)
12. [REQUISITOS PARA MATRIMONIO ENTRE MENORES DE EDAD. ARTICULO 244.](#)
13. [NEGATIVA DE ASENTIMIENTO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. ARTICULO 245.](#)
14. [RESOLUCIÓN JUDICIAL DENEGATORIA, ARTICULO 246.](#)
15. [MATRIMONIO DE MENORES SIN ASENTIMIENTO. ARTICULO 247.](#)
16. [FORMALIDADES Y REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO. ARTICULO 248.](#)
17. [DISPENSA JUDICIAL PARA LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS. ARTICULO 249.](#)
18. [AVISO MATRIMONIAL. ARTICULO 250.](#)
19. [AVISO POR DIVERSIDAD DE DOMICILIO. ARTICULO 251.](#)
20. [DISPENSA DE LA PUBLICACIÓN DEL AVISO MATRIMONIAL. ARTICULO 252.](#)
21. [OPOSICIÓN A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. ARTICULO 253.](#)
22. [OPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ARTICULO 254.](#)
23. [DENUNCIA DE IMPEDIMENTO MATRIMONIAL. ARTICULO 255.](#)
24. [COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO DE LA OPOSICIÓN. ARTICULO 256.](#)
25. [INDEMNIZACIÓN POR OPOSICIÓN INFUNDADA. ARTICULO 257.](#)
26. [DECLARACIÓN DE CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES. ARTICULO 258.](#)
27. [FORMALIDAD DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. ARTICULO 259.](#)
28. [DELEGACIÓN DE LA FACULTAD PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO. ARTICULO 260.](#)
29. [CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO EN MUNICIPIO DISTINTO. ARTICULO 261.](#)
30. [MATRIMONIO EN COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS. ARTICULO 262.](#)

31. [FACULTAD DEL JEFE DEL REGISTRO CIVIL PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO. ARTICULO 263.](#)
32. [MATRIMONIO POR REPRESENTACIÓN. ARTICULO 264.](#)
33. [CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO FUERA DE LA MUNICIPALIDAD. ARTICULO 265.](#)
34. [GRATUIDAD DE LAS DILIGENCIAS MATRIMONIALES. ARTICULO 266.](#)
35. [SANCIÓN POR INFRINGIR LA GRATUIDAD. ARTICULO 267.](#)
36. [MATRIMONIO POR INMINENTE PELIGRO DE MUERTE. ARTICULO 268.](#)
37. [PRUEBA DEL MATRIMONIO. ARTICULO 269.](#)
38. [PRUEBAS SUPLETORIAS DEL MATRIMONIO. ARTICULO 270.](#)
39. [LA SENTENCIA PENAL COMO PRUEBA DEL MATRIMONIO. ARTICULO 271.](#)
40. [POSESIÓN CONSTANTE DEL ESTADO DE CASADOS. ARTICULO 272.](#)
41. [DUDA SOBRE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. ARTICULO 273.](#)
42. [CAUSALES DE NULIDAD DEL MATRIMONIO. ARTICULO 274.](#)
43. [ACCIÓN DE NULIDAD. ARTICULO 275.](#)
44. [CARÁCTER INEXTINGUIBLE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD. ARTICULO 276.](#)
45. [CAUSALES DE ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO. ARTICULO 277.](#)
46. [CARÁCTER PERSONAL DE LAS ACCIONES DE NULIDAD Y ANULABILIDAD. ARTICULO 278.](#)
47. [ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS HEREDEROS. ARTICULO 279.](#)
48. [ACCIÓN DE INVALIDEZ POR REPRESENTACIÓN. ARTICULO 280.](#)
49. [PROCEDIMIENTO DE LA INVALIDEZ DEL MATRIMONIO. ARTICULO 281.](#)
50. [PATRIA POTESTAD EN CASO DE INVALIDEZ DE MATRIMONIO. ARTICULO 282.](#)
51. [INDEMNIZACIÓN POR INVALIDEZ DE MATRIMONIO. ARTICULO 283.](#)
52. [EFFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO INVALIDADO. ARTICULO 284.](#)
53. [EFFECTOS DE LA INVALIDEZ MATRIMONIAL FRENTE A TERCEROS. ARTICULO 285.](#)
54. [VALIDEZ DEL MATRIMONIO ILÍCITO. ARTICULO 286.](#)
55. [OBLIGACIONES COMUNES FRENTE A LOS HIJOS. ARTICULO 287.](#)
56. [DEBER DE FIDELIDAD Y ASISTENCIA. ARTICULO 288.](#)
57. [DEBER DE COHABITACIÓN. ARTICULO 289.](#)
58. [IGUALDAD EN EL GOBIERNO DEL HOGAR. ARTICULO 290.](#)
59. [OBLIGACIÓN DE SOSTENER A LA FAMILIA. ARTICULO 291.](#)
60. [REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. ARTICULO 292.](#)
61. [LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS CÓNYUGES. ARTICULO 293.](#)
62. [REPRESENTACIÓN UNILATERAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. ARTICULO 294.](#)
63. [ELECCIÓN Y FORMALIDADES DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL. ARTICULO 295.](#)

64. SUSTITUCIÓN VOLUNTARIA DE RÉGIMEN PATRIMONIAL. ARTICULO 296.
65. SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN POR DECISIÓN JUDICIAL. ARTICULO 297.
66. LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL. ARTICULO 298.
67. BIENES COMPRENDIDOS EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL. ARTICULO 299.
68. OBLIGACIÓN DE SOSTENER EL HOGAR BAJO CUALQUIER RÉGIMEN. ARTICULO 300.
69. BIENES QUE INTEGRAN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. ARTICULO 301.
70. BIENES PROPIOS. ARTICULO 303.
71. ADMINISTRACIÓN DE BIENES PROPIOS. ARTICULO 303.
72. RENUNCIA A HERENCIA, LEGADO O DONACIÓN. ARTICULO 304.
73. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL OTRO CÓNYUGE. ARTICULO 305.
74. FACULTAD DEL CÓNYUGE ADMINISTRADOR. ARTICULO 306.
75. DEUDAS CONTRAIDAS CON ANTERIORIDAD AL RÉGIMEN. ARTICULO 307.
76. DEUDAS PERSONALES DEL OTRO CÓNYUGE. ARTICULO 308.
77. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE UN CÓNYUGE. ARTICULO 309.
78. BIENES SOCIALES. ARTICULO 310.
79. REGLAS PARA LA CALIFICACIÓN DE LOS BIENES. ARTICULO 311.
80. CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES. ARTICULO 312.
81. ADMINISTRACIÓN COMÚN DEL PATRIMONIO SOCIAL. ARTICULO 313.
82. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES Y PROPIOS POR EL OTRO CÓNYUGE. ARTICULO 314.
83. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOCIALES. ARTICULO 315.
84. CARGAS DE LA SOCIEDAD. ARTICULO 316.
85. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS DE LA SOCIEDAD. ARTICULO 317.
86. FENECIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. ARTICULO 318.
87. FIN DE LA SOCIEDAD. ARTICULO 319.
88. INVENTARIO VALORIZADO DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD. ARTICULO 320.
89. BIENES EXCLUIDOS DEL MENAJE. ARTICULO 321.
90. PAGO PRIORITARIO DE DEUDAS. ARTICULO 322.
91. CONCEPTO Y DISTRIBUCIÓN DE LOS GANANCIALES. ARTICULO 323.
92. PÉRDIDA DE GANANCIALES POR SEPARACIÓN DE HECHO. ARTICULO 324.
93. LIQUIDACIÓN SIMULTÁNEA DE VARIAS SOCIEDADES DE GANANCIALES. ARTICULO 325.
94. EFFECTOS DE UNIONES DE HECHO. ARTICULO 326.
95. CARACTERES DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. ARTICULO 327.

96. DEUDAS PERSONALES. ARTICULO 328.
97. SUSTITUCIÓN JUDICIAL DEL RÉGIMEN. ARTICULO 329.
98. SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES POR DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA. ARTICULO 330.
99. FENECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. ARTICULO 331.
100. DEFINICIÓN DE SEPARACIÓN DE CUERPOS. ARTICULO 332.
101. CAUSALES DE SEPARACIÓN DE CUERPOS. ARTICULO 333.
102. TITULARES DE LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN. ARTICULO 334.
103. HECHO PROPIO. ARTICULO 335.
104. ACCIÓN FUNDADA EN ADULTERIO. ARTICULO 336.
105. APRECIACIÓN DE LAS CAUSALES. ARTICULO 337.
106. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR DELITO CONOCIDO. ARTICULO 338.
107. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. ARTICULO 339.
108. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. ARTICULO 340.
109. PROVIDENCIAS JUDICIALES EN BENEFICIO DE LOS HIJOS. ARTICULO 341.
110. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA. ARTICULO 342.
111. PÉRDIDA DE DERECHOS HEREDITARIOS. ARTICULO 343.
112. REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL. ARTICULO 344.
113. PATRIA POTESTAD POR SEPARACIÓN CONVENCIONAL. ARTICULO 345.
114. SEPARACIÓN DE HECHO E INDEMNIZACIÓN EN CASO DE PERJUICIO. ARTICULO 345-A.
115. EFFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN. ARTICULO 346.
116. SUSPENSIÓN DEL DEBER DE COHABITACIÓN. ARTICULO 347.
117. CONCEPTO DE DIVORCIO. ARTICULO 348.
118. CAUSALES DE DIVORCIO. ARTICULO 349.
119. EFFECTOS DEL DIVORCIO. ARTICULO 350.
120. REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL AL CÓNYUGE INOCENTE. ARTICULO 351.
121. PÉRDIDA DE GANANCIALES POR EL CÓNYUGE CULPABLE. ARTÍCULO 352.
122. PÉRDIDA DEL DERECHO HEREDITARIO. ARTICULO 353.
123. PLAZO DE Conversión. ARTICULO 354.
124. NORMAS APLICABLES AL DIVORCIO. ARTICULO 355.
125. RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES. ARTICULO 356.
126. VARIACIÓN DE LA DEMANDA DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN. ARTICULO 357.
127. FACULTAD PARA DECLARAR LA SEPARACIÓN Y NO EL DIVORCIO. ARTICULO 358.
128. CONSULTA DE LA SENTENCIA. ARTICULO 359.
129. SUBSISTENCIA DE LOS DEBERES RELIGIOSOS. ARTICULO 360.

130. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL. ARTICULO 361.
131. PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL. ARTICULO 362.
132. CONTESTACIÓN DE LA PATERNIDAD. ARTICULO 363.
133. PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN CONTESTATORIA. ARTICULO 364.
134. PROHIBICIÓN DE NEGAR AL HIJO POR NACER. ARTICULO 364.
135. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA. ARTICULO 366.
136. LEGITIMACIÓN DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA. ARTÍCULO 367.
137. ACCIÓN CONTESTATORIA POR LOS ASCENDIENTES DEL MARIDO INCAPAZ. ARTÍCULO 368.
138. DEMANDADOS EN LA ACCIÓN CONTESTATORIA. ARTICULO 369.
139. CARGA DE LA PRUEBA EN LA ACCIÓN CONTESTATORIA. ARTICULO 370.
140. CARGA DE LA PRUEBA EN LA ACCIÓN CONTESTATORIA. ARTICULO 370.
141. IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD. ARTICULO 371.
142. PLAZO PARA IMPUGNAR LA MATERNIDAD. ARTICULO 372.
143. ACCIÓN DE FILIACIÓN. ARTICULO 373.
144. TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE FILIACIÓN. ARTICULO 374.
145. MEDIOS PROBATORIOS DE LA FILIACIÓN. ARTICULO 375.
146. INIMPUGNABILIDAD DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL. ARTICULO 376.
147. DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN. ARTICULO 377.
148. REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN. ARTICULO 378.
149. TRÁMITE DE LA ADOPCIÓN. ARTICULO 379.
150. IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN. ARTICULO 380.
151. LA ADOPCIÓN COMO ACTO PURO. ARTICULO 381.
152. PROHIBICIÓN DE PLURALIDAD DE ADOPTANTES. ARTICULO 382.
153. ADOPCIÓN POR EL TUTOR O CURADOR. ARTICULO 383.
154. INVENTARIO DE LOS BIENES DEL ADOPTADO. ARTICULO 384.
155. CESE DE LA ADOPCIÓN A SOLICITUD DEL ADOPTADO. ARTICULO 385.
156. HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. ARTICULO 386.
157. PRUEBA DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. ARTICULO 387.
158. RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL. ARTICULO 388.
159. RECONOCIMIENTO POR LOS ABUELOS. ARTICULO 389.
160. FORMALIDADES DEL RECONOCIMIENTO. ARTICULO 390.
161. RECONOCIMIENTO EN EL REGISTRO DE NACIMIENTOS. ARTICULO 391.

162. CARÁCTER PERSONAL Y VOLUNTARIO DEL RECONOCIMIENTO. ARTICULO 392.
163. CAPACIDAD PARA RECONOCER. ARTICULO 393.
164. RECONOCIMIENTO DEL HIJO MUERTO. ARTICULO 394.
165. RECONOCIMIENTO COMO ACTO PURO E IRREVOCABLE. ARTÍCULO 395.
166. RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA. ARTICULO 396.
167. ASENTIMIENTO AL HIJO EXTRAMATRIMONIAL PARA VIVIR EN HOGAR CONYUGAL. ARTICULO 397.
168. DERECHOS SUCESORIO Y ALIMENTARIO POR RECONOCIMIENTO DEL HIJO MAYOR DE EDAD. ARTICULO 398.
169. IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO. ARTICULO 399.
170. PLAZO PARA NEGAR EL RECONOCIMIENTO. ARTICULO 400.
171. NEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO EN CASO DE CESE DE INCAPACIDAD. ARTICULO 401.

# **Sección Primera**

## **DISPOSICIONES GENERALES**

### **REGULACIÓN JURIDICA DE LA FAMILIA**

#### **ARTICULO 233º**

La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

#### **CONCORDANCIAS:**

C.	arts. 4, 5, 6
C.C.	art. 326
C.N.A.	art.8
C.P.	art. 139 y ss.
D.S. 038-86-SA	art.4/itc)

#### **Comentario**

***Alex Plácido Vilcachagua***

##### 1. La familia

No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.

a) Familia en sentido amplio (familia extendida). En el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que haya vida en común.

b) Familia en sentido restringido (familia nuclear). En el sentido más restringido, la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.



c) Familia en sentido intermedio (familia compuesta). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de la familia solo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta.

## 2. El Derecho de Familia

El Derecho de Familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan los vínculos jurídicos familiares. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad, integran el Derecho Civil.

En nuestro país, el Derecho de Familia está contenido básicamente en el Código Civil, aunque existen numerosas leyes complementarias que también lo integran. Si el Derecho de Familia es, en razón de la materia, parte del Derecho Civil, no es posible considerar que pertenece al Derecho Público, ya que las relaciones familiares no vinculan a los sujetos con el Estado como sujeto de Derecho Público. Se trata de relaciones entre las personas, derivadas de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

No varía esta conclusión el hecho de que numerosas relaciones familiares estén determinadas por normas de orden público.

El orden público, en el Derecho Privado, tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas. Por eso, sabido es, el orden público resulta de normas legales imperativas y no meramente supletorias. Esto no significa que las relaciones jurídicas dejen de ser de Derecho Privado por el hecho de que estén, en muchos casos, regidas por normas imperativas, es decir de orden público.

En el Derecho de Familia, el orden público domina numerosas disposiciones: así, las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno-filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta, del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades, sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden.

## 3. La ubicación legislativa del Derecho de Familia

Sobre este tema se debe precisar que se plantean dos cuestiones, de diferente índole e importancia, pero no necesariamente vinculadas, que se deben analizar conjuntamente: la de establecer si por su naturaleza el Derecho de Familia se ubica en el área del Derecho Privado, en la del Derecho Público, en una peculiar área intermedia entre ambos o en la de un nuevo derecho social; y, la de definir, en razón a ello, si debe ser regulado dentro del Código Civil o en un código independiente. Esta circunstancia nos permite intervenir en la polémica sobre la posición sistemática del Derecho de Familia, con el desarrollo de un breve esbozo sobre el tema.

Tradicionalmente se ha sostenido la naturaleza esencialmente privada de la familia y la consecuente inserción de su ordenamiento legal en el área del Derecho Civil. Así, se expone que el Derecho de Familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan los vínculos jurídicos familiares. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad, integran el Derecho Civil y, por tanto, forman parte del Derecho Privado.

En nuestro país, el Derecho de Familia está contenido básicamente en el Código Civil, aunque -como se aprecia de la presente compilación- existen numerosas leyes complementarias que también lo integran. Si el Derecho de Familia es, en razón de la materia, parte del Derecho Privado, no es posible considerar que pertenece al Derecho Público, ya que las relaciones familiares no vinculan a los sujetos con el Estado como sujeto de Derecho Público. Se trata de relaciones entre las personas, derivadas de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

No varía esta conclusión el hecho de que numerosas relaciones familiares estén determinadas por normas de orden público.

El orden público, en el Derecho Privado, tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas. Por eso, sabido es, el orden público resulta de normas legales imperativas y no meramente supletorias. Esto no significa que las relaciones jurídicas dejen de ser de Derecho Privado por el hecho de que estén, en muchos casos, regidas por normas imperativas, es decir de orden público.

En el Derecho de Familia, el orden público domina numerosas disposiciones: así, las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno-filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés-individual, egoísta, del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades, sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden. Ello provoca una mayor restricción de la autonomía privada que en otras ramas del Derecho Civil, por cuanto el carácter imperativo de las normas jurídicas del Derecho de Familia está destinado a satisfacer el interés familiar. Al efecto, las leyes imperativas establecen soluciones de aplicación inexorable, o bien prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas.

Como se ha indicado, el Derecho de Familia tradicionalmente forma parte del Derecho Civil. Sin embargo, la circunstancia de que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y numerosas cuestiones por él reguladas, han hecho que la doctrina dude acerca de si dicha ubicación es o no correcta.

1. Teoría según la cual es parte del Derecho Público. La tesis de que el Derecho de Familia es parte del Derecho Público ha sido sostenida por Jellinek. Ella se resume en el interés estatal en el cumplimiento por los particulares de sus derechos-deberes en las relaciones jurídicas del Derecho de Familia. A partir de ello, se sostiene que la organización de la familia ha tenido un incesante movimiento o tránsito, del orden doméstico al Derecho Privado, y de éste al público.

2. Teoría según la cual es una tercera rama del Derecho. Esta tesis, sostenida por Cicu, considera que el derecho de familia sería un tercer género distinto del Derecho Privado y del Derecho Público. Parte de una distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, según la cual en el primero el individuo se halla en una relación de subordinación con respecto al fin del derecho, en tanto que en el segundo está en una posición de libertad al mismo respecto; de allí extrae la conclusión de que en la relación jurídica de Derecho Privado los intereses tutelados son distintos y opuestos, mientras que en la de derecho público no es admisible un interés del individuo contrapuesto al del Estado, sino que solo hay un interés, el del Estado, exigencia superior que debe ser satisfecha. Con relación al Derecho de Familia, se entiende que tampoco tutela intereses individuales como autónomos, independientes, opuestos, sino que están subordinados a un interés superior a los intereses individuales, el interés familiar. De ahí que se vea en el Derecho de Familia relaciones jurídicas similares a las del Derecho Público, pero diferenciadas en que mientras en éste el interés superior que se tiende a salvaguardar es el del Estado, en aquél es el interés familiar.

Pero, en los últimos años de su vida Cicu rectificó su doctrina, en un artículo publicado en 1955 que estaba destinado a ser la introducción de la parte relativa al Derecho de Familia del tratado de derecho civil que dirigía juntamente con Messineo. Allí expresó que la ausencia del concepto clave del Derecho Público, la soberanía, distingue al Derecho de Familia del Derecho Público y lleva a considerarlo más bien como parte autónoma del Derecho Privado. En su nueva exposición, sostuvo que la naturaleza orgánica de las relaciones familiares pone a la persona en situación de dependencia respecto de un fin superior, con lo cual surge un estatus o posición, semejante a la del Derecho Público, que interesa tanto al Estado como a los individuos particulares y cuyo nacimiento puede depender de un hecho o de un acto jurídico, pero nunca de un contrato. Así, el Derecho de Familia no estaría regido por los principios que la doctrina elaboró como característicos del Derecho Privado, pues obedecería a principios diversos, derivados de una estructura de la relación jurídica análoga a la de las relaciones del Derecho Público, pero que no lo hace formar parte de éste. En la distinción entre Derechos Público y Privado, al Derecho de Familia se lo mantendría en la posición sistemática tradicional que lo hace integrar al segundo, mas sin ignorar la posición especial que presenta dentro de él, a causa de la particular estructura que ofrece la relación familiar, ni someterlo a principios propios del Derecho Privado, que le son extraños.

En el nuevo concepto de Cicu queda desechada, pues, la tesis de la tripartición del derecho -Público, de Familia y Privado-, para volver a la división bipartita,

con la sola diferencia, respecto de la concepción tradicional, de que el Derecho de Familia quedaría como una nueva rama del Derecho Privado desprendida del Derecho Civil.

3. Teoría según la cual forma parte del derecho social. Esta tesis, sostenida por Antoni, afirma una nueva división tripartita del Derecho: Derecho Público, Derecho Privado y derecho social. Explica que el derecho público tiene como sujeto al Estado, y hay en él una relación de subordinación y dependencia e interés de autoridad; hay un sujeto jerárquico y sujetos secundarios. El Derecho Privado, en cambio, tiene como sujeto a la persona o al Estado como particular, y su fuente normativa es la voluntad, que solo puede ser afectada por el orden público; no hay sujeto jerárquico, y las obligaciones y derechos nacen de aquella voluntad. Finalmente, en el derecho social el sujeto es la sociedad, representada por los distintos entes colectivos con los cuales opera; por la naturaleza de la relación se está frente a una reciprocidad, y cuando se ejerce un derecho se cumple con un deber y es recíproca la exigibilidad. Dentro de ese esquema, coloca al Derecho de Familia como rama del derecho social, junto con el Derecho del Trabajo y el de la seguridad social. De su posición extrae como consecuencia la inaplicabilidad al Derecho de Familia de los principios generales del Derecho Civil.

4. Teoría que atiende a la ubicación legislativa. Esta tesis, sostenida por Barroso, considera que el problema no tiene solución unitaria, ya que varía dentro de cada legislación y realidad nacionales. Considera que se ha hecho rama autónoma en los países comunistas, pero que en otros continúan formando parte del Derecho Civil; su desvinculación de éste sólo se daría si se contase con un código, procedimientos, tribunales y enseñanza especializada. Ha sido la tesis de Cicu la que mayor influencia ha tenido para construir con el Derecho de Familia una rama diferente del Derecho Privado o del Derecho Civil en particular. Cabe anotar que el mayor éxito doctrinal de la tripartición se dio en la época de auge del nazismo en Alemania y que la extracción de las normas del Derecho de Familia de los Códigos Civiles para formar códigos separados solo se había producido -hasta la sanción del Código de la Familia boliviano de 1972- en los países comunistas. En ese sentido, la idea de separar al Derecho de Familia como rama autónoma prosperó en los regímenes políticos que desconocieron la dignidad humana, y sirve de ancha base de sustentación a la intromisión del Estado en la vida privada.

No cabe duda de que el Derecho Civil no puede hoy ser concebido como el reducto de los derechos subjetivos que satisfacen solo intereses particulares sin consideración a la función social que dichos intereses cumplen y a la orientación finalista que debe presidir el ejercicio de tales derechos subjetivos. Por ello, es erróneo caracterizar al Derecho Privado como el reinado absoluto de la libertad de los particulares, pues existen numerosas normas que limitan esa libertad por razones de interés público. En ese sentido, en el Derecho Privado, el interés público se incorpora como categoría que condiciona al interés particular; mientras que el interés familiar puede ser distinto del interés individual de los integrantes del grupo familiar, pero no es independiente de modo tal que haya oposición entre intereses individuales y fines familiares. Siendo así, el Derecho de Familia integra el Derecho Civil, aun cuando el

contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer, en muchos casos, contenidos de orden público.

La observación a que el Derecho de Familia continúa siendo parte integrante del Derecho Civil no se relaciona necesariamente con la cuestión de si debe constituirse en la materia de un código independiente. Aquí debe destacarse que la necesidad o conveniencia de que en un solo volumen sean insertadas todas las normas que se refieren a la familia no exige forzosamente que con todas ellas, que son técnicamente de naturaleza diferente, se haga un solo código. En todo caso, la presente compilación cumple con ese objetivo.

Sin embargo, una nueva tendencia se viene introduciendo en nuestro medio que, sin cuestionar la naturaleza privada del Derecho de Familia, aprecian en él una rama autónoma del Derecho Privado desprendida del Derecho Civil; por lo que, a partir de considerar sus peculiaridades, complejidad, importancia o conveniencias prácticas, postula codificarlo por separado. El asunto, empero, tiene por el momento una trascendencia más bien académica o especulativa; por cuanto si bien el Derecho de Familia tiene particularidades que lo distinguen de las otras divisiones del Derecho Civil, no es menos cierto que también las demás divisiones las tienen. Además, las divisiones del Derecho son fundamentalmente didácticas, y todas sus ramas se hallan íntimamente interrelacionadas, sin constituir compartimientos estancos.

#### 4. Los caracteres peculiares del Derecho de Familia

El Derecho de Familia reviste caracteres peculiares que lo diferencian de las otras ramas del Derecho Civil. Son ellos, en especial:

- a) La influencia de las ideas morales y religiosas en la adopción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta, y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, lo que hace que su regulación sea un problema de política legislativa.
- b) La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, o bien de poderes-funciones.
- c) El rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos patrimoniales de dicha organización.
- d) La mayor restricción de la autonomía privada que en otras ramas del Derecho Civil, pues casi todas sus normas son imperativas. El carácter imperativo de las normas jurídicas del Derecho de Familia está destinado a satisfacer el interés familiar. Al efecto, las leyes imperativas establecen soluciones de aplicación inexorable, o bien prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas.

e) La participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

## 5. El artículo 233 del Código Civil

Siguiendo la corriente contemporánea de introducir en las Constituciones nacionales normas referentes a la familia, en la Constitución Política del Perú se contemplan los principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano y que son aludidos en el artículo 233 del Código Civil, cuando establece que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Sobre esta materia, los especialistas reducen a dos categorías las normas constitucionales; a saber: normas programáticas y normas autónomas. Las primeras son aquellas que proponen un postulado, requiriendo de una ley que lo desarrolle. Así, por ejemplo, el caso de la norma referida a las causas de separación y de disolución del matrimonio, contenida en el último párrafo del artículo 4 de la Constitución, que remite expresamente a una ley -el Código Civil-la regulación de las mismas. Las segundas son aquellas que pueden ser aplicadas inmediatamente, por no requerir un desarrollo legislativo. Así, por ejemplo, el caso del principio de igualdad de categorías de filiación (todos los hijos tienen iguales derechos y deberes), establecido en el tercer párrafo del artículo 6 de la Constitución.

Las normas programáticas consienten un desarrollo legislativo de acuerdo al criterio imperante en determinado momento y sustentarán cualquier reforma legislativa, por no sugerir limitación o restricción alguna en cuanto a la extensión del programa, que queda a la apreciación del legislador. Este tipo de normas admiten su referencia en la interpretación para identificar los alcances de la disposición legal.

Las normas autónomas permiten un desarrollo legislativo dentro de su propio contenido, del cual no se puede apartar el legislador. Una reforma legislativa demandará la previa reforma constitucional en cuanto a la norma autónoma que la propia Constitución contiene. Además, solo estas normas, que son de aplicación inmediata, autorizan interpretar el ordenamiento legal sea prefiriéndolas, cuando la disposición legal-de menor jerarquía-se contraponga a ella; o sea integrándolas, en caso de defecto o deficiencia legislativa.

Los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución Política del Perú son los siguientes:

a) El principio de protección de la familia: Sin contener una definición de la familia, pero señalando su concepción esencial y la base en que se apoya, en el artículo 4 se precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. De otra parte y toda vez que no se hace referencia expresa a determinada base de constitución, se evidencia que se protege a un solo tipo de familia, sin importar

que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. La familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho. .

b) El principio de promoción del matrimonio: A diferencia de lo dispuesto por la Constitución de 1979 que sentaba el principio como de protección del matrimonio, por lo que se sostenía que la familia que se protegía era la de base matrimonial, la Constitución actual ha precisado -en el segundo párrafo del artículo 4- que el principio es de promoción del matrimonio; lo cual confirma lo indicado respecto a que en el sistema constitucional la familia es una sola, sin considerar su origen legal o de hecho. Este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación; alcances que hemos sugerido incorporar en el texto del artículo 234 del Código Civil con el siguiente tenor: "La regulación jurídica del matrimonio tiende a favorecer su celebración y convalidación". Esta previsión determinará que se replanteen los capítulos referidos a la celebración y a la invalidez del matrimonio.

Este principio guarda relación con el de la forma del matrimonio, contenido también en el párrafo final del artículo 4, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciendo esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la ley.

De otra parte, debe distinguirse este principio del referido a las causas de separación y de disolución del matrimonio, tratado igualmente en el último párrafo del artículo 4, no pudiéndose sostener que la promoción del matrimonio trasciende en su indisolubilidad, toda vez que se expresa y reconoce la disolución del vínculo matrimonial por las causas que establezca la ley.

c) El principio de amparo de las uniones de hecho: Este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos -personales y patrimoniales- reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, se aprecia claramente cuando en el artículo 326 del Código Civil se señala que con la unión de hecho se persigue "alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio". Comprobándose, entonces, que no se ha adoptado la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio.

La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad. Con ello, no se aprueba ni fomenta la unión de hecho; pero tampoco, se desconsideran hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles. Surgiendo de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a

la institución; sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución.

Siendo así, la regulación jurídica de la unión de hecho debe tener por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndolo menos atractivo; lo que virtualmente fomentará el matrimonio. Por tanto, se justifica que excepcionalmente se reconozca a la unión de hecho como productora de determinados y exclusivos efectos personales y patrimoniales.

Por ello, hemos sugerido incorporar un párrafo principista en el texto del Código Civil en el que se precise que "la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, forma un hogar de hecho que produce los efectos que el ordenamiento jurídico reconoce".

Es en el aspecto personal, en donde la tesis de la apariencia al estado matrimonial demuestra su real aplicación. Se parte de considerar que en una unión de hecho la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio. Sin embargo y no produciendo los mismos efectos, el tratamiento y las consecuencias jurídicas de los deberes familiares emergentes de una unión de hecho son diferentes de los del matrimonio.

En el aspecto patrimonial la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. De ello se deduce, en primer lugar, que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, que ese régimen es uno de comunidad de bienes; y, por último, que a esa comunidad de bienes se le aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuera pertinente.

d) El principio de igualdad de categorías de filiación: Este principio significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

Pero para poder cumplir con los derechos y deberes que corresponden a los hijos, debe conocerse previamente quiénes son los padres. Existe, pues, una íntima relación entre el derecho del niño a conocer a sus padres y el de ser cuidado por ellos.

El principio de igualdad de categorías de filiación interesa fundamentalmente al idéntico tratamiento que hace la ley en punto al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que tienen su origen en la procreación humana. Por su parte, el derecho del niño a conocer a sus padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que se origina de la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. Por último, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres se centra en la idea de que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre que conviven, atiende mejor el interés de los hijos menores, que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquélla importa.

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-



SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BAOUEIRO, Edgar y BUEN ROSTRO, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. México DF, Harla, 1990; BECKER, Gary S. Tratado sobre la familia. Madrid, Alianza Editorial, 1987; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 2 Tomos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Buenos Aires, Ediar SA Editores, 1947; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DíEZPICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo ,. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; EspÍN CÁNOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Vol. IV. Familia. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982; FERNANDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Buenos Aires, Astrea, 2000; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco. Elementos de Derecho Civil, tomo IV Derecho de Familia. Barcelona, 1982; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; MALLoui, Max y MOMETHIANO, Eloy. Derecho de Familia. Lima, Ed. San Marcos, 2002; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. Manual de Derecho de Familia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; VEGA MERE, Yuri. Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Trujillo, Ed. Normas Legales, 2003; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## DEFINICIÓN DE MATRIMONIO E IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES

### ARTICULO 234

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

### CONCORDANCIAS:

C. arts. 2, inc. 2); 4

C.C. arts. 4, 287, 288, 290, 291, 292

### Comentario

**Walter Gutiérrez Camacho**  
**Alfonso Rebaza Gonzales**

El presente artículo define la institución del matrimonio. Esta opción del legislador es de particular importancia no solo por las implicancias que entraña y que se desarrollan en este comentario, sino porque nuestro ordenamiento constitucional conceptúa al matrimonio, junto con la familia, como un instituto fundamental de la sociedad.

Este dispositivo presenta las siguientes implicancias que desarrollamos a continuación:

#### 1. Finalidad de la unión matrimonial

Del texto de la norma bajo comentario se desprende que el matrimonio se contrae "a fin de hacer vida en común". Así, para Enneccerus, el matrimonio es "la unión de un hombre y una mujer reconocida por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida" (ENNECCERUS, p. 11). La presencia del objetivo del matrimonio de hacer vida en común es manifiesta.

A efectos de entender este aspecto del matrimonio, es preciso analizar su naturaleza jurídica. Este concepto ha tratado de ser explicado desde las siguientes perspectivas:

a) Tesis contractualista.- Esta posición puede ser enfocada, a su vez, desde tres perspectivas: la canónica, la civil tradicional y la del Derecho de Familia (PERALTA ANDÍA, p. 81).

El enfoque canónico considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido.

Por su parte, la perspectiva civil tradicional postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulte aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento. Cabe precisar al respecto que en nuestro Derecho Civil la nulidad y anulabilidad del matrimonio son reguladas por las causal es

específicas contenidas en los artículos 274 Y 277 del Código Civil, diferentes de las causales de nulidad y anulabilidad aplicables al común de los contratos. Finalmente, se postula que el matrimonio es un contrato, pero no un simple contrato, sino un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo.

b) Tesis institucionalista.- Desde esta perspectiva, el matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes deseen casarse. En efecto, "el matrimonio propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es, en fin, una institución" (SORDA, p. 40).

En efecto, si bien se acepta que el matrimonio tiene un origen consensual, por el cual se precisa el otorgamiento de la voluntad de los contrayentes, una vez otorgado el consentimiento, la voluntad deviene impotente y sus efectos se producen automáticamente (CORNEJO CHÁVEZ, p. 61).

c) Doctrina mixta.- Se sostiene, de acuerdo con esta teoría, que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. En suma, "mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución" (CORNEJO CHÁVEZ, p. 63).

Aun cuando el Código Civil no lo señale de manera expresa, queda meridianamente claro que esta última es la teoría que ha adoptado. En efecto, el carácter voluntario, consensual y bilateral del matrimonio en nuestro Código permite advertir la presencia de la corriente contractualista. La legalidad y la finalidad de hacer vida en común, por su parte, informan de la corriente institucionalista que nutre a esta institución.

Hecha esta precisión, el buen sentido indica que la finalidad de hacer vida en común inherente al matrimonio tiene su raíz en la corriente institucionalista que trata de explicar su naturaleza jurídica. En efecto, el objetivo de hacer vida en común se orienta al deber de cooperación y asistencia de los cónyuges, así como a la conformación de una familia. La finalidad del matrimonio, entonces, es no solo gozar de la vida conyugal, sino formar una alianza para soportar mejor los contratiempos de la vida.

Esta característica se encuentra estrechamente vinculada con la procreación. Para estos efectos, deben tenerse en cuenta los conceptos de paternidad responsable, a fin de controlar la natalidad, así como la posibilidad de acceder a la inseminación artificial que cuestiona desde un punto de vista ético la legitimidad de la manipulación genética (PERALTA ANDÍA, pp. 84 Y 85).

Asimismo, es preciso señalar que se trata de una finalidad preeminente, esto es, que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la posibilidad de contraer matrimonio con objetivos distintos. Cualquier propósito de la unión conyugal (procreación, economía, afición, cultura, aspectos sociales, etc.) queda necesariamente subsumido dentro de la finalidad de hacer vida en común.

## 2. El matrimonio como unión voluntariamente concertada

Este aspecto del matrimonio encuentra su justificación en la corriente contractualista que, como hemos anotado, constituye parte importante en la configuración de la naturaleza jurídica del matrimonio en nuestro ordenamiento.

El matrimonio, entonces, es un acto eminentemente consensual, en la medida en que requiere la concurrencia de voluntades de los futuros esposos. Dicho consentimiento debe recaer sobre un proyecto de vida en común y se presta mediante el cumplimiento de las formalidades. Se trata además de un consentimiento que es acogido y correspondido por el otro contrayente, formándose de este modo el concierto a que se refiere el texto del artículo bajo comentario.

Cabe mencionar que el aspecto consensual del matrimonio debe ser entendido de manera conjunta con el carácter legal que le es inherente. En efecto, dentro de los requisitos de ley, se establece que el matrimonio es un acto eminentemente formal. Así, para DíEZ-PICAZQ la celebración del matrimonio no puede escapar de la formalidad, estableciéndose que se trata de "la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia" (resaltado agregado) (DíEZ-PICAZQ, p. 63).

Se trata, en suma, de un acto que si bien es consensual en su conformación, no puede soslayar los elementos formales para su validez. Nuevamente se pone de manifiesto la dualidad de contrato e institución propios de la naturaleza del matrimonio.

## 3. Heterosexualidad y uniones homoafectivas

Del texto de la norma bajo análisis se desprende que el matrimonio es un acto eminentemente heterosexual. Así lo prescribe el Código Civil al señalar de modo expreso que la unión debe ser entre varón y mujer. Queda proscrita entonces la posibilidad de uniones grupales u homosexuales. Este último aspecto es tratado con mayor amplitud más adelante.

De otro lado, aun cuando el artículo bajo comentario no prohíbe de manera expresa las uniones poligámicas (referidas a la unión de un solo hombre con varias mujeres) ni las uniones poliándricas (referidas a la unión de una sola mujer con varios hombres); esta posibilidad debe entenderse desechada. En efecto, del texto del artículo bajo comentario se desprende que el matrimonio es la unión entre "un varón y una mujer". El carácter heterosexual y monogámico del matrimonio es manifiesto.

En adición a lo expuesto, cabe tener en cuenta que la regulación del matrimonio y la familia en nuestra legislación apunta a la constitución de hogares monogámicos. Así, por ejemplo, la regulación de la patria potestad adopta como presupuesto la presencia de un padre y una madre. Lo propio ocurre con la sociedad de gananciales y la disolución del vínculo matrimonial, entre otros. Queda claro, entonces, que el matrimonio, tal y como ha sido

definido por nuestra legislación, detenta un carácter eminentemente heterosexual y monogámico.

Conforme hemos adelantado, el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra prohibido en nuestro país. Así lo dispone tanto el propio artículo 234 del Código Civil, como el artículo 5 de la Constitución de 1993.

No obstante, se ha argumentado a favor de este tipo de uniones (RODRÍGUEZ ITURRI, p. 64) sobre la base del derecho constitucional a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución de 1993. De acuerdo con este criterio, se estaría atentando contra el principio de igualdad al admitir que una pareja heterosexual puede contraer matrimonio y, no obstante, se niega esta posibilidad a una pareja homosexual. Este derecho se ve complementado por la prohibición de discriminación por cualquier índole, supuesto dentro del cual se encuentra la prohibición de discriminar por la opción sexual.

Sobre esta base, se ha esbozado la tesis de que las parejas homosexuales deberían ser reconocidas por el ordenamiento legal, no bajo la figura de matrimonio, sino mediante un régimen semejante, que regule los deberes y obligaciones de la pareja, el régimen patrimonial y demás aspectos. Si bien las uniones homoafectivas no son idénticas al matrimonio, presentan rasgos muy similares, lo cual justificaría que merezcan un tratamiento semejante cuando menos en lo referente al aspecto patrimonial y al régimen de deberes y obligaciones de la pareja (MEDINA, p. 86).

En el caso peruano, esta propuesta estaría referida a la posibilidad de admitir la unión de hecho o concubinato entre personas del mismo sexo.

En la legislación comparada, destaca el Pacto Civil de Solidaridad (PACS) del Derecho francés, incorporado al Código Civil de ese país mediante Ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999. Esta norma establece un régimen de relaciones entre parejas homosexuales que deben cumplir ciertas condiciones de forma (declaración, registro, publicidad) y de fondo (mayoría, no parentesco, libertad de otro compromiso), con el propósito de formar una unión estable, con residencia compartida, que se compromete a la ayuda mutua y material con la finalidad de organizar vida en común. No obstante, la legislación francesa ha sido explícita en señalar que el PACS no es un casamiento, sino un contrato (THIERIET, pp. 172-178).

Cabe precisar, respecto a este último aspecto, que el tratamiento contractual de las uniones homoafectivas en el Derecho francés es posible dado que el Derecho Civil de ese país admite la posibilidad de que los contratos sean fuente de relaciones jurídicas extrapatrimoniales. Esta posibilidad ha sido desechada por el Derecho peruano, según el cual los contratos solo pueden generar relaciones jurídicas patrimoniales. Este temperamento determina que aun cuando las uniones homoafectivas estuvieran permitidas en nuestra legislación, éstas no podrían recibir la categoría de contratos, como ocurre en el Derecho francés.

Un ejemplo semejante al descrito lo constituye la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña, Ley 10/1998, vigente a partir del 24 de octubre de 1998 que reconoce efectos jurídicos a las parejas de hecho en general, heterosexuales y homosexuales (MOLINER, p. 143).

Por su parte, el ordenamiento argentino recientemente ha admitido las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio del avance que ello significa en el ordenamiento de una nación, cabe destacar que con anterioridad a este reconocimiento, la jurisprudencia argentina había desarrollado criterios que permitían reconocer algunos derechos a las parejas homosexuales.

Así, en el caso de un hombre que mantuvo una relación homosexual estable y que solicitó que se certifique su condición de concubino para obtener, a través de tal declaración, los beneficios que le confiere la Obra Social del Ministerio de Economía, en el cual prestaba funciones su pareja; mediante fallo del Juzgado Civil, Comercial y Minas N° 10 de Mendoza en 1998, el órgano jurisdiccional argentino tuvo por acreditada la calidad de convivientes de los solicitantes, constituyendo una pareja sexual con los caracteres de notoriedad, singularidad y permanencia por más de cuatro años, otorgándose uno a otro ostensible trato familiar (MEDINA, p. 90).

Entre nosotros, RODRÍGUEZ ITURRI se ha pronunciado en sentido contrario a la posibilidad de admitir el matrimonio homoafectivo sobre la base de que este tipo de uniones "no son biológicamente aptas para incorporar la complementariedad corporal y espiritual de los sexos, y ni pueden estar abiertas a la vida ni aportan a la sociedad la especial eficacia que justifica la regulación del matrimonio y su protección" (RODRÍGUEZ ITURRI, p. 65).

El autor citado continúa señalando que nada impide a los homosexuales celebrar pactos -sin necesidad que se asemejen al matrimonio- que establezcan la obligación de compartir bienes y ganancias y derechos sucesorios; asimismo, las relaciones homosexuales no aportan la posibilidad de constituir una familia ordenada; finalmente, el autor concluye señalando que "los niños que creciesen al amparo de una pareja homosexual se verían privados del valor correcto de lo psicológico, de lo pedagógico y socializador que supone la complementariedad natural de los sexos, viéndose sometidos a un experimento psicológico grave y de consecuencias imprevisibles para su desarrollo personal" (RODRÍGUEZ ITURRI, p. 66).

Sobre esta base, la prohibición del matrimonio homosexual no solo no constituiría una conducta discriminatoria ni inconstitucional, sino que además sería justa, por cuanto es de justicia dar a cada cual lo que le corresponde. En este sentido, "si a las relaciones homosexuales se les otorgase el estatuto matrimonial se les estaría dando lo que es de otro -del matrimonio- y se cometería una injusticia; lo mismo sucedería si se las protegiese como al matrimonio, pues no pueden aportar a la sociedad lo que aquel aporta: el ámbito idóneo para la sustitución generacional, así como las seguridades psicológicas y espirituales que sí ofrece un matrimonio regular y estable" (RODRÍGUEZ ITURRI, p. 66).

#### 4. La igualdad conyugal

El segundo párrafo del artículo bajo análisis hace referencia al principio de igualdad conyugal. La igualdad entre los esposos tiene como antecedente inmediato el artículo 2 de la Constitución de 1979. Este precepto ha sido recogido por la Constitución vigente en su artículo 2, inciso 2.

El principio de la igualdad de cónyuges tiene su base en la naturaleza de la alianza entre iguales que constituye el matrimonio, en la que no caben subordinaciones por razón de sexo. En efecto, el matrimonio no es una carrera por el poder, sino un esfuerzo común por amar y servir al cónyuge y a los hijos (RODRIGUEZ ITURRI, p. 68).

No obstante el carácter de dogma que ha adquirido este principio, la igualdad entre los esposos podría generar problemas de anarquía doméstica conforme han destacado PLANIOL y RIPERT (citados por ECHECOPAR, p. 12), quienes afirman que "en la sociedad conyugal, como en toda sociedad, es necesario que haya una unidad de dirección. Sin duda es deseable que esta unidad se realice por un acuerdo completo entre los dos esposos en las cuestiones que haya que decidir. Pero, por muy perfecta que sea su unión, pueden subsistir diferencias de opinión y conviene que una de ellas tenga la preponderancia. El error que ha determinado la reacción feminista ha sido considerar esta autoridad como una prerrogativa ejercida por el marido en su propio interés, cuando las razones que la justifican hacen de ella una función que el marido debe cumplir en bien de la familia".

Las razones expuestas no dejan de ser valederas; no obstante, consideramos que la preponderancia en el manejo del hogar no es materia que deba ser solucionada mediante dispositivos jurídicos, sino que debe dejarse a la voluntad y capacidad de negociación de los esposos.

#### **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Perrot. Buenos Aires, 1988; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo 1. Gaceta Jurídica, Lima, 1998; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. 7g edición. Tecnos S.A. Madrid, 1995; ECHECOPAR, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Gaceta Jurídica. Lima, 1999; ENNECCERUS, Ludwig et. al. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. Volumen 1. 2g edición. Bosch. Barcelona, 1979; PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil. 2g edición. Idemsa. Lima, 1996; PLÁCIDO, Alex. Manual de Derecho de Familia, Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLÁCI DO, Alex. Divorcio. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. El derecho a amar y el derecho a morir. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997; THIERIET, Aurelio. Pacto civil de solidaridad (PACS) en el Derecho Civil francés; MEDINA, Graciela. Uniones de hecho homosexuales frente al Derecho argentino; MOLINER NAVARRO, Rosa María. Las uniones de homosexuales en el Derecho español. En: Revista de Derecho Comparado N114. RubinzalCulzoni Editores. Buenos Aires, 2001.

## **JURISPRUDENCIA**

"El matrimonio es la unión de un varón y una mujer en forma voluntaria y estando legalmente aptos para ello, que se haya formalizado con sujeción a las disposiciones contenidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que en caso de incumplimiento de las mismas es sancionado este acto jurídico con nulidad"

Exp. N° 93-98, Resolución del 1/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

"El matrimonio constituye un acto jurídico sui géneris, que origina deberes y derechos de contenido patrimonial, y los actos jurídicos que muchas veces celebran mantienen tal dualidad, que es componente esencial del Derecho de Familia. Por lo tanto, no es procedente aplicar a un acto de estas características, como es el caso de la separación de patrimonios, las normas generales de contratación que tienen contenido eminentemente patrimonial".

(Cas. N° 837-97. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo 1, p. 123).

"El matrimonio es la forma legal de constituir una familia y consiste en la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil con la finalidad de hacer vida en común".

(Cas. N° 3109-98. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo " p. 123).



## OBLIGACIONES DE LOS PADRES E IGUALDAD ENTRE LOS HIJOS

### ARTICULO 235

Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.  
Todos los hijos tienen iguales derechos.

### CONCORDANCIAS:

C. arto 6  
C.C. arts. 418, 422, 423  
C.N.A.arts.8, 14 Y ss.

### Comentario

**Marisol Fernández Revoredo**  
**Oiga Alcántara Francia**

En primer lugar este artículo enuncia un conjunto de obligaciones de padres a hijos que tienen directa relación con el derecho alimentario (sostenimiento y educación) y con un deber moral inherente a la condición de padre o madre (protección y sostenimiento). El incumplimiento de estos deberes tiene consecuencias en el ejercicio de la patria potestad, la cual, según sea el caso, puede quedar suspendida o inclusive llegar a perderse.

Así, de acuerdo con lo enunciado en el artículo 462 del Código Civil, la patria potestad se pierde por abandono del hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono excede dicho plazo. Asimismo, el artículo 463 consigna diversos casos en virtud de los cuales los padres pueden ser privados de la patria potestad, tales como dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos; por tratarlos con dureza excesiva o por negarse a prestarles alimentos.

Igualmente, el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes se refiere también a estos casos -aunque como supuestos de suspensión-, señalando que la patria potestad se suspende por dar a los hijos órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; por maltratarlos física o mentalmente; por negarse a prestarles alimentos, entre otros. Cabe agregar que el artículo 77 de dicho Código prescribe que la reincidencia en las causales antes señaladas trae consigo la extinción o pérdida de la patria potestad.

Está claro que el incurrir de los padres en alguno o algunos de los supuestos antes señalados supone una evidente contradicción con los fines que proclama el primer párrafo del artículo 235 bajo comentario, norma que guarda armonía con el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la cual expone que: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en

forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

Por otra parte, en relación al segundo párrafo del artículo 235, consideramos particularmente relevante el enunciado de igualdad en el reconocimiento de derechos de los hijos. En realidad la norma no está sino recogiendo en la ley el precepto constitucional contenido en el artículo 6 de la Carta de 1993, que declara que todos los hijos tienen iguales derechos.

Hay que destacar que una de las más importantes líneas de evolución que ha tenido el tratamiento de la organización familiar ha sido la de replantear las relaciones a su interior, en términos de una igualdad de trato. En efecto, una de las características que tuvo nuestra regulación sobre la familia fue la jerarquización de las relaciones entre sus miembros. De un lado, la potestad marital ubicaba al varón -esposo y padre- como la cabeza de la familia, lo que suponía un estatus inferior para la mujer y los hijos. De igual modo, tuvimos por muchos años en nuestro ordenamiento una odiosa diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, lo que suponía no solo una etiqueta distinta sino un trato desigual en el otorgamiento de derechos.

La igualdad enunciada en la disposición materia de comentario, proscribía un trato desigual a los hijos. En consecuencia, la denominación de hijo matrimonial y extramatrimonial que encontramos en nuestra actual legislación, debe apuntar solo a organizar las reglas de la filiación sobre la base de la existencia o no de vínculo matrimonial -entre los padres y no a diferenciar en el otorgamiento de derechos a los hijos.

Cabe resaltar que la condición de hijo no solo se determina a partir de una verdad biológica sino que es fundamental el reconocimiento por parte de sus progenitores. Solo ello podrá permitir a un hijo gozar de todos sus derechos. Ahora bien, cuando tal reconocimiento no se efectúa por el padre, el hijo de una mujer casada está protegido por la presunción *pater is*, según la cual "el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido" (artículo 361 del Código Civil).

El problema se presenta, entonces, con los hijos de mujeres solteras, quienes para ejercer derechos respecto de sus progenitores, tendrán que activar los mecanismos previstos en el marco de las normas sobre filiación extramatrimonial, teniendo así una posición muy precaria.

A nuestro juicio, resulta una tarea urgente hacer una revisión de la normatividad en materia de filiación, uniones de hecho y alimentos, con el propósito de buscar una mayor protección de los hijos nacidos de uniones no matrimoniales, con el propósito de que la igualdad entre todos los hijos no quede como una mera declaración.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BAOUEIRO, Edgar y BUEN ROSTRO, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. México DF, Harla, 1990; BECKER, Gary S. Tratado sobre la familia. Madrid, Alianza Editorial, 1987; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 2 Tomos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Buenos Aires, Ediar SA Editores, 1947; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DíEZPICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; EspÍN CÁNOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Vol. IV. Familia. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Buenos Aires, Astrea, 2000; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco. Elementos de Derecho Civil, tomo IV Derecho de Familia. Barcelona, 1982; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; MALLOUI, Max y MOMETHIANO, Eloy. Derecho de Familia. Lima, Ed. San Marcos, 2002; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. Manual de Derecho de Familia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; VEGA MERE, Yuri. Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Trujillo, Ed. Normas Legales, 2003; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"La patria potestad, como dirigida ante todo al auxilio, protección, vigilancia y representación de los hijos menores de edad, forma una red o constelación de facultades y deberes íntimamente unidos que, lejos de dar ocasión para que se destaquen las atribuciones del padre bajo la modalidad de derechos

subjetivos,... no puede servir de apoyo para legitimar situaciones anormales que ni siquiera quedarían cubiertas por la explícita manifestación del padre de familia ansioso de exonerarse de los deberes que la patria potestad le impone". (Diez-Picaza, Luis, Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, Volumen III, p. 133)

## PARENTESCO CONSANGUINEO

### ARTICULO 236

El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts, 215, 242, 274 incs. 4), S) Y 6), 377,478, 506, 626, 688, 704, 705 inc. 7), 816, 817, 1366, 1367
C.P.C.	arts.229, 827
LEY 26887	art.179

### Comentario

**Marisol Fernández Revoredo**  
**Olga Alcántara Francia**

En términos generales, el parentesco puede definirse como la relación que existe entre las personas que integran una familia (AMEZQUITA DE ALMEIDA). En otros términos, aunque en conceptualización restringida, puede considerársele también como "el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco" (artículo 345 del Código Civil argentino).

Cabe señalar que la relación familiar entre dos o más personas puede tener su origen en la naturaleza, en la ley y en la religión. El Derecho concede un valor especial a las relaciones conyugales y filiales, a través de los efectos jurídicos que les atribuye en diversos campos.

Así pues, familia y parentesco son categorías que dependen una de otra. Como dice Spota, citado por Zannoni, "familia y parentesco no son dos conceptos que deban separarse: los unidos entre sí por el nexo del parentesco (y desde luego, por el vínculo conyugal) constituyen la familia" (ZANNONI).

En la doctrina podemos encontrar la siguiente clasificación del parentesco:

- a) Por consanguinidad, que entraña un vínculo de sangre.
- b) Por afinidad, que vincula a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro.
- c) Legal, es decir, la adopción, y

d) Espiritual, cuyo origen se halla en el Derecho Canónico y alude a la relación padrino-ahijado que se define para efectos de un sacramento. Éste no tiene efectos jurídicos.

El artículo 236 aborda el parentesco consanguíneo, lo define y concretiza a través de las ideas de tronco, grado y línea. En ese sentido, este tipo de parentesco puede definirse como la relación de familia que existe entre personas que descienden de un tronco común, es decir, que hay entre ellas un vínculo de sangre.

Al respecto, la doctrina señala que se denomina tronco "a la persona a quien reconocen como ascendiente común las personas de cuyo parentesco se trata" (CORNEJO). Por ejemplo, el padre o la madre es el tronco respecto de sus hijos.

La línea "es la sucesión ordenada y completa de personas que proceden de un mismo tronco. Puede ser recta, cuando se forma con personas que descienden unas de otras; y colateral cuando se trata de personas que sin descender unas de otras unen sus respectivas líneas rectas en un ascendiente común. La primera tiene dos ramas: la ascendiente, si se toma como punto de partida una persona con relación a sus antecesores; y la descendiente, cuando una persona sirve de referencia respecto de sus sucesores". V, finalmente, el grado "es la distancia, tránsito o intermedio entre dos parientes" (CORNEJO), o "el vínculo entre dos individuos de generación sucesiva" (BORDA).

El parentesco consanguíneo solo lo conforman personas venerantes y personas engendradas (AMEZQUITA DE ALMEIDA). Ésta es la línea recta o directa. Cuando en esta línea se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, se llama descendiente, y cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco, se llama ascendiente.

Línea ascendente	{	Tatarabuelo -	4to. grado
		Bisabuelo -	3er. grado
		Abuelo -	2do. grado
		Padre -	1 er. grado
Línea descendente	{	Hijo -	1 er. grado
		Nieto -	2do. grado
		Bisnieto -	3er. grado
		Tataranieto -	4to. grado

La línea colateral, transversal u oblicua es la formada por personas que, aunque no procedan unas de otras, sí descienden de un tronco común. La línea paterna comprende los parientes por parte del padre, y la materna, los parientes por parte de la madre. El parentesco civil o legal es el que resulta de la adopción, y no pasa del adoptante y del adoptado. La distancia o proximidad entre las personas unidas por el parentesco se obtiene mediante los grados que establece la ley. En la línea directa, constituye un grado cada generación, en la colateral se cuentan los grados por el número de generaciones desde uno de los parientes hasta la raíz común, y luego partiendo de ésta, hasta encontrar el Otro pariente (AMEZQUITA DE ALMEIDA).

Este sistema para contar el parentesco colateral se diferencia del canónico, pues para este último, si ambas ramas son iguales, existen tantos grados cuantas generaciones haya en una de las ramas; si las dos ramas son desiguales, existen tantos grados cuantas generaciones en la rama más larga. Por consiguiente, tío y sobrino resultan ser colaterales en segundo grado; los primos hermanos también resultan serlo en igual grado (BORDA). A pesar de que el parentesco puede ser indefinido, la ley limita los efectos jurídicos (del parentesco colateral) y casi nunca los extiende más allá del cuarto grado de consanguinidad.

En cuanto a los efectos civiles que produce el parentesco consanguíneo, son particularmente relevantes las implicancias en el campo de los impedimentos para contraer matrimonio, la invalidez del mismo, así como la vocación hereditaria en el campo sucesorio y, desde luego, la obligación de suministrar alimentos.

El parentesco por consanguinidad se distingue claramente del parentesco por afinidad regulado por el artículo 237 del Código Civil, que es aquel que nace del matrimonio y que se encuentra limitado al cónyuge, el mismo que queda unido así a todos los parientes consanguíneos del otro cónyuge; destacándose que entre los parientes consanguíneos de uno y otro cónyuge no existe ningún vínculo. Esto no significa que el esposo y la esposa sean parientes afines, pues ellos son cónyuges, es decir, tienen entre sí un vínculo más estrecho que el parentesco, al que se denomina vínculo uxorio. Tampoco son parientes afines entre sí los cónyuges de los consanguíneos del esposo o esposa, por ejemplo, los concuñados.

Cabe señalar que la proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. Vale decir, que un esposo es afín con los consanguíneos de su esposa, en la misma línea y grado que ésta es consanguínea con ellos (BORDA).

Igualmente, el parentesco por consanguinidad se diferencia del parentesco legal, que es el que se forma a través de la adopción y está regulado en el artículo 238 del Código Civil; y también se distingue del parentesco espiritual propio del Derecho Canónico y que se establece por medio del sacramento del bautismo entre el bautizante y el padrino con el bautizado. Este parentesco espiritual no ha trascendido a los regímenes jurídicos laicos, por cuanto constituía un impedimento para contraer matrimonio canónico (ZANNONI).

## **DOCTRINA**

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia: de la patria potestad a la autoridad compartida de los padres. Bogotá, Temis, 1980; ARIASSCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII.

Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 2 Tomos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Buenos Aires, Astrea, 2000; MALLQUI, Maxy MOMETHIANO, Eloy. Derecho de Familia. Lima, Ed. San Marcos, 2002; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.



## PARENTESCO POR AFINIDAD

### ARTICULO 237

El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 107,215,242 incs. 3) y 4),274 incs. 4) y 6), 688, 704, 705  
inc. 7), 1366, 1367  
C.P.C.arts. 229, 827  
LEY 26887 arto 179

### Comentario

***Luis Aliaga Huaripata  
Ydalia Alvarado Quinteros***

La familia es protegida y reconocida constitucional y legalmente como "instituto natural y fundamental de la sociedad" y anterior al Estado mismo. Así, el artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley". Por su parte el artículo 233 del Código Civil señala que "la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú".

Aristóteles definía a la familia como "una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana" y Ludwig Enneccerus, en su obra "Tratado de Derecho Civil", como "el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad" (citado por CORNEJO CHÁVEZ).

Cornejo Chávez define al parentesco de manera general como "la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión".

En ese sentido, el parentesco "nace de la naturaleza" cuando se asienta en la consanguinidad ("parentesco típico") y puede ser en "línea recta" o "línea colateral". Será en "línea recta" cuando una persona desciende de otra (por ejemplo, hijo y padre, nieto y abuelo) y será en "línea colateral" cuando se reconoce un tronco común (por ejemplo primos, tío y sobrino). Este tipo de parentesco es desarrollado por el artículo 236 del Código Civil al establecer que "el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las

personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado de consanguinidad".

A su vez, se dice que el parentesco "nace de la ley" (ley en sentido material) cuando el ordenamiento jurídico -en atención a la tradición histórica u otras razones- establece lazos, vínculos o conexiones de carácter familiar entre personas no consanguíneas. Tal es el caso de la "adopción" (el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante; véase el artículo 377 del Código Civil) y el de la "afinidad", que deriva del matrimonio y que vincula a uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro; generándose consecuentemente efectos jurídicos. En cuanto al parentesco religioso o espiritual, éste se deriva del bautismo o de la confirmación.

Desde un punto de vista jurídico, Cornejo Chávez sostiene que en nuestro medio "el parentesco solo comprende (...) a los consanguíneos -y adoptivos- en línea recta (en ésta el parentesco consanguíneo es de manera indefinida, ej. hijo respecto a su padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo y en la línea colateral, solo hasta el cuarto grado); a los consanguíneos -y adoptivos- en línea colateral dentro del cuarto grado, a los afines en línea recta, a los afines en línea colateral en el segundo grado (...)" (CORNEJO CHÁVEZ).

#### 1. cuando nace o se constituye el parentesco por afinidad!

Según el primer párrafo del artículo 237 del Código Civil, "el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro". Esto llevaría a asumir que el vehículo o medio legal para adquirir el parentesco por afinidad con los parientes consanguíneos del otro cónyuge y viceversa es el acto del matrimonio. Tratándose del caso de la unión de hecho -reconocida en nuestro ordenamiento por el artículo 5 de la Constitución y por el artículo 326 del Código Civil-, como se sabe, la misma no tiene la potencialidad de crear parentesco por afinidad entre el concubino respecto a los parientes del otro, limitándose a la constitución de "una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales", en cuanto le fuere aplicable.

Debe dejarse constancia, conforme fluye del mismo párrafo, que el parentesco por afinidad se halla sujeto a las mismas limitaciones que el parentesco consanguíneo, al ubicarse el cónyuge "en la misma línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad"; así en la línea recta es igual de indefinida y en la línea colateral alcanza hasta el cuarto grado. Cabe notar que el parentesco por afinidad no genera derechos hereditarios o alimentarios.

#### 2. Efectos del parentesco por afinidad

En cuanto a los efectos que se derivan del parentesco por afinidad -no desarrollado por el artículo 237-, en el ámbito nacional se considera que los

efectos se limitan a "la creación de algunos impedimentos matrimoniales y ciertas causas de invalidez del casamiento; y sus efectos procesales se aprecian en materia de recusación y excusa, y de impedimentos para testificar" (CORNEJO CHÁVEZ). Sin embargo, creemos que los efectos cubren un mayor espectro jurídico, como veremos seguidamente a través de algunos casos regulados por el ordenamiento jurídico.

Así, en materia de Personas Jurídicas, en el artículo 107 del Código Civil se establece la prohibición al administrador o administradores de la fundación, así como a sus "parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad", a celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

Con relación al Acto Jurídico, el artículo 215 del Código Civil señala que habrá intimidación cuando se inspira al agente "el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros. (...)".

A nivel del Derecho de Familia, no pueden contraer matrimonio entre sí, conforme al artículo 242 del Código Civil, "los afines en línea recta" (inciso 3) y "los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive" (inciso 4). Asimismo, según el artículo 274 es nulo el matrimonio de "los consanguíneos o afines en línea recta" (inciso 4) y "de los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive" (inciso 6).

Respecto del Derecho de Sucesiones, el artículo 688 dispone que "son nulas las disposiciones testamentarias a favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, (...)". Igualmente, el artículo 704, "El notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado". Asimismo, el artículo 705, según el cual están impedidos de ser testigos testamentarios "el cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios" (inciso 7).

En el Código Procesal Civil tenemos el artículo 229 que prohíbe que declare como testigo "El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y "tercero" de afinidad, el cónyuge o concubina, salvo en asuntos de Derecho de Familia o que lo proponga la parte contraria". En materia de Legitimación activa para la inscripción y rectificación de partida, el artículo 827 dispone que la solicitud será formulada por: "1. El representante legal del incapaz y, a falta de aquél, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la rectificación de la partida de nacimiento. 2. La persona cuya partida de nacimiento se trata de rectificar, si es mayor de edad, y, si ha fallecido, por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o

segundo de afinidad. 3. Cualquiera de los cónyuges o, por fallecimiento de éstos, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la inscripción o rectificación de la partida de matrimonio. 4. Cualquiera de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del fallecido, para la inscripción o rectificación de la partida de defunción. 5. Por el Ministerio Público cuando el fallecido no tiene parientes. En este caso no se requiere de publicación, salvo que la actuación del Ministerio Público se origine a pedido de interesado".

En materia societaria, la Ley General de Sociedades dispone en su artículo 179 que "el director solo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. La sociedad solo puede conceder crédito o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros. Los contratos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos del párrafo anterior podrían ser celebrados u otorgados con el acuerdo previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros. Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de empresas vinculadas y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de empresas vinculadas. (...)".

### 3. ¿Cuándo concluye el parentesco por afinidad!

Si el parentesco por afinidad nace con el matrimonio, la disolución de este último (por divorcio, artículo 348 del Código Civil) debería suponer a su vez la conclusión del primero. Sin embargo, veremos que ello no necesariamente es así.

A diferencia del parentesco por consanguinidad cuyos efectos son permanentes, el parentesco que genera la adopción y la afinidad puede decaer o extinguirse ulteriormente. En efecto, el artículo 385 del Código Civil establece que "el menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite. En tal caso, recuperan su vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial".

Tratándose de la afinidad, como establece el último párrafo del artículo 237 del Código Civil, existen dos situaciones excepcionales; en efecto, disuelto el matrimonio "subsiste de manera indefinida" el parentesco por afinidad en línea recta. En tanto que el parentesco por afinidad en el segundo grado de la línea colateral subsiste "mientras viva el ex cónyuge".

### 4. ¿Qué sucede en aquellos casos en que el matrimonio fue declarado nulo!

En el derecho común la nulidad de un acto no produce efecto jurídico alguno ("quod nullum est, effectum produxit"); en ese sentido, la nulidad de un acto genera el efecto natural de "arrastre" sobre los actos derivados, al estar éstos encadenados entre sí.

La invalidez es una calificación del estado del acto que opera "de pleno derecho" sin necesidad de acción o declaración judicial de nulidad; sin embargo, mientras no se establezca judicialmente su nulidad, el "acto inválido" puede pasar como válido en la medida en que el vicio no sea manifiesto y tenga el acto todos sus elementos estructurales necesarios de acuerdo a su especie y tipo. La declaración de nulidad viene a posteriori y con retroactividad a destruir las apariencias (LOHMANN).

Las causal es de nulidad según el artículo 219 del Código Civil son las siguientes: "1. Falta de manifestación de voluntad. 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. cuando su fin sea ilícito. 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo. 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción".

En ese sentido, la nulidad vendría a ser "aquella sanción civil que consiste en privar de efectos jurídicos al negocio inadecuadamente conformado, o para proteger de ellos a las partes intervinientes del negocio, a los terceros y a la sociedad en general cuando estos efectos constituyen atentados contra los intereses de aquellos a quienes la ley protege" (LOHMANN).

En ese orden de ideas y siendo que un acto nulo no genera en principio efecto alguno, hacemos nuestra la opinión de Arias-Schreiber en el sentido de que la subsistencia del parentesco por afinidad, a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 237, "se reduce exclusivamente a la disolución del matrimonio por divorcio y no se extiende a la nulidad de la unión conyugal, dadas las consecuencias que éstas tienen respecto de todo acto jurídico" (ARIAS-SCHREIBER).

## **DOCTRINA**

RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. Adolescencia, matrimonio y familia. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, septiembre 1995, 545 pp.; VEGA MERE, Yuri. Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Normas Legales SACo Trujillo, enero 2003, 278 pp.; QUISPE SALSAVILCA, David Percy. La noción del matrimonio. Editorial Cuzco Editores SA. Trujillo, abril 2001, 388 pp.; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Lima, 1994; ARIASSCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derecho de Familia. Tomo VII. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Studium Ediciones. Lima, 1985.

## **PARENTESCO POR ADOPCIÓN**

### **ARTICULO 238**

La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

### **CONCORDANCIAS:**

e.e. arts. 242 inc. 5), 377 Y 55.,818,2087  
e.p.e. arts.229, 781,827  
e.N.A. arts. 115 a 132  
LEY 26887 arto 179

### **Comentario**

***Marisol Fernández Revoredo  
Oiga Alcántara Francia***

La adopción es una institución que apunta a dar una respuesta a la situación de abandono en la que se puedan encontrar fundamentalmente los menores de edad, aun cuando también pueden ser adoptados los niños que no se encuentran en dicha situación. Por otro lado, la adopción permite la realización de la paternidad o maternidad de personas que por diversas razones no han podido procrear hijos.

Como se dijo, generalmente -aunque no necesariamente- el procedimiento de adopción se sigue en relación a menores que se encuentran en estado de abandono; situación respecto de la cual no cabe la menor duda de que se trata de un problema propio de una realidad social depauperada y de una identidad particular resultante de elementos socioeconómicos culturales que inciden fuertemente sobre la estructura familiar. No se trata tan solo de niños abandonados sino de familias abandonadas sin posibilidades ciertas de integración y desarrollo (MESA CASTILLO).

Es por ello que la finalidad de la adopción no puede ser otra que integrar una familia, dándole el privilegio de tener un hijo; y al hijo darle el privilegio de tener una familia. Para ello, la adopción debe ofrecer todas las garantías para que los niños que van a ser dados en adopción, disfruten de la plenitud de sus derechos

(AMEZQUITA DE AIMEIDA).

En esa línea, resulta coherente que la ley regule el parentesco por adopción, como en efecto lo hace el artículo 238 del Código Civil, con el objeto de otorgar a los adoptados, en virtud del nexo de parentesco legal, todos los derechos inherentes a la calidad de hijo, los mismos que se extienden a los 'adoptados como si en relación a éstos se tratara de un vínculo consanguíneo, lo cual es precisamente un factor que coadyuva 'a la integración de la familia.

Como lo sostienen DÍEZ-PICAZO V GULLÓN, "las actuales corrientes sociales han determinado una nueva vigencia del principio de que la adopción imita a la naturaleza y la consagración legislativa del deseo de equiparar lo más posible la situación del hijo adoptivo con la del hijo por naturaleza y de ocasionar la mayor ruptura de los originales vínculos del adoptado con su familia natural. Esta tendencia reformista y favorecedora de la adopción puede observarse en los múltiples cambios que en los últimos años ha experimentado el Derecho de Familia en gran número de países".

La disposición contenida en el artículo 238 del Código Civil se enmarca dentro de esta tendencia, otorgando a la adopción efectos en lo que a parentesco se refiere.

Es necesario recordar que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo respecto de quien lo adopta y desde ese momento deja de pertenecer a su familia consanguínea (artículo 377 del Código Civil). La adopción, entonces, crea un lazo entre adoptante y adoptado semejante al que existe entre un hijo y su padre biológico.

Asimismo, la adopción, de acuerdo a lo establecido en nuestra legislación, confiere al adoptado el estatus de hijo matrimonial del adoptante. Rigen en este caso las mismas normas aplicables a una relación paterno-filial consanguínea. Cabe agregar que la adopción se caracteriza por ser un acto jurídico, no un contrato, pues las partes no actúan como contratantes, sino como órganos de la institución familiar. Es, por lo demás, un acto solemne, porque debe realizarse en la forma que la ley prescribe bajo sanción de nulidad. Es bilateral, pues necesita la conjunción de voluntad de ambas partes. V, finalmente, como se dijo antes, crea lazos de parentesco semejantes a los que provienen de la filiación legítima (MALLQUI y MOMETHIANO).

A diferencia de nuestro país, en la normatividad argentina se establece una diferencia entre la adopción simple y la adopción plena, por cuanto ambas instituciones tienen efectos diversos en relación al adoptado. En la adopción simple, el adoptado es reputado en la situación de hijo biológico del o de los adoptantes, pero aquél no adquiere un vínculo de parentesco con los consanguíneos de éste o éstos. Por otro lado, en la adopción plena, el adoptado adquiere una filiación que sustituye a la de origen, es decir, se incorpora como hijo biológico a la familia del o de los adoptantes, adquiriendo parentesco con los consanguíneos de éste o éstos (ZANNONI).

Otros efectos jurídicos que genera la adopción, además del surgimiento de la relación de parentesco -y a propósito de ésta- son los siguientes:

- La adquisición de los apellidos del adoptante o de los adoptantes, pues, en efecto, al convertirse en pariente legal al hijo adoptivo le corresponden el primer apellido del padre adoptivo y el primer apellido de la madre adoptiva, en caso de que ambos cónyuges realicen la adopción. Cuando el adoptante es soltero, o siendo casado solo él solicita la adopción, entonces corresponderán los apellidos del adoptante. Esto significa que los apellidos de origen del adoptado se extinguen.

Sujeción a la patria potestad del adoptante o adoptantes, en caso de adopción de menores de edad, pues precisamente el vínculo de parentesco coloca al adoptado en condición de hijo.

Usufructo por parte del adoptante de los bienes del adoptado menor de edad, en el caso de que sea propietario de bienes muebles o inmuebles.

- Creación de una relación de dependencia alimentaria del adoptado con relación al adoptante, en los mismos términos que corresponden a los parientes.

- Constitución de derechos hereditarios; todos los hijos (incluidos los adoptivos) tienen iguales derechos.

Emisión de la nueva partida de nacimiento del adoptado, en sustitución de la original, en la cual se consignarán los apellidos del adoptante o de los adoptantes, según el caso, y que en virtud de la adopción y del parentesco legal generado por ésta, le correspondan.

Ineficacia para todos los efectos de la partida original del adoptado, con excepción de la conservación de los impedimentos matrimoniales (en relación a sus parientes consanguíneos) (MEJIA SALAS).

## **DOCTRINA**

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia: de la patria potestad a la autoridad compartida de los padres. Temis. Bogotá, 1980; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Astrea. Buenos Aires, 2000; MIRANDA CANALES, Manuel. Derecho de Familia y Derecho Genético. Ediciones Jurídicas. Lima, 1998; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derecho de Familia. Tomo VII. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; ARIASSCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derecho de Familia. Tomo VIII. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astrea. Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Studium Ediciones. Lima, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Madrid, 1986; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia. Editorialldemsa. Lima, 1995; PLACIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Editorial Rodhas. Lima, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1998; YUNGANO, Arturo. Manual teórico práctico de Derecho de Familia. Ediciones Jurídicas. Lima, 1989; BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil, Familia. Tomo 1. Abeledo-Perrol. Buenos Aires, 1984; MEJÍA SALAS, Pedro. La adopción en el Perú. Ediciones Jurídicas. Lima, 2002; MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Tomo 11. Editorial



San Marcos. Lima, 2002; LUDEÑA GONZALES, Gerardo. Un debido proceso de adopción para nuestros niños y adolescentes. GyS Ediciones. Lima, 2000.

**Sección Segunda**  
**SOCIEDAD CONYUGAL**

**CAPITULO**  
**PRIMERO ESPONSALES**

**PROMESA RECÍPROCA DE MATRIMONIO**

**ARTICULO 239**

La promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma.

**CONCORDANCIA:**

C.C. arlo 1957

**Comentario**

***Eric Palacios Martínez***

La figura de los esponsales, conocida doctrinalmente también como promesa de matrimonio, reconocida expresamente en este artículo no tiene, por sí sola, un valor jurídico trascendente, en tanto, se le ha privado de eficacia jurídica, pero solo con respecto a que no genera obligación legal de contraerlo ni de ceñirse a lo estipulado como contenido del mismo en el caso de incumplimiento.

Se le define simplemente como la promesa formal y mutuamente aceptada de futuro matrimonio (FERNÁNDEZ CLERIGO p. 20). Tratándose de contraer un vínculo que se proyecta a durar toda la vida, es justo y oportuno que, mientras no se la haya expresado de un modo solemne, en el acto de celebración del matrimonio, la voluntad de cada uno de los que están por casarse pueda cambiar, sin consecuencias, desde el punto de vista personal y familiar (MESSINEO pp. 40-41), respetándose la esfera de la libertad de determinación, trascendental en este punto.

En tal sentido, puede considerarse que los esponsales son, en conjunto, un acto previo a la celebración del acto conclusivo dentro del procedimiento complejo de formación del consentimiento matrimonial. Así se le ha identificado con la fase de noviazgo por la que transita la pareja antes de que se concreten las formalidades que sirven de precedente al matrimonio civil.

La relevancia de la promesa, en las diversas opiniones doctrinales, oscila entre la atribución de pleno valor jurídico hasta el punto de admitir su ejecución forzada (matrimonio forzado), y la consideración de ella solo como simple hecho, del cual se sigue el efecto secundario del pago de los gastos sostenidos en la confianza de la ejecución de la promesa (BARBERO p. 26).

Sin embargo, a partir de lo dicho, debe dejarse en claro, desde un inicio, que la privación de eficacia alcanza a los esponsales, solamente en cuanto se le reconozca como acto vinculatorio para contraer matrimonio civil proyectándose en el futuro. Tal afirmación tiene como consecuencia directa el reconocer la posibilidad de que tal promesa pueda servir como contenido de un supuesto de hecho jurídicamente relevante generador de efectos jurídicos. La problemática planteada será convenientemente analizada en el siguiente artículo comentado. Es oportuno, además, deslindar si nos encontramos frente a un acto de autonomía privada de autorregulación o de composición de intereses privados (negocio jurídico), frente a lo que, dentro de la propia teoría del negocio, se denomina acto jurídico en sentido estricto, o frente a un hecho jurídico en sentido estricto; pues la doctrina, en algunas oportunidades, se ha inclinado a afirmar que la promesa de matrimonio funda solamente una relación de puro hecho (MEISNER, TITZE y HENLE), o la ha utilizado para justificar, junto al matrimonio, la categoría de los negocios jurídicos extrapatrimoniales.

Tomando tal criterio, se ha precisado que la teoría del hecho, referida en primer lugar, no puede explicar sin artificio las pretensiones de indemnización que se establecen como consecuencia del rompimiento de la promesa, de lo que se deduce que ella contiene un deber subsidiario de indemnización (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF p. 31).

Valga sobre lo segundo aclarar que lo que diferencia las categorías acotadas (hecho, acto y negocio) es el punto de referencia que el ordenamiento jurídico toma en cuenta para atribuir relevancia jurídica al supuesto en particular. Así, en los hechos jurídicos toma en cuenta tan solo la fenomenicidad, es decir, la ocurrencia o acaecimiento de un hecho; en los actos en sentido estricto lo que se toma en cuenta es la exteriorización normal de una declaración; y en los negocios jurídicos el factor determinante para tal atribución es el propósito práctico del agente que autorregula sus intereses.

En nuestra opinión, la promesa de matrimonio sí tiene una relevancia jurídica determinada, pues resulta evidente que la exclusión de efectos obligacionales no implica que a ella se le haya desprovisto completamente de eficacia, la que se plasma en el surgimiento de un efecto indemnizatorio y restitutorio ante una ruptura injustificada de la misma. Esta eficacia se produce al margen de la consideración del propósito práctico de los sujetos (novios), ya que si ello hubiere sido así se le habría concedido alguna vinculatoriedad para contraer el vínculo matrimonial; haciendo que la promesa que nos ocupa pueda ser, a la luz de nuestro ordenamiento, calificada como un acto en sentido estricto, puesto que, lo reitero, para la concesión de eficacia solo se valora la existencia de una declaración regularmente exteriorizada, con todos los requisitos exigidos para tal caso.

Para finalizar, es necesario diferenciar la promesa de matrimonio (esponsales) de la promesa unilateral contenida en los artículos 1956 y ss. del Código Civil, típico negocio unilateral de naturaleza patrimonial. En este último supuesto, propiamente nos encontramos ante un negocio jurídico cuya estructura se encuentra constituida por una sola declaración (promitente) y cuya eficacia se encuentra supeditada al asentimiento del destinatario o beneficiario de ella;

cabiendo solo acotar que mientras no se verifique tal asentimiento (el que podría ser entendido como un requisito de eficacia), este negocio será considerado válido pero no eficaz. En cambio, los esponsales son, en nuestro ordenamiento, de carácter bilateral, pero no de naturaleza negocial, como lo hemos ya anotado. La otra diferencia es obvia, en el sentido de que la promesa unilateral sí tiene efectos obligatorios, excluidos expresamente para la figura de los esponsales.

## **DOCTRINA**

ALPA Y BESSONE, Guido y Mario. Elementi di Diritto Civile Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1990; ANDREOLI, Giuseppe. Con tributo al/a teoría del/ adempimento. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 1937; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1955; sentido CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Vol. 1. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1979. p. 31; ENRIETTI, Enrico. Osservazione critica su una recente costruzione degli sponsali. En: Rivista trimestrale di diritto e di procedura civile. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1952, pp. 672 Y ss.; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. Unión Tipográfica. Editorial Hispano-Americana (UTEHA). México, 1947. pp. 20 Y ss.; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo 111. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1979, pp. 40 Y ss; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato Italiano. Casa Editrice Dott. EugenioJovene. Nápoli, 1986; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Traducción de Agustín Luna Serrano. En: Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964. Para una visión integral de los problemas actuales, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, por los que atraviesa el Derecho de Familia es particularmente interesante consultar la revista trimestral 11 diritto di famiglia e delle persone dirigida por LOCAJONO, V. y editada por Giuffré Editore - Milano.

## **EFFECTOS DE LA RUPTURA DE LA PROMESA RESPONSABILICIA**

### **ARTICULO 240**

Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos.

La acción debe interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa.

Dentro del mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho en favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635.

### **CONCORDANCIA:**

c.c. arts. 1635, 1640, 1641, 1643, 1969, 1985

### **Comentario**

***Eric Palacios Martínez***

Mucho se ha debatido en la doctrina sobre las consecuencias y naturaleza de los efectos derivados de los esponsales o promesa de matrimonio. Unos las consideran, inclusive, de esencia puramente contractual, como nacidas de la deliberada infracción de una obligación de esta índole; otros, las estiman provenientes de la violación de una obligación natural; otros, en fin, creen que se trata de acciones originadas en el dolo o la culpa y las desligan totalmente del campo de los contratos, afirmando que si la promesa en sí misma resulta incapaz de crear la obligación de celebrar el matrimonio, la negativa a cumplir esa promesa no puede estimarse como quebrantamiento de una obligación que no existe, ni es reconocida por el Derecho (FERNÁNDEZ CLERIGO p. 21).

En nuestro ordenamiento, se ha seguido la última de las teorías reseñadas, pues se ha considerado que la ruptura de la promesa (y es aquí mejor hablar de ruptura antes que de incumplimiento, ya que no nos encontramos frente a una obligación) genera efectos indemnizatorios. Ahora bien, parecería que el artículo señala ciertos requisitos para la procedencia de exigir la indemnización correspondiente, los mismos que deberían confluir conjuntamente con la celebración de los esponsales. Sin embargo, tal interpretación daría lugar a excluir toda relevancia a la promesa de matrimonio, cuando la propia ley ha dispuesto solo la exclusión de los efectos obligatorios de la misma.

Por ello debe de atenderse a la interpretación más acorde con la realidad social en que se desarrolla el caso analizado, y concluir en que el artículo comentado debe de ser evaluado conjuntamente con el anterior, entendiendo que los esponsales tienen como requisitos indispensables de su estructura: 1) que la

declaración de ambos promitentes se formalice indubitablemente, lo que implica que ella pueda ser reconocible como un hecho vinculante; y 2) que los agentes que exteriorizan dicha declaración tengan la aptitud (capacidad y legitimación) para contraer matrimonio.

Es entonces coherente afirmar categóricamente que los requisitos acotados son exigibles para la propia existencia de los esponsales, y no solamente para que se puedan producir los efectos indemnizatorios y restitutorios descritos en el primer y tercer párrafo del artículo comentado.

Cuando la norma se refiere a formalización indubitable en nuestro parecer revela, lo reiteramos, la necesidad de una reconocibilidad frente a terceros; es decir la promesa de matrimonio tendrá que ser efectuada bajo alguna forma que no permita duda alguna sobre su verificación, como por ejemplo, en una escritura pública, en un documento privado con firma legalizada, o en forma oral ante un público determinado, etc.; en síntesis, cualquier forma que permita una probanza fehaciente de su existencia, así como de la concordancia entre la actividad de los sujetos intervinientes (novios) y la declaración emitida, lo que, por ejemplo, no se tendría cuando la declaración haya sido emitida en un estado de perturbación o inconciencia, o cuando se constate la presencia de un lapsus linguae.

Con respecto a la aptitud para contraer matrimonio que deben ostentar ambos promitentes, debemos recalcar que, más allá de las normas generales de capacidad (arts. 42 y ss. del Código Civil), es preciso que ellos no se encuentren comprendidos en los impedimentos detallados taxativamente en los artículos 241, 242 Y 243 del Código Civil, ya que, en caso contrario, ello daría lugar a la exclusión de la legitimidad para la celebración de esponsales. Debemos, en todo caso, reconocer que el Código, en este punto, es coherente con la naturaleza de acto previo de los esponsales con respecto al matrimonio, al exigir la misma aptitud (capacidad y legitimación) para uno y otro, tal y como ocurre, pero en cuanto a la forma, entre los contratos preparatorios y los definitivos.

Pasemos ahora a comentar las consecuencias que emergen del rompimiento de la promesa por culpa exclusiva de uno de los contrayentes.

Previamente, debe de aclararse que cuando se utiliza el concepto de culpa para los efectos de analizar el cese de la promesa, se nos está requiriendo, al menos como el Código lo entiende, el análisis del comportamiento de los contrayentes en relación con un parámetro o standard de comportamiento objetivo (culpa in abstracto), luego de lo cual, y constatándose su trasgresión, recién podrá considerarse como culpable el comportamiento material de cada uno de los promitentes.

En esa dirección, no puede identificarse al promitente culpable con el promitente que formalmente ha roto la promesa o se ha negado a cumplirla, en cuanto ello puede ser solamente la consecuencia inevitable del comportamiento del otro promitente. El Código en este punto evalúa no al que rompe la promesa sino al que ha generado dicho rompimiento, supuesto que

podría identificarse tanto con el promitente que por mera voluntad o capricho se aparta de la misma, como al que, dado el comportamiento anormal del otro, decide romper o no dar cumplimiento a la promesa efectuada.

En este punto es importante verificar la eventual existencia del justo motivo en la ruptura del vínculo pues ello, en nuestro entender, guarda una equivalencia con el concepto de culpa utilizado por el Código, pues la conducta culpable, objetivamente verificada, genera propiamente el justo motivo para el rompimiento. En todo caso, el determinar cuando exista justo motivo, constituye una investigación de hecho que se debe dejar en manos de los órganos jurisdiccionales, los que dentro de los parámetros teóricos esbozados deben decidir, con las pruebas y argumentos aportados por las partes, la existencia de aquél.

Ahora bien, específicamente en lo que concierne a los efectos indemnizatorios y restitutorios de la ruptura cabe efectuar algunas acotaciones.

Concretados los presupuestos del surgimiento de la responsabilidad, hecho (comportamiento), relación de causalidad y daño, así como el factor atributivo, fijado en exclusividad en la culpa; dicha responsabilidad puede hacerse valer por todos los daños probados, patrimoniales (gastos, deudas asumidas, etc.) y extrapatrimoniales, incluido el daño moral (padecimiento afectivo), ocasionados al promitente a quien no puede atribuírsele la ruptura de la promesa, o a los terceros afectados, atendiendo al principio de resarcimiento integral del daño, y según las reglas de la responsabilidad contractual, también denominada responsabilidad por inejecución de las obligaciones (arts. 1314 y ss.), puesto que ella encuentra aplicación en todos los casos, más allá de la limitación establecida nominalmente dentro del ámbito obligacional, en que los daños producidos se han generado en el marco de una vinculatoriedad previa que existe en el caso de la conclusión de los esponsales; orientación que incluso coincide con la toma de postura del legislador peruano con referencia a los factores de atribución considerados en tal sistema de responsabilidad.

El efecto restitutorio se centra en la posibilidad que tiene el promitente perjudicado de "revocar" las donaciones efectuadas al otro en razón del matrimonio proyectado. Puntos trascendentes son aclarar que la causal de ineficacia conocida como revocación no resulta técnicamente aplicable a los contratos, sino a los negocios unilaterales, siendo más oportuno, en este punto, hablar de una especie de recesso unilateral ex lege; y subrayar la posibilidad de que la razón recogida (motivo), que se podría reconducir al concepto de finalidad, conste por escrito, mediante algún medio indubitable, o se pueda deducir del examen de las circunstancias y de los componentes negociales.

Debemos también concordar la norma con el artículo 1646 del Código Civil y aclarar que su aplicación no colisiona sino que se complementa con la norma comentada. La regla del artículo 1646 C.C. está pensada para los terceros que han efectuado donaciones a la pareja que ha de contraer matrimonio, incorporándose para tal efecto (claro está siempre que el motivo se haya causalizado, es decir, que esté expresado en el contenido del contrato) por mandato de la norma, una *condictio iuris* de eficacia, en este caso, de

naturaleza suspensiva. En cambio, la norma comentada se refiere a las donaciones (regalos) efectuados entre los promitentes teniendo en cuenta la proyección del matrimonio en el futuro, es decir, no serían revocables las donaciones de prendas de vestir o joyas, pero sí, por ejemplo, la de una lavadora o la de un guardarropa, pues su objeto (materia) se encuentra, en principio, vinculado a la proyección de concluir un matrimonio, según se desprenda de los criterios interpretativos y las directrices precisadas en las líneas anteriores.

Las pretensiones derivadas en concreto de los efectos indemnizatorios y restitutorios prescriben al año de la ruptura de la promesa. Con respecto a los terceros el plazo de prescripción comenzará a computarse desde el día en que éstos tengan conocimiento de la ruptura, aplicando la regla contenida en el artículo 1993 del C.C.

## **DOCTRINA**

ALPA Y BESSONE, Guido y Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1990; ANDREOLI, Giuseppe. Contributo al/a teoría del/ adempimento. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 1937; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1955; SENTIDO CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Vol. 1. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1979, p. 31; ENRIETTI, Enrico. Osservazione critica su una recente costruzione degli sponsali. En: Rivista trimestrale di diritto e di procedura civile. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1952, pp. 672 Y ss.; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El derecho de familia en la legislación comparada. Unión Tipográfica. Editorial Hispano-Americana (UTEHA). México, 1947, pp. 20 Y SS.; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo 111. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1979, pp. 40 Y ss; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato Italiano. Casa Editrice Dott.

Eugenio Jovene. Nápoli, 1986; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Traducción de Agustín Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964. Para una visión integral de los problemas actuales, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, por los que atraviesa el Derecho de Familia es particularmente interesante consultar la revista trimestral 11 diritto di famiglia e delle persone dirigida por LOCAJONO, V. y editada por Giuffré Editore - Milano.

## **JURISPRUDENCIA**

"La promesa de matrimonio alegada por la accionante debe entenderse como la intención de contraer matrimonio de una manera indubitable".

(Ejecutoria Suprema del 26/05/89, Anales Judiciales, p. 41)



## **MATRIMONIO IMPEDIMENTOS**

### **ARTICULO 241**

No pueden contraer matrimonio:

1.- Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse. (\*)

2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole.

3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.

4.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable.

5.- Los casados.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 43, 46, 140, 219 inc. 2), 221 inc. 1) 248, 274 inc. 3) 277 incs. 1) Y 2) 2075

C.P. arts. 139, 140

### **Comentario**

***Clara Mosquera Vásquez***

Los impedimentos son prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio, los que se sustentan en hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan al sujeto (ZANNONI). Otros autores consideran al impedimento como una situación negativa que representa la carencia de un requisito indispensable para contraer matrimonio (REBORA).

Existen muchas clasificaciones de los impedimentos, dependiendo de su extensión, efectos, duración o eficacia. Nuestro Código acoge la clasificación por los efectos de los impedimentos, los cuales pueden ser dirimentes e impedientes.

Los impedimentos dirimentes son los más graves y tienen mayor trascendencia, tanto desde un punto de vista legal como humano, pues su existencia determina la nulidad del matrimonio. Estos impedimentos consisten en una situación personal (transitoria o permanente) que aunque sea de uno de los contrayentes, es un obstáculo para el matrimonio, y como éste no puede, no debería tampoco unirse en matrimonio. Así, los impedimentos dirimentes

dependen de verdaderas incapacidades o incompatibilidades preexistentes al matrimonio.

Atendiendo al alcance del impedimento, los impedimentos dirimentes se dividen en absolutos y relativos. Los impedimentos absolutos son aquellos que impiden el matrimonio de una persona con cualquier otro individuo, señalándose su incapacidad personal para ese acto.

### 1. Impúberes

El antecedente de este artículo está en el Código Civil de 1936, que en su artículo 82 inciso 1) prohibía el matrimonio de los varones menores de edad y las mujeres menores de dieciocho años cumplidos; pero el juez podía dispensar por motivos graves el requisito de la edad siempre que el varón haya cumplido dieciocho años y la mujer dieciséis (artículo 87).

La pubertad es la edad en que ocurren una serie de cambios físicos importantes, los que casi en su totalidad están orientados a habilitar a la persona para relacionarse sexualmente con otros y procrear (ILIZARBE).

Este impedimento es dependiente de la falta de madurez fisiológica y psíquica que se resuelve en una correspondiente incapacidad de derecho (MESSINEO); sin embargo, es transitorio pues desaparece con el pasar del tiempo.

En Roma, en un inicio, la pubertad se fijó en doce años para las hijas, en cambio a los hijos se les reconocía púberos en la edad en que el padre de familia, al examinar su cuerpo, encontraba en ellos las señales de la pubertad. Los Sabinianos se inclinaban por un procedimiento tendente a comprobar condiciones de aptitud, mientras que los Proculleyanos señalaban que era preferible la adopción de una norma común y semejante a la adoptada para determinar la aptitud de contratar. Justiniano se inclinó por la tesis proculleyana y la legalizó.

El Concilio de Trento siguió la tesis proculleyana y estableció la edad que permitía reconocer a cada sujeto la aptitud para casarse, y la fijó en 14 años para los varones y en 12 para las mujeres, las que se mantuvieron hasta la reforma de 1918 en que se elevaron los límites de 14 a 16 años para los varones, y de 12 a 14 años para las mujeres.

El reconocimiento de aptitud matrimonial basado en la pubertad se refiere solamente a datos biológicos, los que han recibido tratamiento preferente frente a los psicológicos, a pesar de que para contraer matrimonio no basta la aptitud física para procrear, sino que se requiere además aptitud psicológica para afrontar un hecho tan trascendente como el matrimonio.

Siguiendo la tendencia de varias legislaciones en las que existe la posibilidad de exigir una dispensa judicial en casos de necesidad, poniéndose como único requisito el haber llegado a la pubertad, nuestro Código permite el matrimonio por motivos graves de aquellos jóvenes, que sin haber alcanzado la madurez

psicológica, tengan como mínimo catorce años, en el caso de la mujer, y dieciséis, en el del varón.

Sin embargo, la tendencia del derecho comparado moderno es elevar las edades mínimas requeridas para contraer matrimonio válidamente, pues para ello no solamente debe importar la pubertad biológica de los contrayentes, sino que además debe exigirse madurez psíquica y equilibrio emocional y afectivo, que permita a los contrayentes asumir el sentido del matrimonio y las responsabilidades que él engendra (ZANNONI).

En forma excepcional, antiguamente algunas legislaciones establecieron límites máximos de edad para contraer matrimonio, como fue el caso del Código Civil Peruano de 1852 que establecía como límites máximos para contraer matrimonio la edad de sesenta y cinco años para el hombre, y cincuenta y cinco para la mujer.

## 2. Enfermedad crónica

Esta prohibición está fundada en motivos eugenésicos. la eugenesia consiste en la aplicación de las leyes biológicas de la herencia para el perfeccionamiento de la especie humana; Galton la definió como la ciencia cuyo objeto es estudiar los factores que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras.

Las prohibiciones de carácter eugenésico provienen de tiempos remotos, por ejemplo, las leyes de Manú y del pueblo hebreo prohibían el matrimonio de leprosos, tuberculosos y epilépticos (ENCICLOPEDIA OMEBA).

Un antecedente de esta prohibición está en una ley búlgara de 1897 que prohibía el matrimonio entre epilépticos. la legislación mexicana del siglo pasado incorporó como causal es de nulidad de matrimonio las enfermedades venéreas, contagiosas y hereditarias, la beodez habitual y las afecciones crónicas e incurables que fueren transmisibles (ZANNONI). En la actualidad gran parte de las legislaciones civiles incluyen disposiciones preventivas de carácter eugenésico.

Algunos autores opinan que no puede influirse sobre la libre determinación del individuo en un aspecto tan íntimo como el relacionado al matrimonio, por lo que si una persona por amor desea casarse con otra, aun sabiendo que padece una enfermedad incurable, el Estado no debe intervenir.

Sin embargo, otros autores como Díaz de Guijarro creen que la ley debe proteger al individuo contra su propia inclinación al error, sobretodo cuando los efectos de su error pueden extenderse a terceros inocentes, como sería el caso de los hijos. (ENCICLOPEDIA OMEBA).

Por su parte la Iglesia Católica condena el establecimiento de impedimentos matrimoniales con fines eugenésicos pues, a decir de la Encíclica Casti Connubi, no se puede permitir que a hombres capaces para el matrimonio se

les considere gravemente culpables si lo contraen porque se conjetura que engendrarán hijos defectuosos.

### 3. Enfermedad mental

Sobre este punto existen opiniones encontradas. Por un lado, la de la mayoría de tratadistas de la escuela francesa, quienes sostienen que si un enfermo mental se ha casado durante un intervalo lúcido, la unión debe ser considerada válida porque en ese lapso el demente dejó de ser incapaz. Sin embargo, doctrinariamente se coincide en señalar que esta prohibición debe persistir aunque el enfermo tenga intervalos lúcidos, pues el enfermo luego de celebrado el matrimonio no podría cumplir con las obligaciones que emergen de la unión, además, que los hijos pueden sufrir alguna tara hereditaria.

### 4. Sordomudos, ciegosordos y ciegomudos

En el Código Civil de 1936 en su artículo 82 inciso 4) la prohibición de contraer matrimonio solo alcanzaba a los sordomudos.

Este inciso se refiere a aquellas personas que adoleciendo de alguna de las incapacidades señaladas no pudiesen expresar su voluntad de forma indubitable, por lo que no alcanza a aquellos que pueden expresarla, más aún cuando en los últimos tiempos se han desarrollado lenguajes especiales que permiten a estas personas comunicarse.

### 5. Casados

Conocido también como impedimento de "ligamen" o "vínculo", es un reflejo del sistema monogámico. Desde años atrás los países civilizados han aceptado la necesidad de la monogamia como base de la unidad y estabilidad de la familia, aceptándose además las llamadas "monogamias sucesivas" o matrimonio sucesivo después de la disolución legal por divorcio del primer matrimonio (ENCICLOPEDIA OMEBA).

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGUOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; MESSINEO, Franceso. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo 11,

Buenos Aires, Ejea, 1971; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; REBORA, Juan C. Instituciones de la Familia. Buenos Aires, Ediar, 1945-1946; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

### **JURISPRUDENCIA**

"El hecho de que una persona haya contraído matrimonio antes de que la sentencia que resolvió el divorcio de su primer matrimonio sea aprobada en consulta, no constituye causal de impedimento por haber actuado de buena fe". (Cas. Nº 226-94, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 126).

"En el caso de coexistencia de 2 sujetos con la misma vocación hereditaria a título de cónyuge, la validez de uno de los matrimonios excluye la validez del otro, cuestión que debe ser determinada en la vía correspondiente, no siendo apta la vía no contenciosa. En consecuencia, se debió proceder conforme a lo establecido en los artículos 121 y 427 inciso primero del Código Procesal Civil y no emitir pronunciamiento sobre el fondo, resultando evidente que se ha aplicado indebidamente el artículo 241 del Código Sustantivo". (Cas. Nº 729-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 126)

## **MATRIMONIO IMPEDIMENTOS**

### **ARTICULO 242**

No pueden contraer matrimonio entre sí:

1.- Los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.

2.- Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.

3.- Los afines en línea recta.

4.- Los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive.

5.- El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad.

6.- El condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.

7.- El raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta.

### **CONCORDANCIAS:**

c.c. arts. 236, 237, 274inc5. 4), 5), 6) y 7), 377Y55., 415 Y55., 480  
C.P. arto 107

### **Comentario**

***Clara Mosquera Vásquez***

Los impedimentos relativos son aquellos que obstaculizan e1 matrimonio de una persona pero solo en relación con otra determinada (ENCICLOPEDIA OMEBA).

#### 1. Consanguíneos en línea recta

Este impedimento se basa no solo en cuestiones éticas sino también eugenésicas, y está fundamentado en el repudio que existe en la civilización occidental hacia cualquier manifestación de incesto.

Desde la antigüedad se atribuían a las uniones incestuosas los hechos naturales que se produjeran en perjuicio de la tribu, e incluso en los umbrales de la civilización se consideraban, como castigo del mismo origen, las lluvias torrenciales, la esterilidad de las mujeres, las pestes o epidemias (REBORA).

Desde el punto de vista antropológico este impedimento tiene su fundamento en el tabú del incesto, que es uno de los pilares de la formación de la familia exogámica, el que prohíbe establecer relaciones conyugales entre los parientes de una familia (ZANNONI).

En Roma se prohibía el matrimonio entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanastros y entre todas las personas afectadas por el *respetus parentelae* (tío y sobrina, tía y sobrino, tío segundo y sobrina segunda, tía segunda y sobrino segundo, etc.) (CORNEJO).

Los primeros concilios de la Iglesia Católica adoptaron disposiciones muy severas, así, declararon impedimento para el matrimonio la consanguinidad hasta el séptimo grado, es decir, hallarse a menos de ocho generaciones de distancia, respecto de un antepasado común. En el Concilio de Letrán de 1512 se redujo de la séptima a la cuarta generación.

## 2. Consanguíneos en línea colateral

En Roma, en la línea colateral se prohibía el matrimonio solo entre hermano y hermana, y entre personas de las cuales una sea hermano o hermana de un ascendiente del otro, como por ejemplo entre tío y sobrina, tía y sobrino, pues los tíos y tías tienen en algo la situación de padres y madres. Los primos hermanos podían casarse; en un principio estas uniones eran desconocidas pero luego se hicieron frecuentes. Se prohibieron por Teodocio el Grande, levantándose luego la prohibición por Arcadio y Honorio (PETIT)

Actualmente el Derecho Canónico lo extiende hasta el cuarto grado pero el impedimento es dispensable más allá del segundo grado (parentesco entre hermanos)

Al considerarse que el vínculo entre los parientes del tercer grado no es muy estrecho se dispensa el impedimento cuando existan razones graves, como cuando la denegación del matrimonio infiera a los interesados un mal mayor que la insubsistencia del impedimento, lo cual será apreciado por el juez (CORNEJO).

El Código Civil de 1936 en su artículo 83 inciso 2) prohibía el matrimonio de los consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado; sin embargo el juez podía dispensar el matrimonio de éstos por motivos graves (artículo 87).

## 3. Afines en línea recta

En Roma se prohibía el matrimonio entre afines en línea directa hasta el infinito (padre e hijos políticos, padrastros e hijastros).

Este impedimento se fundamenta en el hecho de que la institución tiende a constituir vínculos familiares semejantes a los que crea la filiación consanguínea, por lo que rigen las mismas valoraciones éticas que excluyen las relaciones maritales entre padres, hijos y hermanos (ZANNONI).

En la actualidad el Derecho Canónico limita el impedimento de afinidad a la línea recta indefinidamente.

#### 4. Afines en segundo grado de la línea colateral

En Roma desde Constantino en la línea colateral solo se prohibía el matrimonio entre cuñado y cuñada, prohibición que fue mantenida por Justiniano.

Este impedimento subsiste siempre que se presenten dos hechos: que el matrimonio que se produjo por afinidad se haya disuelto por divorcio y el ex cónyuge viva. Si no se diese alguno de los dos hechos, el matrimonio será válido.

#### 5. El adoptante

Este impedimento tiene su origen en Roma, donde se distinguían hasta tres formas de adopción: la arrogado o adopción de una persona sui juris que no estaba sometida a la patria potestad; la adopción en sentido estricto; la adoptio minus plenu cuyo efecto era otorgar al adoptado la calidad de heredero del adoptante. El impedimento solo afectaba a las dos primeras clases de adopción pues eran las que creaban un vínculo semejante al natural de la filiación (CORNEJO).

Se fundamenta este impedimento en el hecho de que la adopción da vida a una relación familiar llamada civil, la que para efectos legales es igual a la relación fundada por el vínculo de sangre.

El Código Civil de 1936 en su artículo 83 inciso 3) prohibía, además del matrimonio del adoptante con el adoptado, el de uno de ellos con el viudo del otro, y del adoptado con el hijo que sobrevenga al adoptante.

#### 6. El condenado

Este impedimento se funda en razones de moralidad pública.

El homicidio a que se refiere este inciso debe ser doloso, por lo que se excluyen los casos de homicidios culposos o preterintencionales. No se exige que el homicida haya cometido el crimen con la intención de contraer luego matrimonio con el viudo o viuda o si cometieron adulterio o no. Este impedimento incluye al procesado, el cual desaparecerá si al final del proceso es absuelto.

En el Derecho Canónico el impedimento del crimen se refiere también al adulterio; así, quien fue cómplice del adulterio del cónyuge que ha quedado viudo no puede casarse con éste. Esta causal responde a los sentimientos



éticos y morales que imperan en el 'mundo civilizado (ENCICLOPEDIA OMEBA).

El Código Civil de 1936 en su artículo 83 inciso 4) prohibía el matrimonio del condenado como partícipe en la muerte de uno de los cónyuges y del procesado por dicha causa con el sobreviviente, es decir, incluía el hecho doloso, culposo y preterintencional.

## 7. Rapto

En Roma se consideró el rapto como un crimen muy grave, castigándolo con pena de muerte para el raptor. Con Constantino no existía este impedimento, pero se prohibía a los padres de la raptada pactar con el raptor y permitir el matrimonio con él. Posteriormente con Justiniano se consideró el rapto como un impedimento dirimente perpetuo e insalvable, aunque existiese posteriormente el consenso de los padres (CORNEJO).

Este impedimento subsiste mientras exista rapto o retención violenta.

En el caso del Código Civil de 1936 se prohibía el matrimonio del raptor con la raptada mientras aquella se hallaba en su poder (artículo 83 inciso 5); es decir no se ponía en la posibilidad de que el rapto sea hecho por una mujer y que el raptado sea un varón; además, tampoco consideraba el hecho de que exista retención violenta.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo „. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; MESSINEO, Franceso. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo 11, Buenos Aires, Ejea, 1971; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; REBORA, Juan C. Instituciones de la Familia. Buenos Aires, Ediar, 1945-1946; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **MATRIMONIO PROHIBICIONES**

### **ARTICULO 243**

No se permite el matrimonio:

1.- Del tutor o del curador con el menor o el incapaz, durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o cura tela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública. El tutor o curador que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.

2.- Del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que éstos no tienen bienes. La infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos. Esta disposición es aplicable al cónyuge cuyo matrimonio hubiese sido invalidado o disuelto por divorcio, así como al padre o a la madre que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad.

3.- De la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. Esta disposición es aplicable a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado.

Se dispensa el plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por autoridad competente.

La viuda que contravenga la prohibición contenida en este inciso pierde los bienes que hubiera recibido de su marido a título gratuito.

No rige la prohibición para el caso del artículo 333 inciso 5. Es de aplicación a los casos a que se refiere este inciso la presunción de paternidad respecto del nuevo marido.(\*)

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 286, 333 ¡Inc. 5); 361, 441, 539

(\*) Texto del inciso según modificatoria introducida por la Ley N° 27118 de 23-05-99.

### **Comentario**

***Clara Mosquera Vásquez***

Los impedimentos impedientes (impedimenta impediante o prohibentia) son los que impiden la celebración de un matrimonio lícito; sin embargo, si éste se

celebra a pesar de la existencia de este tipo de impedimentos, resultará válido pero será a su vez sancionable aunque de modo distinto de la nulidad.

Los impedimentos impeditivos son los que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio sin provocar la invalidez pero que en caso de contraerse las nupcias, se resuelven en sanciones para los contrayentes. Se les denomina también impedimentos prohibitivos en tanto no afectan presupuestos de validez como acontece con los dirimentes, pues si el matrimonio se celebra el acto es válido, aunque por haber sido irregularmente celebrado conlleva sanciones para los contrayentes (ZANNONI).

Algunos opinan que estos impedimentos pueden determinar la prohibición legal de un matrimonio siempre que para ello se hagan valer antes de su celebración, pero, que luego de efectuado no pueden invocarse para pedir su nulidad (ENCICLOPEDIA OMEBA).

#### 1. Tutor o curador

Esta disposición está inspirada en el Digesto, y se fundamenta en la necesidad de proteger los intereses del menor frente a los posibles intereses de quien ha estado encargado de administrarlos.

Este impedimento fue introducido en el Derecho Romano mediante un Senadoconsulto de Marco Aurelio. En un inicio comprendió solo al tutor y a su pupila pero luego se extendió a los descendientes varones del tutor, a su padre, e hijos adoptivos mientras estuviesen bajo su patria potestad y a los herederos de éstos.

La doctrina señala que el impedimento está fundado en la necesidad de evitar que pendientes las cuentas de la tutela, el tutor pudiese obtener mediante el matrimonio una forma de liquidarlas en condiciones sospechosas (ZANNONI).

Algunos autores opinan que éste es un impedimento relativo temporario pues se prohíbe el matrimonio de quien ejerce la tutela con los que están sometidos a ella, y también de estos últimos con los descendientes legítimos del primero que estén sometidos a su patria potestad; y temporal porque caduca con la terminación de la tutela y la aprobación de las cuentas respectivas (ENCICLOPEDIA OMEBA).

En el Código Civil de 1936 la prohibición alcanzaba a los descendientes, ascendientes, hermanos, cuñados y sobrinos del curador (artículo 84).

#### 2. Viudos y divorciados

La finalidad de esta prohibición es cautelar los bienes pertenecientes a los hijos de los viudos y divorciados, y evitar la confusión de patrimonios.

El antecedente de este artículo está en el artículo 86 del Código Civil de 1936.

#### 3. Viuda y divorciada

Conocido también como inobservancia del luto por viudez, consiste en la obligación en la mujer de abstenerse de realizar nuevo matrimonio, con la finalidad de evitar la perturbación sanguínea o turbado sanguíneo, la que conduce a la incertidumbre sobre la paternidad de la persona que pueda nacer; así, si a la mujer se le permitiera casarse de nuevo antes de los 300 días señalados por la ley, podría plantearse el problema de saber quién es el padre del hijo.

La finalidad de esta prohibición temporal busca evitar una posible confusión de la filiación de los hijos que vayan a nacer del segundo matrimonio de una viuda celebrado inmediatamente después de su viudez.

Hasta antes de la modificación de este inciso hecha por la Ley NQ 27118, no se admitía prueba alguna que permitiese a una mujer contraer matrimonio antes de vencido el plazo de 300 días. Ahora se puede dispensar de dicho plazo a la mujer que acredita no hallarse embarazada mediante certificado médico expedido por autoridad competente.

El antecedente de este artículo es el artículo 85 del Código Civil de 1936. En el caso de las mujeres cuyos matrimonios fueron declarados nulos o fueron disueltos por divorcio, el plazo se contaba desde que quedó ejecutoriada la sentencia.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo 11, Buenos Aires, Ejea, 1971; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; REBORA, Juan C. Instituciones de la Familia. Buenos Aires, Ediar, 1945-1946; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **REQUISITOS PARA MATRIMONIO ENTRE MENORES DE EDAD**

### **ARTICULO 244**

Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.

A falta o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro.

A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento.

A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores, respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.

Los hijos extramatrimoniales sólo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquéllos hubiesen reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna.

### **CONCORDANCIAS**

c.c. arts. 44 inc. 1); 46, 245, 246, 247, 421  
C.N.A.arts. 113, 114

### **Comentario**

***Clara Mosquera Vásquez***

Nuestro Código permite que en forma excepcional puedan contraer matrimonio quienes aún no alcancen la mayoría de edad, es decir, quienes están privados de la capacidad de ejercicio.

Debido a que el matrimonio es un paso decisivo para muchas personas, y más aún si se trata de menores, éstos deben estar protegidos por sus padres, u otras personas a quienes les interese la nueva situación de los contrayentes, por lo que la ley establece como requisito para el matrimonio de menores el consentimiento de los padres, con lo que se busca la participación de quienes tienen mayor interés en la felicidad de los contrayentes.

Este requisito tiene un doble fundamento (CORNEJO):

- la protección del menor contra sus impulsos.
- Hacer posible la vigilancia de la familia.

En cuanto al disentimiento de los padres, existen dos teorías (CORNEJO):

a) quienes creen que se debe favorecer el matrimonio del menor, por lo que en caso de disenso debe prevalecer la opinión afirmativa y considerarse que se ha dado el asentimiento exigido por la ley.

b) quienes creen que por ser el matrimonio un hecho trascendente, lo es demasiado para que lo contraiga un menor contraviniendo la opinión de uno de sus padres, por lo que el disenso debe equivaler a la negativa.

Nuestra legislación ha adoptado la primera teoría, pues se señala que la discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.

En caso de que falte uno de los progenitores, o adolezca de incapacidad absoluta o haya sido destituido del ejercicio de la patria potestad, se requiere solamente el consentimiento del otro.

Si faltan ambos padres, el consentimiento lo deben prestar los abuelos y las abuelas. Sobre este punto el Código Civil de 1936 en su artículo 90 establecía que a falta de padres el consentimiento debía ser prestado por los ascendientes más próximos sin distinción de línea ni de sexo, lo cual era exagerado pues se requería del consentimiento de familiares bastante alejados a quienes incluso por la misma lejanía podía no importarles el matrimonio del menor.

En caso de faltar los abuelos y abuelas, corresponde al juez otorgar o negar la licencia para el matrimonio. El Código de 1936 señalaba que a falta de ascendientes correspondía al consejo de familia prestar el consentimiento (artículo 91), pero en este aspecto fue modificado pues el consejo de familia es un organismo lento, lo cual puede ser perjudicial para los jóvenes contrayentes. El juez tiene la misma facultad para otorgar o negar la licencia para el matrimonio en el caso de los expósitos o menores abandonados o que estén bajo jurisdicción especial. El Código Civil de 1936 en su artículo 93 confería esta facultad a los administradores de los establecimientos especiales donde se encontraban albergados.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, el asentimiento corresponde al progenitor que lo ha reconocido o a los abuelos paternos o maternos dependiendo de quien hizo el reconocimiento.

El Código Civil de 1936, que diferenciaba entre hijos legítimos e ilegítimos, señalaba en su artículo 95 que estos últimos no estaban obligados a acreditar el consentimiento que correspondía a la línea paterna cuando el padre no los hubiera reconocido voluntariamente. Además, el consentimiento debía constar por instrumento público y podía ser revocado hasta el momento de la celebración del matrimonio (artículo 96).

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; MESSINEO, Francesa. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo 11, Buenos Aires, Ejea, 1971; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; REBORA, Juan C. Instituciones de la Familia. Buenos Aires, Ediar, 1945-1946; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **NEGATIVA DE ASENTIMIENTO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA**

### **ARTICULO 245**

La negativa de los padres o ascendientes a otorgar el asentimiento no requiere fundamentación. Contra esta negativa no hay recurso alguno.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 244, 246, 247

### **Comentario**

*Clara Mosquera Vásquez*

En el caso de que los padres o los ascendientes negaren el consentimiento para el matrimonio del menor, no están obligados a fundamentar su negativa, y contra ésta no puede interponerse ningún recurso.

El derecho adopta esta posición en razón de que por ser los padres los principales interesados en la felicidad de sus hijos, su opinión adversa es definitiva, por lo que no requiere ser motivada, pues puede estar fundada en una convicción moral.

Por otro lado, generalmente los matrimonios de menores, quienes no han alcanzado aún la madurez psicológica como para llevar adelante un matrimonio con todas las cargas que éste implica, tienden a terminar prematuramente. Otro aspecto que incide en forma negativa al matrimonio de menores es que la mayor de las veces no cuentan con independencia económica.

Finalmente, si la opinión de los padres no es acertada no se perjudicará en forma irreparable al menor, quien tan solo deberá esperar a que transcurra el tiempo a fin de alcanzar su mayoría de edad, lo que le permitirá además alcanzar la suficiente madurez para decidir por sí mismo tomar o no la determinación de casarse.

El Código Civil de 1936 en su artículo 97 señalaba que contra el disenso de los padres y demás ascendientes no se daba recurso alguno.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar



Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo 11, Buenos Aires, Ejea, 1971; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; REBORA, Juan C. Instituciones de la Familia. Buenos Aires, Ediar, 1945-1946; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 1/, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **RESOLUCIÓN JUDICIAL DENEGATORIA**

### **ARTICULO 246**

La resolución judicial denegatoria a que se refiere el artículo 244 debe ser fundamentada y contra ella procede el recurso de apelación en ambos efectos.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 244, 245  
C.N.A. arto 113

### **Comentario**

***Clara Mosquera Vásquez***

Al no tener el juez el mismo interés que los progenitores en el matrimonio de menores, la ley le exige que la resolución denegatoria debe ser fundamentada. Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos.

La obligación del juez de fundamentar la resolución que deniega la autorización del matrimonio de un menor está en concordancia con el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política, que señala que es un principio y un derecho de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta.

La vulneración de esta garantía es causal de nulidad. Solo en la Segunda Instancia se pueden reproducir los fundamentos de la resolución de primera instancia, tal como lo dispone el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La facultad de apelar contra la resolución judicial tiene su fundamento en el artículo 139 inciso 6) de la Constitución Política que señala que es un principio y un derecho de la función jurisdiccional la pluralidad de instancia, el cual también es recogido por el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que señala que el proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

El antecedente de este artículo está en el artículo 99 del Código Civil de 1936, y en el artículo 151 del Código Civil de 1852.

El Código Civil de 1936 señalaba que en el caso de negativa del consejo de familia, los menores podían solicitar licencia judicial, dictándose la sentencia sin expresión de fundamentos, no pudiendo la misma ser apelada.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984.

Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; MESSINEO, Francesa. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo 11, Buenos Aires, Ejea, 1971; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; REBORA, Juan C. Instituciones de la Familia. Buenos Aires, Ediar, 1945-1946; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **MATRIMONIO DE MENORES SIN ASENTIMIENTO**

### **ARTICULO 247**

El menor que se casa sin el asentimiento a que se refieren los artículos 244 y 245 no goza de la posesión, administración, usufructo ni de la facultad de gravamen o disposición de sus bienes, hasta que alcance la mayoría.

El funcionario del registro del estado civil ante quien se celebró el casamiento sufrirá una multa no menor a diez sueldos mínimos vitales mensuales del lugar que corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 244, 245, 423 inc. 8)

### **Comentario**

*Clara Mosquera Vásquez*

Este artículo establece las sanciones aplicables tanto al menor que se case sin el requisito del consentimiento señalado por ley, como al registrador que lo case a pesar de ello.

Si pese a las limitaciones existentes para al matrimonio de menores, alguno se casase sin el consentimiento exigido por ley, se le sanciona privándolo de la posesión, administración, usufructo, la facultad de gravamen o disposición de sus bienes hasta que alcance la mayoría de edad.

En cuanto al registrador civil que realizó el matrimonio del menor sin las exigencias establecidas por la ley, será sancionado con una multa no menor de 10 sueldos mínimos vitales mensuales, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le pueda incumbir.

El Código Civil de 1936 en su artículo 100 establecía que el menor que se casase sin obtener el consentimiento requerido, no podía gozar de la posesión y administración de sus bienes hasta que sea mayor de edad; fijando el juez la pensión alimenticia que le corresponda en vista a su nuevo estado.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A.

Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; MESSINEO, Francesa. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo 11, Buenos Aires, Ejea, 1971; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; REBORA, Juan C. Instituciones de la Familia. Buenos Aires, Ediar, 1945-1946; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

# **CAPITULO TERCERO**

## **CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**

### **FORMALIDADES Y REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO**

#### **ARTICULO 248**

Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.

Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el artículo 241, inciso 2. y 243 inciso 3., o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.

Acompañarán también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.

Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos. (\*)

#### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 234, 241 inc. 2), 243inc. 3), 244, 249, 250, 251, 252,259, 274 incs. 8) y 9), 277 incs. 1),2) Y 8), 2075, 2076

C.P. arts. 141, 142

#### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo***

De acuerdo al modelo seguido por la legislación peruana, el matrimonio no solo es la institución natural y fundamental de la sociedad y del Derecho Familiar, del cual se desprenden todas las demás relaciones, deberes y derechos que surgen como consecuencia de la unión legal y voluntariamente concertada entre varón y mujer; sino que desde el punto de vista técnico es sin lugar a

dudas un acto jurídico, en los términos a que se contrae el artículo 140 del Código Civil.

En efecto, el matrimonio supone la existencia de la manifestación de voluntad de los contrayentes destinada a crear una relación jurídica, requiriendo para su validez la capacidad de los agentes, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad.

El matrimonio como acto jurídico es, además, uno de los que importa el cumplimiento y observancia de las mayores formalidades que el sistema ha creado para dotarlo de validez, pudiendo dichas formalidades ser consideradas como de carácter *ad solemnitatem*, pues ello se desprende de una interpretación sistemática de las normas contenidas en los artículos 144, 248 ss. y 274 inc. 8) del Código Civil.

Si bien la Constitución declara la promoción del matrimonio (artículo 4, Const.) y, por consiguiente, se estima que los trámites legales y administrativos deberían ser simples para hacerlo posible, existe la consideración de que se trata de la creación de una de las relaciones jurídicas de mayor importancia legal y social, supuestamente permanente; razón por la cual el Código Civil no puede dejar de exigir ciertos requisitos mínimos de cumplimiento obligatorio por los pretendientes cuya observancia puede llegar a ser engorrosa u onerosa, aun cuando en casos extremos se permitan ciertas exoneraciones.

Los requisitos para la celebración del matrimonio civil, enunciados en el artículo bajo comentario, tienen su inspiración en el Derecho Canónico, habiéndose seguido durante el transcurso del tiempo las costumbres y formalidades que el matrimonio religioso obligaba a cumplir.

Desde luego que la diferencia esencial respecto de épocas pasadas, y que constituye uno de los cambios de mayor relevancia, tiene que ver con la autoridad ante quien se celebra el matrimonio civil. Este acto, antiguamente, se celebraba ante el párroco o autoridad religiosa, y actualmente se realiza ante una autoridad civil: el alcalde del distrito o provincia correspondiente. En ese sentido, se ha afirmado que "las formas que las nuevas leyes han adoptado para la celebración del matrimonio no difieren esencialmente de las antiguas, sino en que, en lugar del sacerdote que en otro tiempo era el ministro necesario, es [ahora] un oficial civil quien está encargado de dirigir la ejecución (DE BERNARDI, citado por VALVERDE).

En su momento fue materia de una amplia discusión la legalidad del matrimonio celebrado ante párroco religioso. También se estudió la posibilidad de que el matrimonio sea celebrado ante autoridad judicial (el juez civil), por ser éste quien conoce las normas legales y tiene la potestad de hacerlas cumplir, tal como fluye de la Exposición de Motivos del artículo 101 del Código Civil de 1936, posición defendida por Solf y Muro en base a las consideraciones expuestas por Francisco García Calderón en su Diccionario de Legislación Peruana, manifestando inclusive que los alcaldes son funcionarios que no tienen superior que los controle desde que las municipalidades son autónomas, en cambio los jueces están bajo el control de las altas autoridades del Poder Judicial.

Sin embargo, luego de un amplio debate, se consideró conveniente establecer la figura del alcalde como la autoridad que diera fe de la celebración del matrimonio y de esta manera aminorar la pesada carga judicial. Así es como ha sido recogido en el primer párrafo del artículo 248 del Código Civil bajo comentario, que sigue la misma línea de su antecedente, el artículo 101 del Código de 1936.

No obstante lo expresado anteriormente, en relación a la autoridad competente para celebrar el matrimonio civil, cabe precisar que existen algunos supuestos excepcionales en los cuales, por permisión legal, no es la propia persona del alcalde quien celebra el matrimonio, sino persona o autoridad distinta. Así, tenemos los siguientes casos:

- a) Ante un regidor del Concejo o un funcionario municipal determinado, por delegación que puede efectuar el alcalde en estas personas (artículo 260, primer párrafo).
- b) Ante un director o jefe de hospital o establecimiento análogo, también por delegación del alcalde en estas personas (artículo 260, primer párrafo).
- c) Ante el párroco o el ordinario del lugar, igualmente por delegación que puede efectuar el alcalde en estas personas (artículo 260, segundo párrafo).
- d) Ante un comité especial, en las comunidades campesinas o nativas; comité que estará constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad (artículo 262).
- e) Ante el jefe del Registro del Estado Civil, en las capitales de provincia donde dicho Registro se encuentre a cargo de funcionarios especiales (artículo 263).
- f) Ante el párroco o autoridad sacerdotal, en caso que alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte (artículo 268).

Nuestra legislación distingue la nulidad de la anulabilidad del matrimonio por haber sido celebrado ante funcionario incompetente, a partir de considerar la actuación de buena o mala fe de los contrayentes; esto es, si los contrayentes conocían o no la incompetencia del funcionario. En ese sentido, la ley civil sanciona con nulidad el matrimonio celebrado ante funcionario incompetente si ambos contrayentes han actuado de mala fe (artículo 274 inc. 9); mientras que dispone solo la anulabilidad del matrimonio celebrado ante funcionario incompetente cuando los contrayentes han actuado, ambos, o por lo menos uno, de buena fe (artículo 277 inc. 8) (PLÁCIDO).

De otro lado, en cuanto a las formalidades del matrimonio propiamente dichas, a que se contrae el artículo 248 del Código Civil, es pertinente mencionar que las mismas pueden ser clasificadas cuando menos en dos categorías: las formalidades de carácter general y las formalidades de carácter especial:



a) Formalidades de carácter general.- A éstas se refieren el segundo y el cuarto párrafos del artículo 248, y son exigibles a todos los contrayentes en general. Tales son:

- i) la copia certificada de las partidas de nacimiento de ambos;
- ii) la prueba del domicilio igualmente de los dos contrayentes;
- iii) el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que los contrayentes no padecen enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole, o la declaración jurada de no tener tal impedimento si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, y
- iv) la presentación de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes por lo menos desde tres años antes, debiendo declarar bajo juramento acerca de si existe o no algún impedimento; dejándose constancia de que son dos testigos por cada pretendiente, aun cuando los mismos testigos pueden ser de ambos.

El primer y segundo requisitos no merecen mayor comentario, pues están destinados a acreditar la identificación de los contrayentes y su mayoría de edad, así como su domicilio para efectos de determinar la competencia del alcalde.

Cabe agregar, sin embargo, en relación al primer requisito, que la norma no menciona la presentación del documento de identidad, que es actualmente el D.N.I. (Documento Nacional de Identidad), pero la práctica ha impuesto que éste sea presentado como requisito inexcusable.

Y, en cuanto al segundo requisito, la norma se refiere simplemente al domicilio, sin entrar en consideración alguna respecto de los casos singulares de domicilio a que se refiere el Código Civil en los artículos 34 (domicilio especial), 35 (domicilio plural), 38 (domicilio de funcionarios públicos y de residentes temporales en el extranjero), y 41 (domicilio de persona que no tiene residencia habitual). La falta de precisión de la norma puede dar lugar a no pocas controversias con respecto al lugar legalmente correspondiente para la celebración del matrimonio en función al domicilio de los contrayentes.

En cuanto al tercer requisito, la norma -por la remisión que hace al artículo 241 inc. 2) alude al certificado médico que acredite que los contrayentes no padecen de enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole. Al respecto, cabe señalar que la Ley NQ 25275 de 24 de julio de 1990 establecía como requisito obligatorio para contraer matrimonio civil, el examen serológico del SIDA, salvo que en el lugar no hubiera servicio médico oficial (artículo 4); sin embargo, esta norma fue derogada por la Ley NQ 26626 de 20 de junio de 1996, en cuyo texto no se contempla ya este requisito.

No obstante, se puede considerar que probablemente en base al texto modificado del inc. 8) del artículo 333 (según Ley NQ 27495 de 7 de julio de 2001) -aunque referido a la causal de separación o divorcio basada en la enfermedad grave de transmisión sexual- actualmente se siga exigiendo como

un requisito para contraer matrimonio que el certificado médico no solo se refiera a la enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia como manda el artículo 248, sino también y básicamente a la enfermedad grave de transmisión sexual; exigencia que puede fundamentarse en la norma citada.

Es así que se exige a los contrayentes que se sometan a la respectiva prueba serológica para acreditar que no padecen de SIDA. Esto es, en buena cuenta, lo que exigen las municipalidades hoy en día, pues en la práctica no es común, por ejemplo, que el certificado médico acredite la ausencia de enfermedad transmisible por herencia y menos aún de vicio que constituya peligro para la prole.

Otro aspecto de este requisito es el relativo al plazo máximo de treinta días de antigüedad del referido certificado médico, cuyo cómputo no se precisa; es decir, no se especifica si son treinta días anteriores a la apertura del expediente, a la culminación del mismo cuando queda completo, o a la celebración de la ceremonia de matrimonio civil.

Teniendo en cuenta que la celebración del matrimonio supone todo un procedimiento administrativo, es probable que desde la formación del expediente hasta la celebración de la ceremonia de matrimonio civil propiamente dicho transcurra un tiempo considerable (más de treinta días o varios meses, incluso puede suceder que dicho periodo se alargue si hay oposición y ésta es declarada infundada); de modo que mientras el matrimonio civil no se consuma, resulta obrando en el expediente respectivo un certificado médico de muchos meses de antigüedad.

En nuestra opinión, para efectos de cumplir la finalidad de la norma, de garantizar que los contrayentes no están impedidos de casarse por razones de salud, es necesario presentar el certificado en oportunidad lo más cercana posible a la fecha de la ceremonia matrimonial (o sea que el cómputo ha de hacerse en referencia a esta fecha) y si ha mediado oposición u otro evento que ha distendido los plazos, dicho documento debe ser renovado.

Por último, en cuanto a este punto, consideramos que la parte pertinente de la norma que regula el requisito del certificado médico adolece de una debilidad que, aunque puede entenderse las razones de su flexibilidad, resulta incoherente con la finalidad de la misma norma. En efecto la ley permite exonerar, o mejor dicho reemplazar la presentación del mencionado documento, en caso no hubiere servicio médico oficial y gratuito en el lugar, en cuyo caso bastará una declaración jurada de los contrayentes de no estar incurso en el impedimento establecido en el artículo 241 inc. 2) del Código.

Al respecto cabe señalar que en nuestro medio las declaraciones juradas no solo están desacreditadas, sino que además aquellas no prueban nada y, por lo tanto, no pueden sustituir razonablemente al certificado que tiene un fin muy concreto y de suma importancia en cuanto al estado de salud de los pretendientes. La declaración de los mismos no es ni puede ser prueba de que conozcan con certeza su estado de salud. El Estado apunta a la realización íntegra de la familia, a la cual protege por mandato constitucional, por lo que debe cuidar que por omisión del aludido requisito no se descubra tiempo

después de la celebración del matrimonio, enfermedades crónicas, contagiosas o transmisibles en uno de los cónyuges o ya transmitidas a su pareja, y quizá también a sus descendientes.

Además puede ocurrir que uno de los cónyuges desconozca su enfermedad o conociéndola evite hacerla pública, declarando bajo juramento no estar incurso en tal impedimento, de tal suerte que el matrimonio se llevará a cabo, y las consecuencias para la pareja, la prole y la sociedad serán muy graves, independientemente de que eventualmente el matrimonio sea declarado nulo por aplicación de la causal establecida en el artículo 274 inc. 8).

b) Formalidades de carácter especial.- A éstas se refiere el tercer párrafo del artículo 248 y, en un caso, también el segundo párrafo. Son exigibles para los casos particulares siguientes:

- i) para el caso de mujeres viudas o divorciadas, el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no se encuentran embarazadas o, en defecto de este documento, la declaración jurada de la contrayente si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito. La exigencia del certificado médico para estos casos no estaba prevista en el texto original del artículo 248, sino que fue incorporada por la modificatoria efectuada a este artículo por la Ley NQ 27118 de 23 de mayo de 1999. Hacemos extensivo para este caso, los comentarios críticos y las observaciones formuladas anteriormente, al tratar el tema del certificado médico como formalidad de carácter general.
- ii) para el caso de personas viudas, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior;
- iii) para el caso de personas divorciadas o cuyo matrimonio ha sido invalidado, copia certificada de la sentencia de divorcio o de invalidación, según el caso;
- iv) para el caso de extranjeros, el certificado consular de soltería o viudez;
- v) para el caso de menores de edad, la dispensa judicial, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes, o la licencia judicial supletoria; y
- vi) para el caso de parientes entre quienes a pesar del vínculo el matrimonio les es permitido (tercer grado), la dispensa judicial correspondiente.

Está claro que las personas que deben cumplir estos requisitos especiales en sus respectivos casos, deberán observar también las formalidades generales antes mencionadas en el literal a).

Es pertinente mencionar que el matrimonio consta de cuatro elementos estructurales o condiciones esenciales: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración (PLÁCIDO).

Este último elemento relacionado con el aspecto formal, a su turno y como se dijo antes, da lugar a que la celebración del matrimonio civil constituya un auténtico procedimiento administrativo, en el cual pueden distinguirse cuatro etapas o momentos (CORNEJO):

- i) la declaración del proyecto matrimonial y la comprobación de la capacidad de los contrayentes, que se inicia con la apertura del expediente a propósito de la declaración oral o por escrito (artículo 248, primer párrafo) que realizan ambos ante el alcalde o funcionario delegado si es el caso.

Por lo general se estila hacer la declaración oral que da origen a un acta, la misma que es firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos (artículo 248, último párrafo). No es usual la declaración por escrito, pero si se da, ésta reemplazaría al acta con la que se inicia el expediente (CORNEJO).

Cabe señalar que esta declaración, por sí misma, no genera efectos vinculantes, pues no es propiamente el consentimiento de casamiento que se da recién en la última etapa, en la ceremonia; de tal modo que ambos contrayentes o uno de ellos podrían desistirse de la celebración del matrimonio y como aún no están legalmente casados en realidad no pasaría nada, salvo que, de ser el caso, se pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 240 sobre ruptura de la promesa esponsalicia, con todas las consecuencias que ello genera.

En la práctica no se exige que los documentos a que se contrae el artículo 248 se presenten todos juntos en un solo acto, sino que la formación del expediente es progresiva, conforme los pretendientes vayan reuniendo dicha documentación. Cumplido esto y verificada, a partir de los documentos presentados, la capacidad y aptitud legal de los contrayentes, se procede a la siguiente etapa.

- ii) la publicación del proyecto mediante el aviso matrimonial a que se refieren los artículos 250 y 251 del Código Civil, salvo el caso de dispensa regulado en el artículo 252. En esta etapa se puede formular la oposición en los términos establecidos en los artículos 253 a 257;
- iii) la declaración de capacidad regulada en el artículo 258, por la cual el alcalde declara a los contrayentes legalmente aptos para casarse; y
- iv) la realización de la ceremonia de matrimonio civil, que es el acto último en el cual los pretendientes van a declarar su voluntad de casarse (artículo 259); esta declaración del consentimiento es el acto principal y fundamental sin el cual no podría haber matrimonio válido.

Por último, es pertinente referirse a dos temas relacionados con el artículo bajo comentario: uno el papel de las agencias matrimoniales y otro los matrimonios masivos.

Sobre el primer tema es importante destacar el rol de las denominadas "agencias matrimoniales" o de "corretaje matrimonial", actualmente muy en boga, incluso vía internet con motivo de la evolución en tecnología de la información. El corretaje matrimonial supone la actividad de personas o empresas que median entre quienes desean contraer matrimonio, pudiendo ser esta mediación de dos formas (PLÁCIDO):

- La primera es a través de un mero acercamiento de personas que desean contraer matrimonio, en cuyo caso la agencia recibe una retribución solo por lograr dicho acercamiento, siendo que el matrimonio puede o no realizarse, y si se realiza lo es por voluntad propia de los interesados. En ese sentido, esta forma de mediación no tendría por que ser objetable, ya que es coherente con la promoción del matrimonio que incluso está consagrada constitucionalmente.

- La segunda forma consiste en la actividad de la agencia destinada a inducir o presionar a los interesados, mediante incentivos o promesas, a que se celebre el matrimonio, en cuyo caso la retribución depende de dicho resultado. Esta forma de mediación es objetable porque supone acciones inductivas que de hecho influyen sobre la voluntad de los interesados a tal punto que no se puede afirmar que, si se casan, hayan expresado un consentimiento puro que responda a su verdadero querer, pudiendo generar futuros conflictos y perjuicios a la pareja.

Por otro lado, en cuanto al matrimonio civil masivo, la doctrina ha acusado la precariedad de este tipo de acto, pues no solo no está regulado por el Código Civil o por otra norma del sistema, sino que además en ellos se prescinde de algunas formalidades que la ley señala como obligatorias. Si bien las omisiones formales pueden ser subsanadas, en muchos casos las personas que se acogen a la convocatoria del municipio, no cumplen luego con subsanar los posibles incumplimientos de requisitos formales, por lo que el matrimonio ya celebrado queda expuesto a una eventual acción de nulidad. Por esta razón se ha sugerido que la regulación del matrimonio civil masivo sea incorporada de inmediato al Código Civil, uniformizando criterios y exigencias comunes para todas las municipalidades con el objeto de evitar contradicciones y arbitrariedades, que es lo que viene sucediendo actualmente (PLÁCIDO).

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 2 Tomos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Buenos Aires, Ediar S.A. Editores, 1947; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.

Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; FERNANDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **DISPENSA JUDICIAL PARA LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS**

### **ARTICULO 249**

El juez de primera instancia puede dispensar a los pretendientes de la obligación de presentar algunos documentos, cuando sean de muy difícil o imposible obtención.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. art.248

C,C Art. ~9 y sgs

### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo***

Los requisitos formales de cumplimiento obligatorio para celebrar el matrimonio están enunciados en el artículo 248 del Código Civil. Por regla general es obligatoria la observancia de dichos requisitos por todas las personas que deseen contraer matrimonio, aun cuando el propio artículo 248 establece una excepción para el caso del certificado médico que puede ser reemplazado por la declaración jurada de los pretendientes en caso que en el lugar de celebración del acto no exista servicio médico oficial y gratuito.

Aparte de ese caso, el artículo 249 establece un régimen de excepción en los mismos términos en que lo hacía el artículo 102 del Código Civil anterior, al contemplar la posibilidad de que los pretendientes estén autorizados para no presentar algunos documentos en el expediente matrimonial; autorización que debe emanar del juez. La norma sin duda se pone en el caso de circunstancias particulares en las que los pretendientes no tienen la posibilidad material de obtener ciertos documentos o de cumplir algunas obligaciones requeridas para la celebración del matrimonio, pero a pesar de ello no quiere tornar irrealizable el matrimonio (CORNEJO). En estos casos, la autoridad judicial se abocará a certificar por medios alternos tal imposibilidad y a otorgar la dispensa del caso, cuidando de no ser sorprendida por personas que actúen de mala fe.

La fórmula de la norma contenida en el artículo 249 es, sin embargo, bastante amplia, por lo que su aplicación al caso concreto debe manejarse con sumo celo y cuidado a fin de evitar que se convierta en una puerta de escape para evadir formalidades obligatorias relacionadas con la celebración del acto matrimonial.

En efecto, la norma en referencia alude a la dispensa de presentar "algunos" documentos, con lo que se entiende que puede ser cualquiera de los mencionados en el artículo 248, pero no todos, lo que constituiría un exceso. Además, tal dispensa no debe ser autorizada en forma arbitraria o flexible, sino solo cuando los documentos o el cumplimiento de las formalidades sea de "muy difícil" o "imposible" obtención o realización.

En otras palabras, la autoridad deberá exigir una justificación razonable de las omisiones formales, las cuales deberán ser fundadas o evidentes. El problema que puede surgir con la norma es en el caso de las situaciones "muy difíciles" que podrían argumentarse, por ejemplo cuando un contrayente pretende obtener dispensa de presentar su partida de nacimiento aduciendo que está afincado desde su niñez en la capital y su lugar de nacimiento es un pueblo o localidad sumamente lejana que no conoce y en la cual no tiene parientes ni conocidos, y además no se trata de un lugar de fácil acceso por su ubicación y por las limitaciones de vías y de transporte, por lo que le resultaría absolutamente difícil desplazarse hasta dicho lugar para obtener su partida. Cabría preguntarse si en un caso como éste procede la dispensa judicial. A nuestro parecer se trata de un criterio bastante subjetivo, no pudiéndose determinar con precisión qué se entiende por algo "muy difícil"; por lo que el juez habrá de evaluar en cada petición particular los hechos y circunstancias de la solicitud, pues puede el pretendiente estar intentando librarse de obtener el documento solicitado acudiendo a las oficinas públicas que se encuentran a su servicio.

Distinto es el caso de las situaciones que hacen "imposible" la obtención de documentos o el cumplimiento de formalidades. Aquí rigen criterios más objetivos y de posible acreditación; por ejemplo cuando un contrayente solicita la dispensa de presentar su partida de nacimiento bajo el argumento de que los archivos del Registro de Estado Civil han desaparecido o se han destruido a causa de un evento catastrófico, fortuito o de fuerza mayor.

Cualquiera que sea el caso, la petición de dispensa judicial para la presentación de documentos se tramita en la vía del proceso no contencioso regulado por el Código Procesal Civil (artículo 749 y ss.), conforme lo dispone la 6ª disposición final de dicho Código adjetivo. Seguido el procedimiento conforme a las reglas que lo regulan, el juez deberá resolver otorgando o denegando la mencionada dispensa.

Está claro que probada la veracidad de la dificultad o imposibilidad para la obtención de los documentos, no se pondrá mayores obstáculos a la celebración del matrimonio, pero la autoridad deberá mantenerse atenta a las posibles oposiciones o impedimentos presentados por terceros luego de la publicación del aviso matrimonial.

Cabe agregar que, en lo que respecta a la dispensa judicial de presentación de documentos obligatorios, si bien la ley invita a la celebración del matrimonio, no por ello debe asumirse una actitud excesivamente flexible que suponga descuidar la vigilancia del cumplimiento de obligaciones formales que deben asumir los pretendientes, testigos y funcionarios responsables de la preparación y celebración del matrimonio. La flexibilidad de la Administración Pública puede ser mal empleada por pretendientes que no reúnen los requisitos legales necesarios para acceder al matrimonio, lo que traerá como consecuencia la eventual nulidad del acto matrimonial.

Por otro lado, se ha discutido que la dispensa de documentos sea otorgada por el juez civil y no por el alcalde, pues si a éste le compete la celebración del matrimonio, entonces debe corresponderle también resolver sobre la dispensa



de presentación de algunos documentos. Al respecto, el Proyecto de Reforma del Código Civil de 7 de enero de 1995, al referirse al presente artículo propuso la siguiente redacción: "El alcalde puede dispensar a los pretendientes de la obligación de presentar algunos documentos cuando sean de muy difícil o imposible obtención" (PLACIDO).

Parece razonable la propuesta expresada en el artículo tentativo transcrito líneas arriba, pues, en efecto, el alcalde es la autoridad administrativa que conoce el procedimiento de celebración de matrimonio, y en ese entendido quién mejor que él para resolver la dispensa de documentos en casos de muy difícil o imposible obtención. Además, la recargada labor del Poder Judicial en el momento actual impide que el juez civil resuelva de inmediato esta solicitud, de modo que solo se podrá obtener la dispensa después de varios meses de engorroso trámite.

En el Perú existe la tendencia saludable de descargar al Poder Judicial de labores que pueden ser bien realizadas por otros entes administrativos o similares, como ha ocurrido hace algunos años con determinados procesos no contenciosos cuya tramitación ha sido también encargada a los notarios públicos, a elección de los interesados. Lo propio ha ocurrido en diversos ámbitos y sectores con la creación de instituciones especializadas para la solución de conflictos sobre determinadas materias (INDECOPI, OSIPTEL, OSINERG, SUNASS, OSITRAN).

No se puede, pues, seguir dando más trabajo y recargando al órgano de administración de justicia en temas que pueden ser tramitados y resueltos por autoridades probas distintas al Poder Judicial. En último caso, si la ley no considera que el alcalde sea competente para resolver este delicado asunto, podría evaluarse la posibilidad de otorgar competencia expresa al notario público para que se encargue de pronunciarse sobre la dispensa de que trata la norma bajo comentario.

A mayor abundamiento sobre este último punto, cabe agregar que la dispensa de publicación del aviso matrimonial de que trata el artículo 252 sí corresponde otorgarla al alcalde. Dicha norma, en materia de competencia relativa a dispensas, difiere de la del artículo 249. En efecto, según el artículo 249 la dispensa de presentación de documentos la debe otorgar el juez en lo civil, mientras que conforme al artículo 252 la dispensa de publicación del aviso matrimonial la debe otorgar el alcalde.

No hay razón para que una y otra sean concedidas por autoridades distintas, pues ambas se refieren a formalidades igualmente trascendentes. A nuestro modo de ver y por las razones expuestas, no hay inconveniente para que tales dispensas las resuelva el alcalde.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-

SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **AVISO MATRIMONIAL**

### **ARTICULO 250**

El alcalde anunciará el matrimonio proyectado, por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por periódico, donde lo hubiere. En la circunscripción que no exista periódico, el aviso se efectuará a través de la emisora radial de la respectiva localidad que elijan los contrayentes, o de la más cercana a su localidad; debiendo entregarse el texto publicado, con la firma y libreta electoral del responsable de la emisora radial, al jefe de los Registros Civiles.

El aviso consignará el nombre, nacionalidad, edad, profesión, ocupación u oficio, domicilio de los contrayentes, el lugar donde será celebrado el matrimonio y la advertencia de que todo el que conozca la existencia de algún impedimento debe denunciarlo. (\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley N° 26205 de 2-07-93.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 25, 33, 251, 252, 256, 269

C.P. art. 141

### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo  
Jorge Echeandía Cevallos***

La publicidad de los actos jurídicos hace posible que los mismos sean conocidos por los terceros y, en caso que un acto afecte sus derechos o intereses en forma directa o indirecta, éstos tengan la posibilidad de ejercer las acciones que correspondan según ley.

En el caso particular de la celebración del matrimonio, la publicidad del proyecto matrimonial a través del respectivo aviso a que se contraen los artículos 250 y 251 del Código Civil, viene a ser también un requisito formal de cumplimiento obligatorio, salvo el caso de dispensa regulado en el artículo 252.

En efecto, dentro del procedimiento administrativo previo a la ceremonia del matrimonio civil, la publicidad es la siguiente etapa que los contrayentes deben observar una vez que han cumplido con adjuntar los documentos exigidos por el numeral 248.

La finalidad de dar a conocer al público el proyecto matrimonial mediante el aviso es, como resulta obvio, permitir a terceros la formulación de oposición al matrimonio, conforme a los artículos 253 a 257 del Código Civil, en caso conocieran y acreditaran la existencia de una causal o impedimento de los pretendientes o de alguno de ellos.

La obligación de publicar el aviso matrimonial tiene su origen en el Derecho Canónico. El Concilio de Trento, con motivo de buscar una solución al problema -aún vigente- de la existencia de matrimonios clandestinos, acordó que se debía publicar el aviso de matrimonio en la puerta de la Iglesia de la ciudad, donde todos los feligreses se enterarían del hecho que con orgullo celebrarían los pretendientes.

Con la publicación del aviso matrimonial se pone en conocimiento público la decisión de los contrayentes de celebrar el acto de matrimonio, por lo que debe consignarse la advertencia de que todo aquel que conozca la existencia de algún impedimento debe denunciarlo. Así, esta norma tiene por finalidad evitar cualquier posibilidad de burlar la ley, poniendo en conocimiento de la ciudadanía el hecho que va a acontecer.

La norma bajo comentario alude en realidad a dos publicaciones del aviso matrimonial. Una durante un periodo de ocho días en un lugar (visible) de la oficina de la municipalidad donde se celebrará el matrimonio. El tiempo de publicación aparentemente podría resultar suficiente para que algún interesado tome conocimiento y eventualmente interponga las acciones correspondientes; empero, como quiera que la norma no especifica si los ocho días son hábiles o inhábiles, deben aplicarse las reglas generales contenidas en el artículo 183 inc. 1) del Código Civil, de lo que resulta que cuando el plazo es señalado en días y la ley no establece que se computen por días hábiles, entonces deben computarse por días naturales o calendario.

Conclusión de esto es que en la práctica cualquier interesado tiene en realidad seis días hábiles para tomar conocimiento y oponerse al matrimonio, si fuera el caso, toda vez que necesariamente dos de los ocho días que menciona la norma serán sábado y domingo, días que no atienden las municipalidades y por consiguiente nadie puede acceder al local del Concejo para ver los avisos publicados; lo cual lleva a afirmar que en el fondo el plazo no es muy amplio, pudiéndose sugerir que por la importancia del acto matrimonial dicho plazo debería ampliarse unos días más.

La otra publicación del aviso matrimonial a que alude el artículo 250 es, por una sola vez (un solo día), a través de periódico en las localidades donde hubiere tal medio de difusión. Nótese que a diferencia de otros supuestos regulados por diversas leyes, en este caso no solo no se exige que la publicación se haga en el diario oficial El Peruano, sino que ni siquiera se exige que se haga en un diario de mayor circulación o de circulación a nivel nacional, de modo que no queda claro si la norma al mencionar al periódico de la circunscripción, se refiere al diario del distrito donde se celebrará el acto, si lo hubiera, o si se refiere al de la provincia, departamento o región. En ese sentido y a falta de precisión de la norma, el requisito se dará por cumplido cuando la publicación se realice en cualquier periódico, independientemente de su tiraje y del alcance de su distribución.

Únicamente en las localidades donde no exista periódico, el aviso se efectuará a través de la emisora radial que elijan los contrayentes o en la de la localidad más cercana, debiendo entregarse el texto publicado, con la firma y número de

documento de identidad del responsable de la emisora radial, al jefe del Registro de Estado Civil, tal como señala complementariamente el artículo 250. Esta modalidad supletoria constituye una innovación introducida por la Ley N° 26205 de 2 de julio de 1993, pues el texto original del artículo 250 no la contemplaba, ya que se limitó a reproducir el texto de su antecedente, el artículo 103 del Código Civil de 1936, que no regulaba la difusión radial del aviso matrimonial por defecto de existencia de periódico.

A nuestro modo de ver, resulta sumamente discutible la efectividad de la publicación de los avisos matrimoniales en las oficinas de las municipalidades, pues como sabemos, en las ciudades de gran cantidad de población, los ciudadanos no suelen acudir al municipio con frecuencia y menos aún lo harán con la intención de averiguar quiénes contraerán nupcias. Si bien podría afirmarse que la publicación en el periódico es más eficaz, esto no es del todo cierto toda vez que es por un solo día y además los pretendientes pueden elegir cualquier diario y entre éstos el de menor tiraje y circulación o distribución, si es que quisieran dar menor difusión a su casamiento por temor a eventuales oposiciones, en cuyo caso resulta ser una posibilidad muy remota que alguien que los conozca tome conocimiento del hecho.

En verdad, la difusión radial puede llegar a ser más efectiva, pues al ser ésta la modalidad a emplearse en localidades donde no hay periódico, que son precisamente las de poca población, es sin duda muy probable que el aviso radial llegue a una cantidad importante de oyentes.

Tal vez por esto es que en su momento se discutió la posibilidad de exonerar a los contrayentes de este requisito para celebrar el matrimonio, ya que al ser un requisito poco efectivo solo hace más engorroso el trámite matrimonial; en suma, el legislador parece ser consciente de tal situación, ya que inclusive ha considerado la posibilidad de la dispensa (artículo 252). Como quiera que da igual retirar o mantener el requisito, se ha preferido esto último quizá para no flexibilizar demasiado las formalidades de la celebración del matrimonio.

Podría considerarse como una alternativa práctica para evitar la "clandestinidad" de los matrimonios, la notificación del aviso matrimonial al domicilio de cada pretendiente indicado en su solicitud matrimonial, con lo cual además se comprueba fehacientemente el domicilio de ambos. Esto porque la mayoría de personas solteras viven con otros familiares en su hogar (sobre todo aquellas de edad promedio de matrimonio en nuestro país: aproximadamente 27 años), de suerte que con la notificación es muy probable que tomen conocimiento del proyecto matrimonial las personas más allegadas a los pretendientes, quienes podrían tener un evidente y legítimo interés.

Cabe agregar que no ha sido considerada la gratuidad del aviso matrimonial en el caso de los centros poblados rurales, donde la situación económica de los habitantes es muy limitada (ARIAS-SCHREIBER).

Por último, la parte final del artículo 250 señala que en el aviso matrimonial se consignará la advertencia de que todo el que conozca la existencia de algún impedimento debe denunciarlo. Para tal efecto y como se dijo antes, deben

tomarse en cuenta los artículos 253 al 257 del Código Civil, referidos a la oposición a la celebración del matrimonio, la oposición del Ministerio Público, la denuncia del impedimento, la competencia y el procedimiento a seguir en caso de oposición y la responsabilidad de quien formula la oposición y ésta resulta infundada.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCI DO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Al no haberse publicado los edictos matrimoniales, y la solicitud de dispensa de publicación de los mismos no se sustentó en causa razonable alguna, más aún si no se habían presentado todos los documentos exigidos para la celebración del matrimonio, éste queda incurso en la causal de nulidad prevista en el inciso 8 del artículo 274".

(Exp. N° 93-98, Resolución del 1104198, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

## **AVISO POR DIVERSIDAD DE DOMICILIO**

### **ARTICULO 251**

Si fuere diverso el domicilio de los contrayentes, se oficiará al alcalde que corresponda para que ordene también la publicación prescrita en el artículo 250, en su jurisdicción.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts, 33 y ss" 250, 252

C.P. arto 141

### **Comentario**

***Jorge Echeandía Cevallos***

Un requisito formal de cumplimiento obligatorio, exigido por el artículo 248 del Código Civil, consiste en la presentación de la prueba del domicilio de cada uno de los pretendientes. Si ambos pretendientes residen en la misma localidad en la que se realizará el matrimonio, no habrá inconveniente alguno en cuanto a la publicación del aviso matrimonial, pues éste se difundirá en el local del municipio de ese lugar.

En cambio, cuando los pretendientes domicilien en localidades diferentes se deberá proceder tal como manda el artículo 251, difundiendo el aviso matrimonial también en la sede municipal del domicilio del otro contrayente, es decir en la municipalidad del lugar donde este último reside pero que no ha sido escogida para llevar a cabo el matrimonio. En este caso se oficiará al alcalde respectivo para que en su local publique el aviso durante ocho días. La norma repite la misma formula de su antecedente, el artículo 104 del Código de 1936. Desde luego, la norma del artículo 251 en comentario, es aplicable también, en caso de diversidad de domicilio, en lo concerniente a la publicación del aviso matrimonial por un día en el periódico de la localidad donde domicilia el otro contrayente, o si no hubiera allí periódico se empleará la modalidad de difusión radial.

Como se sabe, la publicación del aviso matrimonial hace posible que terceros con interés puedan denunciar la existencia de algún impedimento de los contrayentes, oponiéndose a la celebración del matrimonio. En ese sentido, la finalidad de efectuar la publicación del proyecto matrimonial en la localidad de residencia de ambos pretendientes es absolutamente justificada, toda vez que en cada uno de dichos lugares residen las personas que conocen a los pretendientes, vecinos y allegados, que eventualmente pudieran tener conocimiento de algún impedimento.

De esta manera se permite que no solo los vecinos y allegados del pretendiente en cuya localidad se celebrará el matrimonio, conozcan de ese hecho. En caso contrario, de no exigirse la comunicación al otro alcalde a que

se contrae el artículo 251, los vecinos, conocidos y allegados del otro pretendiente, tendrían mucho menos posibilidades de conocer el proyecto matrimonial.

La norma en cuestión favorece también a los propios pretendientes, pues permite a aquel que domicilia en el lugar de celebración del matrimonio, no ser sorprendido y conocer de eventuales impedimentos del otro, lo que solo será posible a través de vecinos, conocidos y allegados de éste.

Está claro que, conforme a lo señalado en el artículo 250, las publicaciones se hacen en el lugar de celebración del matrimonio, y solo si es diverso el domicilio de los pretendientes se aplica lo previsto en el artículo 251. Pero aquí puede ocurrir que el otro contrayente esté, en cuanto a su domicilio, en alguno de los casos singulares de domicilio a que se refiere el Código Civil en los artículos 34 (domicilio especial), 35 (domicilio plural), 38 (domicilio de funcionarios públicos y de residentes temporales en el extranjero), y 41 (domicilio de persona que no tiene residencia habitual). Como quiera que la norma no precisa nada al respecto, las publicaciones deberán hacerse a nuestro juicio en todos los lugares involucrados.

De otro lado, aun cuando la norma guarda silencio, se entiende que por la naturaleza del acto que se pretende realizar no es imprescindible la simultaneidad de las publicaciones en uno y otro lugar, es decir no parece ser relevante ni necesario que las publicaciones se hagan en las mismas fechas; solo que para efectos de establecer si ha habido o no oposición deberá esperarse que transcurra el plazo de la última publicación.

Por último cabe agregar que "en caso de que el alcalde o funcionario a quien corresponda efectuar la comunicación oficial no cumpliera con hacerla, el matrimonio que se celebre será válido, pues esta omisión no está entre las taxativas causales de invalidez" (ARIAS-SCHREIBER). Esto en caso de que no exista ninguna otra causal para invocar la invalidez. En el supuesto planteado por el autor citado, el funcionario habrá incurrido en responsabilidad administrativa, y se hará merecedor de la correspondiente sanción.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO



V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001;  
ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **DISPENSA DE LA PUBLICACIÓN DEL AVISO MATRIMONIAL**

### **ARTICULO 252**

El alcalde puede dispensar la publicación de los avisos si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos en el artículo 248.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 248, 250, 251

### **Comentario**

***Jorge Echeandia Cevallos***

Una vez cumplidas todas las formalidades establecidas en el artículo 248 del Código Civil previas a la celebración del matrimonio civil, el paso siguiente es la publicación del aviso matrimonial en los términos a que se contraen los artículos 250 y 251.

En principio, el aviso en cuestión constituye un requisito formal de carácter obligatorio, sin embargo la ley ha previsto la posibilidad de la dispensa en el artículo en comentario, el mismo que tiene su fuente en el artículo 105 del Código de 1936 que regulaba dicha dispensa en términos similares.

El artículo 252, para efectos de conceder la dispensa, exige la concurrencia de dos circunstancias: i) que existan causas razonables, y ii) que los contrayentes hayan cumplido con presentar todos los documentos exigidos por el artículo 248.

En cuanto a lo primero, la norma no precisa qué debe entenderse por "causas razonables" ni contiene pauta o criterio alguno para poder establecer cuándo se está ante una de ellas para conceder la dispensa, de modo que no es posible determinar con exactitud la procedencia de la exoneración del cumplimiento de la publicación del aviso matrimonial.

No obstante, por "causas razonables" no debe interpretarse cualquier situación que, por justificada que sea desde el punto de vista de los contrayentes, sirva de argumento para otorgar la dispensa; sino que, dada la amplitud y generalidad de la expresión, debe analizarse con cautela la situación particular de los pretendientes y el entorno que puede resultar afectado si se omite la publicación del aviso, así como los peligros que puede entrañar contra la institución jurídica del matrimonio la aplicación arbitraria e indiscriminada de la norma o si se abusa de ella al punto de convertir a la dispensa en una solicitud de recurrencia común haciéndole perder su carácter excepcional.

Una causa justificada para efectos de la dispensa podría ser, tal vez, la situación económica de los contrayentes, pero no en cualquier caso sino solo cuando existen además otras circunstancias; por ejemplo, el caso de contrayentes que residen y desean contraer matrimonio en un centro poblado

menor o localidad en la que no hay diario ni emisora radial, por lo que el cumplimiento de la publicación del aviso matrimonial resultaría siendo muy oneroso si la única forma de cumplir dicho requisito es desplazándose hasta la localidad más cercana para tal fin, peor aún si no cuentan con los medios necesarios para trasladarse; todo ello considerando, además, que la ley no ha previsto la exoneración del pago de los avisos matrimoniales en ningún caso. Otra causa razonable que podría justificar la dispensa de la publicación del aviso, se daría en el caso que ambos contrayentes sean personajes públicos hartamente conocidos y cuyos detalles de sus vidas privadas inclusive hayan sido objeto de conocimiento y difusión en medios de comunicación, de modo que tal publicidad pueda razonablemente sustituir al aviso. O el caso de una pareja que desea regularizar su unión de hecho existente desde muchos años atrás y que es de público conocimiento.

El supuesto del matrimonio in extremis, por inminente peligro de muerte, a que se refiere el artículo 268, no encaja como una "causa razonable" dentro del supuesto legislado por el artículo 252 para efectos de conceder en este caso la dispensa del aviso matrimonial; pues, en esta hipótesis el propio artículo 268 señala que el matrimonio por inminente peligro de muerte puede celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. En este sentido, no solo no se exigen las formalidades, sino que tampoco se exige ningún tipo de dispensa. No obstante lo expresado, es importante mencionar que en la medida de lo posible debe procurarse el cumplimiento de la publicación del aviso matrimonial, incluso en los casos planteados a modo de ejemplo y aun en el del matrimonio in extremis, pues solo eso garantiza la publicidad del proyecto matrimonial y da protección a los terceros que tengan motivos plenamente justificados para oponerse al matrimonio, no debiendo olvidarse que precisamente la finalidad del aviso es denunciar la existencia de algún impedimento.

Por otro lado, en cuanto a la exigencia de que los contrayentes deben haber cumplido con presentar "todos" los documentos mencionados por el artículo 248 para otorgar la dispensa del aviso, surge la siguiente duda. Qué ocurriría si los contrayentes, en cuanto a los requisitos del artículo 248, han obtenido previamente una dispensa judicial para que se les autorice a no presentar algún o algunos documentos, en aplicación del artículo 249. ¿Pueden en este caso obtener también una dispensa para no publicar el aviso matrimonial?

Podría responderse afirmativamente si se tiene en consideración que la dispensa equivale a haber cumplido el requisito; en otras palabras, si los contrayentes no pueden presentar un determinado documento exigido por el artículo 248 y cuentan con la dispensa judicial que los exonera de ello, no puede sostenerse que no han cumplido con las formalidades que la ley exige, pues precisamente la dispensa vendría a sustituir al documento.

En esa línea de pensamiento es plausible que el artículo 252 pueda leerse más o menos así: para dispensar la publicación de los avisos matrimoniales se requiere que se presenten todos los documentos exigidos en el artículo 248, salvo que en cuanto a alguno o algunos de ellos los pretendientes hayan obtenido, a su turno, dispensa judicial de presentación. En una situación como

ésta, en la práctica los contrayentes tendrán en realidad dos dispensas, una sustentada en el artículo 249, por la cual el juez los exonera de cumplir con la presentación de algún documento; y otra sustentada en el artículo 252, por la cual el alcalde los exonera de cumplir con la publicación del aviso matrimonial. En cuanto a la autoridad de la que emana la dispensa, cabe mencionar que la norma del artículo 252 difiere en este punto de la del artículo 249. En efecto, la dispensa de presentación de documentos la debe otorgar el juez en lo civil (249), mientras que la dispensa de publicación del aviso matrimonial la debe otorgar el alcalde (252). No hay razón para que una y otra sean concedidas por autoridades distintas, pues ambas se refieren a formalidades igualmente trascendentes.

A nuestro modo de ver, teniendo en cuenta la posición de que la dispensa de presentación de documentos (artículo 249) sea otorgada por el alcalde y no por el juez civil -al punto que el Proyecto de Reforma del Código Civil de 7 de enero de 1995 así lo propone- entonces parece razonable y correcto que sea el alcalde quien dispense también la publicación del aviso, tal como en efecto manda el artículo 252.

Como quiera que es el alcalde quien conoce mejor el procedimiento de celebración de matrimonio y a los propios pretendientes a través de la documentación presentada, entonces será también mejor que él resuelva cualquier solicitud de dispensa.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## OPOSICIÓN A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

### ARTICULO 253

Todos los que tengan interés legítimo pueden oponerse a la celebración del matrimonio cuando exista algún impedimento. La oposición se formula por escrito ante cualquiera de los alcaldes que haya publicado los avisos.

Si la oposición no se funda en causa legal, el alcalde la rechazará de plano, sin admitir recurso alguno. Si se funda en causa legal y los pretendientes niegan su existencia, el alcalde remitirá lo actuado al juez.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. VI, 241 Y 55, 254, 255, 256, 257  
C.P.C.arto IV

### Comentario

***Manuel Muro Rojo  
Jorge Echeandía Cevallos***

La oposición a la celebración del matrimonio a que se contrae el artículo 253, fue regulada en términos semejantes en los artículos 106 Y 107 del Código Civil de 1936.

En principio cabe señalar que el propósito del aviso matrimonial regulado en los artículos 250 y 251 del Código Civil es, precisamente, darle la posibilidad a los terceros de dejar constancia -vía oposición o denuncia- de la existencia de algún impedimento para contraer matrimonio atribuible a los pretendientes.

La oposición tiene como fundamento el interés general de la sociedad de proteger la institución jurídica del matrimonio, así como la búsqueda de seguridad jurídica, en el sentido de evitar la consumación de matrimonios afectados por ciertos impedimentos que posteriormente pueden dar lugar a la nulidad del acto; seguridad que no solo redundaría en beneficio de la pareja, sino también de la prole y de la sociedad en general, que se fortalece cuando sus instituciones son más sólidas.

El Código Civil diferencia la acción de oposición, de la denuncia por impedimento. La oposición puede ser planteada por todas las personas que cuentan con legítimo interés (artículo 253), mientras que la denuncia por impedimento puede ser planteada por cualquier persona que tenga conocimiento de la existencia de una causal de nulidad, sin tener necesariamente interés legítimo (artículo 255). Asimismo, la oposición se formula directamente ante el alcalde, mientras que la denuncia por impedimento supone un procedimiento indirecto, puesto que se hace viable por medio del Ministerio Público, órgano que luego de la evaluación del caso, puede formular la oposición correspondiente.

Conforme al tenor del artículo 253, el ejercicio del derecho a la oposición no es irrestricto, tiene límites, de modo que no puede invocarse en cualquier caso, pues la ley exige un interés legítimo de quien formula la oposición.

A este respecto cabe preguntarse cuáles son los alcances de la mencionada expresión "interés legítimo"; es decir, si el opositor debe o no encontrarse directamente afectado por la celebración del matrimonio. La respuesta a nuestro modo de ver es parcialmente afirmativa, pues así se desprende de lo previsto por la primera parte del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, según el cual "para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral..."; y también del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil que señala que las partes deben invocar interés y legitimidad para obrar. .

Sin embargo, también hay que considerar que es de aplicación la segunda parte del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, de acuerdo al cual el interés moral autoriza el ejercicio de la acción solo cuando se refiere directamente al agente (léase afectado) o a su familia, salvo disposición expresa de la ley. Esto quiere decir que el opositor puede tener legítimo interés moral aun cuando él no se encuentre directamente afectado por la celebración del matrimonio, pero sí lo esté alguien de su familia. Consideramos que esto es así porque el artículo 253 no dispone nada en contrario.

Claro está que resulta discutible determinar a quiénes se refiere la norma cuando alude a "su familia"; o sea si este concepto solo abarca a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, como suele entenderse para otros casos, o si se incluyen a familiares con vínculo de parentesco más lejano que el de los grados indicados. En este particular asunto de la oposición al matrimonio, atendiendo a la protección y seguridad que se busca, parece razonable y conveniente considerar incluidos también a estos últimos.

Aun cuando la norma contenida en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil aluda al interés económico y al interés moral, es más probable que en el caso de la oposición al matrimonio se invoque el segundo, pues la oposición se puede fundamentar únicamente en la existencia de alguno de los denominados impedimentos matrimoniales, que implícitamente suponen un basamento de orden moral, por lo menos en la mayoría de los casos.

Sobre este tema cabe indicar que, a diferencia de lo previsto en los artículos 254 y 255 relacionados con la oposición del Ministerio Público y con la denuncia de impedimento, respectivamente, en este caso el fundamento de la oposición puede ser la existencia de cualquier impedimento, sin importar de qué tipo de impedimento se trate, pues en el artículo 253 se dice que todos los que tengan legítimo interés pueden oponerse a la celebración del matrimonio cuando exista "algún impedimento", sin especificar o distinguir que este impedimento sea causal de nulidad absoluta o relativa; lo importante es que exista interés legítimo. En cambio, cuando se opone el Ministerio Público o cuando se formula denuncia de impedimento, la causal que se invoque debe ser una de nulidad, entendida como de nulidad absoluta.

El Código Civil enumera expresamente las causal es que constituyen impedimentos absolutos para contraer matrimonio (artículo 241), impedimentos relativos (artículo 242) e impedimentos especiales o impeditores (artículo 243), cualquiera de los cuales puede dar fundamento a la oposición a que se contrae el artículo 253. No cabe la posibilidad de oponerse al matrimonio por motivos sentimentales o por simple capricho de un tercero; si esto ocurriera, el alcalde debe rechazar la solicitud de inmediato y continuar con la celebración del matrimonio, independientemente de que los pretendientes inicien la acción indemnizatoria (artículo 257) por los daños y perjuicios que la oposición infundada hubiera podido causar.

Es pertinente mencionar que si no se formula la oposición cuando exista causa para ello, el matrimonio celebrado mediando el impedimento, de todos modos quedará sujeto a la eventualidad de ser declarado nulo (por causa de nulidad o de anulabilidad) si se acredita dicho impedimento. Es el caso, por ejemplo, de la persona que pretende celebrar un nuevo matrimonio sin haber disuelto el vínculo matrimonial preexistente, respecto de lo cual si no hay oposición, el acto puede ser sancionado con nulidad posteriormente.

De otro lado, en cuanto a la oportunidad para formular la oposición a la celebración del matrimonio, resulta claro que ésta solo procede luego de que los pretendientes han iniciado el expediente matrimonial en el cual consta su voluntad de casarse expresada en forma oral o escrita, sea que se haya o no publicado el aviso correspondiente. Antes de la expresión del consentimiento no es posible formular la oposición, debido a que cualquier intención de contraer matrimonio no comunicada al alcalde en la forma señalada en el artículo 248 no genera consecuencias legales.

Puede ocurrir que el tercero legitimado tome conocimiento de que el matrimonio se va a celebrar, antes de publicado el aviso correspondiente. Como quiera que el artículo 253 no se pronuncia al respecto, nada impide que se formule la oposición antes de dicha publicación. El problema surge en el caso de que la publicación del aviso ya se haya efectuado, pues cabe preguntarse de cuánto tiempo dispone el tercero legitimado para formular la oposición.

De acuerdo al artículo 250, el aviso se fija en la oficina municipal por un plazo de ocho días y se publica una vez por periódico o se difunde radialmente, cuando sea el caso. No hay duda de que si la fijación del aviso en el local del municipio y la publicación (o difusión radial) se producen el mismo día, el plazo que el tercero legitimado tiene para oponerse es de ocho días calendario.

Empero, como suele suceder en la práctica, puede el aviso fijarse en un momento pero la publicación en el periódico producirse después, incluso después de haber estado el aviso fijado en la municipalidad por más de ocho días; también puede ocurrir el caso inverso, es decir, publicarse primero el aviso en el diario y luego fijarse en el local municipal. Nos preguntamos si en cualquiera de estos casos, quien se entera de la futura celebración del matrimonio, no por el primer aviso sino por el último ¿tiene siempre ocho días para oponerse? ¿Qué ocurre si ya vencieron los ocho días desde la fijación del

aviso en la municipalidad pero aún no se ha publicado el aviso en el periódico o recién se ha hecho esto, y es precisamente por esta vía que se toma conocimiento? Al parecer se estima que en cualquier caso el plazo es de ocho días, pues de otro modo no podría garantizarse el ejercicio del derecho de oposición. En resumen lo que ocurre es que, simplemente, el cómputo del plazo de ocho días se hace desde la publicación del último aviso.

Por otra parte, en lo que concierne a la forma de realizar la oposición, el artículo 253 señala que debe presentarse siempre por escrito, pues no solo debe dejarse constancia de la identidad del opositor y de la causal que invoca, sino que cabe la posibilidad de que, en caso los pretendientes nieguen la existencia de las causales planteadas, la oposición sea remitida, con todo lo actuado, al juez de paz letrado del lugar donde habrá de celebrarse el matrimonio (artículo 256), quedando así evidencia de la fundamentación fáctica y jurídica planteada por el opositor.

Es preciso señalar que la oposición se puede formular ante cualquiera de los alcaldes que hayan publicado los avisos, situación que ocurre cuando los contrayentes domicilian en localidades distintas. Si la oposición se formula ante el alcalde del lugar de celebración del matrimonio, este procederá conforme a lo indicado en los artículos 253 in fine y 256 del Código Civil, esto es, rechazará de plano la oposición si no se funda en causa legal. Si se funda en causa legal y los pretendientes la niegan remitirá lo actuado al juez de paz letrado del lugar de celebración del matrimonio.

Empero, si la oposición se formula ante el otro alcalde (o sea el del lugar donde no se celebrará el matrimonio), puede afirmarse que, aunque la norma no lo diga, se entiende que éste debe proceder de la misma manera, o sea optando por cualquiera de las dos alternativas antes referidas, pero en cualquier caso deberá oficiar al alcalde del lugar de celebración del matrimonio para que tome conocimiento del hecho, sea del rechazo de la oposición o de la remisión de lo actuado al juez.

No cabe duda de que el mecanismo contemplado en el artículo 253 constituye, en esencia, un procedimiento administrativo, pues en él existe una solicitud de un particular a la autoridad administrativa y hay una forma de resolverla. En efecto, tal como quedó dicho, al alcalde le corresponde rechazar de plano (sin correr traslado) la oposición si no se funda en causa legal, en cuyo caso resulta curioso que no se admita ningún tipo de recurso a favor del opositor, circunstancia que contraviene toda la estructura y garantía del procedimiento administrativo.

En cambio, si la oposición se funda en causa legal se entiende que debe correrse traslado a los pretendientes, quienes pueden aceptar o negar la existencia de la misma; cuando niegan la existencia de la causal o del impedimento, el alcalde, sin resolver sobre el fondo, debe remitir lo actuado al juez de paz letrado; pero si los pretendientes aceptan la existencia de la causal, el alcalde debe resolver en sede administrativa, y debe hacerlo en la única forma posible, cual es impidiendo la celebración del matrimonio.



La norma en comentario no se ha puesto en el caso de que uno de los contrayentes acepte la causal o impedimento y el otro lo niegue; de darse este supuesto creemos que el alcalde de todos modos debe remitir lo actuado al juez de paz letrado sin pronunciarse al respecto, pues basta que haya negación de uno de los pretendientes para que el asunto merezca ser resuelto en sede judicial.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001 ; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## OPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

### ARTICULO 254

El Ministerio Público debe oponerse de oficio al matrimonio cuando tenga noticia de la existencia de alguna causa de nulidad.

### CONCORDANCIAS:

- C. arto 159, inc. 1)
- C.C. arts. 253, 255, 256, 274, 276, 2079

### Comentario

**Manuel Muro Rojo**  
**Jorge Echeandía Cevallos**

De conformidad con el enunciado de su Ley Orgánica, "el Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como finalidad la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social (...)" (artículo 1, Decreto Legislativo N° 052 Ley Orgánica del Ministerio Público).

En estricto cumplimiento de sus funciones, este organismo del Estado tiene la obligación, "el deber" (según el artículo 254 del Código Civil) de oponerse de oficio al matrimonio -o mejor dicho, a la celebración del matrimonio-, en caso tenga noticias de la existencia de alguna causal de nulidad. Para este efecto, el Ministerio Público debe filtrar adecuadamente la información, los datos y las pruebas obtenidas para solicitar la oposición, con la finalidad de no entorpecer el acto de matrimonio por hechos o sucesos que no se ajusten a la realidad. Si después del análisis respectivo, el representante del Ministerio Público llega a la convicción o certeza de que los pretendientes se encuentran incurso en alguna causal de nulidad, aquél formulará oposición de inmediato para efectos de impedir la celebración del matrimonio.

Aunque el artículo 254 no entra en detalle respecto del trámite o procedimiento de la oposición efectuada por el Ministerio Público, se puede afirmar que en este caso no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 253, norma que solo se aplica cuando el oponente es cualquier otro tercero legitimado diferente al Ministerio Público.

Lo pertinente en cuanto a la tramitación de la oposición formulada por el Ministerio Público, es la aplicación del artículo 256, norma que en su segundo párrafo dispone que este órgano interpondrá su demanda dentro de los diez días contados desde la publicación de los avisos a que se refiere el artículo 250 o de formulada la denuncia de impedimento que regula el artículo 255.

Es decir que el Ministerio Público acude directamente al Poder Judicial y no al alcalde como ocurre con los terceros legitimados; desprendiéndose de la

norma contenida en el segundo párrafo del artículo 256 que la oposición se manifiesta a través de demanda judicial que se tramita conforme a las normas del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil. Se aprecia también que la génesis de la demanda de oposición puede deberse a una actuación de oficio del Ministerio Público (artículo 254) o por motivo de la denuncia de impedimento que interponga cualquier persona (artículo 255).

En cuanto al plazo para oponerse, también se observa del mandato del artículo 256, que el Ministerio Público cuenta con diez días, cuyo computo se inicia a partir de la publicación de los avisos matrimoniales, dejándose constancia de que si el aviso en el local del municipio y el aviso por periódico o radio se difunden en momentos diferentes, el plazo debe contarse desde la publicación del último aviso.

Sobre este artículo es pertinente comentar que su antecedente, el artículo 108 del Código Civil de 1936, señalaba que el Ministerio Público podía oponerse a la celebración del matrimonio basado en una causa de "nulidad absoluta". No obstante que el artículo 254 del Código vigente se refiere a una causa de "nulidad" a secas, no cabe duda de que se refiere también a una de nulidad absoluta, pues en el sistema de invalidez del matrimonio que regula el Código se emplea la nomenclatura siguiente: nulidad, para referirse a la nulidad absoluta (artículo 274: es nulo el matrimonio ...), y anulabilidad, para referirse a la nulidad relativa (artículo 277: es anulable el matrimonio ...).

Como consecuencia de lo anterior se concluye que el Ministerio Público no puede basar su oposición en causales o impedimentos que den lugar a nulidad relativa o anulabilidad, y esto constituye una diferencia sustancial con el derecho de oposición de que goza cualquier otro tercero, pues en el artículo 253 se dice que todos los que tengan legítimo interés pueden oponerse a la celebración del matrimonio cuando exista "algún impedimento", sin especificar o distinguir que este impedimento sea causal de nulidad absoluta o relativa (nulidad o anulabilidad).

Por último, en caso que la oposición sea declarada infundada, el Ministerio Público no incurrirá en responsabilidad civil, encontrándose liberado del pago de daños y perjuicios (artículo 257). La ley, sin embargo, debería considerar los casos en que el representante del Ministerio Público actúe de mala fe, en cuyo caso no puede ser beneficiado con la exoneración de la prestación indemnizatoria.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia.

Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO v., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **DENUNCIA DE IMPEDIMENTO MATRIMONIAL**

### **ARTICULO 255**

Cualquier persona que conozca la existencia de un impedimento que constituya alguna causal de nulidad, puede denunciarlo. La denuncia puede hacerse oralmente o por escrito y se remitirá al Ministerio Público, el cual, si la encuentra fundada, formulará la oposición.

### **CONCORDANCIAS:**

- C. arto 159, inc. 1)
- C.C. arts. 243, 245, 253, 254, 256

### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo***  
***Jorge Echeandía Cevallos***

Todos los miembros de la sociedad tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las normas legales vigentes. En el caso particular de la celebración del matrimonio, se cumple con dicho deber denunciando la existencia de algún impedimento que constituya causal de nulidad del referido acto.

En armonía con lo manifestado en el comentario al artículo 253, debe manifestarse que el propósito del aviso matrimonial regulado en los artículos 250 y 251 del Código Civil es dar la posibilidad a los terceros de dejar constancia -por la vía de la oposición o de la denuncia- de la existencia de algún impedimento atribuible a los pretendientes para contraer matrimonio.

La denuncia de impedimento a que se refiere el artículo 255, al igual que la oposición, tiene como fundamento el interés general de la sociedad de proteger la institución jurídica del matrimonio y la búsqueda de seguridad jurídica, evitando la consumación de matrimonios afectados por impedimentos que posteriormente pueden dar lugar a su nulidad.

El Código Civil diferencia la denuncia de impedimento, de la oposición. Esta última puede ser formulada por todas las personas que cuenten con legítimo interés (artículo 253), mientras que la denuncia por impedimento puede ser planteada solo por cualquier persona que tenga conocimiento de la existencia de una causal de nulidad (artículo 255). Asimismo, la oposición se formula directamente ante el alcalde, mientras que la denuncia por impedimento supone un procedimiento indirecto, puesto que debe ser canalizada a través del Ministerio Público para que este órgano, luego de la evaluación del caso, formule la respectiva oposición. En otras palabras, la denuncia es un mecanismo previo que puede dar lugar a oposición.

La norma del presente artículo ya se encontraba regulada por el artículo 109 del Código Civil de 1936, el cual establecía que todos aquellos a quienes llegue el conocimiento de un impedimento pueden denunciarlo siempre que constituya causa de "nulidad absoluta". Al igual de lo que ocurre con el artículo 254,

referente a la oposición del Ministerio Público, en este caso el Código vigente se refiere a una causa de "nulidad" a secas, pudiéndose interpretar que se trata de nulidad absoluta, en base a los mismos argumentos expresados en el comentario al artículo 254.

De lo anterior se desprende que la denuncia por cualquier persona, regulada en el artículo 255, no puede sustentarse en causal es o impedimentos que den lugar a nulidad relativa o anulabilidad. En este punto esto constituye una similitud con el régimen de la oposición del Ministerio Público, pero una diferencia esencial con la oposición de cualquier otro tercero, pues en el artículo 253 solo se dice que la oposición a la celebración del matrimonio puede formularse cuando exista "algún impedimento", sin especificar o distinguir si este impedimento es causal de nulidad absoluta o relativa (nulidad o anulabilidad). Claro está que en el caso de la denuncia del artículo 255 no se exige del denunciante legítimo interés, como sí se exige del opositor del artículo 253.

De otra parte, si bien el artículo 255 faculta a interponer la denuncia, no dice que se haga directamente ante el Ministerio Público, pues solo después de interpuesta se remite a éste; en realidad el artículo mencionado no dice ante quién o ante qué órgano o autoridad se hará la denuncia; se limita a decir que "la denuncia ... se remitirá al Ministerio Público". Frente a este vacío puede interpretarse que la denuncia, por medio oral o escrito, debe hacerse ante el alcalde para que recién éste, sin mediar trámite alguno, la remita al Ministerio Público, órgano que evaluará la consistencia de la denuncia y solo de encontrarla fundada formulará la correspondiente oposición.

Si esto es así, cabe agregar, aplicando extensivamente lo previsto en los artículos 251 y 253, que si en el caso concreto es más de un alcalde el que ha publicado los avisos matrimoniales, la denuncia puede formularse ante cualquiera de ellos, pero en todo caso debe oficiarse al del lugar de celebración del matrimonio para que tome conocimiento de la denuncia.

En cuanto a la participación del Ministerio Público, si éste considera valedera la denuncia deberá proceder conforme a lo establecido en el artículo 254, de cuya interpretación y correspondiente concordancia con el segundo párrafo del artículo 256, se desprende que el trámite o procedimiento de la oposición generada a consecuencia de la denuncia de impedimento es en la vía judicial, por medio de demanda de oposición que se tramitará conforme a las normas del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil.

En relación al plazo para interponer la referida demanda de oposición que se ha generado con motivo de la denuncia de impedimento, conforme al artículo 255, es de diez días, cuyo cómputo a nuestro parecer no está debidamente regulado, pues se dice que es a partir de la fecha de formulación de la denuncia, debiendo decir que es a partir de la fecha de remisión de la denuncia al Ministerio Público, según se explica en el comentario al artículo 256.

Por otra parte, resulta aparentemente contradictorio afirmar que el fin principal que se sigue al denunciar un impedimento para la celebración del matrimonio

es beneficiar a los pretendientes. Empero, en realidad esto puede ser así si tomamos en cuenta que las pretensiones de buena fe pueden apuntar al objetivo expresado. Nótese que al haberse denunciado un impedimento para la celebración del matrimonio, los pretendientes podrán advertir que se encuentran inmersos en una causal de nulidad que eventualmente no conocían. De otro modo, si existe un impedimento que es causal de nulidad y nadie lo denuncia aun conociéndolo, el matrimonio será nulo desde su origen y podrán perjudicarse los contrayentes.

De más está decir que al denunciar la existencia de un impedimento para la celebración del matrimonio, el denunciante debe probar los hechos que menciona, bajo responsabilidad de indemnizar a los pretendientes por los daños y perjuicios causados.

Aun cuando la norma permite que la denuncia se haga por vía oral, es recomendable que la misma sea formulada por escrito, para de esta manera dejar constancia expresa de los hechos y causales alegadas y para permitir un adecuado seguimiento de la tramitación de la denuncia por el Ministerio Público.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO DE LA OPOSICIÓN

### ARTICULO 256

Es competente para conocer la oposición al matrimonio, el Juez de Paz Letrado del lugar donde éste habría de celebrarse.

Remitido el expediente de oposición por el alcalde, el Juez requerirá al oponente para que interponga demanda dentro de quinto día. El Ministerio Público interpondrá su demanda dentro de diez días contados desde publicado el aviso previsto en el artículo 250 o de formulada la denuncia citada en el artículo anterior.

Vencidos los plazos citados en el párrafo anterior sin que se haya interpuesto demanda, se archivará definitivamente lo actuado.

La oposición se tramita como proceso sumarísimo. (\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. N° 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R. M. 010-93-JUS de 23-04-93.

### CONCORDANCIAS:

- C. arto 159, inc. 1)
- C.C. arts. 250, 254, 255
- C.P.C.arts. 14, 113,546 Y ss.

### Comentario

***Manuel Muro Rojo Jorge  
Echeandía Cevallos***

El artículo bajo comentario se refiere a la competencia y al procedimiento a seguir, a nivel judicial, en caso de oposición a la celebración del acto matrimonial. Sobre el particular, es pertinente resumir las posibilidades reguladas en el Código Civil con respecto a la oposición:

- La primera es la normada por el artículo 253, supuesto en el cual el opositor es cualquier persona natural con interés legítimo. En este caso se da una suerte de procedimiento administrativo previo que puede agotarse en esa vía o derivar en la judicial regulada en el artículo 256.

- La segunda es la contenida en el artículo 254, caso en el cual el opositor es el Ministerio Público que actúa de oficio en cumplimiento de las atribuciones señaladas en su Ley Orgánica. En este supuesto no hay ningún procedimiento administrativo previo, pues el Ministerio Público formula la oposición directamente ante el Poder Judicial, conforme al artículo 256.

- Y la tercera es una variante de la anterior y está regulada por el artículo 255, caso en el cual el opositor es también el Ministerio Público que no actúa de oficio sino que hace suya una denuncia de impedimento interpuesta por un tercero sin interés legítimo pero que, amparado en la ley, da a conocer la



existencia de una causa de nulidad del matrimonio. En este supuesto no hay propiamente un procedimiento administrativo previo, pues asumiéndose que la denuncia es interpuesta ante el alcalde, éste sin más trámite la remite al Ministerio Público, órgano que evaluará la denuncia y si la encuentra fundada formulará la oposición ante el Poder Judicial, según lo establecido en los artículos 255 y 256.

Precisadas todas las posibilidades de oposición, corresponde explicar la competencia y trámite procedimental que debe seguirse en esos casos. Del tenor del artículo 256 resulta claro que la autoridad judicial competente para resolver la oposición es actualmente, en todos los supuestos sin excepción, el juez de paz letrado del lugar donde se ha de celebrar el matrimonio. El texto original del artículo -antes de la modificatoria introducida por el Código Procesal Civil- establecía que la competencia correspondía al juez de primera instancia del lugar donde los contrayentes han declarado su voluntad de casarse.

A su turno, el artículo 110 del Código de 1936 establecía que la competencia territorial para resolver la oposición correspondía al juez del lugar donde se ha recibido la declaración (entendiéndose en cuanto a esto último que no era la declaración del denunciante del impedimento, sino la declaración por parte de los contrayentes de su voluntad de casarse. Asimismo, el artículo 110 citado no precisaba la competencia de grado, refiriéndose solo al "juez"; imperfección que subsanó el Código vigente al precisar primero que se trataba del juez de primera instancia (texto original) y luego el juez de paz letrado (actualmente, según la modificatoria indicada).

En cuanto a la vía procedimental, el último párrafo del artículo 256 precisa que se empleará la vía y las reglas del proceso sumarísimo contemplado en el Código Procesal Civil; vía que sin duda ha sido preferida por el legislador por su brevedad de plazos y etapas, lo que supone no mantener en suspenso la celebración del matrimonio por demasiado tiempo. Antes de la modificatoria introducida por el Código Procesal Civil, la norma declaraba que el trámite era el de los incidentes con audiencia del Ministerio Público, al igual que lo señalado por el Código de 1936, que en el artículo 110 establecía la vía incidental para tramitar y resolver la oposición; en ambos casos atendiendo a que en esa época estaba vigente el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Ahora bien, puede darse el caso de que la cuestión controvertida en lo que concierne a la prueba del impedimento o causa de nulidad alegada por el opositor, requiera en la práctica de un plazo mayor y que por consiguiente no se ajuste a las "medidas" del proceso sumarísimo, siendo de pertinencia el empleo de un proceso de plazos y etapas más amplias como puede ser el denominado proceso abreviado o, inclusive, el proceso de conocimiento. Esto, no obstante, no ha sido previsto por el legislador.

Dicho esto, es conveniente hacer algunas distinciones para cada uno de los casos antes descritos, en lo que respecta a determinados aspectos procesales:

- a) Primer supuesto, cuando la oposición es formulada por un tercero con interés legítimo, conforme al artículo 253, corresponde al alcalde en primer

lugar resolver en sede administrativa, pues la norma señala que a él le corresponde rechazar de plano (sin correr traslado) la oposición si no se funda en causa legal. Lo curioso es que no se admite ningún recurso a favor del opositor, lo que contraviene toda la estructura y garantía del procedimiento administrativo.

Por el contrario, si la oposición se funda en causa legal se entiende que debe correrse traslado a los pretendientes, quienes pueden aceptar o negar la existencia de la misma; solo cuando niegan la existencia de la causal o del impedimento, el alcalde debe remitir lo actuado al juez de paz letrado; en otras palabras, el alcalde no resuelve la oposición en este caso, como sí lo hace cuando los pretendientes aceptan la existencia de la causal, en cuyo caso la única forma de resolver es impidiendo la celebración del matrimonio.

Habiendo causa legal negada por los contrayentes y, por dicho motivo remitido el expediente de oposición por el alcalde al juez de paz letrado, éste requerirá al oponente para que interponga su demanda de oposición dentro del plazo de cinco días de notificado. Vencido este plazo sin que se haya interpuesto la referida demanda, se archivará definitivamente lo actuado y el matrimonio podrá llevarse a cabo sin mayor inconveniente (artículo 256). Los pretendientes, sin embargo, podrán interponer demanda de indemnización por los daños y perjuicios causados por el opositor (artículo 257).

b) Segundo y tercer supuestos, es decir cuando la oposición es formulada por el Ministerio Público, sea de oficio o motivado por una denuncia de impedimento por parte de tercero no legitimado, no hay procedimiento administrativo previo, de modo que la referida oposición es planteada en forma directa ante el Poder Judicial a través de la respectiva demanda de oposición, teniendo el Ministerio Público los plazos siguientes:

- Cuando actúa de oficio (artículo 254) tiene diez días contados a partir de la fecha de publicación del aviso matrimonial. En este caso debe tenerse presente que si el aviso fijado en el local de la municipalidad y el aviso en el periódico o emitido por radio, no se realizan en la misma oportunidad, el plazo de diez días debe contarse a partir de la fecha de la última publicación.

- Cuando actúa por motivo de la denuncia de impedimento por parte de un tercero (artículo 255) el Ministerio Público tiene también diez días, que según el artículo 256 se computan a partir de la fecha de interposición de la denuncia. Esto es sin duda un error, pues si partimos de la premisa de que la denuncia no se interpone directamente ante el Ministerio Público sino que se remite a este órgano después de interpuesta -tal como se explicó en el comentario al artículo 255- entonces de hecho pueden transcurrir más de diez días desde la interposición de la denuncia hasta su remisión al Ministerio Público, caso en el cual el plazo del artículo 256 ya estará vencido. Por eso somos de la opinión de que el plazo de diez días debe computarse a partir de la fecha de remisión de la denuncia -no de su interposición- es decir cuando el expediente ya está en poder del Ministerio Público.

Del mismo modo que en el caso anterior, si vencidos los plazos indicados no se interpone la referida demanda, se archivará definitivamente lo actuado y el matrimonio podrá celebrarse (artículo 256); pero en este caso los pretendientes no tienen acción contra el Ministerio Público por indemnización de daños y perjuicios (artículo 257); aunque cabría preguntarse si la tienen contra quine hizo la denuncia que luego fue remitida al Ministerio Público.

Estos últimos temas procesales antes explicados no figuraban en el texto original del artículo 256, sino que fueron agregados con la modificatoria introducida por el Código Procesal Civil de 1992.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VI LCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## INDEMNIZACIÓN POR OPOSICIÓN INFUNDADA

### ARTICULO 257

Si se declara infundada la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad. Si la denuncia hubiera sido maliciosa, es igualmente responsable quien la formula. En ambos casos, la indemnización la fija prudencialmente el juez, teniendo en cuenta el daño moral.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts, VI, 1969, 1971 inc, 1), 1984, 1985

### Comentario

*Manuel Muro Rojo*

El artículo 257 está relacionado con un caso particular de responsabilidad civil que tiene que ver, específicamente, con la derivada de la oposición infructuosa a la celebración del matrimonio o de la denuncia de impedimento maliciosa; casos en los cuales se obliga al opositor o al denunciante, según el caso, a indemnizar los daños y perjuicios causados a título de daño moral.

El texto de la norma en el Código vigente no difiere sustancialmente de la regla que sobre el particular contenía el artículo 111 del Código Civil de 1936. En efecto, de acuerdo a dicho artículo procedía la indemnización a cargo del opositor o del denunciante, respectivamente, cuando se declaraba infundada la oposición o cuando la denuncia hubiese sido maliciosa.

Se trata, por consiguiente, de la misma fórmula del actual artículo 257, con leves diferencias en la redacción. Por lo demás, tanto la norma anterior como la vigente, exoneran de responsabilidad a los ascendientes de los contrayentes y al Ministerio Público.

El aspecto más relevante del artículo comentado es, a nuestro juicio, su evidente colisión (aunque parcial) con el sistema de responsabilidad civil regulado en el Libro sobre Fuentes de las Obligaciones; específicamente con el inciso 1) del artículo 1971, ubicado en la sección sexta sobre responsabilidad extracontractual.

En efecto, según esta última norma, no hay responsabilidad en el caso del ejercicio regular de un derecho. No obstante, el artículo 257 -solo en el extremo referido a la oposición- es contrario a dicha regla, pues establece que si se declara infundada la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Es decir que la norma no discrimina si la oposición ha sido formulada con buena fe o con mala fe o dolo. En consecuencia, la responsabilidad se genera de cualquier modo, sin tener en cuenta el factor de atribución relacionado con la intencionalidad del opositor,

sino que simplemente nace la obligación de indemnizar en atención a un dato puramente objetivo, cual es la oposición declarada infundada.

Para la regulación de este supuesto puede apreciarse que no se ha tenido en consideración los derechos constitucionales de petición (Const., artículo 2 inciso 20) y de acceso a la justicia o tutela jurisdiccional (Const., artículo 139 inc. 3; y Código Procesal Civil, artículo 1, T.P.), por los cuales toda persona tiene derecho de acudir a las autoridades judiciales (tutela jurisdiccional efectiva) o administrativas, para el ejercicio y defensa de sus derechos o intereses; así como para la solución de conflictos y controversias, con sujeción a un debido proceso y sin que ello suponga la generación de responsabilidad por el solo hecho de que la petición sea denegada.

Es evidente que la norma del artículo 257 no solo guarda estrecha relación con lo señalado en el inciso 1) del artículo 1971, sino que en rigor el derecho de oposición a que aquélla y otras normas de esta parte del Código se refieren, constituye claramente un supuesto de ejercicio regular de un derecho, que en la eventualidad de ocasionar un daño, se considera que es un daño autorizado.

Al respecto, es oportuno citar a Fernando De Trazegnies, quien sostiene que "entre todos los actos humanos potencialmente dañinos, hay en primer lugar que distinguir aquellos en los que el hecho mismo de dañar está permitido por el Derecho y aquellos en los que no está permitido dañar pero que pueden producir un daño no querido por la ley (...) Y lo interesante consiste en que los primeros -aquellos en los que estamos autorizados para dañar a un tercero- están efectivamente excluidos del campo de la responsabilidad extracontractual, mientras que los segundos están siempre comprendidos en ese campo pero solo dan lugar al pago de una indemnización (...) si los daños fueron resultado del dolo o de la culpa" (DE TRAZEGNIES).

Continúa afirmando este autor que "un segundo sentido del ejercicio regular de un derecho consiste en el caso en que no se tiene derecho directamente de dañar, pero se tiene derecho de actuar en un determinado sentido aunque ello cause daño a otro. En esta hipótesis, el derecho que ejercito no está dirigido a dañar a otro, sino a gozar de las ventajas que me otorga una determinada atribución. Pero el Derecho sabe que gozar de esa atribución comporta necesariamente dañar a otros; y lo admite, sin considerarlo daño resarcible" (DE TRAZEGNIES).

Y concluye De Trazegnies diciendo que "por consiguiente, la ley no proscribire todos los daños: la legítima producción de algunos daños a terceros es inherente al sistema social y la ley concede (explícita o implícitamente) un derecho para causarlos. Estos 'daños autorizados' están fuera del campo de la responsabilidad extracontractual: respecto de ellos no es válido ni siquiera el análisis de la culpa porque están más allá de toda discusión, están al margen del territorio de la responsabilidad extracontractual con sus culpas y sus exenciones o justificaciones. El inciso 1º del artículo 1971 no plantea entonces una causal liberatoria de la obligación de pagar una indemnización sino una exclusión del sistema de responsabilidad. Evidentemente, el ejercicio de tal derecho de dañar -ya sea que se tenga en forma directa o como consecuencia

del derecho a realizar una acción con propósito distinto pero que puede conllevar un 'daño autorizado' a tercero debe ser regular, es decir, ese derecho debe ser usado dentro de sus propios límites" (DE TRAZEGNIES).

Esta sustentación que nos hemos permitido transcribir resulta suficiente para concluir que la norma del artículo 257 es errada, pues somete al sistema de responsabilidad civil objetiva a todo aquel cuya pretensión (oposición a la celebración del matrimonio) es denegada, a pesar que ha actuado en ejercicio legítimo de sus derechos de petición y de tutela jurisdiccional efectiva, lo cual no hace sino restringir el libre ejercicio de esos derechos.

No obstante la posición expuesta en los párrafos anteriores y mientras el artículo comentado conserve el texto vigente, cabría preguntarse si debería ser aplicado tal como manda -es decir, entendiéndose, a pesar de lo dicho, como un régimen de excepción al sistema de ausencia de responsabilidad impuesto por el artículo 1971-, o si en un caso concreto el juez podría aplicar el control difuso estableciendo que, como quiera que el artículo 257 colisiona con los derechos constitucionales ante referidos, entonces debe hacer primar la Constitución. A nuestro modo de ver, nada impediría una resolución en este sentido.

Por otro lado, la indemnización por daños y perjuicios -en el caso que efectivamente proceda- apunta a la reparación del daño moral causado a los pretendientes. Si bien es cierto el Código Civil regula la figura del daño moral (artículos 1322 y 1984), solo se limita a mencionarla sin consignar puntualmente una definición, pero la doctrina en términos generales ha entendido que se refiere al dolor, sentimiento de pena, sufrimiento o turbamiento causado a una persona natural por un hecho u omisión (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado en el sentido de que "si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que éste es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual" (Cas. N° 949-95-Arequipa, 12/05/98, y OSTERLING PARODI).

No cabe duda de que el daño moral causado a una persona no puede ser tasado en dinero; sin embargo, la reparación pecuniaria es la única forma de recompensar aquellos perjuicios, por lo cual el juez se ve en la imperiosa obligación de recurrir a la lectura de los hechos y a su sano criterio para determinar el monto que ordenará pagar al opositor.

Finalmente, tal como se refirió al principio, en el caso de la oposición infundada, los ascendientes de los pretendientes se encuentran exonerados de la responsabilidad de pago de daños y perjuicios en el entendimiento que son personas que actúan exclusivamente de buena fe y en busca del mayor beneficio para sus familiares que asumirán las responsabilidades propias del

matrimonio. De la misma forma, el Ministerio Público se encuentra exonerado de esta responsabilidad.

Sin embargo, el artículo 257 deja entrever que en el caso de la denuncia de impedimento maliciosa es responsable quien la formula y aquí no hace distinción alguna, de manera que si el denunciante es un ascendiente o el representante del Ministerio Público que han actuado de mala fe, entonces estarán sujetos a la obligación de reparar el daño moral.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO V., Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Responsabilidad Extracontractual. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. IV. Tomo 1, 1988; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, en Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. Lima, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones), en Código Civil, V, Exposición de Motivos y Comentarios, compilación de Delia Revoredo de Debackey. Lima, 1985; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.

## DECLARACIÓN DE CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES

### ARTICULO 258

Transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos sin que se haya producido oposición o desestimada ésta, y no teniendo el alcalde noticia de ningún impedimento, declarará la capacidad de los pretendientes y que pueden contraer matrimonio dentro de los cuatro meses siguientes.

Si el alcalde tuviese noticia de algún impedimento o si de los documentos presentados y de la información producida no resulta acreditada la capacidad de los pretendientes, remitirá lo actuado al juez, quien, con citación del Ministerio Público, resolverá lo conveniente, en el plazo de tres días.

### CONCORDANCIAS:

- C. arto 159 inc. 1)
- C.C. arts. 250, 251, 253, 254, 255, 2075

### Comentario

***Manuel Muro Rojo***

Conforme a lo expuesto en el comentario al artículo 248, en lo que concierne al aspecto formal del matrimonio se pueden apreciar, a efectos de la celebración de éste, cuatro etapas claramente diferenciadas: i) la declaración del proyecto matrimonial y la comprobación de la capacidad de los contrayentes, que se inicia con la apertura del expediente a propósito de la declaración oral o por escrito (artículo 248, primer párrafo) que realizan ambos ante el alcalde o funcionario delegado si es el caso; ii) la publicación del proyecto mediante el aviso matrimonial a que se refieren los artículos 250 y 251 del Código Civil, salvo el caso de dispensa regulado en el artículo 252; iii) la declaración de capacidad regulada en el artículo 258 bajo comentario; y iv) la realización de la ceremonia de matrimonio civil propiamente dicho (artículo 259).

El artículo 258 se ocupa, entonces, de la tercera etapa, debiendo diferenciarse en ella los siguientes supuestos:

a) En principio, el alcalde, antes de declarar la capacidad de los contrayentes, tendrá que esperar cuando menos que transcurran diez días desde la publicación del último aviso -teniendo en cuenta que el último aviso puede ser el del diario o el publicado en el local de la municipalidad-, pues dentro de este plazo

puede oponerse cualquier tercero con legítimo interés (artículo 253, que en realidad tiene ocho días) o el Ministerio Público de oficio (artículo 254, que tiene diez días); o puede un tercero denunciar la existencia de algún impedimento (artículo 255). De no ocurrir nada de esto, el alcalde podrá declarar la capacidad de los contrayentes, conforme se desprende del primer párrafo del artículo 258.



b) En caso de haberse formulado oposición por parte de tercero con legítimo interés, el alcalde deberá verificar si ésta se funda en causa legal; si no es así, la rechazará de plano (artículo 253, segundo párrafo) y podrá de inmediato declarar la capacidad de los contrayentes conforme al artículo 258, primer párrafo.

c) Si se ha formulado oposición por parte de tercero con legítimo interés y el alcalde verifica que ésta se funda en causa legal y además los pretendientes niegan su existencia (artículo 253, segundo párrafo), remitirá lo actuado al juez, en cuyo caso deberá esperar que el oponente interponga la demanda de oposición en el plazo de cinco días de ser requerido para ello (artículo 256); si no lo hace, el alcalde podrá declarar la capacidad de los contrayentes; por el contrario, si la demanda sí se interpone, el alcalde deberá esperar el resultado del proceso.

d) Si la oposición es formulada por parte del Ministerio Público dentro de los diez días que tiene para ello ya través de demanda judicial (artículo 256), el alcalde deberá esperar el resultado del proceso.

e) Si cualquier otro tercero denuncia la existencia de un impedimento de nulidad (artículo 255), el alcalde deberá esperar que el Ministerio Público interponga la demanda de oposición en el plazo de diez días de recibida la denuncia (artículo 256); si no lo hace, el alcalde podrá declarar la capacidad de los contrayentes; por el contrario, si la demanda sí se interpone el alcalde deberá esperar el resultado del proceso.

Éstos son, a nuestro modo de ver, todas las posibilidades que pueden ocurrir en torno a la hipótesis planteada en el primer párrafo del artículo 258; sin embargo, es necesario analizar lo que ocurre en los casos antes señalados cuando el alcalde debe esperar el resultado del proceso [supuestos de los literales c), d) y e) anteriores]. En términos generales, esta norma señala que si la oposición que se "debate en juicio es desestimada, el alcalde podrá declarar la capacidad de los pretendientes.

Al decir "desestimada" la norma se refiere, en principio e indudablemente, a que la demanda de oposición sea declarada infundada básicamente por falta de pruebas sobre la causal invocada o porque se ha demostrado en juicio la inexistencia de la misma, casos que suponen que el proceso termina con sentencia con resolución sobre el fondo; pero claro está que el proceso puede concluir también por alguna de las otras formas establecidas en la ley procesal y que son denominadas "formas especiales de conclusión del proceso". En estos casos, solo cuando termina por abandono o desistimiento se pueden producir, en cuanto a la celebración del matrimonio, los mismos efectos de una sentencia fundada, esto es, posibilitar al alcalde para que declare la capacidad de los pretendientes para casarse, aun cuando en estos dos casos -abandono y desistimiento- no hay pronunciamiento sobre el fondo, por lo que no se tiene por probada la existencia o inexistencia de la causal o impedimento, consecuentemente el matrimonio podría estar celebrándose mediando éstos.

No obstante lo expuesto, el alcalde estaría obligado a declarar a los contrayentes en aptitud para contraer matrimonio. Nótese que el alcalde no estaría afirmando que no existe el impedimento o la causal, solo se limita a declarar que aquéllos pueden casarse y, por consiguiente, podrían los pretendientes ya casados quedar sometidos a una eventual invalidez del acto.

La declaración de capacidad tiene una vigencia de cuatro meses, vencidos los cuales sin que los contrayentes se casen se cerrará el expediente y éstos deberán reiniciar el trámite de celebración de matrimonio desde la primera etapa (declaración del proyecto matrimonial). Según Max Arias-Schreiber, lo que ocurre es el vencimiento del "certificado de capacidad" con el que cuentan los pretendientes, pudiendo después de esta fecha contraer matrimonio sin inconveniente alguno, pero siendo vulnerables nuevamente frente a una oposición o denuncia por impedimento matrimonial (ARIAS-SCHREIBER).

El segundo párrafo del artículo 258 se refiere a la hipótesis de que el alcalde no está en condiciones de declarar la capacidad de los pretendientes para contraer matrimonio. Pero antes de referimos a esta hipótesis, cabe mencionar que un primer supuesto que impide al alcalde efectuar dicha declaración, fluye de una interpretación a contrarium sensu del primer párrafo del citado artículo. En efecto, es el supuesto de que el proceso judicial, en caso de haber habido oposición, concluya con sentencia que declare fundada la demanda por haber quedado demostrada la causal o impedimento.

Al igual que en el caso anterior, cabe señalar que si el proceso termina por alguna de las otras formas establecidas en la ley procesal (formas especiales de conclusión del proceso), podría llegarse al mismo resultado. Ello ocurriría si el proceso concluye por allanamiento o reconocimiento, pues aunque no hay pronunciamiento sobre el fondo, es claro que el alcalde no podrá declarar la capacidad de los pretendientes para casarse, pues el allanamiento o el reconocimiento equivalen a declarar fundada la demanda.

Del mismo modo, el alcalde no declarará la capacidad de los contrayentes si tuviese noticia de algún impedimento o si de los documentos presentados y de la información producida no resulta acreditada dicha capacidad. En estos casos remitirá lo actuado al juez, quien, con citación del Ministerio Público, resolverá lo conveniente, en el plazo de tres días (artículo 258, segundo párrafo). Resolver "lo conveniente" no puede significar otra cosa que pronunciarse el juez sobre el asunto de fondo, es decir si en el caso concreto procede o no la celebración del matrimonio.

La expresión "si el alcalde tuviese noticia de algún impedimento" con que se inicia el segundo párrafo del artículo 258, y el contexto en el cual está normada, hacen concluir que el alcalde puede llegar a conocer el impedimento en cualquier momento; es decir, antes de transcurrido el plazo de oposición, vencido éste, e incluso cuando el propio alcalde ya declaró la capacidad de los pretendientes.

Respecto a esta última posibilidad Cornejo se ha preguntado si ¿se puede, entonces, volver sobre el caso, dejando sin efecto la expresa declaración de

capacidad?, ¿tiene el alcalde la facultad de exigir todavía documentos que acrediten la inexistencia del impedimento que se atribuye a los interesados?, ¿puede el Ministerio Público formular aún oposición?, ¿sería lícito negar la celebración del matrimonio a los pretendientes que, declarados capaces, lo solicitan dentro del plazo de cuatro meses? (CORNEJO CHÁVEZ).

Considerando las razones por las cuales se admite la oposición a la celebración del matrimonio o la denuncia de impedimentos, resulta claro que hay intereses superiores que proteger y que por ello nada impediría dejar sin efecto la declaración de capacidad, así como disponer y llevar a cabo todos los mecanismos posibles para determinar con certeza la existencia o inexistencia de la causal o del impedimento.

Se aprecia, a partir de lo expresado, que la posibilidad regulada por el segundo párrafo del artículo 258 neutraliza los efectos de la declaración de capacidad a que se contrae el primer párrafo, y constituye una excepción a los plazos para oponerse o para denunciar impedimentos (que no solo serían de diez días como máximo), por lo que en rigor cabría afirmar que la aptitud de los pretendientes para casarse es vulnerable hasta el mismo momento de la celebración del matrimonio.

Finalmente, cabe agregar que la declaración de capacidad de los contrayentes, actualmente regulada en el artículo 258, estuvo normada en los artículos 112 y 113 del Código Civil de 1936. El artículo 112 recogía la misma disposición del primer párrafo del actual artículo 258 en términos semejantes.

El artículo 113, por su parte, recogía la norma del segundo párrafo del actual artículo 258 con una breve diferencia, pues solo hacía referencia a la obligación del alcalde de remitir lo actuado al juez para que éste resuelva lo conveniente en el plazo de tres días, con citación del Ministerio Público (antes Ministerio Fiscal), únicamente en el supuesto que de los documentos presentados y de la información producida no quedara acreditada la capacidad de los contrayentes (a quienes erróneamente denominaba "presuntos contrayentes").

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.

## FORMALIDAD DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

### ARTICULO 259

El matrimonio se celebra en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde, después de leer los artículos 287, 288,289,290,418 Y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.

Es decir que la norma del artículo 113 antecedente, no contenía la hipótesis con que se inicia el segundo párrafo del artículo 258 del Código vigente, cual es, que el alcalde también debe proceder a remitir lo actuado al juez para que éste resuelva lo conveniente (con citación del Ministerio Público y en el plazo de tres días), en el supuesto de que el mismo alcalde tuviese noticia de algún impedimento de los contrayentes.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 248, 261, 262

### Comentario

***Manuel Muro Rojo  
Jorge Echeandía Cevallos***

El presente artículo reproduce la fórmula del artículo 114 del Código Civil de 1936, salvo en cuanto a la remisión del articulado, como es obvio. La celebración del matrimonio se realiza en la municipalidad de la localidad donde los contrayentes han realizado la correspondiente declaración del proyecto matrimonial y, por consiguiente, donde se halla el respectivo expediente administrativo. Es natural que la celebración del matrimonio se entienda con el alcalde ante quien se tramitó toda la etapa previa, por ser éste quien, en mérito de la documentación presentada, tiene conocimiento de que los contrayentes no se encuentran inmersos en impedimento alguno.

No obstante lo expresado, la norma del artículo 259, en lo concerniente a la intervención del "alcalde que ha recibido la declaración", constituye una regla general que admite algunas excepciones.

En efecto, de la revisión de las demás normas de esta parte del Código, se aprecia que el alcalde no siempre interviene directamente y que en lugar de él la ceremonia de matrimonio la puede celebrar:

i) un regidor del Concejo o un funcionario municipal determinado, por delegación que puede efectuar el alcalde en estas personas (artículo 260, primer párrafo);

ii) un director o jefe de hospital o establecimiento análogo, también por delegación del alcalde en estas personas (artículo 260, primer párrafo);

iii) el párroco o el ordinario del lugar, igualmente por delegación que puede efectuar el alcalde en estas personas (artículo 260, segundo párrafo);

iv) un alcalde de localidad distinta a la del alcalde de origen, por delegación de éste (artículo 261);

v) un comité especial, en las comunidades campesinas o nativas, que estará constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad (artículo 262);

vi) el jefe del Registro del Estado Civil, en las capitales de provincia donde dicho Registro se encuentra a cargo de funcionarios especiales (artículo 263); o

vii) el párroco o autoridad sacerdotal, en caso que alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte (artículo 268).

Por otro lado, la ceremonia del matrimonio es pública, de modo que en rigor puede asistir a ella cualquier persona, tenga o no legítimo interés en la celebración o en la no celebración de dicho acto. La publicidad garantiza el cumplimiento de las formalidades y evita la consumación de matrimonios clandestinos, en los cuales, en la mayoría de casos, se pretende ocultar vicios que acarrearían la nulidad del acto.

Los testigos, por su parte, cumplen un papel de fedatarios en el acto de celebración del matrimonio, pues su función es dejar constancia de que el mismo se ha realizado; sin tener la facultad de pronunciarse respecto a la validez del acto. Al respecto, pueden advertirse tres cuestiones relativas a los testigos:

La primera es la relativa a los requisitos de éstos, pues en este artículo solo se exige que sean mayores de edad y vecinos del lugar (no vecinos de los contrayentes), mas no se exige que dichos testigos conozcan a los contrayentes por lo menos desde tres años antes del matrimonio (ni siquiera se exige que los conozcan), como sí ocurre en el caso de la declaración de la intención de contraer matrimonio a que se refiere el artículo 248. A nuestro modo de ver es aconsejable que los testigos de la celebración del matrimonio sean mayores de edad, con plena capacidad de ejercicio, vecinos del lugar, y que conozcan a los contrayentes por lo menos desde hace tres años, tal como lo considera el artículo 248 para el caso del acto de declaración de la pretensión de los cónyuges para celebrar el matrimonio.

. La segunda referida a la intervención propiamente de los testigos que, como se dijo, solo es para dejar constancia de la celebración del acto, a diferencia de la declaración del proyecto matrimonial del artículo 248, en la cual los testigos deben declarar bajo juramento que los pretendientes no están incurso en impedimento alguno.

. Y la tercera en cuanto a que el artículo 259 no precisa si los testigos pueden ser o no las mismas personas que hicieron de testigos en el momento de la declaración del proyecto matrimonial regulado en el artículo 248.

Tal como se desprende del texto del artículo 259, la ceremonia del matrimonio es más o menos extensa y revestida de formalidades, todas ellas necesarias para concretar una decisión de tanta importancia. En la ceremonia el alcalde (o la persona que lo representa) lleva a cabo un breve protocolo, dentro del cual da lectura a diversos artículos del Código Civil, tales como el 287 (obligaciones comunes frente a los hijos); 288 (deber de fidelidad y asistencia); 289 (deber de cohabitación); 290 (igualdad en el gobierno del hogar); 418 (concepto de patria potestad) y 419 (ejercicio conjunto de la patria potestad).

La lectura de dichas normas es con la finalidad de que los contrayentes tomen conocimiento (o los afiancen) de las obligaciones básicas que asumirán a partir de la celebración y nacimiento de la institución jurídica del matrimonio. Claro está que dicha información no bastará, siendo obligación de todos los ciudadanos tomar conocimiento de las diversas obligaciones, derechos y deberes que nacen del matrimonio, tanto en relación a la pareja como a los futuros hijos y al cuidado y asistencia del hogar.

En cuanto a la lectura de algunas disposiciones legales en el acto de la ceremonia del matrimonio civil, el Código Civil de 1936 únicamente exigía la lectura de los artículos 158 y 164 de ese Código, referidos a los deberes y derechos que nacen del matrimonio, específicamente a la obligación mutua (conjunta) de los cónyuges de alimentar y educar a los hijos (artículo 158, equivalente al artículo 287 del Código actual) y a la obligación del marido de suministrar a la mujer y en general a la familia todo lo necesario para la vida según sus facultades y situación (artículo 164, que no tiene equivalente exacto en el Código vigente, toda vez que la mencionada obligación de sostenimiento de la familia no es exclusiva del marido, sino que compete a ambos cónyuges según se desprende del texto de los artículos 235 y 291 que, no obstante, no son de obligatoria lectura en la ceremonia de matrimonio civil).

Sin duda el momento de mayor importancia de la ceremonia es la declaración de la voluntad de los contrayentes de consumar el matrimonio (o de no celebrarlo), para cuyo efecto el artículo 259 ordena al alcalde o funcionario encargado que pregunte a cada uno (por separado) si persiste en su voluntad de casarse. Solo después de la respuesta afirmativa e incondicional de ambos contrayentes el alcalde extenderá el acta de casamiento, la misma que es firmada por la autoridad, los contrayentes y los testigos presenciales. Luego de esto los contrayentes serán declarados cónyuges y a partir de entonces empezarán a surtir todos los efectos propios del matrimonio civil.

La norma no se pone en el supuesto de que uno o ambos contrayentes expresen su voluntad en sentido negativo, o sea de no querer casarse, toda vez que es inusual que eso suceda; sin embargo, de darse el caso, asumimos que la autoridad deberá igualmente extender un acta dejando constancia de ese hecho.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## DELEGACIÓN DE LA FACULTAD PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO

### ARTICULO 260

El alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio a otros regidores, a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos. El matrimonio puede celebrarse también ante el párroco o el Ordinario del lugar por delegación del alcalde respectivo.

En este caso el párroco o el Ordinario remitirá dentro de un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas el certificado del matrimonio a la oficina del registro del estado civil respectivo.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 261, 262, 263, 265, 268

C.P. arts. 141, 142

### Comentario

***Manuel Muro Rojo  
Jorge Echeandía Cevallos***

La facultad de llevar a cabo la ceremonia del matrimonio civil compete, como regla general, al alcalde de la localidad donde se efectuó la declaración del proyecto matrimonial de los contrayentes. Sin embargo, la ley prevé la posibilidad de que el alcalde competente pueda delegar dicha facultad.

La delegación puede darse en diversos ámbitos. El artículo 260 se refiere a la delegación en otras personas, por lo general en la misma localidad, y el artículo 261 regula la delegación en otro alcalde de localidad distinta.

Los supuestos de delegación del artículo 260 también se diferencian entre sí y, además, revelan una serie de imprecisiones. Un primer caso es el de la delegación al interior de la propia municipalidad, en cuyo caso la norma permite facultar a los regidores o a los funcionarios municipales para celebrar el matrimonio, sin precisar en el caso de los funcionarios, si éstos deben ser o no los que dentro del municipio tienen funciones o cargos vinculados a actos del estado civil. La falta de precisión puede llevar a afirmar que es válido el matrimonio celebrado ante cualquier funcionario independientemente de su cargo o función, bastando que tenga la autorización del alcalde. En la práctica, la delegación que se supone es la excepción, se ha convertido en la regla; y la celebración por el propio alcalde, que se supone es la regla, se convertido en la excepción.

Otro supuesto es el de la delegación en personas ajenas a la municipalidad, en cuyo caso la norma permite facultar a directores o jefes de hospitales o de establecimientos análogos para celebrar el matrimonio. El concepto de "análogos" es impreciso, pero en general puede entenderse como todo establecimiento de salud de nivel de un hospital, tales como las clínicas, pero difícilmente podrían considerarse las postas y similares. Asimismo, puede



tratarse de establecimientos públicos o privados ya que la norma no hace distinción alguna.

Igualmente, en esta parte de la norma no se hace alusión a que la delegación en directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos deba hacerse en circunstancias especiales, es decir de enfermedad grave o con peligro de muerte de uno o ambos contrayentes, de manera que puede interpretarse que estaría permitida la delegación en cualquier caso. No hay forma de concluir lo contrario, pues de otro modo sería innecesaria, repetitiva o asistemática la regulación del artículo 268 que se refiere precisamente al matrimonio in extremis. Desde luego que la delegación en el caso comentado debe ser otorgada para celebrar matrimonios de personas internadas en el establecimiento de salud (por lo menos uno de los contrayentes y que cuenten con la debida lucidez), no para pacientes ambulatorios y mucho menos para celebrar matrimonios de personas que no están ni en una ni en otra condición. Un tercer caso es el de la delegación en el párroco o en el Ordinario del lugar, en cuyo caso éstos remitirán dentro de un plazo no mayor a 48 horas el certificado del matrimonio a la oficina del Registro del Estado Civil respectivo. Al igual que en el supuesto anterior, el artículo 260 no exige que existan circunstancias especiales como la enfermedad grave o el peligro de muerte (que, por lo demás se legisla en el artículo 268), de modo que procede en cualquier caso. De ser así, entonces es posible realizar un matrimonio católico y civil en forma simultánea ante la misma autoridad religiosa.

Para todos los casos mencionados son aplicables las siguientes opiniones finales:

. La norma es muy flexible al no precisar los casos de procedencia de la delegación, al punto de ser ésta posible sin necesidad de concurrir alguna circunstancia razonable que lo amerite, pudiéndose llegar a casos extremos. Tal vez sería conveniente establecer algunas pautas mínimas para la procedencia de la delegación.

. La delegación debe entenderse conferida para efectos de la dirección de la ceremonia de casamiento, mas no para los actos relacionados con las etapas previas, tales como la recepción de la declaración del proyecto matrimonial, la publicación de avisos y la declaración de capacidad de los pretendientes.

. Por regla general deben cumplirse, no obstante la delegación, todas las formalidades establecidas en los artículos 248,250,251 Y 259 del Código Civil, pudiéndose presentar las dispensas reguladas en los artículos 249 y252.

. La norma del artículo 260 no precisa si la delegación es genérica para la celebración de diversos matrimonios aún no determinados en forma específica, o si para cada acto de casamiento en particular debe otorgarse la delegación respectiva puntualmente referida para ese acto. Opinamos que lo segundo implica mayor seguridad y control de la facultad de delegación.

. Finalmente, la norma solo exige que la delegación sea por escrito, sin necesidad de formalidad adicional alguna como sería la legalización de la firma

del alcalde u otra seguridad. En todo caso, si faltare el escrito de delegación el matrimonio celebrado sería nulo (artículo 274 inc. 9) o anulable (artículo 277 inc. 8), por incompetencia del funcionario y según haya mediado mala o buena fe de los contrayentes.

Por último, es pertinente mencionar que la delegación de que trata el artículo 260 fue regulada también por el Código Civil de 1936, que en su artículo 115 permitía que el alcalde delegue la facultad de celebrar el matrimonio en el teniente alcalde, oficiales de estado civil, agentes municipales (de acuerdo a la organización municipal de ese entonces), así como en los directores o jefes de hospitales, capellanes de éstos y en los misioneros católicos.

Para efectos de este último caso, sin embargo, no se contemplaba norma semejante a la del segundo párrafo del actual artículo 260, en el sentido de que las autoridades religiosas remitieran en un determinado plazo, el certificado de matrimonio a la oficina del Registro de Estado Civil respectiva.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

-

## **CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO EN MUNICIPIO DISTINTO**

### **ARTICULO 261**

El matrimonio puede celebrarse ante el alcalde de otro concejo municipal, mediante autorización escrita del alcalde competente.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. art.260

C.P. art. 142

### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo  
Jorge Echeandía Cevallos***

Tal como se expresó en el comentario al artículo anterior, la regla general es que la competencia para llevar a cabo la ceremonia del matrimonio civil corresponde al alcalde de la localidad donde se efectuó la declaración de la intención matrimonial. No obstante, el Código ha previsto la posibilidad de delegar dicha función.

De igual modo, quedó dicho que la delegación puede presentarse en diversos ámbitos. El artículo 260 antes comentado regula los casos de delegación en otras personas, mientras que el artículo 261 se ocupa de la delegación en otro alcalde de localidad distinta.

A diferencia del artículo precedente, en éste hay un solo supuesto de delegación, que es de alcalde a alcalde, es decir entre funcionarios de igual jerarquía.

Sin duda, la norma se inspira en la disposición constitucional que manda al Estado a promover el matrimonio, y en determinados principios aplicables a la Administración Pública, tales como la celeridad, eficacia y simplicidad, que tienen como fin que el administrado alcance sus objetivos sin mayores dilaciones: Es por ello que se hacen flexibles, una vez más, las normas concernientes a la celebración del acto matrimonial, permitiendo que la autoridad competente, esto es, el alcalde, delegue en otro funcionario de su mismo rango la facultad de llevar adelante la ceremonia de matrimonio civil, tal como se regula en el artículo bajo comentario.

La hipótesis del artículo 261 supone que los contrayentes ya han cumplido con todas las formalidades, requisitos y trámites necesarios para celebrar el matrimonio en el municipio de origen, y también que ha sido declarada su capacidad para contraer matrimonio, conforme al artículo 258, de modo que la delegación se circunscribe únicamente a la celebración del acto matrimonial, situación a la que se llega por una motivación, razón atendible o necesidad imperiosa de los contrayentes.

Se entiende que la delegación concedida al alcalde del municipio donde se celebrará la ceremonia del matrimonio, debe ir acompañada de la documentación sustentatoria respectiva, que incluirá principalmente la declaración del proyecto matrimonial con todos sus requisitos, la certificación de haber publicado los avisos matrimoniales y la declaración de capacidad otorgada a los contrayentes.

Para hacer efectivo el matrimonio, el alcalde delegado requiere contar con los mencionados documentos a fin de certificar la veracidad de los datos, la buena fe de los recurrentes y el fiel cumplimiento de todas las etapas que corresponden al procedimiento. Es de presumirse que el procedimiento ha sido cumplido sin incurrir en vicios u observaciones, por lo que, como se dijo antes, el alcalde delegado solo se hará responsable de la celebración de la ceremonia, sin que tenga la facultad de comprobar los datos referidos a la capacidad de los interesados o la veracidad de los documentos remitidos por el alcalde del municipio de origen.

No obstante lo expresado, cabe señalar que de existir algún impedimento de matrimonio que no ha sido observado durante las etapas previas en el municipio de origen, no podría prohibirse al alcalde delegado denunciar el mismo en cualquier momento antes de la celebración del acto matrimonial, en cuyo caso debería procederse conforme a lo prescrito por los artículos 253 a 256 del Código.

En el caso regulado por el artículo 261 no se menciona dónde se efectuará la inscripción del matrimonio celebrado, debiendo entenderse, en nuestra opinión, que el mismo se inscribirá en el Registro de Estado Civil del municipio de origen, pues el municipio delegado solo ha ejecutado un encargo, mas no es la institución ante la cual se ha tramitado el expediente matrimonial.

Finalmente, es pertinente comentar dos cuestiones. Primero, que la delegación de que trata el artículo 261 es de alcalde a alcalde, de modo que la facultad de delegación está vedada para otros funcionarios; así, por ejemplo, si un alcalde hubiera delegado el encargo de celebrar el matrimonio a un regidor o a otro funcionario municipal, de acuerdo con el artículo 260, éstos no podrían a su vez delegar dicho encargo al alcalde y menos a un funcionario de otra localidad.

Y, segundo, que la delegación del alcalde de origen al alcalde de otro municipio, no impide a éste a su vez delegar el encargo en un regidor o funcionario municipal, toda vez que en este supuesto la primera delegación fue de alcalde a alcalde, y la segunda delegación se basa en el artículo 260.

Por último, cabe mencionar que la norma del artículo 261 tiene su antecedente en el artículo 116 del Código Civil de 1936, que regulaba en idénticos términos la celebración del matrimonio.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo

A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo ., Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERAL TA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **MATRIMONIO EN COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS**

### **ARTICULO 262**

El matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse también en las comunidades campesinas y nativas, ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad. La presidencia del comité recae en uno de los directivos de mayor jerarquía de la comunidad, delegación para celebrar el matrimonio, efectuada por un alcalde a otro alcalde de concejo municipal distinto.

### **CONCORDANCIAS:**

- C. arto 89
- C.C. arts. 134 y ss.

### **Comentario**

***Jorge Echeandía Cevallos***

De acuerdo con el artículo 134 del Código Civil, las comunidades campesinas y nativas son definidas como las organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral. El artículo 137 se refiere al estatuto de las comunidades, en el cual deben constar, entre otros aspectos, los derechos y obligaciones de sus miembros y las normas para su organización y funcionamiento.

Las comunidades campesinas y nativas se encuentran ubicadas, en su mayoría, en las zonas más remotas del país, por lo general de difícil acceso; y precisamente por esta razón sus costumbres y creencias distan mucho de las de aquellas poblaciones instaladas en las ciudades del resto del distrito o provincia a la que pertenecen.

Los llamados comuneros viven alejados de la urbe, sin contar con elementos propios de la modernidad. Se abastecen de lo que producen, tienen sus propios medios de protección y defensa, se autoorganizan y eligen sus autoridades bajo formas muy particulares.

En ese contexto y circunstancias, el legislador ha considerado que no es prudente obligar a los habitantes de las comunidades campesinas y nativas a tramitar y celebrar sus uniones matrimoniales en la municipalidad distrital a la que pertenecen y que resultaría competente en atención al domicilio de los pretendientes. No es solo un tema cultural sino también económico, si se tiene en consideración su limitada capacidad económica y lo oneroso que resultaría para aquéllos sujetarse al trámite ordinario y los obstáculos de la burocracia administrativa.

De esta manera, para efectos de la tramitación y celebración de los matrimonios, las mencionadas comunidades organizadas forman un comité

especial compuesto por la autoridad educativa y por dos directivos de mayor jerarquía de la comunidad, y bajo la presidencia del directivo de mayor jerarquía. El comité especial tiene a su cargo la tramitación y celebración de los matrimonios civiles, teniendo en cuenta las particulares costumbres de cada comunidad.

Lo anterior está regulado en el artículo 262 bajo comentario, el mismo que no tiene antecedente en el Código Civil de 1936. La norma es austera y se limita a prescribir lo señalado en el párrafo anterior. Se entiende que en estos casos no se puede exigir la observancia de las formalidades establecidas en el artículo 248, toda vez que el acto se celebrará en función de las costumbres propias de la comunidad; sin embargo, está claro que una vez cumplidas "sus respectivas formalidades" el acto celebrado surtirá los mismos efectos que un matrimonio civil celebrado ante el alcalde de una municipalidad.

Por otro lado, es usual que en líneas generales las comunidades campesinas y nativas, en la mayoría de casos, no se rijan por la ley, sino de acuerdo a sus propias costumbres, entre las cuales pueden presentarse casos de matrimonios que a la luz de nuestro Código Civil serían nulos o anulables.

La regulación de las comunidades campesinas y nativas es un tema que debe ser analizado con mucha cautela, porque trae consigo normas (provenientes de sus afianzadas costumbres) de cumplimiento obligatorio para sus miembros. Quizá, y no sería extraño, que para cierta comunidad sea permisible el matrimonio entre hermanos, o el matrimonio entre un adulto y una niña menor de edad, menor de 12 años por ejemplo. Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento legal, evidentemente, esos actos son nulos, pero en el entendido que la costumbre es fuente del Derecho ¿tendrán efectos legales aquellos matrimonios?

Tomemos en consideración que después de publicada una norma, se presume que ésta es conocida por todos los ciudadanos; pero en el caso de las comunidades campesinas y nativas, a las cuales no llegan los medios de comunicación y menos aún el diario oficial "El Peruano", será imposible que los pobladores de tales organizaciones conozcan el contenido y entiendan el sentido de la ley, más aun cuando en la mayoría de casos los pobladores no solo tienen dialectos oriundos, sino que además padecen de un alto índice de analfabetismo.

Es por esa razón que el artículo 262 es austero y genérico; no entra en detalles sobre los requisitos, formalidades, tramitación y celebración del acto matrimonial, sobreentendiendo que ello corresponde ser regulado en el estatuto de cada comunidad. Legislar sobre estos aspectos sería un error, significaría imponer un estilo de vida que no les corresponde.

Las costumbres de las comunidades campesinas y nativas deben ser respetadas, y mientras no haya un desarrollo del país que las involucre en todos los aspectos, tales como educación, cultura, salud, economía, información legal, etc., no se podrán imponer normas que los pobladores desconocerán por completo o simplemente no se adecuarán a ellas.

Por lo mismo, el matrimonio celebrado ante las autoridades campesinas y nativas correspondientes, conforme a sus costumbres, será suficiente para que surta efectos jurídicos desde la declaración del casamiento consumado.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.



## **FACULTAD DEL JEFE DEL REGISTRO CIVIL PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO**

### **ARTICULO 263**

En las capitales de provincia donde el registro del estado civil estuviese a cargo de funcionarios especiales, el jefe de aquél ejerce las atribuciones conferidas a los alcaldes por este título.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 260, 261  
C.P. arto 142

### **Comentario**

***Jorge Echeandía Cevallos***

Al tratar los artículos 260 y 261 del Código Civil se pudo apreciar que aquellos se ocultan de supuestos de delegación para la celebración del matrimonio, que el alcalde puede realizar en otras personas. Así, el artículo 260 se refiere a la delegación en regidores, funcionarios municipales, directores y jefes de hospitales o establecimientos análogos, y en párrocos o autoridades religiosas. El artículo 261 se refiere a la delegación de un alcalde en otro alcalde de localidad distinta.

El artículo 263, que tiene su fuente en el artículo 123 del Código anterior, se ocupa de un supuesto diferente, pero que podría generar confusión respecto de las normas contenidas en los artículos 260 y 261. En efecto, el artículo 263 establece más que todo una excepción a la competencia y facultad que tienen los alcaldes de llevar a cabo la tramitación y la propia ceremonia del matrimonio civil.

Es decir que no se trata de un caso de delegación en virtud del cual el alcalde encarga la celebración del matrimonio al jefe del Registro de Estado Civil, en las capitales de provincia donde dicho Registro está a cargo de funcionarios especiales. Nada de eso, sino que lo que ocurre en el caso regulado por el artículo 263, es que la propia ley le asigna competencia directa al funcionario antes mencionado, otorgándole las atribuciones que les corresponden en estos casos a los alcaldes.

En otras palabras, si bien, como se dijo en los comentarios a los artículos 260 y 261, la regla general es que la competencia para llevar a cabo la ceremonia del matrimonio civil corresponde al alcalde de la localidad donde se efectuó la declaración de la intención matrimonial, de modo que el supuesto del artículo 263 es una excepción a esta regla, como lo es también la disposición del artículo 262, referida a la autoridad pertinente para celebrar matrimonios en las comunidades campesinas y nativas.

Por supuesto que se trata de una forma de descargar las funciones municipales del alcalde que, por su alta investidura, le es imposible atender todos los asuntos de la comunidad. En el caso particular de las capitales de provincia, la recarga laboral es mayor aún, por tal motivo, para efectos de la tramitación, declaración y celebración del matrimonio, esta responsabilidad es asumida por el jefe del Registro de Estado Civil.

Del texto del artículo 263 se aprecia que las atribuciones que la ley le confiere al jefe del Registro Civil son absolutas. De esta manera, además de la responsabilidad que le compete para la tramitación y celebración del acto matrimonial, el mencionado funcionario tiene también la atribución de recibir y canalizar las eventuales oposiciones o denuncias de impedimento que se formulen para impedir la celebración del matrimonio; estando facultado igualmente para autorizar la celebración de dicho acto en municipio distinto o fuera del local de la municipalidad.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.

## **MATRIMONIO POR REPRESENTACIÓN**

### **ARTICULO 264**

El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de la celebración.

El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente. El poder caduca a los seis meses de otorgado.

### **CONCORDANCIA:**

c.c. arts. arts. 140 inc. 4); 144, 145, 149, 152, 160, 167 inc. 4);  
1790, 1793 inc. 1)

### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo Jorge Echeandía Cevallos***

De acuerdo a lo enunciado por el artículo 145 del Código Civil, el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. Se ha justificado la necesidad de la representación basándose en la utilidad práctica que dicha figura importa en el dinamismo de la vida social y jurídica. La representación potencia las posibilidades de actuación de las personas (que no pueden o no quieren intervenir en los negocios jurídicos por sí mismas) dando lugar al milagro jurídico de la bilocación, con lo que se evita que la exigencia de la intervención personal de los propios y directos interesados limite sensiblemente el movimiento patrimonial (LOHMANN).

Empero, la figura de la representación también ha invadido el campo de los actos extrapatrimoniales, prueba de ello es que se admita la actuación por terceros en el ámbito del Derecho de Familia. Así, el artículo 264 del Código Civil autoriza a los contrayentes del acto matrimonial que comparezcan a la ceremonia a

l través de apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quién ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. La norma ha considerado la posibilidad de que, por diversos motivos de índole personal o de fuerza mayor, los contrayentes no puedan asistir a la ceremonia del matrimonio civil, en cuyo caso podrán ser representados por un tercero.

Está claro que, conforme al sistema de la representación directa y particularmente de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 160, el acto jurídico celebrado por el representante dentro de los límites de las facultades que se le hayan conferido produce efectos directamente respecto del representado. Es decir, que quien actúa en nombre de otro -en este caso para representarlo en la ceremonia del matrimonio civil- no recibe él mismo las consecuencias del

negocio jurídico celebrado; éstas recaen directamente en la esfera jurídica de quien ha conferido la representación, sin necesidad de que se requiera de un nuevo acto para ceder dichos efectos.

En sede de doctrina se cuestiona que el acto por el cual se otorgan facultades a un tercero para que intervenga en la ceremonia matrimonial en nombre del contrayente, manifestando la voluntad de éste de contraer matrimonio, sea un verdadero acto de representación. En efecto, Juan G. Lohmann se refiere a la figura del "nuncio" que, a diferencia del representante, no tiene como éste un auténtico poder de decisión. Como se sabe, en el estado actual de la doctrina se reconoce que el fenómeno representativo tiene más riqueza conceptual y alcance prácticos mucho más amplios que los de posibilitar solamente el desplazamiento de la voluntad del interesado; en cambio, el nuncio es apenas un emisario que traslada y reproduce una voluntad, carece de iniciativa legitimada y creadora, no puede optar y no le está permitido determinar el contenido de ninguna voluntad, ni de amoldarla a circunstancias sobrevinientes, ni posee otra capacidad de decisión vinculante que no sea la de transmitir o no la voluntad de quien representa. En ese sentido, la participación del nuncio en el negocio jurídico vendría a ser puramente instrumental, por lo que se ha dicho que es la figura más modesta de la representación. Por estas consideraciones, el autor citado se inclina por sostener que en el matrimonio, particularmente en el acto de la ceremonia en que los contrayentes actúan a través de terceros, no cabe hablar de representante sino de nuncio, toda vez que en dicha hipótesis el apoderado actúa como portavoz del contrayente, sin posibilidad alguna de decisión, iniciativa, opción o interpretación de la voluntad ajena (LOHMANN).

De otro lado, en lo que concierne a la formalidad, para que el poder a que se contrae el artículo 264 surta efecto, deberá elevarse a escritura pública (no requiere inscripción) e identificar en el mismo documento a la persona con quien el poderdante contraerá matrimonio. Asimismo, el otorgante deberá ceñirse en lo que fuere aplicable a lo estipulado por los artículos 145 y siguientes del Código Civil referidos a la representación, a fin de que ésta goce de validez absoluta.

Del texto del artículo 264 se aprecia que al menos uno de los contrayentes debe encontrarse presente en la ceremonia de celebración del matrimonio. Sin embargo, la percepción de la doctrina es completamente opuesta. Al entender de Héctor Cornejo "esta limitación propia del contrato matrimonial, se debe al propósito de actualizar siquiera en parte el consenso personal de los contrayentes; pero carece de fundamento jurídico suficiente, pues, desde que el mandatario no expresa su voluntad sino la del poderdante, no existe inconveniente teórico ni práctico para que ambos pretendientes se hagan representar debidamente en la ceremonia" (CORNEJO CHÁ VEZ). La misma posición es asumida por Max AriasSchreiber, quien estima que la razón de la leyes "propiciar el matrimonio y no ponerle obstáculos; facilitar la unión marital" (ARIAS-SCHREIBER).

Sobre el particular, nos adherimos a la posición de los mencionados juristas, pues no hay razón legal por la cual si un contrayente se encuentra representado por un tercero, cumpliendo todos los requisitos que la ley ordena,

no se permita que el otro contrayente se encuentre también representado, siempre que ambos cumplan con los todos requisitos exigidos en la ley en lo que respecta a la formalidad de la representación. Este planteamiento fue aprobado por la Comisión Reformadora del Código Civil, sin embargo, la Comisión Revisora mantuvo la posición que fluye del texto vigente.

El segundo párrafo del artículo bajo comentario "tiene que ver con un posible error de redacción o simplemente una falta de coherencia" (TUESTA SILVA). Su primer párrafo expresa que "el matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene en incapaz antes de la celebración del matrimonio, aun cuando el apoderado ignore tales hechos", sin embargo, a continuación expresa: "para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente":

El autor referido se pregunta con toda razón "si para que tenga efecto la revocación, es necesario que dicha voluntad sea comunicada tanto al apoderado como al otro contrayente, entonces ¿cómo se explica que se sancione con nulidad el acto matrimonial celebrado por el apoderado que ignora tal revocación?".

Cornejo Chávez alude a un caso particular, con lo cual pone en tela de juicio la complejidad en la comprensión del discutido segundo párrafo del artículo 264 del Código Civil. Al respecto expresa que esta fórmula significaría que si un varón otorga poder para que un amigo suyo lo represente en la ceremonia de su casamiento con determinada mujer; luego revoca el poder, sin comunicar este hecho al apoderado y a la mujer; acto seguido se traslada al lugar del matrimonio e inicia vida marital con dicha persona, no se sabe, en definitiva, si ese matrimonio es válido o no. El podría invocar el artículo 264 en la parte que preceptúa que el matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder (oo.) aun cuando el apoderado ignore tal hecho; y la mujer podría sostener que es válido, por cuanto el mismo artículo establece que para que surta efecto, la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente (CORNEJO CHÁ VEZ).

La posición de la doctrina italiana es más coherente al exponer que "si el poder ha sido revocado, pero, si ello no obstante se celebró el matrimonio, éste es válido si el otro contrayente, en el momento de la celebración, ignoraba su revocación y ha habido, después del matrimonio, cohabitación (aunque sea temporal) entre los contrayentes" (MESSINEO).

Además, ha de tenerse en cuenta que el texto del artículo 152 del Código Civil enuncia que "la revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita (...)".

Como consecuencia de lo expuesto se puede concluir que efectivamente se ha producido un error al momento de redactar la norma, pues no de otro modo se entendería tremenda contradicción legal.

Un intento por modificar la parte pertinente del artículo bajo comentario, a modo de sugerencia, podría ser la siguiente expresión: "El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o de viene en incapaz antes de la celebración del

matrimonio, siempre que haya sido notificado el apoderado y el otro contrayente". De esta manera se despejan todas las dudas y se mantiene una norma legal de estricto cumplimiento.

Cabe agregar que la posibilidad de celebrar el matrimonio a través de representante estuvo regulada en los artículos 118 y 119 del Código Civil de 1936. El artículo 118 recogía en términos similares lo dispuesto en el primer párrafo del actual artículo 264; y el artículo 119 recogía lo normado en el segundo párrafo de la norma actual. Se aprecia una diferencia importante en esta segunda regla, pues el artículo 119 antecedente no se pronunciaba sobre la validez o invalidez del acto celebrado ya revocado el poder o producida la incapacidad, limitándose a señalar que las facultades otorgadas se terminaban por esos hechos; en cambio el artículo 264, segundo párrafo, se pronuncia por la nulidad del acto celebrado en esas circunstancias.

Finalmente, respecto a la caducidad del poder, ésta se produce a los seis meses de otorgado. Esta disposición es nueva, no estaba contemplada en el Código de 1936. Se entiende que el plazo establecido es suficiente y que el poderdante puede haber cambiado su decisión de contraer matrimonio o de hacerlo a través de tercero. En este punto cabría preguntarse qué sucede si el matrimonio se lleva a cabo luego de vencida la vigencia del poder. El segundo párrafo del artículo 264 solo sanciona con nulidad el acto matrimonial si se ha celebrado con poder revocado o por incapacidad posterior, pero no cuando el poder ha caducado. De esta manera, a la luz de lo dispuesto por los artículos 161 y 162 del Código Civil, podría afirmarse que el acto es válido pero ineficaz, quedando sujeto a la eventual ratificación del poderdante.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo .. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G. El negocio jurídico. Lima, Editorial Grijley, 1994; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Ejea, 1979; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO FUERA DE LA MUNICIPALIDAD**

### **ARTICULO 265**

El alcalde puede, excepcionalmente, celebrar el matrimonio fuera del local de la municipalidad.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 259, 260, 261, 262, 263, 268

### **COMENTARIO**

*Manuel Muro Rojo Jorge Echeandía Cevallos*

En lo concerniente al lugar de celebración del matrimonio, la regla general-de acuerdo a lo establecido por el artículo 259 del Código Civil- es que dicho acto se celebre en el local de la municipalidad. Los artículos 260, 261, 262, 263 Y 268 se refieren a casos especiales en los que la celebración de la ceremonia matrimonial puede o debe realizarse en lugares distintos a la sede municipal del domicilio de los contrayentes y, en algunos supuestos, incluso ante autoridad diferente al alcalde.

Por su parte, el artículo 265, sin estar referido a las hipótesis contenidas en los artículos mencionados y sin enumerar causales específicas, se limita a enunciar que la celebración del matrimonio puede realizarse "excepcionalmente" fuera de la municipalidad, es decir, en lugar distinto.

La norma del artículo 265, conforme a su propio texto, contiene una disposición de carácter excepcional, sin embargo ha terminado en la práctica como una norma de carácter alternativo u opcional, según decisión de quienes pretenden contraer matrimonio. En efecto, son numerosas y casi cotidianas las situaciones en las cuales los contrayentes solicitan a la autoridad que el matrimonio se celebre fuera del local municipal, sea en su domicilio, en el salón de un club social o lugares similares donde se realizarán los agasajos y festividades posteriores e inclusive en el salón de recepción de la iglesia donde se lleva a cabo el matrimonio religioso; todo ello sin considerar el carácter excepcional de la norma.

En rigor los contrayentes solicitan y la autoridad concede el pedido, sin que sea necesario sustentar razonablemente el carácter "excepcional" del cambio de lugar de celebración del matrimonio, con lo cual el espíritu de la norma ha quedado absolutamente trastocado, al punto que por la mera decisión de los particulares la Administración Pública se traslada hacia ellos.

En este punto cabe señalar que la norma del artículo 265 bajo comentario, tiene su fuente en el artículo 117 del Código Civil de 1936, sin embargo difiere sustancialmente de dicho antecedente, pues el artículo 117 mencionado establecía que el alcalde podía, excepcionalmente, celebrar el matrimonio fuera de la municipalidad, pero únicamente "si alguno de los contrayentes estuviere

imposibilitado para trasladarse al local de ella por causa debidamente acreditada".

Puede apreciarse, pues, que bajo la vigencia del Código anterior, la posibilidad de celebrar la ceremonia matrimonial fuera del local de la municipalidad estaba supeditada a la previa demostración a la autoridad edilicia de que alguno de los contrayentes tenía una razón justificada para su pedido, lo que evitaba el uso indiscriminado de lo dispuesto en la norma citada.

Claro está, que lo regulado por el artículo 117 del Código de 1936 era un supuesto diferente a la ,necesidad de celebrar el matrimonio fuera de la municipalidad por inminente peligro de muerte (matrimonio in extremis o de urgencia), debido a que éste se encontraba contemplado en el artículo 120 y por consiguiente constituía un caso distinto. En ese sentido, en el contexto de la legislación anterior, el artículo 117 exigía la acreditación de causas de otro tipo, como por ejemplo la invalidez física, una enfermedad sin riesgo de muerte, el estar uno de los contrayentes recluido en prisión o realizando servicio en un cuartel militar, u otro hecho que justifique tal medida.

En el artículo 265 del Código actual, que se ocupa del tema comentado, se ha suprimido la frase final de su antecedente: "... si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado para trasladarse al local de ella por causa debidamente acreditada", quedando solo la parte inicial de la norma: "el alcalde puede, excepcionalmente, celebrar el matrimonio fuera del local de la municipalidad", que es el texto vigente. Regulado así, la norma del artículo 265 se distingue aún más de la figura del matrimonio in extremis o de urgencia a que se contrae el artículo 268.

No obstante lo expresado, la actual regulación de la materia -en los términos en que consta en el vigente artículo 265- no es del todo mala; puede entenderse que guarda armonía con la norma constitucional relativa a la promoción de la familia (Const., artículo 4), por lo que se permite flexibilizar las normas que regulan las formalidades y demás aspectos de la celebración del matrimonio, y en este caso concreto la autoridad local estará haciendo efectiva la labor de incentivar la celebración de matrimonios en el país.

En todo caso no se puede negar que hay una distorsión, pudiéndose afirmar que el artículo 265 del Código Civil o no recoge adecuadamente una realidad, o que su cumplimiento no está siendo observado al no respetarse el carácter excepcional de la disposición. Queda, pues, por analizar, el debate sobre el abuso de la normativa de carácter excepcional, que ocurre también en otros ámbitos de la legislación nacional.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; ARIAS-SCHREIBER MONTERa, Ángela y PLÁCIDO V. Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Studium Ediciones. Lima, 1985;



ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, TheodoryWOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo ,. Editorial Bosch. Barcelona, 1946; MALLQUI, Max y MOMETHIANO, Eloy. Derecho de Familia. Ed. San Marcos. Lima, 2002; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Editorial Idemsa. Lima, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, 2001.

## **GRATUIDAD DE LAS DILIGENCIAS MATRIMONIALES**

### **ARTICULO 266**

Ninguno de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en la tramitación y celebración del matrimonio cobrará derecho alguno.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arto 267

C.P. arts. 382, 383, 384

### **Comentario**

***Jorge Echeandía Cevallos***

El procedimiento de celebración del matrimonio civil supone el pago de los derechos de tramitación consignados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de cada municipalidad. Estos serán cancelados al momento de iniciar el trámite del matrimonio en la tesorería del municipio y contra acuse de recibo de pago. Aparte de ello no cabe cobro alguno por parte de los funcionarios que intervienen en el trámite y en la celebración del casamiento bajo ninguna circunstancia que no se encuentre regulada en el mencionado TUPA.

Al respecto, cabe señalar que el Estado promueve la constitución legal de la familia como núcleo básico de la sociedad, por tal motivo otorga todas las facilidades necesarias para que la celebración del matrimonio se lleve a cabo, claro está, en estricto cumplimiento de lo ordenado por la ley. En ese sentido, se asume que los derechos de tramitación deben ser reducidos o, en su caso, gozar de exoneraciones totales o parciales, a fin de permitir la formación legal de las familias.

Nótese que la norma bajo comentario no dispone la gratuidad del procedimiento matrimonial, sino que tiende a evitar el cobro indebido de sumas no exigibles, sancionando cualquier cobro ilícito requerido por funcionario o servidor público.

De esta manera, los funcionarios o servidores públicos que cobrasen sumas de dinero por cualquier concepto relacionado a la celebración del matrimonio que no estuviese contemplado en el TUPA de la municipalidad, incurrirán en el delito de concusión (artículo 382 del Código Penal: El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años), o exacción ilegal (artículo 383 del Código Penal: El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor

de cuatro años). De darse el caso, los contrayentes pueden interponer la respectiva denuncia penal.

El artículo 266 extiende la prohibición a los funcionarios o servidores públicos que intervienen en la tramitación y celebración del matrimonio. Por tanto, no se limita a sancionar a quien solicite contribuciones o emolumentos a su favor a cambio de celebrar la ceremonia, sino también a todo funcionario o servidor que al momento de la tramitación haya solicitado o exigido un pago no previsto en el ordenamiento legal.

Igual regla contenía el artículo 121 del Código Civil de 1936.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.

## **SANCIÓN POR INFRINGIR LA GRATUIDAD**

### **ARTICULO 267**

El infractor del artículo 266 sufrirá destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. art 266  
C.P. arts, 382, 383

### **Comentario**

***Jorge Echeandía Cevallos***

De acuerdo a lo comentado en el artículo precedente, los funcionarios o servidores públicos están prohibidos de exigir cualquier cobro indebido durante la tramitación o celebración del matrimonio; de lo contrario serán responsables penalmente por dicho accionar. Los delitos en los que está en marcada la acción ilícita son la concusión y la exacción ilegal.

Cabe mencionar que en doctrina se reconocen dos tipos de acción concusionaria: la concusión propia y la concusión impropia. "En la propia, el funcionario público es quien incurre en el hecho ilícito; mientras que en la impropia, el sujeto activo es un particular que simula la condición de funcionario público de la cual no se encuentra investido" (HUGO ÁLVAREZ).

En el caso particular de la obtención de un beneficio patrimonial por parte del funcionario o servidor público en situaciones de celebración de matrimonio (preparación y celebración propiamente dicha) se podrían presentar ambas situaciones de concusión. La concusión propia se presentaría, por ejemplo, en caso de que el jefe del Registro Civil de la municipalidad competente, el alcalde o un secretario, obligue a los contrayentes a efectuar pagos por derechos inexistentes, bajo la amenaza de no continuar con el procedimiento.

Por otro lado, la concusión impropia o exacción ilegal se presentará en caso de que un tercero ajeno a la función municipal coaccione a los pretendientes o contrayentes a proporcionarle un beneficio patrimonial, atribuyéndose cargos o facultades que no le han sido otorgados. En este caso particular el infractor se encontrará incurso, además del delito de concusión, en el delito de usurpación de autoridad, títulos y honores.

Los funcionarios o servidores públicos que sean procesados por el delito de concusión, sufrirán, además de la pena privativa de libertad correspondiente, la destitución de su cargo.

Este delito puede ser realizado conjuntamente por más de un funcionario o servidor público. Así, la denuncia podrá presentarse contra más de un funcionario, cuando éstos han concertado para exigir el pago a los solicitantes del servicio municipal.

En el régimen del Código Civil de 1936, la sanción de que trata la norma bajo comentario estaba regulada en el artículo 122 y, a diferencia de la actual, no establecía la medida de destitución del funcionario infractor, sino que solo le imponía una sanción pecuniaria, esto es, una multa de entre cien a dos mil soles (de ese entonces), que era determinada e impuesta por la Corte Superior a pedido del interesado o del Ministerio Público (antes Ministerio Fiscal); sin perjuicio, igualmente, de la responsabilidad penal.

Puede observarse, además, que el artículo 122 del Código anterior cubría un espectro más amplio, pues no solamente preveía la sanción antes indicada para los funcionarios que cobraran derechos ilegales a los contrayentes -que es lo que ocurre con el actual artículo 267, ya que se refiere solo al infractor del artículo 266-, sino que la sanción estaba dirigida al funcionario que contraviniera, en general, cualquiera de las disposiciones referentes a la celebración del matrimonio o a las diligencias, trámites o etapas precedentes.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VI LCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.

## **MATRIMONIO POR INMINENTE PELIGRO DE MUERTE**

### **ARTICULO 268**

Si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, el matrimonio puede celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz.

La inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada de la partida parroquial.

Dicha inscripción, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts.43, 140 (inc. 1); 260, 265, 274 (inc. 8); 319 (inc. 7)  
C.P. arto 142

### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo Jorge Echeandía Cevallos***

El artículo 268 se ocupa del matrimonio in extremis o de urgencia, aquél que se celebra prescindiendo de las formalidades legales e inclusive ante autoridad diferente al alcalde, por motivo de que uno o ambos contrayentes se encuentren en inminente peligro de muerte.

En casos como éstos la celebración del matrimonio la realiza el párroco o cualquier sacerdote, sin observar ninguna de las formalidades requeridas por el artículo 248. A pesar de que no se exigen las formalidades, a causa de la grave situación del o de los contrayentes, la ley no ampara vicio alguno. En esa línea el mismo párroco o cualquier persona con legítimo interés que conozca tal acontecimiento podrá oponerse a la celebración del acto si existe algún impedimento legal, en cuyo caso se detendrá el procedimiento, o en su defecto se concluirá el acto, bajo el riesgo de declararse nulo.

Además, durante la celebración del matrimonio, la autoridad deberá poner mucho énfasis en la afirmación de la pretensión de matrimonio emitida por los contrayentes, la misma que deberá ser indubitante, sobretodo por quien se encuentra en tan delicada situación. Esto, para evitar lo criticado duramente por Manuel Lorenzo de Vidaurre, en relación a la misma norma contenida en el Código de 1936 (artículo 120), en cuanto al peligro que conlleva contraerse un matrimonio bajo presión o fraudulentamente, descartando la posible manipulación que pueda realizar uno de los pretendientes contra los intereses de su pareja.

La celebración del acto matrimonial ante el párroco o cualquier otro sacerdote parece ser la opción más acertada en casos extremos como el que se ocupa el artículo 268, al amparo de la significativa devoción católica existente en nuestro país, expresada en términos de un alto porcentaje. Sin embargo, debe tomarse en consideración que el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 expresa que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. En consecuencia, ¿por qué no considerar legalmente procedente la ceremonia de matrimonio celebrada ante autoridad religiosa distinta a la católica para casos de inminente peligro de muerte de un miembro de su grupo religioso?, caso contrario, ¿ante quién recurriría el mormón, testigo de Jehová, evangélico o cristiano? ¿qué harán los agnósticos?

Frente a esta realidad puede afirmarse que al referirse el artículo 268 a la celebración del matrimonio ante párroco o cualquier otro sacerdote, no supone discriminación alguna respecto a la religión que profesa el contrayente, por lo cual el director de la ceremonia podrá ser la autoridad de su religión, siempre que ejerza un rango similar al sacerdote o párroco católico.

Además, sería pertinente considerar que no sea "exclusivamente" el párroco o cualquier otro sacerdote quienes tengan aptitud para celebrar la ceremonia del matrimonio, sino que pueda ser también el alcalde, o autoridad civil designada por éste, asimismo los directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos, en circunstancias en las que ello sea posible.

De otro lado, consideramos que el último párrafo del artículo bajo comentario no tiene mayor sustento. No es posible que se limite a un año el plazo en el cual debe inscribirse el matrimonio ante la autoridad civil y menos aún sancionar con nulidad el incumplimiento de este plazo. A nuestro criterio, la declaración de matrimonio y el consentimiento de las partes han sido realizadas para tener vigencia indefinida, las cuales concluyen, solo en el momento que se demanda la separación de cuerpos o el divorcio. La ley ni la autoridad pueden reservarse el privilegio de decidir hasta cuándo se considerará cónyuges a la pareja que contrajo matrimonio y que no tiene propósito alguno de romper su vínculo, solo por el hecho de no haber registrado el acto.

Por último, es pertinente dejar constancia de que el supuesto del artículo 268 es diferente a los casos contenidos en los artículos 260, 261 Y 265. Estas últimas normas disponen, respectivamente, que la celebración de la ceremonia matrimonial puede delegarse, puede autorizarse a otro alcalde y puede excepcionalmente llevarse a cabo fuera del local municipal. En todos esos casos no se trata de situaciones in extremis o por inminente peligro de muerte de alguno o de ambos contrayentes, sino que son situaciones justificadas por otras causas que permiten acudir a la delegación o al cambio de lugar, pero no a prescindir de las demás formalidades y requisitos.

La inminencia del peligro de muerte a que alude el artículo 268 explica el porqué no hay obligación de cumplir dichos requisitos y formalidades, pudiendo tratarse de contrayentes con enfermedad terminal o en estado de salud física

tan grave que permita concluir que no les alcanzará la vida para someterse a los engorrosos trámites previos a la ceremonia matrimonial.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.



## CAPITULO CUARTO

### PRUEBA DEL MATRIMONIO

#### PRUEBA DEL MATRIMONIO

##### ARTICULO 269

Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil. La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta.

##### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 270, 271, 272
LEY 26497	arts. 7 incs. b) y e); 44 inc. b)
D.S.015-98-PCM	arts. 3 inc. bY; 43

##### Comentario

*Olga Castro Pérez- Treviño*

##### 1. El título de estado de familia

El acto jurídico matrimonial emplaza (ubica) en un determinado estado de familia a sus intervinientes: "estado de familia de casados del cual se van a derivar derechos familiares subjetivos (derecho a pedir alimentos, derecho a heredar del cónyuge supérstite) y deberes correlativos (deber de cohabitación, entre otros), pero tal emplazamiento requiere del título de estado de familia formalmente hábil para su oponibilidad, es decir, se trata de "instrumentos públicos", los mismos que crean la presunción legal de verdad de su contenido en los términos prescritos por el Código Civil.

El título de estado de familia, de un lado, alude al instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia; en este caso nos referimos al "título de estado formalmente hábil".

El "título de estado formalmente hábil hace oponible el estado de familia erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden a dicho estado de familia; es decir, el título formalmente hábil de estado de familia permite la oponibilidad del estado de familia y lo prueba, pudiendo los cónyuges~ actuar en sede judicial para hacerla valer, así como para ejercer los derechos y deberes subjetivos familiares que se derivan del estado de familia ante quienes pretendan desconocerlo" (BOSSERT, ZANNONI).

De otro lado, el título de estado de familia alude al "título de estado en sentido material o sustancial". En este caso, nos referimos a la causa de un

determinado emplazamiento. Así, la celebración del matrimonio civil ubica a sus intervinientes en el estado de familia de casados.

Todo título de estado de familia formal presupone un título material de estado de familia adecuado que es causa del emplazamiento; de esta manera, la partida de registro del estado civil de matrimonio presupone la celebración del acto matrimonial. Sin embargo, podría ocurrir que el título formal no se correspondiera con el presupuesto sustancial, en cuyo caso deberá ser destruido en sede judicial y, en tanto ello no ocurra, se entenderá que existe concordancia entre ambos y por consiguiente, sus intervinientes se hallarán emplazados en el estado de familia de casados con las implicancias jurídicas que de ello se deriven y la consecuente oponibilidad erga omnes.

## 2. Prueba ordinaria

En nuestro ordenamiento legal el "título formalmente hábil del estado de familia" es la "partida del Registro de Estado Civil", la que constituye la prueba ordinaria de la celebración del acto jurídico matrimonial, no siendo una formalidad sustancial de éste (se requiere ad probationem y no ad substantium causa).

Deberá tenerse en cuenta que también constituyen prueba ordinaria de la celebración del matrimonio las "partidas parroquiales" relativas a matrimonios religiosos celebrados entre católicos, según el rito canónico, en lugar donde no existía Registro Civil y con anterioridad a la dación del Decreto Ley NQ 6869 de fecha 4 de octubre de 1930. El Decreto Ley NQ 6869 estableció que el único matrimonio que tiene valor ante la leyes el civil, sean católicos o no los contrayentes. Anteriormente el Código Civil de 1852 reconocía pleno efecto civil al matrimonio religioso celebrado entre católicos según el rito canónico (el matrimonio civil solo existió para los no católicos, desde el 23 de diciembre de 1897).

Respecto a la veracidad del contenido de las partidas parroquiales el artículo 400 inc 3° del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 señalaba que las partidas parroquiales eran "instrumentos públicos"; en consecuencia, éstas, por sí solas, acreditaban la celebración del matrimonio religioso. Por mandato expreso del artículo 1827 (segunda parte) del Código Civil de 1936, las partidas parroquiales referentes a los hechos realizados antes de su vigencia conservaban la eficacia que les atribuían las leyes anteriores. El Código Civil vigente recoge este mismo principio en el artículo 2115, señalando que las partidas parroquiales referentes a los hechos realizados antes del 14 de noviembre de 1936, conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores. Solo en este contexto las partidas religiosas constituyen títulos formalmente hábiles de estado de familia.

Desde el 4 de octubre de 1930 a la fecha, el único matrimonio que tiene valor legal, sin interesar si se realiza entre católicos o no, es el civil. En consecuencia, las partidas parroquiales relativas a los matrimonios celebrados con posterioridad al 4 de octubre de 1930 no constituyen prueba ordinaria del matrimonio.

### 3. subsanación de defecto formal. Prueba supletoria

Cualquier defecto formal de la partida de matrimonio puede ser subsanado por "la posesión constante del estado matrimonial conforme a la partida", siendo ello la prueba supletoria de la celebración del acto jurídico matrimonial. La posesión constante del estado matrimonial tiene pues un valor convalidante si existe la partida del Registro de Estado Civil y en ella hay vicios formales que pudiesen poner en duda la celebración del matrimonio.

Por "posesión constante del estado matrimonial conforme a la partida" debemos entender a la situación de hecho que se da entre aquellos que han sido titulados como casados -así aparecen del tenor de la partida- y se les ha reputado siempre como tales en sus relaciones sociales, comerciales o de otra índole, sin haberse discutido o contestado tal estado civil (CORNEJO CHÁVEZ).

El defecto subsanable es el puramente formal (por ejemplo, errores ortográficos, omisión o error en los nombres de los contrayentes o intervinientes en el acto, etc.); la partida así subsanada (mediante la posesión constante del estado matrimonial conforme a la partida) acredita la celebración del matrimonio. Quedan fuera de los alcances de la norma aquellos defectos materiales o sustantivos que constituyen impedimentos matrimoniales y atacan la validez del matrimonio por adolecer de un vicio esencial al momento de su celebración (impedimenta dirimentia).

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSIL ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

### **JURISPRUDENCIA**

"La posesión constante del estado de matrimonio conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta".

(Exp. N° 1103-94-Sexta Sala, Gaceta Jurídica N° 30, p. 4-8)

a41

## **PRUEBAS SUPLETORIAS DEL MATRIMONIO**

### **ARTICULO 270**

Comprobada la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 269,271,272

### **Comentario**

***Oiga Castro Pérez- Treviño***

Puede ocurrir que el acto matrimonial se haya celebrado pero que no se cuente con el título de estado formalmente hábil -la partida del registro de estado civil- para su oponibilidad erga omnes.

Ante la imposibilidad de presentar la copia certificada de la partida del Registro de Estado Civil, por pérdida o falta del registro o del acta correspondiente la norma autoriza a probar la celebración del acto jurídico matrimonial por otro medio, pero tal actuación de pruebas podrá llevarse adelante siempre y cuando previamente se acredite la imposibilidad de obtener la "prueba ordinaria del matrimonio" por la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente. De ahí su carácter de prueba supletoria.

El hecho a probarse es la "celebración del acto jurídico matrimonial", para lo cual podrá utilizarse todo aquello que lleve a demostrar y cree convicción de que el matrimonio fue efectivamente celebrado (por ejemplo, la declaración de testigos que asistieron a la boda, los partes de matrimonio, publicaciones relativas al matrimonio, etc.).

Deberá tenerse en cuenta que esta prueba reposa sobre una presunción 'Juris tantum'; es decir, si se acredita fehacientemente que no hubo matrimonio, la prueba pierde sus efectos.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGUOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho

de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

### **JURISPRUDENCIA**

"Al haberse interpuesto con anterioridad la acción de divorcio por injuria grave, el demandante ha reconocido la validez del matrimonio".

(Exp. N° 64-98, Resolución del 23/03/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

## LA SENTENCIA PENAL COMO PRUEBA DEL MATRIMONIO

### ARTICULO 271

Si la prueba del matrimonio resulta de un proceso penal, la inscripción de la sentencia en el registro del estado civil tiene la misma fuerza probatoria que la partida.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 269, 270, 272

### Comentario

*Olga Castro Pérez- Treviño*

No es la finalidad de una sentencia penal pronunciarse sobre la existencia del matrimonio. Su objeto es imponer una condena o absolver al acusado de haber cometido un delito.

La imposición de una condena a quien perjudicó una partida de matrimonio mediante acto delictuoso, supone la comprobación del delito y, por lo tanto, evidencia la celebración del acto jurídico matrimonial y la preexistencia de la partida. No habría pues razón alguna para negar tal celebración. La sentencia penal, por vía de consecuencia, representa la prueba de la celebración del acto jurídico matrimonial; sin embargo, en ningún caso, la sentencia penal puede resolver sobre la existencia del matrimonio.

Solo así es posible entender el efecto que se le quiere dar a la sentencia penal en tanto se le considera una prueba. Sin embargo, debe acotarse también que no sería posible inscribir una sentencia penal en el Registro de Estado Civil, toda vez que ésta no resuelve jurisdiccionalmente sobre la celebración del matrimonio.

### DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSIROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, TheodoryWOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **POSESIÓN CONSTANTE DEL ESTADO DE CASADOS**

### **ARTICULO 272**

La posesión constante del estado de casados de los padres, constituye uno de los medios de prueba del matrimonio, si hubiesen muerto o se hallasen en la imposibilidad de expresarse o de proporcionar información.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 269, 270, 271, 272,326

### **Comentario**

***Olga Castro Pérez- Treviño***

1. La posesión constante del estado de casados podrá ser usada excepcionalmente como medio probatorio cuando son los hijos los interesados en demostrar que sus padres contrajeron matrimonio, pero no cuentan con el título de estado formalmente hábil como medio de prueba.

En este caso, la posesión constante del estado de casados de los padres tiene relevancia jurídica como medio de prueba supletoria de la celebración del matrimonio, pues permite a la ley presumir "iuris tantum" que quienes se han conducido "públicamente" como si estuvieran emplazados en el estado de casados han celebrado el acto jurídico matrimonial (por ejemplo, uso por la mujer del apellido del que públicamente es reconocido como su marido, habitar en domicilio común, etc. ... ).

Nótese que la posesión constante del estado de casados no es -en rigor- una prueba suficiente, pues el hecho a probarse es la celebración del acto jurídico matrimonial y no la vida en común, ya que esto último no presupone necesariamente la celebración del matrimonio (BOSSERT, ZANNONI).

Sin pretender una enumeración taxativa, se entiende que están incluidos en los alcances de esta norma, los casos de muerte presunta de los padres, de declaración de ausencia, de los privados de discernimiento o de desaparición. La muerte presunta equivale a la muerte natural; la ausencia declarada judicialmente así como el hecho de encontrarse desaparecida una persona revelan la imposibilidad de expresarse o de proporcionar información.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERa, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERa, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia.

Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editoriai Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Si no se acredita la preexistencia del matrimonio con la partida respectiva no puede alegarse que la mujer tenga impedimento matrimonial para consumar la unión de hecho.

No resultan de aplicación los artículos 272 y 273 del Código material sobre la prueba que acredita la existencia del matrimonio si se acredita que uno de los cónyuges convivía con persona distinta de quien se le reputaba como cónyuge".

(Cas. N° 547-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 134)



## **DUDA SOBRE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**

### **ARTICULO 273**

La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 269,272, 326

### **Comentario**

***Alex Plácido Vilcachagua***

Cuando se alude a la prueba del matrimonio se atiende a su necesaria oponibilidad. El acto jurídico matrimonial, puesto que emplaza en un determinado estado de familia, exige obviamente esa oponibilidad. Lo cual nos enfrenta con el requerimiento de la prueba a través del título de estado de familia, desde el punto de vista formal.

El régimen legal de la prueba del matrimonio es especial, por cuanto no sigue el criterio de someter la comprobación del casamiento a los principios del derecho común, y porque reconoce otros medios probatorios del mismo que la sola inscripción en el Registro Civil, en las justificadas circunstancias expresamente previstas en la ley.

En primer lugar y visto como una cuestión que no es de forma sino de prueba, porque no se requiere ad substantiam sino ad probationem, la partida del registro del estado civil se constituye en la prueba ordinaria del matrimonio.

En segundo lugar, y como la aplicación rígida del primer criterio haría imposible la prueba del matrimonio, comprobada la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, se autoriza todo elemento de convicción que conduzca a remediar la inexistencia de la partida, por lo mismo que si el registro prueba el casamiento, no es aquél, como se ha expuesto antes, formalidad sustancial del acto. Esto supone que, en primer término, se acredite el hecho de la falta o pérdida del registro y, en segundo lugar, la actuación de pruebas que acrediten la realización de las diligencias previas y de la ceremonia del casamiento.

En tercer lugar y en situaciones excepcionales determinadas en la ley, se admite a la posesión de estado matrimonial como la prueba supletoria del matrimonio. Ésta procede para subsanar cualquier defecto puramente formal de la partida; constituye uno de los medios de prueba, si los cónyuges hubiesen muerto o se hallasen en imposibilidad de expresarse o de proporcionar información; y, en caso de duda sobre la celebración del matrimonio, es prueba favorable a su preexistencia, como se señala en el presente artículo.

Esta disposición resuelve en sentido afirmativo, si entre las pruebas se halla la de posesión de estado de casados, las vacilaciones en el espíritu del juzgador en aquellos casos en que se busca suplir la prueba ordinaria del matrimonio, en los que cabe la posibilidad de que los elementos de convicción que se aporten no llenen plenamente la finalidad que con ellos se quiere lograr.

Se trata de una norma que se sustenta en la equidad, llamada a funcionar más que en otra relación jurídica en ésta, cuando se está frente a una unión que ha creado lazos familiares tenidos como matrimoniales en el consenso público que patentiza la posesión de estado. Ésta importa que, en la realidad, los cónyuges notoriamente hagan o hubiesen hecho vida de tales.

Sin embargo y sobre este último punto, la posesión de estado matrimonial no debe ser invocada como prueba suficiente porque, obviamente, el hecho a probar es la celebración del matrimonio y no la vida común que no presupone necesariamente la celebración del acto matrimonial y que se confunde con la posesión de estado de convivientes.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Buenos Aires, Ediar SA Editores, 1947; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZPICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. Manual de Derecho de Familia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia, si los cónyuges viven o hubieran vivido en posesión constante del estado de casados".

(Exp. N° 1103-94-5exta Sala, Gaceta Jurídica W 30, p. 4-8)

"Si no se acredita la preexistencia del matrimonio con la partida respectiva, no puede alegarse que la mujer tenga impedimento matrimonial para consumar la unión de hecho".

"No resulta de aplicación los artículos 272 y 273 del Código material sobre la prueba que acredita la existencia del matrimonio si se acredita que uno de los cónyuges convivía con persona distinta de quien se le reputaba como cónyuge".

(Cas. Nº 547-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 134)

## **CAPITULO QUINTO**

### **INVALIDEZ DEL MATRIMONIO**

#### **CAUSALES DE NULIDAD DEL MATRIMONIO**

##### **ARTICULO 274**

Es nulo el matrimonio:

1.- Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.

2.- Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.

3.- Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe. En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68.

4.- De los consanguíneos o afines en línea recta.

5.- De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral. Sin embargo, tratándose de tercer grado, el matrimonio se con valida si se obtiene dispensa judicial del parentesco.

6.- De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive.

7.- Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6.

8.- De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda con validado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

9.- De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges.

##### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 43incs. 2), 3);64, 68,219, 241 incs. 1) a 5); 242incs. 1), 2), 3) Y 6); 248 a 268, 275, 276, 278, 279, 2079, 2080

C.P. arts. 107, 139, 140, 141

LEY 26497 arto 44 inc. i)

## **Comentario**

***Alex Plácido Vilcachagua***

### 1. Invalidez del matrimonio

Uno de los problemas fundamentales vinculados con la invalidez del matrimonio lo constituye la determinación de si las disposiciones del Capítulo Quinto del Título I de la Sección Segunda del Libro 111 del Código Civil -que a tal materia se refieren- forman un régimen especial que se basta a sí mismo, o bien si le son aplicables subsidiariamente las normas sobre la invalidez de los actos jurídicos contenidas en el Título IX del Libro 11 del mismo Código Civil.

Al respecto, la doctrina sustenta la tesis de la especialidad, según la cual el régimen de invalidez del matrimonio difiere de la regulación adoptada para el acto jurídico en general; por lo que se excluye la aplicación a aquél de estas últimas disposiciones. Esto es así, porque el matrimonio es un acto jurídico, pero de naturaleza tan trascendental para el orden social que requiere normas especiales que regulen su invalidez, ya que ésta puede acarrear la disolución de la familia y la colocación de los cónyuges en la categoría de concubinos. Es muy distinto, pues, invalidar un acto que solo produce consecuencias patrimoniales que uno que da origen a un sinnúmero de relaciones de orden familiar. Y la invalidez debe fundarse en motivos claramente determinados, pues no cabe admitir que se generalicen situaciones de duda con respecto a la validez del matrimonio, que necesariamente surgirían en caso de admitirse la ampliación de las causales del régimen general de invalidez del acto jurídico y del número de personas con derecho de ejercer la pretensión respectiva sobre la base de disposiciones creadas con miras a regular situaciones de importancia exclusivamente patrimonial.

En conclusión, la formación histórica de la teoría de la invalidez del matrimonio y la naturaleza del acto determinan la especialidad del régimen de invalidez del matrimonio y que no le son aplicables las reglas sobre invalidez de los actos jurídicos en general.

De otro lado, el matrimonio como acto jurídico está constituido no solo por el consentimiento de los contrayentes, hombre y mujer -requisitos intrínsecos-, sino también por el acto administrativo que implica la intervención de la autoridad competente para celebrarlo -requisitos extrínsecos-; de tal manera que la estructura del acto jurídico matrimonial resulta de ambos actos que le dan existencia.

Los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio como acto jurídico, previstos en el artículo 234 del Código Civil, son: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración.

La ausencia de alguno de estos elementos estructurales del acto jurídico matrimonial provoca -para la doctrina- su inexistencia, por cuanto en realidad no hay matrimonio y porque tampoco existe texto legal expreso que declare su nulidad. Sin embargo, no está demás señalar que en nuestra legislación, por su falta de regulación expresa como causales de nulidad, la falta de diversidad de sexos de los contrayentes y la ausencia de consentimiento prestado por ellos, se constituyen como los únicos supuestos evidentes de inexistencia del matrimonio. Y es que no cabe duda de que la igualdad de sexo de los contrayentes implica una causa fundamental para desconocer toda eficacia jurídica al aparente matrimonio así celebrado; razón por la cual, es inútil su regulación expresa. Lo mismo ocurre si no concurre el consentimiento matrimonial. Al respecto, no debe perderse de vista que la especialidad en materia de invalidez del matrimonio también se presenta en la inexistencia del matrimonio y determina que no se permita sostener la actuación de buena fe de quienes lo celebran, que no produzca ningún efecto civil y que pueda ser invocada por cualquier interesado en forma perpetua.

Empero, se debe resaltar que hay otros dos supuestos no previstos en el régimen matrimonial-por una falta de concordancia legislativa- y que constituyen en sí mismos causales para su invalidez; éstos son: el matrimonio celebrado por quienes están relacionados por el parentesco adoptivo y el matrimonio celebrado entre el procesado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, con el sobreviviente. En ambas circunstancias, se ha infringido un impedimento dirimente y es evidente que los contrayentes adolecen de aptitud nupcial. Siendo ésta un elemento estructural o esencial del acto jurídico matrimonial y no estando estas eventualidades reguladas expresamente como causales de nulidad, se confirma la inexistencia del matrimonio celebrado por quienes no tienen aptitud nupcial en estos casos señalados.

No obstante y conservando la especialidad, también se sostiene que esos matrimonios así celebrados son nulos en aplicación de la disposición del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que constituye una norma general que comprende todas las situaciones en que las prohibiciones de las leyes no vayan acompañadas de los efectos que la contravención provoca. Esto se aprecia fácilmente si se considera que el artículo 234 del Código Civil, al contener -en sede del Derecho de Familia- el concepto de matrimonio para nuestro sistema jurídico, constituye una norma de orden público.

Las consecuencias de la doctrina de la especialidad se aprecian en el régimen legal de invalidez del matrimonio, a saber:

a) La invalidez matrimonial está gobernada por principios propios, que vienen del principio de favorecer las nupcias, por lo que la nulidad absoluta y la relativa del matrimonio no coinciden totalmente en sus efectos con la nulidad absoluta y la relativa de los actos jurídicos en general.

Así, si cotejamos las disposiciones de nuestro Código Civil, advertimos que explícitamente contiene solamente la distinción entre nulidad absoluta del matrimonio y nulidad relativa. Sin embargo, las causales de invalidez del matrimonio no se diferencian por la forma o modo de presentarse el vicio, por su ostensibilidad. No puede sostenerse, por ejemplo, que existen matrimonios nulos que se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada. Toda

nulidad de matrimonio es siempre dependiente de juzgamiento. Y esto es así ya que, fuere o no manifiesto el vicio que presenta el acto jurídico matrimonial, si el matrimonio fue contraído de buena fe por el cónyuge, produce hasta el día en que se declare su nulidad todos los efectos de un matrimonio válido (artículo 284 del Código Civil), con lo que no se produce el efecto fundamental de la nulidad de los actos jurídicos. Y aun en los casos en que el matrimonio hubiese sido contraído de mala fe por ambos cónyuges, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges (artículo 285 del Código Civil).

Por ello, si aplicáramos los criterios clasificatorios de las nulidades que se efectúan en el Código Civil respecto de los actos jurídicos en general, deberíamos concluir que se está siempre ante supuestos de matrimonios anulables y no nulos, que, como tales, se reputan válidos mientras no sean anulados; y solo se los tendrá por nulos desde el día de la sentencia que los anulase (artículo 222 del Código Civil).

Por consiguiente, ha de reconocerse que la invalidez matrimonial está gobernada por principios propios, que vienen del principio de favorecer las nupcias, y que la nulidad absoluta y la relativa del matrimonio no coinciden totalmente en sus efectos con la nulidad absoluta y la relativa de los actos jurídicos en general; lo que confirma la teoría de la especialidad.

b) En cuanto a las causales de invalidez del matrimonio: no hay otras causales que las expresamente previstas en la ley, es decir, las enumeradas en los artículos 274 Y 277 del Código Civil.

Sobre este punto, debe observarse que la invalidez del matrimonio traduce la falta o defecto de algunos elementos estructurales que la ley exige para que el acto jurídico matrimonial produzca, en plenitud, sus efectos propios. Tales elementos estructurales se sintetizan en: a) la exigencia de aptitud nupcial en los contrayentes (es decir, ausencia de impedimentos dirimentes), b) la prestación de un consentimiento no viciado, y c) la observancia de la forma prescrita para su celebración.

En ese orden de ideas, las causas de nulidad del matrimonio son los impedimentos de enfermedad mental, sordomudez, ligamen, parentesco y crimen; regulándose, además, la inobservancia de la forma prescrita, de posible convalidación, y la intervención de autoridad incompetente para celebrar el matrimonio, con la actuación de mala fe por parte de ambos contrayentes. Por su parte, las causas de anulabilidad del matrimonio son los impedimentos de impubertad legal, sanidad nupcial y raptó; regulándose, además, la privación de las facultades mentales por una causa pasajera, los vicios de la voluntad del error en la persona y de la intimidación, la impotencia absoluta (o imposibilidad de realizar la cópula sexual) y la intervención de autoridad incompetente para celebrar el matrimonio, con la actuación de buena fe de por lo menos uno de los contrayentes.

c) Respecto de la legitimidad para ejercitar la pretensión de invalidez del matrimonio, sea nulidad o anulabilidad, la ley en forma expresa señala los

casos de reserva de su ejercicio en favor de uno o de ambos cónyuges, toda vez que las nupcias los vinculan directamente; pudiendo sus herederos, en esos supuestos, solo continuar el proceso ya iniciado (artículo 278 del Código Civil). Para aquellas situaciones en las que no se ha realizado la reserva expresa a favor de los cónyuges, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés; pudiendo los herederos, además, continuar el proceso ya iniciado (artículo 279 del Código Civil).

Por la necesidad de salvaguardar el orden público, se impone al Ministerio Público la obligación de interponer la demanda respectiva y se faculta al juez de Familia declararla de oficio cuando sea manifiesta (artículo 275 del Código Civil). Debe advertirse que, por esta misma razón la regla del nemo auditur, vale decir el principio que veda alegar la propia torpeza, decae en el régimen de invalidez del matrimonio; por lo que puede ejercitar la pretensión cualquiera de los cónyuges Y no solo el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento.

Resulta importante resaltar que en nuestra legislación se comprueba una evidente incongruencia entre las disposiciones relacionadas con la legitimación activa contenidas en el artículo 274 respecto de la regla del artículo 275 del Código Civil. Y es que esta última disposición sentencia que la pretensión de nulidad del matrimonio puede ser ejercitada por quienes tengan un legítimo interés, mientras que el artículo 274 establece los casos en que la pretensión de nulidad del matrimonio está reservada a favor de los cónyuges. Sin embargo, esta incongruencia se resuelve considerando el principio de favorecer las nupcias que gobierna la especialidad del régimen.

d) Siendo las acciones de estado de familia imprescriptibles por estar referidas a la persona en sí misma, la pretensión de invalidez del matrimonio también goza de esa misma característica. Sin embargo y por el principio de favorecer las nupcias, se establecen en la ley los supuestos en que esa característica se extingue por caducidad, tanto en casos de nulidad como de anulabilidad; produciendo, de esta manera, la convalidación del matrimonio. Ello es así por cuanto el interés en afianzar la unión matrimonial exige eliminar la incertidumbre que importaría el mantener vigente la pretensión en el tiempo. En tal sentido, cuando no se establezca un plazo de caducidad, la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, lo que imposibilita la convalidación del matrimonio; en cambio, previsto un plazo de caducidad y no habiéndose ejercitado la pretensión oportunamente, el matrimonio queda convalidado.

Resulta importante resaltar que en nuestra legislación se comprueba otra evidente incongruencia entre las disposiciones relacionadas con esta materia. Así, el artículo 276 establece que la acción de nulidad no caduca; desconsiderando que en el artículo 274 del Código Civil se han contemplado los casos en que caduca la pretensión de nulidad. Al respecto, esta incongruencia también se resuelve considerando el principio de favorecer las nupcias que gobierna la especialidad del régimen.

e) Como queda expuesto, el principio de favorecer las nupcias determina la regulación expresa de los casos en que la unión matrimonial deba



convalidarse. Esa convalidación también se produce cuando se verifican los supuestos de hecho contemplados en la ley. Así, tratándose de la nulidad del matrimonio por haber sido celebrado entre parientes consanguíneos del tercer grado de la línea colateral, aquél se convalida si se obtiene la dispensa judicial del parentesco (inciso 5 del artículo 274 del Código Civil); con relación a la nulidad del matrimonio celebrado con prescindencia de la forma prescrita, aquel se convalida si se subsanan las omisiones en que se ha incurrido (inciso 8 del artículo 274 del Código Civil); en lo que se refiere a la anulabilidad del matrimonio del impúber, aquél se convalida por alcanzar éste la mayoría de edad y cuando la mujer ha concebido (inciso 1 del artículo 277 del Código Civil).

f) La sentencia que declara la invalidez de un matrimonio, sea por nulidad o por anulabilidad, es declarativa y proyecta sus efectos hacia el futuro -ex nunc-, por lo que el matrimonio así celebrado produce los efectos de un matrimonio válido hasta que se declara la invalidez. Esto es así, por las consecuencias negativas que provocaría la aplicación del principio general en cuanto a los efectos de la nulidad de los actos jurídicos en general, lo que no solo afectaría el vínculo conyugal, sino que también incidirían en todo el cúmulo de situaciones familiares creadas hasta la sentencia de invalidez.

Los efectos del matrimonio se producen a favor del cónyuge que actuó de buena fe al momento de su celebración, la que no se ve perjudicada por el conocimiento posterior del vicio que provoca la invalidez. La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieran tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la invalidez; lo que debe ser alegado y probado, por cuanto se presume la buena fe.

En tal sentido, el matrimonio contraído de buena fe por un cónyuge produce a su favor, hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos de un matrimonio válido (artículo 284 del Código Civil); sin que la mala fe por ambos cónyuges perjudique los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges (artículo 285 del Código Civil).

Como se ha explicado, la invalidez del matrimonio traduce la falta o defecto de algunos elementos estructurales que la ley exige para que el acto jurídico matrimonial produzca, en plenitud, sus efectos propios. Tales elementos estructurales se sintetizan en: a) la exigencia de aptitud nupcial en los contrayentes (o sea, ausencia de impedimentos dirimentes); b) la prestación de un consentimiento no viciado; y c) la observancia de la forma prescrita para su celebración. En ese orden de ideas, los artículos 274 y 277 del Código Civil contemplan la regulación de las causas de invalidez del matrimonio basada en haberse contraído las nupcias contraviniendo impedimentos dirimentes, en la existencia de defectos en el consentimiento matrimonial y en la inobservancia de la forma prescrita; contemplándose, también, a la impotencia absoluta.

2. El artículo 274 del Código Civil. Es nulo el matrimonio:

a) Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad

Se trata de una causal de nulidad del matrimonio relacionada con la aptitud nupcial de uno de los contrayentes, quien padece de enfermedad mental crónica, aunque tenga intervalos de lucidez.

El fundamento de la norma es doble: en primer lugar, la protección del enfermo mental que ha otorgado un acto jurídico de la importancia del matrimonio sin discernimiento; en segundo término, la protección del sano, a quien no parece justo imponer la carga de una unión perpetua con un enfermo mental si obró ignorando la enfermedad.

Debe destacarse que la previsión legislativa se refiere a la situación de hecho de la enfermedad mental sin relación con la interdicción civil por esta misma causal. Pero la existencia de esto último no es del todo indiferente, sino que influye sobre la carga de la prueba. Si existe sentencia de interdicción civil, como que ella supone que se ha acreditado judicialmente la demencia, resulta innecesario volverla a probar; quien sostenga la rehabilitación en el momento del matrimonio es quien deberá acreditarla. En cambio, si no existe sentencia de interdicción civil, corresponde a quien ataca el matrimonio demostrar la enajenación mental al tiempo de celebrarlo.

De otro lado y en consideración al criterio mayormente aceptado sobre la génesis de la enfermedad mental que la aprecia como una anomalía congénita y que se manifiesta por diversos estímulos o factores potencialmente provocadores de su evolución natural que la conducen al estado crónico, es que se admite la vigencia de la causal para demandar la invalidez aun cuando la enfermedad mental se manifieste después de celebrado el matrimonio.

La disposición legal también destaca la vigencia de la causal para demandar la invalidez del matrimonio si el enfermo mental tiene intervalos de lucidez; los que se presentan, según la apreciación generalmente aceptada, en ciertos casos de restablecimiento de la normalidad, como en las psicosis intermitentes con accesos separados por épocas de lucidez perfecta y de bastante duración, que constituyen estados de auténtica salud.

Respecto de la legitimación activa por esta causal y con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad del matrimonio por la caducidad, la ley expresamente regula un régimen para el supuesto en que el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades mentales; estando implícito, a partir de considerar las características del régimen legal de invalidez del matrimonio, el tratamiento legal para el caso contrario: cuando el enfermo aún no recupera sus facultades mentales.

Para la primera circunstancia, reserva su ejercicio a favor del cónyuge perjudicado y caduca dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la

incapacidad. Al respecto, debe considerarse que con la denominación "cónyuge perjudicado" se alude, de acuerdo con la situación de hecho que se presente, tanto al cónyuge que descubre, luego de recobrar sus facultades mentales, haber contraído matrimonio siendo enfermo mental; como, también, al cónyuge sano a quien se le revela la enfermedad mental que padeció su otro consorte.

Para el segundo evento no realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión, por lo que, mientras el cónyuge enfermo no recupere sus facultades mentales, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés. Asimismo, no establece un plazo de caducidad, por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, mientras el cónyuge enfermo no recupere sus facultades mentales.

La revisión de las previsiones legales descritas evidencia que el cómputo del plazo de caducidad se inicia a partir de un momento que no puede ser señalado con precisión, si se considera que la "cesación de la incapacidad" no es un hecho que tiene lugar en un instante exacto y determinado. Por ello se propone como supuesto de hecho convalidante, para el enfermo mental, el continuar la vida común después de recobrada la razón; y, para el sano, el continuar la vida marital después de conocer el estado mental del otro contrayente. En cualquiera de esas circunstancias, es obvio que se acepta el matrimonio pese a la falta de voluntad o al error sufrido; por lo que queda convalidado y la pretensión no puede ser ejercida.

b) Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Empero si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1)

Se trata de otra causal de nulidad del matrimonio relacionada con la aptitud nupcial de uno de los contrayentes, quien siendo sordomudo, ciegosordo o ciegomudo no sabe expresar su voluntad de manera indubitable. El fundamento de la norma es evidente: es la protección a las personas que se encuentran en dificultad para consentir indubitablemente al matrimonio. Asimismo, debe destacarse que la previsión legislativa se refiere a la situación de hecho del sordomudo, ciegosordo o ciegomudo que no sabe expresar su voluntad indubitablemente sin relación con la interdicción civil por esta misma causal. Pero, y como en el caso anterior, la existencia de esto último no es del todo indiferente, sino que influye sobre la carga de la prueba. Si existe sentencia de interdicción civil, como ella supone que se ha acreditado judicialmente tal situación de hecho, resulta innecesario volverla a probar; quien sostenga que sí sabía expresarse indubitablemente en el momento del matrimonio es quien deberá acreditarla. En cambio, si no existe sentencia de interdicción civil, corresponde a quien ataca el matrimonio demostrar tal dificultad al tiempo de celebrarlo.

Respecto de la legitimación activa por esta causal y con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad del matrimonio por la caducidad, la ley expresamente regula un régimen para el supuesto en que el cónyuge afectado con el impedimento aprende a expresarse sin lugar a dudas; estando implícito, a partir de considerar las características del régimen legal de

invalidez del matrimonio, el tratamiento legal para el caso contrario: cuando el cónyuge afectado con el impedimento aún no aprende a expresarse en forma indubitable.

Para la primera circunstancia, reserva su ejercicio a favor del cónyuge perjudicado y caduca dentro del plazo de un año a partir del día en que aprendió a expresar su voluntad de manera indubitable. Al respecto, debe considerarse que con la denominación "cónyuge perjudicado" se alude a aquél impedido que, después de contraer matrimonio, aprendió a expresar su voluntad.

Para el segundo evento no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que, mientras el cónyuge afectado no aprende a expresarse indubitablemente, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés. Asimismo, no establece un plazo de caducidad; por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, mientras el cónyuge afectado no se exprese de manera indubitable.

c) Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, solo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior. Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, solo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe. En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68

Esta causal de nulidad supone la subsistencia de un matrimonio civil anterior; esto es, que el primer matrimonio civil no sea disuelto por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio o por la invalidez del mismo.

Se fundamenta en la protección de la institucionalización de la unión intersexual monogámica, de un solo hombre con una sola mujer; quiere decir que la existencia de un vínculo matrimonial subsistente impide la constitución de otro Vínculo matrimonial.

Respecto de la legitimación activa por esta causal y con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad del matrimonio por la caducidad, la ley expresamente distingue un régimen para los siguientes supuestos:

- a) El nuevo matrimonio contraído por una persona casada;
- b) El nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste; y,
- c) El matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto.

Para la primera circunstancia, expresamente regula el caso de que el primer matrimonio se haya extinguido, sea porque ha muerto el primer cónyuge del bígamo o si aquél ha sido invalidado o disuelto por divorcio; estando implícito, a partir de considerar las características del régimen legal de invalidez del matrimonio, el tratamiento legal para el caso contrario: cuando el primer matrimonio está vigente.

Cuando el primer matrimonio se ha extinguido, reserva su ejercicio a favor del segundo cónyuge del bígamo, siempre que haya actuado de buena fe, y caduca dentro del plazo de un año a partir del día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior. En cambio, cuando el primer matrimonio está vigente no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, incluso por el propio bígamo. Asimismo, no establece un plazo de caducidad; por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, mientras el primer matrimonio esté vigente.

Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, expresamente regula el caso de subsistir la ausencia. En este supuesto reserva el ejercicio de la pretensión al nuevo cónyuge, siempre que hubiera procedido de buena fe y mientras dure el estado de ausencia. Está implícito que, si la ausencia concluye por la reaparición del desaparecido, serán aplicables las disposiciones anotadas para el caso de que el primer matrimonio esté vigente.

En cambio, si la ausencia termina por la declaración de muerte presunta del desaparecido, el cónyuge supérstite podrá contraer válidamente un nuevo matrimonio por cuanto la muerte pone fin a la persona (artículo 61 del Código Civil). En ese sentido, si el declarado muerto presunto reaparece y obtiene su reconocimiento de existencia, ello no invalidará el nuevo matrimonio que hubiere contraído su ex cónyuge.

d) De los consanguíneos o afines en línea recta. De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral. Sin embargo, tratándose del tercer grado, el matrimonio se convalida si se obtiene dispensa judicial del parentesco. De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive

En las disposiciones legales citadas se contempla al parentesco consanguíneo o afín, en línea recta o colateral, respectivamente, como causales de nulidad del matrimonio. Así, se establece que:

- a) El parentesco afecta de nulidad al matrimonio celebrado por los consanguíneos y afines en línea recta, en todos y cada uno de sus grados;
- b) El parentesco afecta de nulidad al matrimonio celebrado por los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral; y,
- c) El parentesco afecta de nulidad al matrimonio celebrado por los afines en segundo grado cuando el matrimonio que lo produjo se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive.

Para todos estos casos no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, incluso por el propio afectado con el

impedimento. Asimismo, no se establece un plazo de caducidad; por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento.

Téngase presente que, en atención al principio de favorecer el matrimonio, se regula expresamente la convalidación del matrimonio contraído por quienes están vinculados por el parentesco consanguíneo en tercer grado, si se obtiene su dispensa judicial.

Debe destacarse que la afinidad no subsiste como impedimento matrimonial después de la invalidación del matrimonio que la creó. Ello es así por cuanto invalidado un matrimonio, como principio todos sus efectos desaparecen con efecto retroactivo; claro está que ese principio reconoce excepciones, pero éstas están determinadas en la ley y entre ellas no se encuentra la subsistencia de la afinidad.

Obsérvese que, no obstante tratarse de un impedimento dirimente, nuestro Código Civil no regula expresamente el caso del parentesco adoptivo como causal de nulidad del matrimonio; resultando evidente que los contrayentes adolecen de aptitud nupcial. Siendo ésta un elemento estructural o esencial del acto jurídico matrimonial y no estando esa eventualidad regulada expresamente como causal de nulidad, se confirma la inexistencia del matrimonio celebrado por quienes no tienen aptitud nupcial, en este caso señalado; aunque y conservando la especialidad del régimen de invalidez, también se aprecia en tal supuesto un caso de nulidad virtual por contravenirse el artículo 234 del Código Civil que contiene el concepto de matrimonio para el sistema jurídico peruano.

e) Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6)

Obsérvese que se sanciona solo la nulidad del matrimonio celebrado entre el condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente; omitiéndose el caso del procesado por esta causa, supuesto contemplado en el impedimento matrimonial a que se refiere el artículo 242, inciso 6, del Código Civil.

Para el caso expresamente regulado no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, inclusive por el propio afectado con el impedimento. Asimismo, no se establece un plazo de caducidad; por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento.

Como se ha anotado, no obstante tratarse de un impedimento dirimente, nuestro Código Civil no regula expresamente el caso del procesado por esa causa que contrae nupcias con el cónyuge supérstite como causal de nulidad del matrimonio; resultando evidente que, en tal supuesto, los contrayentes también adolecen de aptitud nupcial. Siendo ésta un elemento estructural o esencial del acto jurídico matrimonial y no estando esa eventualidad regulada expresamente como causal de nulidad, se confirma la inexistencia del matrimonio celebrado por quienes no tienen aptitud nupcial, en este caso señalado; aunque y conservando la especialidad del régimen de invalidez, también se aprecia en tal supuesto un caso de nulidad virtual por contravenirse el artículo 234 del Código Civil que contiene el concepto de matrimonio para el sistema jurídico peruano.

f) De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión

Como se sabe, la legitimidad de la unión matrimonial es un concepto elástico y mutable, ya que depende de las formas matrimoniales que son concretamente el conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial. Entre esas solemnidades se comprende la intervención de la autoridad competente para su celebración, quien se limita a verificar la identidad de los contrayentes, a comprobar su aptitud nupcial y a recibir la expresión del consentimiento matrimonial; garantizando, así, la formalización del matrimonio con sujeción a las disposiciones del Código Civil. Sobre este último punto debe recordarse que en el momento actual y de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución, la forma civil obligatoria es la única reconocida como productora de los efectos legales previstos para el matrimonio. En tal virtud, se trata de una forma prescrita ad solemnitatem -por lo que expresamente se sanciona con nulidad su inobservancia- que, por virtud del principio de favorecer las nupcias, se ve atenuada en cuanto a sus efectos en caso de inobservancia, al permitirse su convalidación si los contrayentes han actuado de buena fe y subsanan las omisiones en que incurrieron; desvaneciéndose la potencial nulidad.

La subsanación de las omisiones importa realizar aquello que se dejó de hacer involuntariamente. Así, por ejemplo, presentar copia certificada de la partida de nacimiento, no exigida en su momento por considerarse suficiente la entrega de fotocopia del documento de identidad de los contrayentes; realizar la publicación del edicto matrimonial, no efectuado oportunamente al no haber sido proporcionado por la municipalidad respectiva; etc.

De acuerdo con lo regulado, no se realiza reserva alguna del ejercicio de la pretensión; por lo que rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés, inclusive por el propio afectado con el impedimento. Asimismo, no se establece un plazo de caducidad; por lo que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento.

g) De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges

Como se ha indicado, la intervención de la autoridad competente para celebrar el matrimonio es una de las solemnidades esenciales requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial.

La competencia de la autoridad viene determinada por la función misma y por el territorio. Lo primero se aprecia cuando la ley reconoce que los llamados a celebrar el matrimonio son el alcalde, el registrador y el comité especial, en las comunidades campesinas y nativas. En tal sentido, si el matrimonio civil lo realiza un juez de paz o un notario público, aquél ha sido celebrado por un funcionario incompetente. Lo segundo se observa cuando la ley establece que la autoridad competente por razón del territorio es la del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Para tal efecto se exige presentar la prueba del domicilio a

fin de vincular a la autoridad competente. En tal virtud, si el matrimonio civil se realiza ante una autoridad de una jurisdicción diferente de la del domicilio de los contrayentes, aquél también ha sido celebrado ante un funcionario incompetente.

La presente disposición legal se refiere a la nulidad del matrimonio celebrado ante funcionario incompetente por contrayentes que han actuado ambos de mala fe.

En este supuesto y respecto de la legitimación activa por esta causal, se realiza una reserva negativa con relación a los cónyuges cuando se alega la nulidad del matrimonio; es decir, que en este supuesto, la pretensión no puede ser ejercitada por los contrayentes. Se concluye, entonces, que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés.

Con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de invalidez del matrimonio por la caducidad, la ley no establece expresamente plazo de caducidad para el caso de nulidad; concluyéndose, entonces, que la pretensión puede ser ejercitada en todo momento.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Buenos Aires, Ediar S.A. Editores, 1947; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; EspíN CÁN OVAS , Diego. Manual de Derecho Civil Español. Vol. Iv. Familia. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. Manual de Derecho de Familia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"La legislación sobre derecho familiar, por la naturaleza y consecuencia de las relaciones de familia, es especial, autónoma, no resultando por tanto de



aplicación las normas generales del acto jurídico, máxime si la misma legislación contempla casos de convalidación del matrimonio nulo y anulable por decisión posterior de los contrayentes".

(Exp. N° 455-85, Corte Superior de Justicia de Lima, Jurisprudencia Civil, p. 20)

"Es nulo el matrimonio contraído por persona casada".

(Exp. N° 210-96-Lima, Ramírez Cruz, Eugenio, Jurisprudencia Civil y Comercial, p. 171)

"Que siendo el matrimonio del casado nulo, por excepción, el legislador conviene en otorgarle caracteres de anulable en tres supuestos: a) si el primer cónyuge del bigamo ha muerto; b) el primer matrimonio ha sido invalidado, o, c) si éste ha sido disuelto por divorcio, restringiendo en este caso la acción al segundo cónyuge del bigamo, siempre que hubiese actuado de buena fe, dándole un plazo perentorio para demandar, caso contrario caduca la acción, admitiéndose que el matrimonio nulo de venga en anulable, y por lo tanto, sea objeto de confirmación por la inacción".

(Exp. NSI 2186-97, Resolución del 11/05/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

"Producido el cambio de naturaleza de la causal de nulidad por el de anulabilidad, la titularidad en la acción corresponde en forma limitada al cónyuge del bigamo".

(Exp. N° 802-94-Lima, Gaceta Jurídica NSI 38, p. 21-A)

"La acción de anulabilidad se limita solo al cónyuge del bigamo, siempre que haya actuado de buena fe, es decir, ignorando el matrimonio anterior. Esta causal caduca si no se interpone la acción en el transcurso de un año, desde que se tuvo conocimiento".

(Exp. N° 1041-95-Ica, Gaceta Jurídica NSI 39, p. 11-G)

"Las normas sobre validez de matrimonio difieren de los criterios generales establecidos en materia de nulidad de acto jurídico. En nuestra legislación civil existen casos en que el matrimonio inválido es susceptible de ser subsanado o convalidado. El artículo 274 inciso tercero regula los casos excepcionales en los que el matrimonio que implica bigamia pierde las características de matrimonio nulo.

En el caso de que el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, solo el segundo cónyuge puede demandar la invalidez, siempre y cuando hubiera actuado de buena fe. La acción caduca si no se ejercita dentro de un año desde que se conoció del matrimonio anterior. Esta acción solamente se transmite a los herederos de la segunda cónyuge, cuando ésta hubiera iniciado la acción dentro del plazo de un año de conocido el matrimonio anterior".

(Cas. N° 194-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 135)

"No se puede pretender la nulidad del segundo matrimonio del bigamo, cuando el primer matrimonio de éste ha sido declarado nulo, pues si el primer matrimonio no vale, no puede alegarse que aquél se encontraba impedido de contraer matrimonio".

(Cas. NSI 2176-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 136)

## ACCIÓN DE NULIDAD

### ARTICULO 275

La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual.

Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio.

### CONCORDANCIAS:

C. arto 159 ¡nc. 1), 276

C.C. arts. V, VI, 219, 220, 274

D.LEG. 052 arts. 85 ¡ne. 1), 89 inc. 1), 96 inc. 1)

### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

Respecto de la legitimación para ejercitar la pretensión de invalidez del matrimonio, sea nulidad o anulabilidad, la ley en forma expresa señala los casos de reserva de su ejercicio a favor de uno o de ambos cónyuges, toda vez que las nupcias los vincula directamente; pudiendo sus herederos, en esos supuestos, solo continuar el proceso ya iniciado (artículo 278 del Código Civil). Para aquellas situaciones en las que no se ha realizado la reserva expresa a favor de los cónyuges, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés; pudiendo los herederos, además, continuar el proceso ya iniciado (artículo 279 del Código Civil).

Por la necesidad de salvaguardar el orden público, se impone al Ministerio Público la obligación de interponer la demanda respectiva y se faculta al juez de Familia declararla de oficio cuando sea manifiesta (artículo 275 del Código Civil). Debe advertirse que, por esta misma razón, la regla del nemo audítur, vale decir, el principio que veda alegar la propia torpeza, decae en el régimen de invalidez del matrimonio; por lo que, pueden ejercitar la pretensión cualquiera de los cónyuges y no solo el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento.

Resulta importante resaltar que en nuestra legislación se comprueba una evidente incongruencia entre las disposiciones relacionadas con la legitimación activa, contenidas en el artículo 274, respecto de la regla del artículo 275 del Código Civil. Y es que esta última disposición sentencia que la pretensión de nulidad del matrimonio puede ser ejercitada por quienes tengan un legítimo interés, mientras que el artículo 274 establece los casos en que la pretensión de nulidad del matrimonio está reservada a favor de los cónyuges. Sin embargo, esta incongruencia se resuelve considerando el principio de favorecer las nupcias que gobierna la especialidad del régimen.

No obstante, se ha propuesto modificar el artículo 275 del Código Civil, y precisar que "la pretensión de invalidez del matrimonio corresponde solo a los cónyuges cuando la ley les reserva su ejercicio. No se transmite a los herederos, pero éstos pueden continuar la iniciada por el causante". Se agrega que, "en los demás casos, debe ser ejercitada por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual". Por último, "disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir el proceso, sin perjuicio del derecho que los herederos tienen por sí mismos como legítimos interesados en la invalidez, en JOs casos en que no se reservó la pretensión a los cónyuges".

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PLÁCI DO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **CARÁCTER INEXTINGUIBLE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD**

### **ARTICULO 276**

La acción de nulidad no caduca.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 275, 278

### **Comentario**

***Alex Plácido Vilcachagua***

Siendo las acciones de estado de familia imprescriptibles por estar referidas a la persona en sí misma, la pretensión de invalidez del matrimonio también goza de esa misma característica. Sin embargo, y por el principio de favorecer las nupcias, se establece en la ley los supuestos en que esa característica se extingue por caducidad, tanto en casos de nulidad como de anulabilidad; produciendo, de esta manera, la convalidación del matrimonio. Ello es así, por cuanto el interés en afianzar la unión matrimonial exige eliminar la incertidumbre que importaría el mantener vigente la pretensión en el tiempo. En tal sentido, cuando no se establezca un plazo de caducidad, la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, lo que imposibilita la convalidación del matrimonio; en cambio, previsto un plazo de caducidad y no habiéndose ejercitado la pretensión oportunamente, el matrimonio queda convalidado.

Resulta importante resaltar que en nuestra legislación se comprueba otra evidente incongruencia entre las disposiciones relacionadas con esta materia. Así, el artículo 276 establece que la acción de nulidad no caduca; desconsiderando que en el artículo 274 del Código Civil se han contemplado los casos en que caduca la pretensión de nulidad. Al respecto, esta incongruencia también se resuelve considerando el principio de favorecer las nupcias que gobierna la especialidad del régimen.

No obstante, se ha propuesto modificar el artículo 276 del Código Civil y precisar que "la pretensión de invalidez del matrimonio es imprescriptible, sin perjuicio de que pueda producirse su extinción en los supuestos previstos en este Código"; lo que ocurre con la caducidad.

Debe destacarse que los problemas derivados de la extinción de la pretensión de invalidez del matrimonio son de los que más dividen a la doctrina en esta materia. El principal de aquéllos es el referente a si a la pretensión de invalidez le son aplicables las reglas generales de prescripción.

Ya se ha expuesto el criterio de que las acciones de estado de familia son imprescriptibles, sin perjuicio de que pueda producirse su caducidad en determinados supuestos. Por lo tanto, se considera imprescriptible la acción de invalidez del matrimonio. Otra parte de la doctrina sostiene la aplicabilidad de

las disposiciones generales sobre prescripción, con lo que en general la acción prescribiría a los diez años.

Aun cuando se estima que la especialidad del régimen de invalidez del matrimonio es suficiente para rechazar la posibilidad de que prescriba la acción, es útil señalar un ejemplo para poner en manifiesto las aberraciones a que puede dar lugar la solución contraria.

Piénsese en el caso del matrimonio contraído por parientes consanguíneos o afines en línea recta (artículo 277, inciso 4, del Código Civil). La prescripción implicaría la consolidación de un matrimonio en el que existe un grave impedimento matrimonial (el parentesco), lo que no responde a ninguna razón lógica ni de conveniencia individual ni social. Es que debe tenerse en cuenta que la prescripción de la acción de invalidez del matrimonio tiene por consecuencia la consolidación de un estado de familia que no conviene mantener.

Por lo tanto, la aplicación práctica del principio corrobora el criterio de que la pretensión de invalidez del matrimonio no es prescriptible, aun cuando puede extinguirse por caducidad.

Sin embargo, la caducidad no es la única causa que produce la extinción de la pretensión de invalidez del matrimonio. Ella también se genera por la verificación de supuestos de hecho convalidantes, como ocurre cuando se obtiene la dispensa judicial del parentesco, para quienes se casaron siendo consanguíneos de tercer grado (artículo 274, inciso 5, del Código Civil); se subsanan las omisiones de forma para casarse, para quienes lo celebraron de buena fe y prescindieron de los trámites legales (artículo 274, inciso 8, del Código Civil); o, se adquiere la mayoría, para quien lo contrajo siendo menor de edad (artículo 277, inciso 1, del Código Civil).

Un supuesto interesante de extinción de la pretensión de invalidez del matrimonio es el referido a la muerte de uno de los cónyuges. Como se ha señalado al comentar el artículo 275 del Código Civil, la ley en forma expresa ha precisado los casos en que se reserva el ejercicio de la pretensión a favor de uno o de ambos cónyuges; pudiendo sus herederos, en esos supuestos, solo continuar el proceso ya iniciado. Para aquellas situaciones en las que no se ha realizado la reserva expresa a favor de los cónyuges, rige el principio de que la pretensión puede ser ejercitada por todos los que tengan legítimo interés; pudiendo los herederos, además, continuar el proceso ya iniciado. Siendo así, la muerte de uno de los cónyuges produce la extinción de la acción de invalidez del matrimonio, solo en los casos en que la ley ha reservado el ejercicio de la pretensión a favor de uno o de ambos consortes. En los otros supuestos, se puede intentar la pretensión de invalidez del matrimonio post mortem.

No obstante ser esta la solución legal, se estima su desaprobación. Si bien el fundamento de ésta radica en la subordinación del aspecto patrimonial al moral, que se vería afectado por la discusión de la validez del matrimonio después de la muerte de los directos interesados, no puede perderse de vista que la finalidad de la pretensión de invalidez del matrimonio es la de impedir

que el matrimonio viciado produzca efectos jurídicos, efectos que pueden afectar los derechos de terceros; razón por la que, la limitación no es adecuada.

Finalmente, se discute si la extinción se produce cuando uno de los contrayentes fallece durante la sustanciación del proceso de invalidez del matrimonio. Una parte de la doctrina sostiene la solución positiva, fundada en la premisa de la intransmisibilidad sucesoria de las acciones de estado, que entiende que impide también la transmisión a los sucesores de las ya deducidas. A partir de las reglas contenidas en los artículos 278 y 279 del Código Civil, se concluye por la tesis negativa por cuanto los herederos siempre pueden continuar el proceso iniciado en vida por el causante.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PLÁCIDO V., Alex F. Ensayos sobre Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

### **JURISPRUDENCIA**

"La acción de nulidad de matrimonio no caduca, siendo que el plazo de caducidad previsto en el inciso tercero del artículo 274 del Código Civil solo es aplicable para el supuesto de nulidad de matrimonio en caso de bigamia".  
(Exp. NI/ 3242-97, Resolución del 29/01/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

## CAUSALES DE ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO

### ARTICULO 277

Es anulable el matrimonio:

1.- Del impúber. La pretensión puede ser ejercida por él luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede solicitar se la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. La confirmación se solicita al Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos. (\*)

2.- De quien está impedido conforme al artículo 241, inciso 2. La acción sólo puede ser intentada por el cónyuge del enfermo y caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.

3.- Del raptor con la raptada o a la inversa o el matrimonio realizado con retención violenta. La acción corresponde exclusivamente a la parte agraviada y sólo será admisible si se plantea dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta.

4.- De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción sólo puede ser interpuesta por él, dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa.

5.- De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.

6.- De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado. El simple temor reverencial no anula el matrimonio.

7.- De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.

8.- De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.



## **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 140 inc. 1), 202, 208, 214, 215, 216, 217, 221, 241 incs. 1) Y 2), 242 inc. 7), 259 a 263, 268, 278, 280, 289 arto 749  
C.P.C. arts. 141, 152  
C.P. arts. 113, 114  
C.N.A. arto 44 inc. 1)  
LEY 26497 D.S.015-98-PCM art. 3 inc. f)

## **Comentario**

***Alex Plácido Vilcachagua***

### 1) El caso del impúber

El no tener la edad núbil constituye causal de anulabilidad cuando se celebra el matrimonio sin haberse obtenido la dispensa judicial de este impedimento dirimente.

Respecto de la legitimación activa por esta causal, la ley expresamente reserva su ejercicio al impúber, quien puede ejercitar la pretensión luego de llegar a la mayoría de edad; a sus ascendientes, si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio; y, a falta de éstos, al consejo de familia.

Como queda expuesto, el principio de favorecer las nupcias determina la regulación expresa de los casos en que la unión matrimonial deba convalidarse. Esa convalidación también se produce cuando se verifican los supuestos de hecho contemplados en la ley. Así, en lo que se refiere a la anulabilidad del matrimonio del impúber, aquél se convalida por alcanzar éste la mayoría de edad y cuando la mujer ha concebido.

De otra parte, y aunque se hubiera declarado la anulabilidad, los cónyuges mayores de edad no deben volver a contraer matrimonio; basta la confirmación del mismo que se solicita ante el juez de paz letrado del lugar del domicilio conyugal, y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos.

### 2. El caso de los que adolecen de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia o de vicio peligroso para la prole

La sanidad nupcial está referida como causal de anulabilidad del matrimonio de quien sufre una enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o vicio que constituya peligro para la prole.

Respecto de la legitimación activa por esta causal y con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de anulabilidad del matrimonio por la caducidad, la ley expresamente reserva el ejercicio de la pretensión al cónyuge del enfermo, y caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o vicio.

### 3. El caso del raptor con la raptada

Se sanciona con anulabilidad el matrimonio del raptor con la raptada o a la inversa, o el matrimonio realizado con retención violenta.

Respecto de la legitimación activa por esta causal y con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad del matrimonio por la caducidad, la ley expresamente reserva el ejercicio de la pretensión al cónyuge agraviado, el que sufrió el rapto o la retención violenta, y caduca si no se interpone dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta.

### 4. El caso de quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por causas pasajeras

Se trata de una causa de invalidez relacionada con defectos en el consentimiento matrimonial.

Es un supuesto de anulabilidad del matrimonio en el que por "causa pasajera" debe comprenderse a los estados de insanidad mental transitorios de uno de los contrayentes, así como a la afección temporal provocada por causa exterior al organismo: embriaguez, hipnotismo, cólera, pavor, pasiones en general. Debe existir cualquiera de estas causas en el momento mismo de la celebración del matrimonio; quedando sometida al discreto arbitrio del juzgador la apreciación del hecho. Al respecto, debe considerarse que la causa de la perturbación debe ser tan excesiva como para impedir a la parte dar un consentimiento inteligente; pero si a pesar de ella, se aprecia la naturaleza y consecuencias del acto, esa circunstancia no tendría mérito para anular el matrimonio.

Respecto de la legitimación activa, el ejercicio de la pretensión se reserva al cónyuge agraviado, a quien ha sufrido la afección temporal de sus facultades mentales al momento de celebrar el matrimonio. El matrimonio queda convalidado si dentro de un estado libre de voluntad de los contrayentes, ellos exteriorizan su propósito de mantener el vínculo, mediante el hecho mismo de la cohabitación, prolongada por un período de seis meses de desaparecida la causa, tiempo bastante para demostrar la persistencia real de esa voluntad.

La cohabitación, con el efecto extintivo de la caducidad de la pretensión, debe consumarse durante el período de tiempo anterior por lo menos en seis meses al vencimiento del plazo de dos años; cuyo mero transcurso, por sí solo, extingue el ejercicio de la pretensión de anulabilidad.

### 5. El caso del error sobre la identidad o ignorancia de defecto sustancial del otro cónyuge

Se trata de otra causa de invalidez relacionada con defectos en el consentimiento matrimonial.

Considerada como causal de anulabilidad del matrimonio, en primer lugar se refiere al error sobre la identidad física de uno de los contrayentes que tiene lugar en el caso de sustitución de una persona por otra, que se reputa casi imposible de ocurrir, aun en el matrimonio por poder.

En segundo lugar, se considera el error sobre un defecto sustancial de la persona, en base a supuestos de hecho taxativamente previstos. Error que debe referirse a la ignorancia de defectos, unos de orden moral, como los relativos a la conducta que específicamente se menciona, y otros consistentes

en dolencias que comprometen la salud del cónyuge, o de la prole cuya repercusión sobre la común convivencia sea tan intensa y grave que haga imposible su normal mantenimiento; defectos todos estos que, de haberlos conocido el otro cónyuge, sin duda, no habría concertado y concluido el matrimonio y que por lo mismo, frustraron los motivos determinantes de la voluntad en la prestación del consentimiento.

Todo esto hace surgir una cuestión de hecho que debe ser apreciada, en cada caso, por el prudente arbitrio del juzgador, quien, al hacer la respectiva valoración del error invocado, decidirá si él realmente vicia el consentimiento, en los señalados supuestos que el dispositivo indica, que son los que pueden, conforme a su expreso texto, dar existencia al error como causal de anulabilidad.

Respecto de la legitimación activa por esta causal y con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de anulabilidad del matrimonio por la caducidad, la ley expresamente reserva el ejercicio de la pretensión al cónyuge agraviado, a quien ha sufrido el error, y caduca si no se interpone dentro del plazo de dos años de celebrado el matrimonio; plazo excesivo para la apreciación de las consecuencias del error incurrido frente al matrimonio celebrado.

#### 6. El caso de la amenaza de sufrir un mal grave e inminente

Se trata de otra causa de invalidez relacionada con defectos en el consentimiento matrimonial.

Considerada como causal de anulabilidad del matrimonio, se refiere a la amenaza de un mal grave e inminente o coacción síquica, que presupone un consentimiento real aunque viciado y un lazo jurídico efectivamente constituido, si bien susceptible de anulación.

Se prescinde de la violencia física o material, que es la fuerza que impide la libre determinación de la voluntad y, por lo mismo, la formación de relación jurídica alguna, que es de casi imposible realización en el casamiento, dadas las garantías prescritas para su celebración, consistentes en las solemnidades previas de la declaración, información y publicación, como en las concurrentes al acto mismo del matrimonio.

Es condición de la amenaza que sea grave, esto es, que suscite tal temor que por el peligro que entraña sea decisiva en la determinación de la voluntad. Se trata aquí de una cuestión que, por ser de hecho, se debe apreciar en cada caso, teniendo en cuenta las condiciones personales del que sufre la coacción, las de quien la ejerce, como las otras circunstancias de momento y lugar, y cuantas más forman el ambiente dentro del que se perturba la prestación del consentimiento.

Debe ser el mal inminente, es decir, que se tenga el actual temor de su más o menos próxima realización, faltando materialmente el tiempo suficiente para reclamar la protección de la autoridad pública; y se excluye, por lo tanto, el mal meramente posible, remoto o capaz de ser prevenido. Asimismo, debe afectar los derechos o atributos de la personalidad humana del amenazado o de terceras personas vinculadas con él.

En cuanto al temor reverencial, del mismo modo que no tiene efectos en los actos jurídicos en general, tampoco lo tiene en cuanto al matrimonio<sup>9</sup>. Pero no debe por eso excluirse la posibilidad de que la violencia sea ejercida por el ascendiente sobre el descendiente, el tutor sobre el pupilo o el superior sobre el subordinado, y en tal caso debe ser tenida en cuenta. Lo que la ley deja de lado es el temor que deriva de la existencia de tal tipo de vinculación, situación subjetiva de quien lo sufre, pero no el ocasionado por actos comprendidos en las situaciones de intimidación previstas, que nada impide que sea ejercida por las mismas personas con respecto a las cuales podría existir el temor reverencial.

Respecto de la legitimación activa por esta causal y con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de anulabilidad del matrimonio por la caducidad, la ley expresamente reserva el ejercicio de la pretensión al cónyuge agraviado, a quien ha sufrido la intimidación, y caduca si no se interpone dentro del plazo de dos años de celebrado el matrimonio; plazo excesivo para la apreciación de las consecuencias de la intimidación frente al matrimonio celebrado.

## 7. El caso de la impotencia absoluta

El matrimonio celebrado por persona que adolece de impotencia antecedente y absoluta (coeundi) es anulable.

Debe tenerse presente que la impotencia no es un impedimento matrimonial, debido a que la procreación no es la única finalidad del matrimonio; y que, lo que se sanciona, es la impotencia misma y no el que el otro cónyuge la hubiere ignorado.

La impotencia en el sentido de la ley, constituye la imposibilidad que padece uno de los cónyuges para realizar la cópula, es decir, para mantener relaciones sexuales con el otro cónyuge. La impotencia coeundi se la distingue de la impotencia generandi, o infertilidad que impide la generación; no estando, esta última, comprendida en la impotencia a la que alude el dispositivo legal.

Mientras que en el hombre la impotencia impide el acceso vaginal, sea por malformaciones o atrofas del órgano genital, o por causas de tipo psíquico o neurológico que impiden la erección suficiente para la penetración en la mujer, la impotencia de ésta se traducirá en la imposibilidad de ser accedida. Se han señalado diversas causas: infantilismo en los genitales externos, estenitis vestibular Y vaginal (congénita, cicatrizal, raquitismo de la pelvis en alto grado, anexitis, etc.). Particular importancia asume el vaginismo, es decir, una contracción espástica por estímulos externos de toda la vagina o de los músculos puborrectales o del músculo retractor del vestíbulo. Se trata de espasmos musculares de la pelvis que se producen principalmente en el acto del coito, obstaculizando o impidiendo en absoluto su cumplimiento.

El ejercicio de la pretensión corresponde solo a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia; no procediendo la anulación, si ninguno de ellos puede realizar la cópula sexual.

## 8. El caso de la celebración del matrimonio ante funcionario incompetente

Ya se ha explicado que la intervención de la autoridad competente para celebrar el matrimonio es una de las solemnidades esenciales requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial. También que la competencia de la autoridad viene determinada por la función misma y por el territorio. Lo primero, se aprecia cuando la ley reconoce que los llamados a celebrar el matrimonio son el alcalde, el registrador y el comité especial, en las comunidades campesinas y nativas. En tal sentido, si el matrimonio civil lo realiza un juez de paz o un notario público, aquél ha sido celebrado por un funcionario incompetente. Lo segundo, se observa cuando la ley establece que la autoridad competente por razón del territorio es la del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Para tal efecto, se exige presentar la prueba del domicilio a fin de vincular a la autoridad competente. En tal virtud, si el matrimonio civil se realiza ante una autoridad de una jurisdicción diferente a la del domicilio de los contrayentes, aquél también ha sido celebrado ante un funcionario incompetente.

La presente disposición legal se refiere a la anulabilidad del matrimonio celebrado ante funcionario incompetente por un contrayente que ha actuado de buena fe.

En este supuesto y respecto de la legitimación activa por esta causal, se realiza una reserva a favor del cónyuge o cónyuges de buena fe.

Con relación a la extinción de la imprescriptibilidad de la pretensión de invalidez del matrimonio por la caducidad, la ley establece expresamente un plazo de caducidad de seis meses de la celebración del matrimonio para el ejercicio de la respectiva pretensión.

### **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Buenos Aires, Ediar SA Editores, 1947; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo ,, Barcelona, Editorial Bosch, 1946; EspÍN CÁNOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Vol. IV. Familia. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. Manual de Derecho de Familia. Santiago, Editorial

Jurídica de Chile, 1986; SPOtA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **CARÁCTER PERSONAL DE LAS ACCIONES DE NULIDAD Y ANULABILIDAD**

### **ARTICULO 278**

La acción a que se contraen los artículos 274, incisos 1,2 Y 3, Y 277 no se transmite a los herederos, pero éstos pueden continuar la iniciada por el causante.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. VI, 274 incs. 1),2) Y 3); 276,277,279  
D.LEG.052 arts. 85 inc. 1), 89 inc. 1), 96 inc. 1)

### **Comentario**

***María Elena Coello García***

La invalidez matrimonial está sujeta a principios propios que derivan del principio rector en una adecuada hermenéutica, del favor matrimonio, el que según la doctrina significa "la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección al matrimonio en orden a la conservación de su esencia y mantenimiento de sus finalidades".

Por ello, en el acto jurídico del matrimonio -por ser un hecho de gran trascendencia en la vida de las personas que lo contraen, y alcanzando sus efectos también a terceros-, revisten especial importancia socialmente los vicios que pueden afectar su validez; a tal punto resulta relevante este acto jurídico, que, siguiendo la tesis de la especialidad, a la cual se acoge nuestro ordenamiento jurídico, las causal es de nulidad y de anulabilidad forman un régimen en especial de nulidad (absoluta o relativa) previstas en los artículos 274 y 277, respectivamente, del Código sustantivo, diferente de las causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico que estipulan los artículos 219 y 221 del precitado Código.

Así, los incisos 1, 2 Y 3 del artículo 274, a los que se refiere la norma bajo comentario, sanciona con nulidad el matrimonio contraído contraviniendo impedimentos absolutos, como:

a) El del enfermo mental por contravenir expresamente el impedimento preceptuado en el artículo 241 inciso tercero del Código Civil; supuesto en el cual la acción de nulidad no caduca pudiendo ser declarada de oficio, a pedido del Ministerio Público o de persona interesada; excepto que el cónyuge que padecía la enfermedad recobre la plenitud de sus facultades.

b) El matrimonio de los invidentes, como ciegosordo, ciegomudo y sordomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable, a no ser que el invidente pueda aprender a expresarse de manera indubitable, en cuyo caso el matrimonio no sería ya materia de nulidad sino de anulabilidad.

Esta prohibición se encuentra prescrita en el artículo 241 inciso 4 del Código Civil.

Cabe precisar que el Código vigente, con mejor técnica legislativa, superando la deficiencia del Código de 1936 que consideraba solo como invidente al sordomudo, ha comprendido también a los ciegosordos y a los ciegomudos.

c) El matrimonio del casado, porque quien está casado no puede volverse a casar por estar prohibido por el acotado artículo 241 inciso 5, nulidad que sin embargo, no prospera en caso de que el primer cónyuge del bigamo haya muerto, o, si el primer matrimonio ha sido disuelto por divorcio o ha sido invalidado, en cuyo caso, la ley faculta solo al segundo cónyuge del bigamo a demandar la nulidad, siempre que hubiese actuado de buena fe; disponiendo la norma, que la acción caduca dentro del plazo de un año desde que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

El artículo 277 regula, en cambio, las causal es de anulabilidad del matrimonio contraído por:

a) El impúber que incumple los requisitos que exige el artículo 244 del Código Civil, es decir, que no cuenta con asentimiento expreso de sus padres, o de uno de ellos, de los abuelos a falta de ambos padres, o si hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, o carezcan de la respectiva dispensa judicial supletoria que prevén los artículos 244 párrafo 4, y 241 inciso 1) del Código en comento.

b) El que adoleciera de enfermedad crónica contagiosa y transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole.

c) El raptor con la raptada, o el matrimonio realizado con retención violenta que prescribe el inciso 7 del artículo 242.

d) El que no se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera.

e) El que lo contrae por error sobre la identidad física del otro cónyuge, o por ignorar el defecto sustancial del mismo, que haga insoportable la vida en común.

f) La persona que lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir estado de temor en el amenazado.

g) La persona que adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrar el matrimonio.

h) De quien de buena fe lo celebra ante funcionario incompetente.

En este contexto, en relación a la legitimidad para ejercitar la pretensión de invalidez del matrimonio, sea la nulidad que proveen los incisos 1,2 Y 3 del artículo 274, así como la anulabilidad que regula el artículo 277, es considerada un ius personaJe de los cónyuges, son acciones intuitu persona e; por ello la ley reserva su ejercicio en algunos casos a uno, y en otros casos a ambos



cónyuges; pues solo a éstos puede interesarles privar de efectos al matrimonio que celebraron irregularmente.

El precepto normativo en comento establece que esta acción no se transmite a los herederos; quienes solo pueden continuar la que el causante dejó iniciada, supuesto en el cual deben acreditar interés moral o económico y actual (CORNEJO CHÁVEZ).

Con relación a los tres casos de invalidez que prescribe el artículo 274 en sus incisos 1, 2 Y 3; precisa Cornejo Chávez que, al eliminar la Comisión Revisora en el artículo 278 en comento -cuyo antecedente y fuente es el 322 del Anteproyecto las expresiones "in fine" y "párrafos finales", se ha generado confusión u oscuridad, ya que la supresión tiene efectos graves, pues a consecuencia de ello parecían haberse convertido simplemente en anulables -y no nulos- no solo los casos del enfermo mental que se cura, del sordomudo, del ciegosordo o ciegomudo que aprenden a expresarse indubitablemente, y del bigamo cuyo primer matrimonio subsiste (lo que es obviamente inadmisibile), impresión que parece confirmarse en el artículo 277 -según el cual los herederos del cónyuge pueden plantear la acción por su propio derecho solamente en los casos de los incisos 4 al 9 (no en los casos de los incisos 1,2 Y 3 a los cuales se hace referencia).

En síntesis, al amparo del principio de favorabilidad del matrimonio, la acción que confieren al cónyuge los incisos 1,2 Y 3 del artículo 274 y la del artículo 277, no puede ser intentada directamente por los herederos de éste, debido a la reserva que hace la ley en forma expresa; pudiendo éstos solo continuar la iniciada por su causante.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; CARBONELL LAZO, Fernando R. y otros. Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar peruano. 10ª edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Editora Científica S.R.L. Librería distribuidora. Sevillana; LAGOMARSINO, Carlos A. R. Y MORALES V. SALE RMO. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo 111. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994; MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Editorial San Marcos. Lima, 2001; PLÁCIDO V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. 2ª edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2002; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Código Civil. 5ta edición. Temis S.A. Bogotá-Colombia/Idemsa. Lima-Perú, 2000; ZA VALETA CARRUTTERO, Wilvelder. Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

"Si bien es cierto que el artículo 278 del Código Civil establece que los herederos del causante tienen el derecho de proseguir la acción de nulidad de

matrimonio iniciada por su causante, si se demuestra que éste no inició dicha acción invalidatoria, sus herederos carecen del derecho de iniciarla".

(Caso Nº 194-96-Chimbote, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 30/12/97, p. 227)

"El fallecimiento de la demandante en un juicio de nulidad de matrimonio, no extingue la acción debidamente interpuesta. Puede ser continuada por sus herederos".

(Revista del Tribunal, 1937. p. 329)

## ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS HEREDEROS

### ARTICULO 279

La acción de nulidad que corresponde al cónyuge en los demás casos del artículo 274 tampoco se transmite a sus herederos, quienes pueden continuar la iniciada por su causante. Sin embargo, esto no afecta el derecho de accionar que dichos herederos tienen por sí mismos como legítimos interesados en la nulidad.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. VI, 274 incs. 4) a 9); 278

### Comentario

*María Elena Coello García*

Este dispositivo señala que la acción de nulidad que estipulan los demás incisos del artículo 274 como es el caso del matrimonio de:

- a) Los consanguíneos o afines en línea recta, es decir padres e hijos, abuelas y nietos, o suegros y nuera o yerno respectivamente.
- b) De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral (hermanos, o tíos-sobrinos), excepto que medie dispensa judicial en el segundo supuesto (tío-sobrina).
- c) De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior no ha sido disuelto por divorcio y el ex cónyuge vive.
- d) Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente.
- e) De quienes lo celebran prescindiendo de los trámites que señalan los artículos 248 a 268 del Código Civil, a menos que se haya convalidado subsanando la omisión de los cónyuges de buena fe.
- f) De los contrayentes que de mala fe lo celebran ante funcionario incompetente, supuesto en el cual la ley no faculta a los cónyuges de mala fe a plantear la nulidad por dicha causal.

La acción de nulidad que confieren al cónyuge los demás incisos del artículo 274 es también ius personale o intuito persona e, atendiendo al principio de favorabilidad de las nupcias que informa la especialidad del Derecho de Familia; por lo que la norma en comento precisa que la acción de nulidad en los demás supuestos no se transmite tampoco a los herederos del cónyuge, quienes al igual que los demás casos de nulidad o anulabilidad que estipula el artículo 278, pueden continuar la iniciada por su causante. .

No obstante ello, el precepto materia de análisis otorga derecho de acción a terceros como son los herederos que tengan legítimo interés moral o económico en la nulidad; interés que además debe ser actual, lo que excluye -a decir del maestro Cornejo Chávez- la posibilidad de fundar la demanda en un interés futuro o meramente expectativa, lo cual implica que los herederos solo

podrán ejercitar la acción de nulidad contra el cónyuge sobreviviente aduciendo legítimo interés al fallecimiento de su causante (CORNEJO CHÁVEZ).

En este orden de ideas, si se trata de un matrimonio afectado por la anulabilidad, en que las únicas personas a las que la ley les reserva capacidad de accionar, es a los cónyuges, y en el tiempo dispuesto expresamente para ello; si procede la intransmisibilidad de la acción que prevé este precepto, empero no ocurre igual si se está frente a un matrimonio nulo.

Así por ejemplo, si Juan se casa con María de buena fe, pero María es bígama, con esposo e hijos vivos; al fallecer Juan y dejar una herencia conforme a la ley, deben concurrir la cónyuge supérstite (bígama) y los padres de Juan, al tomar éstos conocimiento de la ilicitud del matrimonio contraído por su causante, tiene expedito el derecho de accionar la nulidad, al tener legítimo interés moral, económico y actual en el pronunciamiento del órgano jurisdiccional.

En suma la acción de nulidad es franqueada a los herederos legitimarios (descendientes, padres y otros ascendientes) o legales (descendientes, padres y otros ascendientes hermanos y parientes consanguíneos del causante en tercer o cuarto grado) para excluir de la herencia al presunto cónyuge sobreviviente.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1948. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; CARBONEL LAZO, Fernando R. y otros, Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 1 Oª edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; GUZMÁN HERRA, Fernando. Código Civil. Científica S.R.L. Librería distribuidora Sevillana; LAGOMARSINO, Carlos A.R. y SALERNO Marcelo V. Enciclopedia de Derecho Familiar. Tomo 111. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994; MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Editorial San Marcos. Lima, 2001; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de familia. 2ª edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2002; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Código Civil. 5ª edición. Editorial Tennis AS. Bogotá-Colombia / Idemisa. Lima-Perú, 2000; ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

"En la teoría de la invalidez del matrimonio hay que distinguir la nulidad de la anulabilidad; la primera significa la existencia de un vicio que afecta la validez del acto del matrimonio, insanable, que determina su existencia y que por ello puede ser demandado por cuantos tengan interés y por el Ministerio Público y no caduca; la segunda, reconoce la existencia de un vicio que no afecta las condiciones esenciales del acto mismo que puede ser subsanable o que solo interesa a los cónyuges y por eso el ejercicio de la acción queda limitado; mas

en ambos casos la declaración de la nulidad tiene eficacia retroactiva; esto es que si la demanda resulta fundada el matrimonio resulta inválido". (Cas. N° 1641-96-Lambayeque (05-07-98). Guía Rápida de Jurisprudencia. Marianella Ledesma. p. 51)

## ACCIÓN DE INVALIDEZ POR REPRESENTACIÓN

### ARTICULO 280

La invalidez de/ matrimonio puede ser demandada por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 145, 155, 2036, 2037  
C.P.C.art. 72

### Comentario

**María Elena Coello García**

Este artículo dispone que el poder de representación debe constar por escritura pública bajo sanción de nulidad; al respecto, cabe precisar que para que un acto jurídico tenga validez, la ley exige una forma determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 140 inciso 4) del Código Civil, la que debe ser cumplida necesaria, forzosa e imprescindible debido al carácter imperativo de la ley.

Las formas prescritas por la ley pueden ser:

a) Ad solemnitatem.

b) Ad probationem.

a) Ad solemnitatem.- Forma especial señalada por la ley que resulta consustancial al acto jurídico; sin su observancia el acto no adquiere existencia, careciendo de toda eficacia aprobatoria estando a lo estipulado en el artículo 243 del Código Procesal Civil.

Se reconoce esta forma cuando el precepto normativo consigna la frase: "bajo sanción de nulidad". Por lo general la forma especial se refiere a documento o instrumento público, el cual vale por sí mismo.

b) Ad probationem.- Que se encuentra regulado en el artículo 144 del Código Civil, cuando señala: "cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye un medio de prueba de la existencia del acto". En este caso es posible utilizar tanto el instrumento público como el privado, empero, estando a lo dispuesto en los artículos 235, 238 Y 246 del Código Procesal Civil, el documento público es auténtico por sí mismo, característica que no reúne el privado.

Debido a la importancia que se reconoce a la familia y al matrimonio, el Estado mediante el ordenamiento jurídico, prevé diversas disposiciones encaminadas a tutelar esta institución fundamental de la sociedad, la cual aun cuando adolezca de causales de invalidez, la nulidad no opera ipso jure.

El artículo en comento es un claro ejemplo de la protección especial que se brinda a favor del matrimonio, al disponer que para accionar mediante apoderado la invalidez del matrimonio, se requiere no solo la existencia de un poder otorgado por el titular, sino precisa además que dicho poder debe ser específico, es decir, que conste por escrito la voluntad expresa del accionante de buscar la nulidad del matrimonio, con indicación de la causal a invocarse.

De igual modo, la norma exige una forma especial (ad solemnitatem), es decir debe constar por escritura pública, todo ello bajo sanción de nulidad.

Esta exigencia se encuentra también regulada en el artículo 577 del Código Procesal Civil y el artículo 72 del precitado texto legal, esto se debe a la trascendencia de la acción y grave perjuicio que representa la invalidación del matrimonio, tanto para quienes lo contrajeron, como para terceros, y aun para los hijos nacidos durante la unión cuya validez se cuestiona.

Por esta razón, la ley exige que el conocimiento y la voluntad del accionante conste de manera expresa; a fin de evitar que el apoderado, valiéndose de sus atribuciones corrientes u ordinarias que constan en un poder no específico o especial, anule el matrimonio de su poderdante.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; CARBONELL LAZO, Fernando R. y otros. Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 10ª edición actualizada. Gaceta Jurídica editores. Lima, 1999; GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Editorial Científica S.R.L. Librería distribuidora Sevillana; LAGOMARSINO, Carlos A. R. Y MORALES V. Salermo. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo 111. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994; MALLQUI REYNOSO, Max. Y MOMELTHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Editorial Sa:1 Marcos. Lima, 2001; PLÁCIDO V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. 2ª edición: Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2002; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Código Civil. Síª edición. Editorial Tenis A.S. Bogotá-Colombia 7 Idemisa Lima-Perú, 2000; ZAVALETA CARRUITERO, Wildever. Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

"Es nula la sentencia expedida en el juicio de nulidad de matrimonio si el poder otorgado por el demandante no expresa la causa en que debe fundarse la demanda".

(Revista de Jurisprudencia Peruana, 1954, p. 496.

Anales Judiciales, 1945, p. 11. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, p. 141)

"Una carta de poder especial' otorgada en el extranjero, aunque esté legalizada, no constituye la escritura pública a que se refiere la ley".

(El Peruano, 9 de marzo de 1983)

## PROCEDIMIENTO DE LA INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

### ARTICULO 281

La pretensión de invalidez del matrimonio se tramita como proceso de conocimiento, y le son aplicables, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones establecidas para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal.(\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768) cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. 010-93-JUS de 23-04-93

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 332 y 55.,348 y ss.  
C.P. C. arts. 475, 480

### Comentario

***María Elena Coello García***

Como sabemos, la nulidad o anulabilidad del matrimonio, no opera ipso jure, requiriéndose de una declaración judicial para dejar sin efecto dicho acto jurídico.

Como pretensión, la nulidad se viabiliza accionando ante el órgano jurisdiccional al interponerse la demanda respectiva con los requisitos que exigen los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

Esta norma de carácter procesal ha sido modificada por el Código Procesal Civil, Decreto Legislativo N° 768, el cual en su primera disposición modificatoria establece el tipo de proceso que se debe seguir para la invalidez del matrimonio, disponiendo que el trámite es el del proceso de conocimiento, el más lato que contempla el ordenamiento adjetivo civil.

Esto, con el propósito de rodear de las mayores garantías a la acción de la invalidez del matrimonio, en principio a favor de éste; por el cual, como regla general de los procesos de estado de familia, se tramita como proceso de conocimiento, salvo excepciones, como ocurre con la separación de cuerpos convencional y ulterior divorcio.

Así, el Estado adopta los mayores recursos para emplazar o desplazar un estado de familia. Por ello las acciones de nulidad y anulabilidad de matrimonio se tramitan como proceso de conocimiento. Agrega la norma en comento que a la pretensión principal pueden acumularse las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidados de los hijos, separación de bienes gananciales, y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de la sociedad de gananciales que puedan resultar afectados como consecuencia de la pretensión principal; aspectos que expresamente regulan para el divorcio vincular los artículos 443 y 494 del Código Procesal Civil y que por remisión resulta aplicable a esta materia.



De esta manera al fallar el juez no solo emitirá pronunciamiento respecto de la causal de invalidez planteada, sino que en caso de declarar fundada la demanda, emitirá también pronunciamiento respecto de las pretensiones accesorias acumuladas, tales como alimentos, tenencia o destino de los bienes adquiridos durante el tiempo que el matrimonio estuvo vigente.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1948. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; CARBONEL LAZO, Fernando R. y otros. Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996; CORNEJO CHAVEZ, Hector. Derecho Familiar Peruano. 1ª edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; GUZMÁN HERRA, Fernando. Código Civil. Editorial Científica S.RL Librería distribuidora Sevillana; LAGOMARSINO., Carlos A.R. y SALERNO, Marcelo V. Enciclopedia de Derecho Familiar. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994; MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZL, MAETA, Eloy. Derecho de Familia. Tomo 111. Editorial San Marcos. Lima, 2001; PLACIDO V. Alex F. Manual de Derecho de familia. 21 edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2002; TORRES VASQUEZ, Anibal. Código Civil. 51 edición. Editorial Tenis A.S. Bogotá-Colombia Ildemisa Lima-Perú, 2000; ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. Código Civil. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

"Conforme al artículo 281 del Código Civil, la pretensión de nulidad de matrimonio se tramita como proceso de conocimientos".  
(Cas. N° 729-95- Lima (05-08-97). El Código Civil a través de la Jurisprudencia. Tomo II)

## **PATRIA POTESTAD EN CASO DE INVALIDEZ DE MATRIMONIO**

### **ARTICULO 282**

Al declarar la invalidez del matrimonio, el juez determina lo concerniente al ejercicio de la patria potestad, sujetándose a lo establecido para el divorcio.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 340, 345, 355, 365, 420, 2081  
C.N.A.arts. 74 a 80.

### **Comentario**

***María Elena Coello García***

En caso de haberse procreado hijos, en el juicio de invalidez de matrimonio no se va a emitir pronunciamiento únicamente respecto del vínculo cuestionado, si éste ha sido de acuerdo al ordenamiento jurídico, o contraviniéndolo; también debe el juez pronunciarse sobre otros aspectos importantes que son consecuencias del acto realizado y que por naturaleza del proceso deben ser tratados obligatoriamente en el pronunciamiento final.

Tales pretensiones deben haberse incluido necesariamente en los actos postulatorios, entre los cuales se encuentra lo referente a la patria potestad sobre los hijos menores de edad, ya que éstos no pueden quedar desamparados al producirse la invalidez del matrimonio.

Dado que uno de los efectos de la sentencia es la desaparición de la comunidad doméstica que dio a los hijos el amparo de la potestad paterna, debe decidirse judicialmente la situación en la que quedan los hijos menores de edad a raíz de la invalidación.

Por ello, este artículo obliga al juez a determinar todo lo concerniente a este aspecto, remitiendo la norma en comentario a las reglas que rigen para el divorcio.

. Al respecto, cabe señalar que el juzgador no solo debe tomar en cuenta las disposiciones referentes a la patria potestad que regula el Código Civil, sino también debe observar las que contiene el Código de los Niños y Adolescentes respecto de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, opinión del niño, etc.

En suma, de no continuar la convivencia y no haber acuerdo entre los cónyuges respecto al ejercicio de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos, debe ser decidida por el juez (PLÁCIDO V.) en la sentencia, tomando en cuenta todo lo actuado en el proceso.

Así, al ser una pretensión accesoria, lo referente a la patria potestad, ésta constituye una pretensión autónoma y por ende se requiere de la actividad probatoria respecto de esta pretensión, a fin de establecer si es necesario otorgarse exclusivamente el ejercicio de la patria potestad a uno de los cónyuges, suspendiéndose al otro en tal facultad; o si ambos cónyuges pueden continuar ejerciendo la patria potestad, otorgándose la tenencia a uno de ellos; y un régimen de visitas a favor del cónyuge que no obtuviese la tenencia.

Cabe precisar que, estando a lo dispuesto en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, al discutirse la patria potestad, se está afectando derechos o intereses de niños y adolescentes, razón por la cual el juzgador está obligado a escuchar la opinión de los hijos menores de edad respecto de esta pretensión accesoria; y de no haber sido ofrecida como medio de prueba por ninguna de las partes, el juez puede ordenarla de oficio por interés superior del niño, conforme al artículo 187 del Código de los Niños y Adolescentes.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; CARBONELL LAZO, Fernando R. y otros. Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 1<sup>o</sup> edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; GUZMÁN HERRA, Fernando. Código Civil. Editorial Científica S.R.L. Librería distribuidora Sevillana; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Sentencias en Casación. Editorial San Marcos. Lima, 1999; LAGOMARSINO, Carlos A. R. Y MORALES V. Salermo. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo 111. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994; MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Editorial San Marcos. Lima, 2001; PLÁCIDO V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. 2<sup>a</sup> edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2002; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Código Civil. 5<sup>a</sup> edición. Editorial Tenis S.A. Bogotá, Colombia / Idemsa Lima-Perú, 2000; ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. Código Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

"Ambas partes, demandante y demandada han celebrado un acuerdo de conciliación respecto a la patria potestad y otras pretensiones acumuladas, sin embargo, dicho acuerdo no puede infringir la naturaleza indispensable del derecho y someterse a un acuerdo o avenimiento de la partes, por cuanto la declaración de suspensión de la patria de potestad, en los casos de separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges, constituye un efecto o consecuencia de tales supuestos, cuyo cumplimiento no admite pactarse en sentido contrario, ya que además, no se trata de una separación convencional". (Cas. N° 719-97/ Lima. Diario Oficial El Peruano, 10-12-1998. p. 2205)

## INDEMNIZACIÓN POR INVALIDEZ DE MATRIMONIO

### ARTICULO 283

Son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso del divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios.

#### CONCORDANCIA:

C.C. arto 351

#### Comentario

***Carlos Mispireta Gálvez***

##### 1. La invalidez del matrimonio

Conviene iniciar nuestro comentario, referido a la norma que ha recogido la posibilidad de que se otorgue una indemnización en los casos de invalidez del matrimonio, aclarando el presupuesto que le sirve de premisa, esto es, la figura de la invalidez del matrimonio.

Como se sabe, la invalidez es la principal consecuencia que se deriva de los actos que son jurídicamente nulos, incluyendo dentro de estos últimos a los que adquieren dicha categoría de manera absoluta (nulidad stricto sensu) o de manera relativa (anulabilidad); ello, debido a que el acto no cumple con los requisitos esenciales para su conformación, o porque carece de alguno de los presupuestos necesarios para el tipo de negocio que se pretende celebrar (BETTI, p. 405).

Ahora bien, en línea de principio, el acto nulo no puede generar los efectos jurídicos propios del negocio que se pretendía celebrar desde que es reconocido o declarado como tal; de esta forma, una de las sanciones que acarrea la invalidez del acto nulo, es la privación de la posibilidad de generar las consecuencias perseguidas por los celebrantes dentro del campo del Derecho. En ese orden de ideas, podemos concluir que la eficacia de un acto está condicionada a la validez del mismo: si un acto es inválido por nulo, consecuentemente el mismo no podrá surtir efectos jurídicos.

Sin embargo, lo antes indicado no se verifica completamente cuando se produce alguna de las causales contempladas en los artículos 274 Y 277 del Código Civil, referidos a la nulidad, absoluta y relativa, del matrimonio. En efecto, las peculiares características que reviste la institución matrimonial -y en general, el Derecho de Familia en su conjunt?-, determinan que, aún siendo inválido el acto, la unión entre un hombre y una mujer genere consecuencias jurídicas entre ellos, frente a sus hijos (artículos 282 y 284 del Código Civil) e incluso frente a terceros (artículo 285 del Código Civil), como si el vínculo matrimonial hubiera sido válido y se hubiera disuelto por divorcio (VIDAL RAMÍREZ, pp. 516 Y 528).

Siendo así, resulta pertinente determinar si estamos ante un supuesto de nulidad sui generis, o más bien, siendo rigurosos en el análisis, si estamos ante una figura distinta a la de la nulidad de los actos jurídicos.

Para absolver dichas interrogantes, pensamos que es necesario tomar en cuenta las peculiares características que reviste el matrimonio, considerando las relaciones de índole afectivo, de intimidad, de convivencia, así como las que se deriven de la formación del núcleo familiar a las que da origen y que no están presentes en cualquier otro acto jurídico (SANTOS CIFUENTES, p. 63). Dichas particularidades han llevado a los más connotados especialistas en la materia a discutir sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, no existiendo consenso acerca de si el matrimonio debe ser entendido como un acto, como una institución o como una manifestación de ambos a la vez (CORNEJO CHÁVEZ, pp. 52-54).

Por tales razones, pensamos que la nulidad del matrimonio, así como la consecuente invalidez del mismo, deben ser entendidas como manifestaciones peculiares dentro del campo especialísimo del Derecho de Familia. Ello nos lleva a afirmar, pues, que estamos ante una situación de nulidad muy particular; una figura que obedece exclusivamente a las necesidades del régimen específico que rige a la familia y cuyos alcances son distintos a la nulidad de los negocios jurídicos en general. Cuando nuestra legislación civil se pronuncia sobre la nulidad del matrimonio, queda entendido, entonces, que se trata de esa particular situación en la que el acto no reúne todos los elementos necesarios para su formación, la cual conllevará que se produzcan las consecuencias previstas para la disolución del matrimonio.

Dilucidado ello, resulta pertinente establecer si el hecho de que se hayan precisado en los artículos 274 Y 277 del Código Civil las causales de invalidez del matrimonio, determina que ya no se tengan en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 219 y siguientes del referido compendio legal, referidas a la nulidad del acto jurídico en su concepción general.

Al respecto, pensamos que en vista de que las causales contenidas en los artículos 219 y siguientes se amparan en la tutela de los intereses de las partes que celebran el acto, de los terceros y de la sociedad en su conjunto, las normas que establecen la nulidad dentro del plano general del Derecho Privado deben también ser aplicables ante las deficiencias intrínsecas que manifieste el acto jurídico matrimonial. Así por ejemplo, un matrimonio de dos personas del mismo sexo contraviene una norma de orden público vigente en nuestro país (el artículo 234 del Código Civil), situación que no han recogido las normas sobre nulidad matrimonial Y sí en cambio el numeral 8 del citado artículo 219.

## 2. La indemnización por daños

Entrando propiamente al tema que es materia de nuestro comentario, esto es, la disposición contenida en el artículo 283 del Código Civil, debemos partir estableciendo si la referida norma contempla un supuesto que debe encuadrarse dentro del sistema general de la responsabilidad civil, o es más

bien un supuesto de hecho especial, por lo cual su tratamiento debe hacerse respetando las reglas y finalidades previstas para el Derecho de Familia.

Al respecto, somos de la opinión que si bien deben tomarse en cuenta las peculiares características que reviste la institución conyugal-en virtud de las mismas consideraciones expuestas para determinar si puede aplicarse la figura de la nulidad al matrimonio-, debe quedar claro que no es correcto escindir el resarcimiento de un daño del ámbito general de la responsabilidad civil, por ser precisamente aquél el fin que persigue ésta.

En efecto, ante la producción de un resultado lesivo debe verificarse la presencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil, vale decir, la producción de un daño, la existencia de un nexo de causalidad, la antijuridicidad y el factor atributivo de responsabilidad. Sin embargo, al hacer el análisis respecto a la presencia de estos elementos, los operadores del Derecho no pueden desconocer que nos encontramos dentro de un ámbito en el cual se han establecido relaciones de convivencia e intimidad que le dan un matiz distinto a la responsabilidad por la invalidez del matrimonio. Los principios del Derecho Civil patrimonial, sin un debido ajuste que priorice los principios del régimen especial del Derecho de Familia, harían que se produzca un resquebrajamiento en la finalidad de la vida familiar (RINESSI, p. 565).

Siendo ello así, resulta adecuado preguntarse: ¿nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por la inejecución de las obligaciones derivadas del matrimonio o ante un supuesto de responsabilidad extracontractual? Creemos que la respuesta que se esgrima dependerá de la naturaleza que se atribuya al acto matrimonial. Desde nuestra óptica el matrimonio, si bien nace como un acto jurídico, adquiere además la forma de una organización con entidad propia, con características y consecuencias que no pueden ser previstas por los cónyuges; en buena cuenta, una institución de relevancia social. En ese orden de ideas, nos parece que lo adecuado debe ser que se apliquen las disposiciones previstas para la responsabilidad extracontractual. A esta solución también podría arribarse si adoptamos, en vía de opción, el régimen de responsabilidad que debe aplicarse

Delimitado ya el campo en el cual se desplegará la responsabilidad por invalidez del matrimonio, se hace necesario determinar si en todas las causales establecidas por los artículos 274 Y 277 del Código Civil es viable el resarcimiento de daños. Para tal efecto, resulta indispensable señalar que la responsabilidad por invalidez del matrimonio, únicamente podrá ser reclamada por aquel cónyuge que actuó de buena fe y que se vio lesionado por dicha invalidez, debido a la actuación culposa o dolosa de su pareja. Así, por ejemplo, no podrá reclamar indemnización un hombre contra una mujer con quien contrajo nupcias si han incurrido en la causal prevista en el numeral 9 del artículo 274 del referido texto legal. De igual manera, no podría reclamar indemnización una mujer contra un hombre que es ciegosordo o sordomudo, ya que era imposible que ella desconozca dicha situación antes de contraer matrimonio con él.

Para finalizar este apretado análisis, debemos decir que el artículo 283 del Código Civil, al remitirse a las normas que regulan la indemnización de daños

en caso de divorcio, se refiere puntualmente a lo dispuesto en el artículo 351 del mismo Código. Esta última norma establece que el juez podrá conceder al cónyuge al que se le causó algún perjuicio un resarcimiento por daño moral. Sobre el particular, debemos precisar que si bien el legislador ha previsto textualmente que la reparación del daño abarcará el perjuicio moral, esto es, la pena, el dolor o el sufrimiento que puede sentir una de las partes, creemos que nada obsta para que los daños que se resarzan puedan ser de naturaleza patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral o daño a la persona), de acuerdo a lo previsto en el artículo 1985 del Código Civil, siempre que, en la medida de lo posible, dichos daños sean debidamente acreditados y cuantificados (al respecto véase MISPIRETA GÁLVEZ, p.p. 66 y siguientes).

## **DOCTRINA**

BETTI. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Comares. Granada, 2000; CORNEJO CHÁVEZ. Derecho familiar peruano. Gaceta Jurídica. Lima, 1999; ESPINOZA ESPINOZA. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; MISPIRETA GÁLVEZ. ¿ Cuánto es, señor juez? La determinación del quantum indemnizatorio de los daños. En: Actualidad Jurídica. Tomo 102. Lima, 2002; RINESSI. Responsabilidad derivada del divorcio. En: Responsabilidad por daños - Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1990; SANTOS CIFUENTES. El Divorcio y la Responsabilidad por Daño Moral. En: Ius Et Praxis. NQ 15. Lima, 1990; VIDAL RAMÍREZ. El Acto Jurídico. Gaceta Jurídica. 51 edición. Lima, 2002.

## **EFFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO INVALIDADO**

### **ARTICULO 284**

El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.

Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos.

El error de derecho no perjudica la buena fe.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 202 inc. 3), 269, 285

### **Comentario**

***Max Arias-Schreiber Pezet***

El supuesto de hecho a que se contrae la presente norma es lo que se conoce en la doctrina como "matrimonio putativo", como reacción a los graves efectos que antes producían los matrimonios declarados inválidos, sin distinguir si hubo buena o mala fe.

Fue desde el siglo XII en la época del Papa Alejandro 111 que se les reconocen efectos a los matrimonios invalidados que se celebraron de buena fe, beneficiando a los cónyuges y a los hijos y dándosele en nuestro Código Civil el tratamiento de un matrimonio válido aunque disuelto por divorcio. Se trata de una norma de estricta justicia, que prácticamente existe en todas las legislaciones del mundo.

Conviene aclarar que la remisión al matrimonio disuelto por divorcio tiene por objeto evitar la interpretación errónea de que se estaría convalidando el matrimonio.

Es de notar, y así lo hacen todos los comentaristas, que la buena fe está directamente vinculada con la ignorancia del vicio o impedimento que determina la invalidez del matrimonio.

También la doctrina es uniforme cuando afirma que el error de hecho puede invocarse como una situación de buena fe que justifica la aplicación de la regla.

El Código Civil, cuando señala que el error de derecho no perjudica la buena fe, da como implícito el error de hecho. Cornejo pone un buen ejemplo de ello: "el caso de una persona que se casa con su hermana, ignorando que lo es". Y en cuanto al error de derecho, el mismo autor dice que lo hay cuando "conociendo la existencia del hecho, se ignora que él constituye impedimento legal, como sería el caso del viudo que contrae matrimonio con una hija natural (hoy no matrimonial) de su ex mujer, sin saber que semejante enlace está prohibido por la ley" (CORNEJO CHÁVEZ).

Ha habido mucha discusión en lo que atañe al error de derecho. Hay autores que sostienen que ese error no debe ser motivo de excusa, pues nadie puede



alegar la ignorancia de la ley. Otros autores sostienen lo contrario y dicen que la buena fe puede resultar tanto del error de hecho como de derecho. Nuestro Código Civil ha tomado este último camino, que lo consideramos justificado, en razón de la escasa educación jurídica de las mayorías nacionales.

Por último, cabe resaltar que el matrimonio putativo no favorece al cónyuge que ha actuado de mala fe y por el contrario lo sanciona severamente. Los hijos, finalmente, nunca sufren las consecuencias y son tratados como si se hubiese producido la disolución del vínculo matrimonial por divorcio vincular.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001 ; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; FERNANDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Aunque se haya declarado nulo el segundo matrimonio por la causal de bigamia, el segundo cónyuge que actuó de buena fe mantiene sus derechos respecto a los bienes sociales adquiridos durante la vigencia de su matrimonio".

(Cas. N° 1175-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 139)

## **EFFECTOS DE LA INVALIDEZ MATRIMONIAL FRENTE A TERCEROS**

### **ARTICULO 285**

El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arls. 243, 284, 318 ;inc. 1), 319

### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo***

#### **1. Generalidades**

Conforme se ha apreciado en los comentarios anteriores, un matrimonio que ha sido celebrado aparentemente de acuerdo con la ley puede ser declarado nulo en caso de que los contrayentes hayan incurrido en alguna de las causal es de invalidez previstas en los artículos 274 al 277 del Código Civil.

No obstante esta declaración judicial de nulidad, nuestra legislación nacional ha previsto que el matrimonio producirá plenos efectos civiles respecto de los cónyuges si es que al menos uno de los contrayentes actuó de buena fe en la celebración del matrimonio (artículo 284 del Código Civil). De esta manera, se establece que los efectos de este matrimonio invalidado se asemejarán a los que se deriven de un casamiento válido disuelto por divorcio. Así, de acuerdo a la doctrina nacional, la buena fe de ambos, o al menos de uno de los cónyuges, salva los efectos ya producidos, evitando la retroacción propia de la sentencia de nulidad (PLÁCIDO).

Esta figura, conocida como matrimonio putativo, tiene como principal consecuencia que respecto de los cónyuges subsistan los derechos y deberes derivados del matrimonio, tales como el deber de proveer alimentos (a favor del cónyuge que haya actuado de buena fe), el derecho al uso del apellido marital y los derechos hereditarios, entre otros.

Asimismo, respecto de los hijos, subsiste la presunción de paternidad matrimonial y el ejercicio de la patria potestad, entre otras consecuencias comentadas en los apartados anteriores.

#### **2. LOS efectos frente a terceros del matrimonio declarado nulo**

Si ésta ha sido la regulación dispensada por nuestro Código Civil a los efectos entre los cónyuges e hijos derivados de un matrimonio declarado nulo por incurrir en alguna causal de invalidez, cabe preguntarse cuáles serán los efectos derivados de los actos jurídicos, contratos o cualquier otra relación jurídica entablada entre este matrimonio y los terceros.

Sobre el particular, el artículo 285 del Código Civil establece que el matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe.

Ahora bien, en la práctica pueden presentarse dos supuestos de hecho perfectamente diferenciables, a los cuales se les puede aplicar este precepto:

a) Un primer supuesto en el que estamos frente a un matrimonio putativo, esto es, que ha sido declarado nulo por haber incurrido en alguna causal de invalidez de los artículos 274 Y 277 del Código Civil, pero en el que ha mediado buena fe de parte de uno o ambos cónyuges.

b) Y, un segundo supuesto, en el que estaremos frente a un matrimonio declarado nulo pero que no puede ser catalogado como putativo, pues no ha existido buena fe por parte de ninguno de los cónyuges.

Siendo dos supuestos distintos, la solución legal para ambos casos es la misma. Ya sea que estemos frente a un matrimonio putativo o no, se producirán frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe todos los efectos que generaría un matrimonio válido que ha sido disuelto por divorcio. Esto es, la opción tomada por el Código Civil es siempre privilegiar a los terceros, quienes no se verán perjudicados por la inexistencia de buena fe por parte de los consortes.

En consecuencia, ya sea que estemos en uno u otro caso, los terceros que hubiesen celebrado contratos o cualquier otro acto jurídico con los cónyuges y que mantengan un crédito no satisfecho, podrán constituirse en acreedores de la sociedad conyugal. De este modo, al fenecimiento de la sociedad de gananciales y una vez realizado el inventario de los bienes exigido por el artículo 321 del Código Civil, estos terceros acreedores deberán ser preferidos en el pago de las deudas antes de reintegrarse a cada cónyuge el remanente de los gananciales y de sus bienes propios.

### 3. La buena fe del tercero

Como admiten la mayoría de legislaciones y bibliografía consultadas, es un valor entendido que la buena fe se presume. En ese sentido, el tercero no necesita demostrar que actuó de buena fe cuando contrató con la sociedad conyugal, pues por ley se presume que actuó desconociendo la causal de invalidez del matrimonio.

Sin embargo, ésta es una presunción iuris tantum. En tal sentido, la carga de la prueba de la inexistencia de la buena fe por parte del tercero corresponderá a cualquiera de los cónyuges o a quien tuviera legítimo interés en demostrar que el tercero contrató con la sociedad conyugal conociendo que ésta había incurrido en alguna causal de invalidez del matrimonio.

Claro está que no basta la mera alegación de la existencia de la mala fe, sino que es precisa una prueba fehaciente que conduzca al juzgador a la convicción de que se conocía la existencia de la causal de invalidez; de lo contrario, se mantendrá incólume la presunción de buena fe a favor del tercero.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes, concordancias, reformas, exposición de motivos, comentarios, jurisprudencia, Tomo I. Lima, Ed. Científica / Librería Distribuidora Sevillano, 1982; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## VALIDEZ DEL MATRIMONIO ILÍCITO

### ARTICULO 286

El matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido.

#### CONCORDANCIA:

C.C. arl.243

#### Comentario

***Max Arias-Schreiber Pezet***

El matrimonio de quienes están sujetos a los impedimentos impedientes tienen validez y son sancionados en forma puramente patrimonial. Con relación a la presente norma, cabe señalar que el artículo 243 del Código Civil se ocupa de regular los denominados impedimentos impedientes para contraer matrimonio. El inciso 1 de dicha norma está destinado a salvaguardar los intereses del menor sujeto a tutela y del mayor a curatela, durante el ejercicio de uno y otro cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, dada la influencia y las facultades que tienen los tutores y los curadores respectivamente.

Como señala Cornejo con acierto "la garantía que se encierra en este dispositivo consiste, como es notorio, en evitar que el guardador inescrupuloso oculte bajo el disfraz del matrimonio el malicioso manejo de los intereses del pupilo" (CORNEJO CHÁVEZ).

Como excepción a la regla general, existe la autorización previa del padre o la madre del sujeto a la guarda, pero para ello debe hacerse de un modo formal, esto es, por testamento o por escritura pública.

Apuntan Díez-Picazo y Gullón que "la desaparición de la prohibición matrimonial de los tutores obedece a la escasa eficacia que había tenido tal hecho de que, según las concepciones vigentes en el momento actual, lo único que debe valorarse es si ha existido o no vicio del consentimiento, por captación dolosa o por cualquier otra forma de coacción o engaño. Si así fuese, el problema tendrá que recibir su tratamiento a través de las normas generales sobre el consentimiento matrimonial. Si el consentimiento matrimonial ha sido pleno, no hay razón de peso para prohibir el matrimonio" (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

Un tema no esclarecido y que merece serio es si el testamento puede ser ológrafo o en sobre cerrado o si no necesariamente deberá constar en escritura pública.

Es claro que el dispositivo solo habla de testamento en términos generales y que "no se debe distinguir allí donde la ley no distingue; pero parece cuando menos cuestionable que se exija en el texto, como alternativa, la escritura

pública. Nosotros nos inclinamos por la primera de estas tesis, pues el testamento ológrafo debidamente protocolizado y el testamento en sobre cerrado entregado al notario ofrecen mayor seguridad y garantía que el simple documento privado.

Por cuanto se trata de un impedimento impediendo o relativo, la sanción que apareja el incumplimiento de esta regla es la pérdida de la retribución a que tenga derecho el tutor o curador, sin perjuicio de la responsabilidad que emana del ejercicio de uno y otro cargo.

El inciso 2 del artículo 243 tiene un propósito similar al inciso 1, cual es la protección de los bienes de los menores que vienen siendo administrados por el viudo o la viuda sin que hayan hecho -previamente- inventario judicial, con dictamen del Ministerio Público, o que preceda una declaración jurada de que no tienen hijos bajo su patria potestad o de que estos hijos no tienen bienes. La idea matriz es evitar la confusión de patrimonios.

Como el inciso 1, el impedimento es solo relativo y al no cumplirse se pierde el derecho a usufructo legal de los bienes de los hijos.

El inciso 3 del artículo 243 consagra otra medida cautelar, al impedir que la viuda y la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado, celebre matrimonio en tanto no transcurran trescientos días del fallecimiento del marido, o del divorcio o invalidez, salvo que diera a luz. El objetivo de este precepto, denominado por Díez-Picazo "periodo de luto", es evitar la confusión de paternidad durante dichos plazos, esto es, la "turba tía sanguínea":

Colocándose dentro de un criterio lógico, el precepto dispone que el juez podrá dispensar el denominado "plazo de viudez" si de acuerdo con las circunstancias sea imposible que la mujer se halle embarazada, como sería el caso de una prolongada ausencia del marido, o el dictamen de un especialista. La prohibición que sanciona este inciso no rige en el caso previsto por el inciso 5 del artículo 333, relativo al abandono injustificado de la casa conyugal.

Este precepto es también aplicable a la presunción de paternidad del nuevo marido.

Siendo como los anteriores casos un impedimento impediendo o relativo, el matrimonio que contraiga la viuda con violación de este inciso será válido y la sanción aplicable es la pérdida de los bienes que hubiese recibido del marido a título gratuito. Lo mismo sucederá por analogía a la divorciada o a la que se anuló el matrimonio.

De esta manera, podemos concluir que el matrimonio de quienes están sujetos a los impedimentos impediendo tiene validez y son sancionados en forma puramente patrimonial.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## CAPITULO ÚNICO

### DEBERES Y DERECHOS QUE NACEN DEL MATRIMONIO

#### OBLIGACIONES COMUNES FRENTE A LOS HIJOS

##### ARTICULO 287

Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos.

##### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 235, 291, 316 ¡nc. 1),342,423,463 ¡nc. 3)

##### Comentario

*Luz Monge Talavera*

De orden público, el deber natural de alimentar y educar a los hijos, consagrado por el artículo 287, nace con el nacimiento del hijo. Este deber se funda en la necesidad de proveer para la subsistencia del nuevo ser; quien, a pesar del dicho popular, no viene con el pan bajo el brazo.

Para el legislador, el deber de alimentar y educar a los hijos es un efecto del matrimonio, es decir, se desprende del matrimonio, está vinculado al matrimonio. Tanto es así que el artículo bajo comentario encabeza el Título 11 del Libro 111,

"Relaciones personales entre los cónyuges". Sin embargo, conviene advertir que el deber de alimentar y educar a los hijos no es una consecuencia del acto matrimonial sino más bien del hecho jurídico de la procreación.

El deber de alimentar y educar a los hijos forma parte de las obligaciones que corresponden a los padres. Incumbe al padre y a la madre del hijo, independientemente del hecho de que sean casados o no. En efecto, la deuda nace en el momento en que se establece el vínculo de la filiación y tiene el mismo fundamento tanto en la filiación matrimonial como en la filiación extramatrimonial. En suma, la obligación de alimentar y educar a los hijos es un efecto del establecimiento de la paternidad y de la maternidad.

Siendo así, conviene precisar el objeto de la obligación, sus características, las modalidades de su ejecución y su incumplimiento.

##### 1. Objeto de la obligación

El objeto de la obligación está determinado por la ley al precisar que los padres deben alimentar y educar a sus hijos.

. Alimentar.- La obligación alimenticia comprende no solamente los alimentos



propriadamente dichos, sino también recubre estrictamente todo aquello que es necesario para asegurar la subsistencia del hijo. Es decir, la obligación de asumir todos los gastos ligados a su vida: ropa, alojamiento, transporte, atención, intervenciones y tratamientos médicos, gastos de funerales, etc.

. Educar.- Además de la obligación alimenticia, los padres están obligados a asumir los gastos que conllevan la instrucción y la educación de sus hijos. Paralelamente, tienen el deber natural de ser ellos mismos los primeros educadores de sus niños. La obligación de educar engloba: la educación intelectual, moral, profesional, cívica, política y religiosa. Corresponde a los padres decidir el establecimiento educativo, estatal o privado, al cual asistirá el menor. Igualmente, los padres disponen de la libertad de escoger su orientación religiosa. Atributo esencial de la autoridad parental, se trata en realidad de derecho-deber.

## 2. características de la obligación

La obligación de alimentar y educar a los hijos tiene diversas características:

- Carácter de orden público, no puede ser objeto de renuncia.
- Carácter personal, la obligación es intransmisibile tanto activa como pasivamente.
- Carácter in solidum, la obligación es solidaria, recae recíprocamente sobre el padre y la madre.
- Carácter variable, la obligación varía en función de las necesidades de los hijos y de los recursos de los padres.

## 3. Modalidades de la ejecución

Es clásicamente admitido que la obligación de alimentar y educar nace automáticamente cuando se reúnen tres condiciones: necesidad del acreedor, recursos del deudor y vínculo de filiación del cual la ley desprende la obligación.

Son el padre y la madre quienes asumen solidariamente la obligación, aun cuando no ejerzan la patria potestad. En una familia unida, ese deber es ejercido cotidianamente con las cargas que conllevan la vida en común. En el caso de ausencia de vida en común (divorcio, separación), la obligación toma la forma de una pensión vertida periódicamente por el padre que no reside con el hijo.

Esta obligación se prolonga, normalmente, hasta la llegada a la mayoría de edad del hijo, o sea hasta la edad de 18 años. Edad a partir de la cual se adquiere el derecho de actuar solo y el deber de solventar sus propias necesidades. Sin embargo, el deber de los padres se prolonga excepcionalmente cuando los hijos mayores continúan estudios en condiciones normales, de tal suerte que no pueden asumir ellos mismos sus gastos personales.

#### 4. Incumplimiento de la obligación

El hecho de que los padres se sustraigan a las obligaciones que la ley les impone, por ejemplo, abandonando físicamente a sus hijos, puede poner en peligro su salud, seguridad, moralidad o educación. Es tradicionalmente admitido en el derecho comparado que el abandono de la familia stricto sensu, o abandono económico de la familia merece ser sancionado penalmente.

El Código Penal francés sanciona con siete años de prisión y multa de 700 000 francos el abandono de un menor de quince años (artículo 227 -1). Entendiéndose que el abandono tiene por finalidad sustraerse a las obligaciones establecidas por ley respecto del menor. De igual manera es sancionado con una pena de dos años de prisión y multa de 100000 francos, el hecho de no cumplir una obligación judicial o extrajudicial que impone la obligación de abonar una pensión alimenticia en beneficio de un hijo menor (artículo 227-3).

#### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exegésis del Código Civil Peruano de 1984. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Agosto, 1997; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astral, Buenos Aires, 1998; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Perrot. Buenos Aires, 1972; CARBONNIER, Jean. Droit civil, La famille, L'enfant, Le couple. Puf. París, 1999; CORNU, Gérard. Droit civil, La famille. Montchrestien. París, 1998; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Gaceta Jurídica; JÉMOLO, Arturo Carlos. El Matrimonio. Edit. Jurídicas Europeas-Americanas. Buenos Aires, 1954; LEÓN BARANDIARÁN, José. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia; MAZEAU, Henri et Léon. Leçons de droit de la famille, Tome 7<sup>e</sup> édition; LEVENEU, " Montchrestien. París, 1995; RIVIER, Marie-Claude. "La situation de l'enfant dans le droit des obligations alimentaires". Les petites affiches. NQ 53.3 mai 1995. p. 126; RUBELLIN DÉVICHY, Jacqueline. Droit de la famille. Dalloz Action. París, 1996; TERRÉ, François et FENOUILLET, Dominique. Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités. Précis . Dalloz. Droit Privé. París, 1996.

## **DEBER DE FIDELIDAD Y ASISTENCIA**

### **ARTICULO 288**

Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.

#### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 333 inc. 1), 355

#### **Comentario**

***Luz Monge Talavera***

El artículo 288 obliga a los esposos a guardarse mutuamente fidelidad y asistencia. Sin embargo no define lo que debe entenderse por fidelidad ni por asistencia. Consagrados por primera vez en el artículo 212 del Código Civil francés de 1804, los deberes de fidelidad y asistencia han sido recogidos textualmente por la generalidad de los países pertenecientes al sistema romanista.

#### 1. La fidelidad

El Código Civil impone tanto al marido como a la mujer el deber de fidelidad. Es decir, un deber de lealtad, de observancia de la fe que uno debe al otro. La constancia en el afecto y los sentimientos. Lo que supone la obligación de no faltar, ofender, deshonar o humillar al cónyuge. En suma, el deber de no traicionarlo. De lo cual se deduce que el deber de fidelidad engloba la fidelidad física y la fidelidad moral.

##### a) Fidelidad física

Por el deber de fidelidad física, cada cónyuge debe reservar a su consorte sus favores sexuales. Así como la ley consagra tácitamente el derecho de cada uno de los esposos de esperar del otro trato íntimo, les impone correlativamente el deber de abstenerse de toda práctica sexual con terceras personas. La fidelidad física supone la exclusividad de las relaciones sexuales entre esposos.

Esta obligación subsiste mientras dure el matrimonio, aun cuando los esposos estén separados de hecho y en tanto el divorcio no haya sido pronunciado. Es decir, entretanto el vínculo matrimonial no esté disuelto.

La infidelidad física consiste en mantener relaciones íntimas con persona diferente al cónyuge. Es lo que se denomina adulterio. Tradicionalmente considerado como un delito, actualmente la percepción jurídica del adulterio ha cambiado. La violación del deber de fidelidad no concierne más a la sociedad, incumbe solamente al cónyuge engañado. En ese sentido, el adulterio no constituye más una infracción penal.

Contrariamente, desde el punto de vista civil, el adulterio es siempre un hecho ilícito. Sin embargo, aun allí no es más una causa perentoria sino únicamente facultativa de divorcio. Corresponderá al juez evaluar la gravedad de la infidelidad, su carácter intolerable para el mantenimiento de la vida común, para pronunciar alternativamente el divorcio o la separación de cuerpos (artículos 333 y 349).

#### b) Fidelidad moral

El deber de fidelidad se manifiesta también en el plano moral. La doctrina más autorizada considera como infidelidad moral aquella que, sin llegar a las relaciones sexuales, se limita a intrigas amorosas o relaciones sentimentales, designadas bajo el término de "adulterio blanco".

Corresponderá al juez evaluar si la infidelidad moral es de naturaleza a lesionar el honor o la dignidad del cónyuge traicionado, calificándola de injuria grave o de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, la cual podría motivar la pronunciación de la separación de cuerpos o el divorcio (artículos 333,349 y 337).

Por otra parte, es posible preguntarse si la procreación resultado de una inseminación artificial con espermia de un donante podría configurar un adulterio. Es clásicamente admitido que es la conjunción de sexos el elemento material del delito civil o penal; sin embargo, la Iglesia Católica, dado el principio fundamental de la exclusividad de la procreación entre cónyuges, considera la inseminación artificial como una práctica "contraria a la institución matrimonial". Pío XII estima que existe allí "una infidelidad de hecho, que a pesar de no ser marcada originariamente por el desapego afectivo y físico de la mujer respecto de su marido, entraña por la presencia del niño, una relación real, constante, definitiva entre la esposa y un ser extraño al hogar conyugal". Desde el punto de vista jurídico, se cuestiona el carácter ilícito de la inseminación artificial con espermia de un donante. Algunos autores la califican de infidelidad moral. El recurso a fuerzas genéticas extranjeras a la pareja conyugal, perturban el vínculo tridimensional de la cohesión familiar: padre-madre-hijo. Múltiples interrogantes se elevan respecto del nacimiento de un niño adulterino a pesar de que no haya habido adulterio propiamente dicho. El consentimiento expreso del marido a la inseminación de su mujer con el espermia de un donante, introduciendo así el hijo de un tercero en la familia, constituye, para un gran sector de la doctrina, una práctica contraria al orden público, a las buenas costumbres, a las reglas del matrimonio y de la filiación.

Es innegable que la procreación artificial con espermia de un donante perturba las relaciones matrimoniales y las estructuras parentales. Cierta prudencia debe imponerse respecto de la oportunidad de esta práctica. Recordemos que todo aquello que es realizable en función de los progresos de la ciencia no es necesariamente admisible. Es indispensable imponer límites a las técnicas de procreación médicamente asistida. Admitir la legitimidad de la procreación artificial con espermia de un donante, debe ser subordinada no solamente al hecho de que el legislador establezca principios directores que determinen las modalidades del don y las condiciones de utilización de esas técnicas, sino

también a que la ley garantice los derechos y los intereses del niño así concebido.

## 2. La asistencia

El deber de asistencia impone a los esposos el deber de ayudarse mutuamente, es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida. La medida y las modalidades del deber de asistencia dependen de las costumbres y de las circunstancias. Sin embargo, podemos decir que, en general, el deber de asistencia comprende, por un lado, la obligación mutua de cooperar en las labores domésticas, y por otro lado, abarca la obligación de prodigarse cuidados mutuos.

### a) Obligación mutua de cooperar en las labores domésticas

La obligación que tienen los cónyuges de cooperar entre sí, no debe confundirse con el deber específico de colaboración inherente a los esposos de trabajar, juntos o en forma separada, por la prosperidad económica del hogar. El deber de asistencia debe entenderse como la necesaria colaboración entre los esposos en la vida cotidiana. Tradicionalmente, dado que únicamente el hombre trabajaba en el exterior, la obligación de la mujer de ocuparse del hogar conyugal tenía su causa en el deber de asistencia. Actualmente, la obligación de cooperar en las labores domésticas es recíproca, compartida.

### b) Obligación de prodigarse cuidados mutuos

El deber de asistencia comprende también la ayuda mutua que debe existir entre los esposos en caso de enfermedad. Esta obligación puede extenderse al necesario socorro económico en caso de gastos de hospitalización o de enfermedad.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exegésis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal. Gaceta Jurídica Editores. Agosto 1997; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astral. Buenos Aires, 1998; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Perrot. Buenos Aires, 1972; CARBONNIER, Jean. Droitcivil. La famille, L'enfant, Lecouple. Puf. París, 1999; CORNU, Gérard. Droit civil, La famille. Montchrestien. París, 1998; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Gaceta Jurídica; JÉMOLO, Arturo Carlos. El Matrimonio. Edit. Jurídicas Europeas-Americanas. Buenos Aires, 1954; LEÓN BARANDIARÁN, José. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia; MAZEAU, Henri et Léon. Lecons de droit civil. Tama I. La famille. 7<sup>e</sup> edición por Laurent LEVENEUR, Montchrestien. París, 1995; RIVIER, Marie-Claude. "La situation de l'enfant dans le droit des obligations alimentaires". Les petites affiches. N2 53. 3 mai 1995. p. 126; RUBELLIN-DÉVICHI Jacqueline. Orait de la famille. Dalloz Action. París, 1996; TERRÉ, Francois et FENOUILLET Dominique. Orait

civil, Les personnes, La famille, Les incapacités. Précis Dalloz. Droit Privé. Paris, 1996.

### **JURISPRUDENCIA**

"Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia. Mientras el matrimonio se mantiene, los cónyuges se deben respeto mutuo. Al vivir la esposa con otro varón, está quebrantando los deberes matrimoniales, lo que también constituye conducta deshonrosa".

(Cas. Ng B3-96-Cono Norte-Lima, El Peruano, Lima, 30/12/97, p. 200)

"La obligación de pagar una pensión alimenticia entre los cónyuges implica el cumplimiento del deber de asistencia de aquellos, el cual se encuentra establecido en el artículo 282 del Código Civil. Asimismo, ante la falta de pago voluntario, quien tenga derecho para solicitarlo, puede pedir la determinación judicial de dicha pensión, al amparo del artículo 342 del Código acotado".

(Cas. Ng 3065-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 139)

## DEBER DE COHABITACIÓN

### ARTICULO 289

Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 36, 332, 347

### Comentario

*Luz Monge Talavera*

El artículo 289 consagra expresamente el deber de ambos cónyuges de cohabitar. La comunidad de vida constituye, al igual que la fidelidad y la asistencia, un deber de los esposos. La norma, que ya existía en el Código Civil de 1936, establece una suerte de deber recíproco, mutuo, simétrico.

La obligación de vivir juntos constituye el deber esencial, fundamental pues permite la realización de los demás deberes conyugales. Es necesario entonces analizar el contenido del deber de hacer vida en común, su ejercicio, la suspensión de la obligación y finalmente su inejecución.

#### 1. Contenido del deber de cohabitación

El derecho obliga a los esposos a vivir juntos. Hacer vida en común implica varios aspectos:

a) El deber de cohabitación supone, en primer lugar, la obligación de compartir una residencia común, un hogar común. Los esposos deben vivir juntos, en la misma casa, bajo el mismo techo. La unidad de domicilio significa para el efecto de la ley, el hecho natural de la vida común constante y no interrumpida en un mismo lugar. La residencia conyugal constituye el aspecto exterior y el soporte material del deber de cohabitación, del cual se desprende que, siendo el techo común, lo son también la mesa y el lecho.

b) En segundo lugar, el deber de hacer vida en común implica una comunidad física, lo que engloba el "deber conyugal" propiamente dicho (expresión empleada en singular por POTHIER). En efecto, el deber de vivir juntos alude PÚdicamente a la comunidad de lecho, a las relaciones sexuales conyugales.

Estas últimas constituyen uno de los deberes conyugales por excelencia, debitum conyugale. Si la unión de sexos no es una condición formal del matrimonio, es un efecto natural de éste. "El matrimonio es, por vocación, una unión carnal" (G. CORNU). Tanto es así, que el artículo 277 del Código Civil establece que es anulable el matrimonio contraído, no solamente por el

impúber, sino también de aquel que adolece de impotencia absoluta. Es ampliamente admitido en el derecho comparado, francés por ejemplo, que la negativa persistente de uno de los esposos de consumir el matrimonio justifica, si es voluntaria el divorcio (matrimonio rato no consumato).

c) Fuera de la copula carnalis, el deber de cohabitación engloba, finalmente, un aspecto económico. Como se dice corrientemente, compartir juntos la vida significa compartir juntos el mismo pan. La unión personal de los esposos se prolonga en principio en una unión patrimonial, la cual se expresa en la constitución de la sociedad de gananciales; y aun cuando los cónyuges hayan optado por el régimen de la separación de patrimonios, queda subsistente la obligación común de asumir juntos los gastos que conlleva la vida común.

## 2. Ejercicio del deber de cohabitación

El lugar donde se desarrolla la vida en común de los esposos se denomina "domicilio conyugal". El deber de cohabitar se concreta cuando los cónyuges establecen un domicilio común. Los esposos de común acuerdo, frecuentemente expresado en forma tácita, eligen el lugar donde vivirán juntos. Sin embargo, es de advertir que el Código guarda silencio en el caso de que se produzca desacuerdo entre los esposos respecto de la elección del lugar donde se ubicará el domicilio conyugal.

Por otro lado, la importancia de la comunidad de domicilio merece subrayarse. En efecto, el hecho de que los esposos vivan públicamente, en un mismo lugar, como marido y mujer otorga la posesión de estado de cónyuge y en consecuencia constituye una prueba del matrimonio (artículo 272) y es susceptible, naturalmente, de subsanar cualquier defecto puramente formal de la partida de matrimonio (artículo 269).

La posesión de estado de esposo puede ser invocada por cualquiera de los consortes para probar precisamente su calidad de cónyuge. De igual manera, puede ser invocada por los hijos de la unión conyugal, pues el matrimonio de sus padres es uno de los elementos de donde resultará su filiación legítima. En fin, los terceros que tengan legítimo interés pueden también administrar la prueba de un matrimonio.

## 3. Suspensión del deber de cohabitación

El deber de cohabitar es de orden público, no puede ser derogado por la voluntad individual de ninguna de las partes. Todo pacto "amigable" que exima a aquellas su cumplimiento sería nulo. Sin embargo no es, y nunca ha sido, un deber absoluto. En efecto, vivir juntos supone llevar una vida armoniosa, decente, digna, tolerable. En caso contrario, cualquiera de los esposos puede negarse a cohabitar, previa dispensa judicial que lo autorice. La ley prevé expresamente ciertas causas que autorizan el incumplimiento del deber de vivir juntos.

El artículo bajo comentario permite al juez suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud, el honor de cualquiera de



los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia. Por ejemplo, cuando uno de los cónyuges es víctima de maltratos físicos, psicológicos o agresiones verbales. Es el caso también de prácticas sexuales abusivas o perniciosas y aquellas relaciones íntimas realizadas bajo coacción física o moral (violación) que pueden comprometer o resquebrajar la salud física o psíquica del cónyuge. De igual manera, la contracción de una enfermedad contagiosa o sexualmente transmisible, como por ejemplo venérea o SIDA (artículo 347).

Asimismo, pueden poner en peligro el sostenimiento económico de la familia, la ebriedad habitual, el uso de drogas y la adicción al juego. Igualmente, atenta contra el honor del cónyuge el hecho de revelar a terceros aquello que concierne exclusivamente a la vida íntima de la pareja, es decir, la comunicación o la publicación de los "secretos de la alcoba".

#### 4. Incumplimiento del deber de cohabitación

Más allá de las causales que permiten suspender lícitamente el cumplimiento del deber de cohabitación, nada autoriza a los cónyuges a sustraerse voluntariamente a esa obligación. La separación unilateral constituye en falta a aquel que toma la iniciativa. La pregunta es si es posible coaccionar manu militaris la observancia del deber-oe-Racer vida en común, al cónyuge que rehúsa cohabitar. La respuesta es negativa.

El empleo de la fuerza física vulneraría el principio fundamental de la libertad individual. Corresponderá al juez imponer la sanción correspondiente en el caso de abandono injustificado de la casa conyugal, luego de evaluar si la inejecución de la obligación reviste la gravedad suficiente para constituir causal de divorcio o motivar, solamente, la separación de cuerpos (artículo 333 inc. 5, artículo 349). Sin embargo, es posible también que al amparo del artículo 333 inc. 12, el fugitivo invoque su propia falta para conseguir su libertad.

Queda por hacerse la pregunta en sentido inverso. ¿Qué pasa si el cónyuge que desea cohabitar, encuentra que su consorte le ha cerrado la puerta del hogar? ¿Es posible solicitar la intervención de las autoridades policiales y judiciales para contrarrestar el carácter ilícito del hecho de negar al cónyuge el ingreso al domicilio conyugal? El legislador guarda silencio.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exegésis del Código Civil Peruano de 1984. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Agosto, 1997; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astral. Buenos Aires, 1998; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Perrot. Buenos Aires, 1972; CARBONNIER, Jean. Droit civil, La famille, L'enfant, Le couple. Puf. París 1999; CORNU, Gérard. Droit civil, La famille. Montchrestien. París, 1998; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Gaceta Jurídica; J ÉMOLO, Arturo Carlos. El matrimoniq. Edit. Jurídicas Europeas-Americanas. Buenos Aires, 1954; LEÓN

BARANDIARAN, José, Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia; MAZEAU Henri et Léon. Leçons de droit civil. La famille. Tomo 1. 7<sup>e</sup> edición por Laurent LEVENEUR' Montchrestien. París, 1995; RIVIER, Marie-Claude. "La situation de l'enfant dans le droit des obligations alimentaires". Les petites affiches. N° 53. 3 mai 1995. p. 126; RUBELLINDÉVICH, Jacqueline. Droit de la famille. Dalloz Action. París, 1996; TERRÉ, François et FENOUILLET, Dominique. Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités. Précis Dalloz. Droit Privé. París, 1996.

### **JURISPRUDENCIA**

"Uno de los fines del matrimonio es el hacer vida en común entre un varón y una mujer, además de los derechos, deberes y responsabilidades para con los hijos. Se incumple este deber cuando uno de los cónyuges se aleja del hogar conyugal y no demuestra intención de regresar, dejando en completo abandono a sus hijos, al extremo que ellos no lo reconozcan".

(Exp. N° 4995-94, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias. 1994-1995, p. 25)

## IGUALDAD EN EL GOBIERNO DEL HOGAR

### ARTICULO 290

Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.

### CONCORDANCIAS:

C. arto 2 jnc. 2)

C.C. arts. 36, 234, 300, 313

### Comentario

**Marisol Fernández Revoredo**  
**Oiga Alcántara Francia**

Para resaltar la importancia de esta disposición es pertinente remitimos, a modo de antecedente, a los artículos 161 y 162 del Código Civil de 1936. En dichas normas se establecía que el gobierno del hogar estaba a cargo del cónyuge (esposo), de modo que solo él tenía el derecho de fijar y mudar el domicilio conyugal. Asimismo, se señalaba que a aquél le correspondía el derecho de decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar, autorizar o no a la mujer el ejercicio de cualquier actividad lucrativa fuera del hogar, ejercer la representación de la sociedad conyugal frente a terceros, e imponer a la mujer la obligación de agregar a su apellido, el suyo.

Se aprecia, pues, que la organización de las relaciones familiares bajo la vigencia del Código Civil anterior, se basó en un modelo de potestad marital, lo cual significaba la ubicación del varón como cabeza y jefe de su familia, concentrándose en él prácticamente todas las decisiones sobre la marcha del hogar.

. "La 'potestad marital' es parte de lo que tradicionalmente se ha denominado 'patriarcado' que es el sistema que reconoce un poder casi omnipotente del padre sobre todos los miembros de la familia y que ha constituido la base social sobre la que se desarrolló el Occidente. Durante largos siglos este orden fue considerado conatural y fue respaldado por la religión, la moral y el Derecho. La mujer no fue vista como un sujeto en sí misma sino que estaba en función de las necesidades del varón, sometida a su dominio vía el control de la fecundidad (capacidad reproductora) y la división sexual del trabajo. Socialmente este control se logró mediante la demarcación de dos esferas bien definidas: la pública del trabajo y la política y la privada de la familia y la gestión de los afectos" (HUAYTA).

La Carta de 1979, al elevar a rango constitucional el principio de igualdad entre varones y mujeres, así como la prohibición de discriminación por razón de sexo prácticamente eliminó el modelo de "potestad marital", lo cual llevó al legislador

la elaboración de una normatividad ajustada a los nuevos preceptos constitucionales. A esto último responde la norma materia de comentario.

Así pues, se puede afirmar que el artículo 290 del Código Civil contiene una igualdad de trato y un modelo de relación conyugal no jerarquizado. Sin embargo, la incorporación del principio de igualdad en las normas referentes a las relaciones personales entre los cónyuges no trajo, como consecuencia, un cambio en los patrones culturales de las relaciones familiares. Así pues, si bien contamos con una norma neutra en términos de género, la realidad todavía nos muestra a familias organizadas muy jerárquicamente en donde el varón sigue desempeñando el papel de máxima autoridad. Una manifestación de esto último es la violencia familiar que tiene como víctimas principalmente a mujeres y niños/as.

El logro de la igualdad real entre varones y mujeres en el campo familiar, exige ir más allá de una mera declaración de igualdad de trato. Es así que los artículos 4 y 16 de la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", aprobada y ratificada por el Estado peruano, permiten a éste la adopción de medidas especiales encaminadas al logro de la igualdad real.

La tendencia al reconocimiento de la igualdad conyugal como un derecho de la mujer casada, ha sido adoptada no solo por nuestros legisladores civiles, sino también por los de nuestros países vecinos. Así por ejemplo, en Chile, luego de sucesivas reformas, se permite, ahora, que la mujer intervenga como coadministradora de la sociedad conyugal. Asimismo, se ha establecido que el marido no puede por sí disponer de los bienes raíces sociales sino con la anuencia de su mujer. Más que una limitación al poder del marido, se trata de una actuación de la mujer que permite al marido la enajenación (DOMÍNGUEZ HIDALGO).

Se observa, entonces, que en el sistema actual del régimen legal de bienes en Chile los poderes aparecen en la administración ordinaria con relativo y práctico equilibrio, puesto que para celebrar los actos y negocios jurídicos más esenciales el marido deberá contar necesariamente con la participación de la mujer. Ciertamente es que esa participación aparece formalmente como un requisito consistente en una autorización. Pero, al exigirla, se está obligando al marido a discutir precariamente con su mujer la conveniencia de la celebración de aquellos actos (DOMÍNGUEZ HIDALGO).

Ahora bien, la igualdad entre los cónyuges se manifiesta, de acuerdo con lo establecido en nuestro Código Civil, con la posibilidad de que ambos puedan fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar. Al respecto, cabe precisar qué se entiende por domicilio conyugal toda vez que el artículo 290 se refiere a este concepto.

Si nos remitimos a las normas sobre domicilio conyugal en los Códigos Civiles de 1852 Y 1936, podremos encontrar sustanciales diferencias, pues el concepto reinante era que "la mujer casada tiene por domicilio el de su marido". Asimismo, que era al marido a quien correspondía su establecimiento o mudanza, y la decisión respecto a la economía del hogar.

Esta línea de pensamiento ha evolucionado, al punto que domicilio conyugal es considerado aquel constituido, de común acuerdo entre marido y mujer, estando representado por la residencia habitual en un determinado lugar (CARRANZA). Lo afirmado, obviamente, se condice con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Civil, que considera como domicilio conyugal a aquel en el cual los cónyuges viven de consuno y, en defecto de éste, el último que compartieron.

A pesar de la claridad que muestra la norma, no siempre resulta sencilla su aplicación. Veamos por qué. Nuestra realidad económica actual no permite, muchas veces, que las parejas recién casadas puedan adquirir un inmueble para allí constituir su domicilio conyugal. En práctica común y reiterada, los recién casados suelen instalarse en casa de los padres de alguno de ellos. Ante este hecho, conviene tener en claro si la nueva pareja puede o no considerar como su domicilio conyugal al que pertenece a otra pareja.

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que constituye un error afirmar que una pareja carece de domicilio conyugal por el simple hecho de haberlo fijado en uno ya constituido. Esto significa que si la pareja señala como domicilio uno previamente constituido por otras personas, éste podrá, asimismo, ser considerado su domicilio conyugal, y por ende, su centro de imputaciones jurídicas (CARRANZA).

## **DOCTRINA**

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia: de la patria potestad a la autoridad compartida de los padres. Bogotá, Temis, 1980; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Buenos Aires, Astrea, 2000; MIRANDA CANALES, Manuel. Derecho de Familia y Derecho Genético. Lima, Ediciones Jurídicas, 1998; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO C~AVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia. Lima, Editorial Idemsa, 1995; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2002. ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo 1. Buenos Aires, Astrea, 1998; MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Tomo 11. Lima Editorial San Marcos, 2002; CARRANZA, César. Domicilio conyugal En: Código civil comentado, tomo 11. Lima, Gaceta Jurídica, 2003.

## **JURISPRUDENCIA**

"Las agresiones mutuas entre los cónyuges, el abandono del hogar conyugal constituido, así como los enfrentamientos policiales entre ambos, constituyen hechos que les impiden participar en el gobierno del hogar y cooperar en el mejor desenvolvimiento del mismo deber y derecho que nace del matrimonio".

(Resolución del 15/09/87, Gaceta Jurídica N° 5, p. 7)

## OBLIGACIÓN DE SOSTENER A LA FAMILIA

### ARTICULO 291

Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo.

Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 300, 333 inc. 5), 349

### Comentario

**Marisol Fernández Revoredo**  
**Olga Alcántara Francia**

La división sexual del trabajo fue una de las reglas previstas para la organización familiar, bajo el código Civil de 1936 (artículos 164 y 173). Tal división tenía como fundamento la capacidad reproductiva de la mujer y la maternidad. A través de la norma se consolidó un dualismo de roles y espacios de actuación. Así, mientras que la mujer debía atender personalmente el hogar, al varón le correspondía ser el proveedor de recursos materiales para su familia. Ello traía como resultado que el ámbito de actuación de la cónyuge era el doméstico y el del varón el espacio público.

El artículo materia de comentario rompe de manera parcial tal división sexual del trabajo, pues resultaba abiertamente discriminatoria a la luz de la Carta de 1979 y de los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Estado peruano.

Decimos que rompe de manera parcial, porque si bien el Código Civil de 1984 contempla un principio de igualdad de trato entre los cónyuges, en esta disposición se pone bajo el supuesto de que uno de ellos se dedica de manera exclusiva al trabajo doméstico, para disponer que en tal caso el otro es el obligado a sostener a la familia. Es cierto que la norma es neutra en términos de sexo, sin embargo, en un contexto como el nuestro es fácil darse cuenta que se continúa reforzando la división sexual del trabajo.

Las responsabilidades familiares compartidas tienen su fundamentó en el principio de igualdad de responsabilidades y derechos en el matrimonio. En consecuencia, constituye una vulneración a este estándar de organización familiar, el hecho de que solo uno de los cónyuges se dedique de manera exclusiva al trabajo doméstico. Es importante destacar que en el año 1995 el

Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, recomendó al Perú la adopción de medidas que garanticen las responsabilidades familiares equitativas entre varones y mujeres (31 de mayo de 1995).

Asimismo, en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 se dice que los gobiernos deben adoptar medidas como "asegurar, mediante leyes, incentivos o estímulos que den oportunidades adecuadas a las mujeres y los hombres para obtener licencias y prestaciones de maternidad o paternidad; promover la distribución de las responsabilidades del hombre y la mujer respecto de la familia en pie de igualdad, incluso mediante leyes, incentivos o estímulos apropiados, y promover además que se facilite la lactancia a las madres trabajadoras".

Por lo expuesto, somos de la opinión de que, si es deber del Estado la remoción de patrones socioculturales de conducta de varones y mujeres, es inadecuado prever que solo uno de los cónyuges se dedique al trabajo del hogar, debiéndose más bien estipular que éste es responsabilidad de ambos. Aun cuando el artículo 291 del Código Civil no lo mencione de manera expresa, es la mujer la que culturalmente es considerada como la encargada de la marcha del hogar y de los hijos. En síntesis, el mencionado artículo plantea una disposición de cuya redacción aparece una igualdad de trato pero que en nuestro contexto social-y cultural plantea problemas de sexismo y discriminación.

Sí consideramos acertado lo dispuesto en la segunda parte de esta disposición, en la medida en que se refuerza la vida en común como elemento indispensable en la institución matrimonial. Así, al establecer que quien deja el hogar conyugal sin mediar una causa justificada, no tiene derecho a reclamar alimentos al abandonado, y que sus bienes pueden ser embargados, se está aplicando una suerte de medida compensatoria a favor del cónyuge perjudicado.

No obstante lo afirmado líneas arriba, no podemos desconocer que la intención del legislador ha sido, de alguna manera, reforzar una de las obligaciones conyugales: la de asistencia al cónyuge, por ello, se regula la obligación alimentaria entre cónyuges no solo durante la unión matrimonial, sino también durante los juicios de separación convencional y divorcio. La cuota alimentaria asignada Y que, en buena cuenta, es la que permitirá el sostenimiento del hogar, normalmente se expresa a través de un porcentaje o montante, de la totalidad de los ingresos de aquél que asume para sí la carga de mantener el hogar (ESCRIBANO).

Tradicionalmente, las legislaciones impusieron al marido la obligación de sostener el hogar económicamente, y ello era nítida consecuencia de la jefatura que ejercía aquél, y del deber de protección a la mujer. De otro lado, la regla era la incapacidad jurídica de la mujer casada, por lo cual se partía del principio de que solo el marido estaba en condiciones de aportar, mediante su trabajo o empresa, los medios económicos de subsistencia de la familia.



Sin embargo, ya medida que se van confiriendo a la mujer roles distintos en la sociedad y una mayor participación en el trabajo, se va reconociendo que también sobre ella pesa la obligación de contribuir a la manutención o subsistencia familiar (ZANNONI). Ello no significa, en modo alguno, que la mujer esté obligada a trabajar o a obtener recursos económicos si es el esposo quien aporta los medios económicos para la subsistencia del hogar. Pero de algo no cabe la menor duda, y es que sobre ambos recae por igual el deber de sobrellevar la carga de mantener el hogar.

Ahora bien, la norma de manera expresa no relega a la mujer a los trabajos domésticos, los cuales de ninguna manera denigran ni disminuyen a la mujer, pues ocuparse de formar a sus hijos en la intimidad del hogar constituye una función fundamental. Lo reprochable es que ésta haya sido y todavía siga siendo subvaluada, y que aliente la subordinación de la mujer. No es suficiente que exista una norma que garantice la igualdad sino que, en la medida en que ambos cónyuges asuman posiciones análogas en la conducción del hogar, manejo del patrimonio y en las decisiones que afectan a la familia como conjunto, se habrá alcanzado la igualdad de los sexos sin detrimento del hogar como escuela del hombre en su doble dimensión individual y social (CORNEJO).

## **DOCTRINA**

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia: De la patria potestad a la autoridad compartida de los padres. Bogotá, Temis, 1980; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, Buenos Aires, Astrea, 2000; MIRANDA CANALES, Manuel. Derecho de Familia y Derecho Genético, Lima, Ediciones Jurídicas, 1998; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia. Lima, Editorial Idemsa, 1995; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo I. Buenos Aires, Astrea, 1998; MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Tomo 11. Lima, Editorial San Marcos, 2002.

## **JURISPRUDENCIA**

"Cesa la obligación alimentaria cuando el cónyuge abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. La procreación habida en relaciones con persona distinta al esposo, constituye prueba suficiente de la situación en que se ubica la actora respecto del matrimonio que celebró con el demandado", (Exp. NS! 105-86-Lambayeque, Normas Legales NS! 169, p. 281)

## REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

### ARTICULO 292

La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.

Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

Si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos a que se refiere este artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado. (\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768) cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. 010-93-JUS de 23-04-93.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 146,234,290,313

C.P.P.arts. 57, 486

C. T. arto 91

### Comentario

***Marisol Fernández Revoredo***

La presente disposición diferencia la representación de la sociedad conyugal a partir de los tipos de actos o necesidades que están en juego. Así, si se trata de acciones destinadas a satisfacer las necesidades cotidianas del hogar (compra de alimentos; pago de servicios básicos, entre otros), es lógico que la representación de la sociedad pueda darse de manera indistinta por cualquiera de los cónyuges. No parece razonable que para realizar tales actos se requiera de la intervención de ambos cónyuges. Por el contrario, si se trata de cuestiones que trascienden lo cotidiano, se requiere de una representación conjunta. Esto último es una manifestación del igual derecho que tienen los cónyuges de decidir las cuestiones que van a afectar de alguna manera a su patrimonio.

Ahora bien, como la norma no define qué es un acto que responde a la marcha ordinaria del hogar, podrían presentarse algunos problemas en el momento que el operador del derecho interpreta estos conceptos. Tal vez un criterio junto con el de la naturaleza del acto, podría ser el de la cuantía. En este último caso, la importancia de la cuantía estaría en relación con la situación económica de la familia (CORNEJO).

El abuso de derecho en el cual pueda incurrir uno de los cónyuges, esto es extralimitándose en las facultades otorgadas por poder o en los casos que h-

actuado bajo el concepto de "necesidades ordinarias" no siendo ello así, debe acarrear una limitación al derecho de representación.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia. Lima, Editorialldemsa, 1995; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo 1. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Si bien es cierto que ya el marido no representa a la mujer como lo establecía el Código Civil de 1936, por lo que ahora debe estarse a lo que dispone el artículo 292 del Código Civil de 1984, también es verdad que el esposo tiene la calidad de copropietario de los bienes inmuebles de la sociedad conyugal. Siendo esto así, resulta de estricta aplicación la norma contenida en el artículo 979, que establece que cualquier copropietario puede interponer, entre otras acciones, la de desahucio, siendo que en este caso, no es preciso que demanden los dos cónyuges".

(Exp. N° 2433-90-Ayacucho, SPIJ)

"Tratándose de actos como demandar la reivindicación o desalojo del bien, esto es, de actos que se dirigen a incrementar, mantener, reconstituir o recuperar el patrimonio conyugal, no existe racionalidad en exigir que sea la sociedad conyugal la que interponga la acción, bastando que sea uno de los cónyuges".

(Exp. N° 81-94-Arequipa, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, Hinostroza Minguez, Alberto, "Jurisprudencia Civil"~ Tomo 1/1, p. 39)

"La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos, cuando son demanda dos, deben recaer en la totalidad de los que la conforman".

(Exp. N° 83-97-AG, Resolución del 25/02/97, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de La Libertad)

"No existe discusión respecto a la representación de la sociedad conyugal que corresponde a ambos cónyuges, sin embargo, interpretando con criterio sistemático, debe entenderse que tal acto por consuno es para los casos en que existe perjuicio para la sociedad y de ninguna manera puede considerarse cuando existe beneficio a la sociedad".

(Exp. rr- 779-95-Junín, Gaceta Jurídica N° 38, p. 24-A)

"El fundamento de este artículo es impedir que cualquiera de los cónyuges enajene, grave o disponga el bien social sin el consentimiento del otro".  
(Exp. N° 1173-88-Huánuco, Gaceta Jurídica NS! 23, p. 11-A)

"El recurrente no puede alegar mediante casación la representación conjunta de los cónyuges si es que no ha formulado la denuncia civil conforme al artículo 102 del Código Procesal Civil y si no ha deducido oportunamente la excepción pertinente, conforme al artículo 446 incisos cuarto y sexto del acotado. No es aplicable el artículo 292 si es que el recurrente ha sido demandado como poseedor precario en cuanto posee el inmueble materia de la litis sin título alguno".  
(Cas. N° 388-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 141)

"La exigencia de la representación de la sociedad conyugal, conjuntamente por ambos cónyuge, prevista en el artículo 292 del Código Civil, está referida a supuestos vinculados sobre obligaciones en las que la sociedad se vea comprometida y, además, cuando se contesten demandas, mas no cuando se interponen éstas, ya que de conformidad con el artículo 65 del Código Procesal Civil, la sociedad puede ser representada por cualquiera de los cónyuges".  
(Cas. N° 2846-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 141)

"Del artículo 289 se desprende que dentro de la definición de necesidades ordinarias del hogar, se encuentra la necesidad de proveer un domicilio conyugal en el que los cónyuges puedan hacer vida en común. En consecuencia, para alquilar un bien para destinarlo a domicilio conyugal, basta la intervención de uno de los cónyuges".  
(Cas. N° 3053-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 141)

"El artículo 292 del Código Civil distingue los actos de administración ordinaria y los que no son; en el primer caso no se exige que uno de los cónyuges otorgue poder al otro; en cambio, en los otros actos sí es necesario dicho requisito. La asunción de una deuda o carga social es un acto que excede la administración ordinaria, requiriéndose por eso el otorgamiento de poder expreso, puesto que no puede presumirse el consentimiento tácito del otro cónyuge, al no atribuir/e la ley expresamente a dicho silencio el carácter de manifestación de voluntad, conforme lo exige el artículo 142 del Código sustantivo".  
(Cas. N° 911-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 141)

## LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS CÓNYUGES

### ARTICULO 293

Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia.

### CONCORDANCIAS:

C. arto 2 jnc. 15)  
C.C. arts. 291, 300

### Comentario

*Marisol Pernández Revoredo*

El antecedente de esta disposición es el artículo 173 del Código Civil de 1936, que establecía que la mujer podía trabajar fuera de la casa siempre que contara con el consentimiento del cónyuge. Nuevamente nos encontramos ante una disposición que respondía a un modelo de potestad marital en el cual el varón es el jefe y cabeza de la familia.

Siendo evidente la discriminación directa contenida en esta norma, el legislador de 1984 aplicó una igualdad de trato. Así entonces, el consentimiento para que el cónyuge trabaje es ahora recíproco. A pesar de ello, a nuestro juicio esta norma es discriminatoria y el legislador de 1984 lo que debió hacer fue no contemplar limitación alguna a la libertad de trabajo por el hecho del matrimonio.

Para comprender por qué es discriminatoria la norma en cuestión, es necesario evidenciar que el fenómeno discriminatorio puede presentarse bajo una modalidad que es conocida como discriminación indirecta. Ésta implica que una disposición o actuación neutras en su origen, al momento de ser aplicadas a un contexto determinado, producen un efecto perjudicial para un sector protegido por la cláusula antidiscriminatoria. Sáez sostiene que "la construcción del concepto de discriminación indirecta, en primer lugar, pone el acento en el efecto de la medida, y la intencionalidad discriminatoria es irrelevante. En segundo lugar, conlleva un concepto de igualdad de oportunidades. Y en tercer lugar, descubre y considera la dimensión supraindividual del fenómeno discriminatorio... Dentro de la teoría de las discriminaciones indirectas la comparación no se verifica entre singulares individuos de uno u otro sexo, sino entre grupos, delimitados por el factor sexual" (SAEZ).

El artículo materia de análisis respeta la igualdad de trato. Sin embargo, al ser aplicado a una realidad como la nuestra en la que existen todavía patrones de relación varón-mujer caracterizados por la desigualdad, va a causar un impacto diferencial que va a afectar a las mujeres. Es prácticamente una regla que en las familias sean los esposos los que siempre trabajen fuera del hogar; es más,

se puede decir que socialmente no está bien visto que el varón no trabaje y se quede más bien en la casa. En este contexto, resulta poco probable que el esposo solicite autorización a la cónyuge para trabajar y que ésta se lo niegue. Vista así las cosas, no es exagerado afirmar que la autorización para trabajar fuera del hogar se aplicaría solo a las mujeres, con lo cual se configuraría una discriminación indirecta. En efecto, son ellas a las que tradicionalmente se les han asignado las labores del hogar, sobre todo cuando son madres de hijos muy pequeños, por lo que es común que encuentren una negativa a trabajar fuera del hogar.

Pero el problema no queda allí, pues en caso de discrepancia entre los cónyuges, la norma en cuestión prescribe que el juez decidirá atendiendo al interés de la familia; en otras palabras ello significa condicionar el ejercicio del derecho fundamental de la persona al trabajo.

Imaginemos un supuesto: Cecilia y Francisco son esposos, tienen tres hijos de 8 meses, 3 y 5 años. Francisco trabaja y Cecilia también lo hacía hasta que dejó de laborar debido a que su esposo la convenció de ello, cuando nació el segundo de sus hijos. Sin embargo, ella quiere nuevamente ejercer su profesión pero Francisco no está de acuerdo con tal decisión. Si ese conflicto fuera llevado a la esfera judicial, el juez podrá autorizarlo atendiendo al interés de la familia. Este margen de discrecionalidad del juez podría tranquilamente llevarlo a decidir que Cecilia no trabaje porque sus hijos son muy pequeños y requieren de especial cuidado de la madre, más aún si el sueldo de Francisco resulta suficiente para el sostenimiento de la familia.

En síntesis, consideramos que esta norma es inconstitucional pues genera una discriminación indirecta, la cual se encuentra prohibida por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, así como por el artículo 1 de la Convención contra toda forma de Discriminación contra la Mujer aprobada y ratificada por el Estado peruano. Asimismo, otro argumento es el de considerar que el matrimonio no puede afectar el derecho fundamental a la libertad de trabajo. En el hipotético caso en que un juez tenga que decidir un conflicto suscitado por la falta de consentimiento para trabajar, consideramos que al amparo del artículo 138 de la Constitución, el juez no debería aplicar el artículo 293 del Código Civil.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia. Lima, Editorialldemsa, 1995; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo 1. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## REPRESENTACIÓN UNILATERAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

### ARTICULO 294

Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad:

- 1.- Si el otro está impedido por interdicción u otra causa.
- 2.- Si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto.
- 3.- Si el otro ha abandonado el hogar.

### CONCORDANCIA:

c.c. arls. 44 ¡nc. 8), 49, 314, 333 ¡nc. 5)

### Comentario

***Max Arias-Schreiber Pezet***

Antes de abordar este artículo, es pertinente mencionar que el primer párrafo del artículo 290 del Código Civil, referido al gobierno compartido del hogar, constituye la afirmación del principio de igualdad de los cónyuges y el reconocimiento de la común participación en la conducción de los solidarios intereses de orden personal y económico que crea la unión matrimonial. Se supera, evidentemente, el sistema del Código Civil de 1936 que otorgaba la jefatura del hogar al marido, basado en el relativismo de su mejor aptitud para ello. Recuérdese que el Código Civil de 1852 sustentó la potestad marital fundado en la superioridad del marido frente a la mujer.

El gobierno del hogar establecido del modo antes descrito, determina que ambos consortes, dentro de sus respectivos roles y de un igual trato, cumplan los recíprocos deberes que les impone su estado matrimonial. Cualquier divergencia que pudiera surgir entre los cónyuges puede ser planteada ante el juez, quien deberá resolver lo conveniente al interés familiar.

Dentro de la orientación legislativa seguida por nuestro Código, resulta interesante e ilustrativo citar el artículo 167 del Código Civil mexicano: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de ~omún acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el juez de lo civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos".

De acuerdo con lo anotado, no queda duda de que el Código Civil reconoce la común participación de los cónyuges en la conducción de los solidarios intereses de orden personal y económico que crea la unión matrimonial. Esto se traduce en resolver de mutuo acuerdo todo lo relativo a la educación y sostenimiento de los hijoS y a la administración de los bienes de la familia.

Pero si por diversas situaciones, uno de los cónyuges se ve imposibilitado para ejercer directamente por sí estas personalísimas atribuciones, corresponderá al otro el desempeño de la dirección del hogar.

En primer lugar, se contempla el caso de la interdicción, que tiene lugar en todos los supuestos de incapacidad de ejercicio y que supone la privación de la administración de los bienes del cónyuge interdicto. Adicionalmente y en forma genérica, se admite la imposibilidad debida a cualquier otra causa, como el hecho de haber sido condenado el cónyuge a pena privativa de la libertad, por ejemplo.

También se considera el caso de la desaparición de uno de los cónyuges, que provoca el establecimiento de una curatela interina de sus bienes y que recae a cargo del consorte presente. No se admite la ausencia judicialmente declarada, por cuanto ésta ocasiona el fenecimiento de la sociedad de gananciales de acuerdo con el artículo 318 inciso 4, del Código Civil; y por tanto, el establecimiento del régimen de separación de patrimonios.

Por último, el hecho del incumplimiento del deber de cohabitación genera que el cónyuge abandonado asuma la dirección del hogar; sin considerarse la imputabilidad del abandono, al no estar prevista tal cuestión en la ley.

En el aspecto económico, debe tenerse en cuenta que, en estos mismos casos, el cónyuge presente y hábil asume, además, la administración de los bienes sociales y la conservación de los propios del otro esposo, de acuerdo con el artículo 314 del Código Civil, referido al régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose del régimen de separación de patrimonios, si bien no existe norma expresa, es procedente la administración de los bienes propios del cónyuge impedido por las causales de los incisos 1 y 2 del artículo 294, por el cónyuge presente y hábil nombrado curador de los mismos.

En el supuesto del abandono del domicilio conyugal, resultan pertinentes el embargo parcial de las rentas del abandonante, a que se refiere el artículo 291, Y la reglamentación judicial de la contribución para el sostenimiento del hogar por parte del abandonante, conforme al artículo 300. No obstante, debería contemplarse legislativamente que en este caso, así como en el régimen de separación de patrimonios, el cónyuge abandonado asuma la administración de los bienes propios del otro para destinarlos a la atención de las necesidades de la familia, sin perjuicio de responder por los daños que cause su mala gestión.

Esto último y el reconocimiento de que no hay disposición expresa para el caso del régimen de separación de patrimonios, demuestran que el artículo 294 es una norma referida a un régimen patrimonial en particular, a pesar de que, por su ubicación legislativa, se trata de una disposición general. Por ello, debe ser tratado y remitido a cada régimen patrimonial del matrimonio.

Nada dice el Código de los efectos de las limitaciones a las facultades de administración de uno de los cónyuges frente a terceros, en los casos contemplados en el presente artículo. En nuestra opinión, producida tal limitación, debería ser obligatoria su inscripción en el Registro Personal, para la protección de esos terceros.

Finalmente y por las razones explicadas al comentar el artículo 292 del Código Civil, se estima que no opera en estos casos la asunción de la inexistente "representación de la sociedad conyugal" por el cónyuge presente y hábil.



## **DOCTRINA**

ALBADALEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001 ; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"En virtud de la norma contenida en el artículo 294 inciso primero del Código Civil, concordante con el artículo 314 del referido cuerpo legal, la demandante está facultada para asumir la representación de su cónyuge en caso de impedimento, de modo que resulta titular del derecho material y a la vez parte demandante, consecuentemente tiene legitimación en la causa".  
(Exp. NS1923-98, Resolución del 14/0B/98, Sala Cuarta Promotiva Subespecializada en Procesos sumarios y No Contenciosos de la Corte Superior)

## TITULO III

### CAPITULO PRIMERO

### DISPOSICIONES GENERALES

#### ELECCIÓN Y FORMALIDADES DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL

##### ARTICULO 295

Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

##### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 140 inc. 4); 144,301 Y 55.,327,328,329,2030 inc. 7)

C.p.e. arts. 57, 573

C. de e. arto 2

##### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

#### 1. Los regímenes patrimoniales del matrimonio

Sabemos que el matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges, con los consecuentes derechos y deberes recíprocos que ya han sido analizados. Pero además derivan de él consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida del grupo familiar van exigiendo; por ello es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que adquieren ambos. A ello se refieren los regímenes patrimoniales del matrimonio.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio determinan cómo contribuirán marido y mujer en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros de los cónyuges y, también, la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los esposos.

El establecimiento de los regímenes patrimoniales del matrimonio responde al concepto que cada agrupación tiene sobre el efecto del matrimonio; no existe un carácter de uniformidad en el tiempo y en el espacio, y se presenta con variantes que son fruto natural de las costumbres, la tradición, la organización familiar y todos los demás factores históricos, económicos y sociales de la realidad. De acuerdo con lo dicho, el vínculo personal y moral domina de tal modo que cada uno de los cónyuges dentro de lo económico no puede actuar en una relación jurídica independiente respecto del otro, surgiendo el régimen de comunidad; y cuando se estima que aquel vínculo no afecta sus relaciones de ese orden porque subsiste la situación patrimonial tal cual era antes del matrimonio, vale decir, quedando marido y mujer independientes entre sí en cuanto a sus bienes, como si el enlace no se hubiera realizado, se tiene el régimen de separación. Por fin, fuera de las concepciones extremas, que no suelen darse en toda su pureza, generalmente han prevalecido regímenes intermedios que, partiendo, bien de la idea de la comunidad, bien de la idea de la separación, han llegado a soluciones menos radicales.

Así, a partir de la idea de la separación, caben además de la separación absoluta dos sistemas de separación atenuada: a) Sistema dotal, y b) Sistema de unidad (o comunidad) de administración, también llamado sistema de reunión.

Llevando a efectos la idea de la comunidad, caben, por el contrario, además de la comunidad plena, diversos tipos de comunidades limitadas sobre ciertos bienes, de los cuales son los más típicos los siguientes: a) Comunidad de adquisiciones a título oneroso o de gananciales, y b) comunidad de bienes muebles Y de adquisiciones a título oneroso.

Otra dirección que se manifiesta recientemente es la participación recíproca en las ganancias obtenidas por los cónyuges, manteniendo el dominio y administración de los bienes de cada uno con absoluta separación; lo que constituye una penetración de la comunidad de adquisiciones, en cierto modo, en los regímenes de separación.

El régimen de separación de bienes, a que quedó hecha referencia, se fundada en la independencia absoluta del patrimonio de los cónyuges, como si fueran solteros; respondiendo, entonces, cada uno de las obligaciones que contraigan. Este régimen es seguido en Inglaterra y la mayoría de Estados Unidos de América del Norte. Fue el régimen legal del Código Civil italiano de 1942, que fue sustituido por la ley de 19 de mayo de 1975, por la comunidad de adquisiciones a título oneroso.

b) En el régimen dotal solo resultan afectados por el enlace matrimonial los bienes comprendidos en la dote, que la mujer u otra persona, en consideración a ella, entrega al marido con la finalidad de atender al levantamiento de las cargas matrimoniales, no así los bienes extradotales -parafernales- que forman el restante patrimonio de la mujer. Aparece, pues, junto al patrimonio separado de la mujer y del marido una masa patrimonial propia de la mujer, que se entrega a éste para atender los gastos comunes del matrimonio y que a su

disolución habrá de restituir a aquélla. Es el sistema romano, que se conserva en el derecho foral español.

c) El régimen de unidad de administración introduce en la separación de bienes de cada cónyuge la idea de la comunidad referidos a la administración y goce, manteniendo la propiedad separadamente. Esta administración se atribuye al marido, por lo que también se denomina "régimen de administración y disfrute maritales". Es el régimen legal propio de Suiza, y lo era en Alemania según el Código Civil, hasta su reforma por la ley de equiparación del varón y la mujer de 18 de junio de 1957, que instauró como régimen legal el de participación en las ganancias.

d) El régimen de comunidad, a que ya se ha aludido, es denominado universal cuando, excluidos los que excepcionalmente son incommunicables, se forma con los restantes bienes de los cónyuges -presentes y futuros- el activo de un patrimonio común, representando las deudas sociales y las personales un pasivo también común, sin considerar tampoco, como en aquellos otros, el tiempo o causa de su existencia. Comunidad que origina una especie de propiedad indivisa, sui generis, en la que el marido tiene los derechos de administración y de disposición, pero el ejercicio de este último es relativo en cuanto a los inmuebles y derechos reales, pues requiere el asentimiento de la cónyuge. En la actualidad y adaptado al principio de equiparación jurídica de la mujer al marido, éste es el régimen legal en Holanda (Ley de 14 de junio de 1956.), Dinamarca (Ley de 18 de marzo de 1925), y Noruega (Ley de 20 de mayo de 1927).

e) El régimen de comunidad de adquisiciones a título oneroso, como su nombre indica, es una comunidad limitada a las adquisiciones que los cónyuges realizan a título oneroso durante el matrimonio; permaneciendo, en cambio, en propiedad separada de cada uno los bienes que tuviesen con anterioridad al matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito. Pertenecen también a la comunidad las rentas o productos de los bienes propios de los esposos. Es el régimen legal del Código Civil de 1984, denominado en el mismo "sociedad de gananciales". También lo es en España, Francia y Portugal.

f) El régimen de comunidad de muebles y adquisiciones a título oneroso difiere del anterior en que forman también parte de esta comunidad todos los bienes muebles presentes o futuros de ambos cónyuges, y los demás bienes que no entran en la comunidad son los propios del marido o de la mujer. Es el sistema legal tradicional del Derecho toral aragonés: Fue el régimen de la costumbre en París, que el Código Civil no se atrevió a imponer.

g) En el régimen de participación en las ganancias, la idea fundamental de la separación de los patrimonios de ambos cónyuges aparece atenuada por el reparto o nivelación de ganancias obtenidas durante el matrimonio, que hay que realizar al terminar el régimen. Es el sistema legal instaurado en Alemania a partir de la ley de equiparación jurídica del varón y de la mujer de 18 de junio de 1957. Una variante del sistema de participación en las ganancias ha sido implantada en Argentina por la ley de 22 de abril de 1968, incorporándose

ciertos rasgos de este régimen en el de comunidad de adquisiciones a título oneroso. Así, se mantiene la absoluta separación en la titularidad y administración de los bienes propios y gananciales que cada cónyuge adquiera; no se forma una masa de bienes gananciales, pero a la disolución se adquiere un derecho sobre los bienes que el otro haya adquirido, que se concreta en la liquidación.

Nuestro sistema legislativo regula dos regímenes patrimoniales del matrimonio: denominándolo "sociedad de gananciales", el régimen de comunidad de adquisiciones a título oneroso, que es una comunidad limitada a las adquisiciones que los cónyuges realicen a título oneroso durante el matrimonio; permaneciendo, en cambio, en propiedad separada de cada uno los bienes que tuviese con anterioridad al matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito, perteneciendo a la comunidad las rentas o productos de los bienes propios de los esposos. Con la denominación de "separación de patrimonios", se contempla un régimen de separación absoluta.

Adicionalmente y siguiendo el sistema de posible elección entre varios regímenes típicos tal como están normados, nuestro Código Civil regula un sistema de elección mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del Régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio. Ahora bien, como esa posibilidad de aceptar alguno de los regímenes legales puede no ser utilizada por los contrayentes por no establecer absolutamente nada al tiempo del matrimonio, las legislaciones, para este evento, prevén con carácter supletorio un determinado régimen legal. El Código Civil peruano contempla como régimen legal supletorio el de comunidad de adquisiciones a título oneroso, también llamado "sociedad de gananciales".

## 2. Los regímenes convencionales y legales

Se sostiene, en el derecho contemporáneo, que los cónyuges deben ser libres para ordenar sus relaciones económicas al contraer matrimonio con arreglo a sus propios intereses y deseos, preconizándose incluso que debiera ser obligatorio para aquéllos el otorgar el correspondiente pacto nupcial al tiempo del matrimonio. Pero, en general, esta obligatoriedad no suele imponerse; las legislaciones prevén solamente la posibilidad de otorgar el pacto sobre régimen económico o bien la más limitada, de optar por alguno de los sistemas que previamente aparecen regulados en la ley. El sistema del libre pacto nupcial es seguido por el Código Civil español. El sistema de posible elección entre varios regímenes típicos es el que existe en Alemania y Suiza. En este último sistema se puede o no autorizar a los cónyuges, luego del matrimonio, a variar el régimen patrimonial. Como se indicara, en el Código Civil peruano el sistema de elección entre regímenes típicos es mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio.

También es posible que una legislación admita la libertad de pacto estableciendo varios regímenes, para optar entre ellos libremente, tal y como están regulados o con alguna variante; como ocurre en el Código Civil francés y en la Ley francesa de 13 de julio de 1965.

Ahora bien, como esa posibilidad de establecer su propia regulación o de aceptar alguno de los regímenes legales puede no ser utilizada por los contrayentes por no establecer absolutamente nada al tiempo del matrimonio, las legislaciones, para este evento, prevén con carácter supletorio un determinado régimen legal. El Código Civil peruano contempla como régimen legal supletorio el de comunidad de adquisiciones a título oneroso, también llamado sociedad de gananciales.

Por último, es posible que la ley no considere regímenes convencionales; sino, por el contrario, imponga un régimen legal único, forzoso, tal como ocurrió con el Código Civil peruano de 1936 que se refirió solo a la sociedad de gananciales.

De otro lado, el amplio margen que cabe en orden a la libertad de pacto, bien absoluta, bien limitada, a elegir entre varios sistemas, pero generalmente con posibilidad de modificaciones sobre los regímenes típicos, da a esta materia un aspecto plenamente contractual, pudiendo llevar a la idea de que el llamado pacto nupcial es un contrato más.

Este aspecto aparece destacado en los Códigos que, a imitación del francés, regularon esta materia entre los contratos bajo la denominación de contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. Pero la doctrina reacciona contra esta configuración legal, considerando que existe en el régimen matrimonial un preferente aspecto institucional. Así, Planiol y Ripert sostienen que "el régimen matrimonial tiene en realidad un carácter institucional. Esta institución es, desde luego, accesoria a la del matrimonio. Tiene su principio y fundamento en un acto de voluntad de los esposos cuando ellos mismos han elegido su régimen, y es puramente legal si no han celebrado contrato" (PLANIOL, RIPERT-BOULANGE~, p. 2). En análogo sentido se manifiesta Castán, según el cual la naturaleza del régimen económico matrimonial "es más que contractual, institucional. Se trata de un complejo que puede recibir sus reglas, según los casos, de la voluntad de los esposos o puramente de la ley, pero que siempre está vinculado a la institución del matrimonio, constituyendo un accesorio de ella" (CASTÁN, p. 161).

Nuestro Código Civil regula el régimen económico matrimonial en el Libro 111 sobre el Derecho de Familia. La posibilidad de que los contrayentes puedan optar entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios, y que los cónyuges puedan sustituir el régimen económico vigente, demuestra la existencia en él de la autonomía privada, si bien con limitaciones para garantía de aquéllos y de los terceros. Estos límites, además de los generales de la autonomía privada, proceden en especial del aspecto institucional que el matrimonio tiene. Ellos son producto del contenido ético de las relaciones jurídicas familiares, que imprime un matiz particular y propio al sistema familiar y del que no es ajeno el régimen económico del matrimonio; no se está, pues, ante relaciones jurídicas puramente económicas. Por ello, ambos aspectos, discutidos en la doctrina, no se excluyen, sino que se integran; y esa conjunción en nuestro sistema se aprecia como una convención matrimonial.

### 3. Las disposiciones generales sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio

Es indudable el acierto de anteponer las normas más esenciales para la economía conyugal que deben salvaguardar las necesidades más primarias de un matrimonio. Esta normativa tendrá una aplicación "general, sin perjuicio de las referencias en cada uno de los regímenes patrimoniales.

a) El sistema de elección y de variabilidad de régimen patrimonial.- Al contemplarse los regímenes patrimoniales de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios, se incorpora el sistema de elección y de variabilidad entre estos dos regímenes típicos, regulados en la ley. Se comprueba que el principio de libertad de pacto nupcial es limitado y que los regímenes son mutables.

Con la introducción de este sistema, se desarrolla el derecho de opción entre los contrayentes (artículo 295 del Código Civil), para elegir -antes del matrimonio y no durante; posibilidad, esta última, que permitiría eliminar formalidades costosas si la opción constara en el acta matrimonial- el régimen patrimonial al que se adhieren y que comienza a regir al celebrarse el matrimonio, y el derecho de sustitución entre los cónyuges (artículo 296 del Código Civil), para cambiar el régimen patrimonial en que se encuentran y adherirse al otro.

b) La sociedad de gananciales como régimen legal supletorio.- La existencia de dos regímenes patrimoniales determina que, si los cónyuges no se adhieren a ninguno, necesariamente se admita un régimen legal supletorio. La tradición jurídica en nuestro país motivó que el régimen de adquisiciones a título oneroso o sociedad de gananciales sea el régimen legal supletorio.

El régimen supletorio opera por ministerio de la ley, en defecto de separación convenida o por deficiencia de ésta (artículo 295 del Código Civil). Lo primero, cuando no hay una opción expresa por algún régimen patrimonial; lo segundo, cuando el convenio matrimonial de opción de régimen patrimonial es inválido, sea por un defecto de forma o de fondo. No se trata de una ficción para suponer que tácitamente ha sido aceptado por quienes hasta pueden ignorar todo lo que afecta a esta situación.

c) El poder doméstico.- La conveniencia de facilitar la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia y el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, determinaron que se les atribuya por igual el poder doméstico; según el cual, cualquiera de los esposos podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia y a la conservación de su patrimonio, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. Ello permite, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor, la necesaria flexibilidad para atender la vida familiar en su aspecto de gestión del hogar, con un sentido de igualdad para ambos cónyuges (artículo 292 del Código Civil).

d) Las cargas de familia.- Cualquiera que sea el régimen patrimonial vigente ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según

sus respectivas posibilidades y rentas; esto es, tienen el deber de levantar las cargas de la familia.

No se precisa en la ley qué debe entenderse por "sostenimiento del hogar". En general, deben considerarse los gastos más usuales y necesarios para la vida de los cónyuges y de sus hijos. Por ello, las cargas de la familia son propias de la potestad doméstica.

Se entiende que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas de la familia. Siendo así, la repercusión de la responsabilidad patrimonial frente a terceros debe ser precisada en los regímenes típicos. Así, en la sociedad de gananciales se establece que los bienes sociales y, subsidiariamente, los propios de cada cónyuge, a prorrata, responden de las cargas de la familia. En el régimen de separación de patrimonios, si bien no se ha previsto norma expresa, se concluye que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas de la familia, con su patrimonio personal, en proporción a la Contribución que convengan.

Cuando uno de los cónyuges incumpliera su deber de contribuir al levantamiento de las cargas, el juez a instancia del otro reglará el aporte de cada uno (artículo 300 del Código Civil); pudiendo dictarse las medidas cautelares más convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Al respecto, téngase presente que el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos son contribuciones a las cargas de la familia y, como tales, deben ser consideradas por el juez al momento de establecer el aporte de cada cónyuge.

e) El interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes.- Si bien no hay norma expresa sobre el particular, por el principio constitucional de protección de la familia y por la consideración en el Código Civil de que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, está implícito que la gestión de los bienes debe responder al interés familiar, como precepto rector, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor. Así como el ejercicio de la propiedad debe realizarse en armonía con el interés social, la gestión de los bienes en el matrimonio debe responder al interés familiar. Éste se impone como un límite natural a la administración y disposición de bienes propios y sociales, según el caso; se constituye, pues, en la medida necesaria para afectar patrimonialmente a la familia y que, de hecho, los cónyuges utilizan en un matrimonio normal. Por ello y ante su inobservancia por uno de los cónyuges, el interés familiar es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes que lo perjudica o para verificar la realización de uno que demanda.

#### 4. Comentario al artículo 295

La adopción del sistema de elección y variabilidad del régimen patrimonial generan el desarrollo de los derechos de opción, a favor de los contrayentes, y de sustitución, que corresponde a los cónyuges. El ejercicio de estos derechos ocasiona el surgimiento de convenciones matrimoniales; aunque la



modificación del régimen patrimonial también se puede realizar con aprobación judicial o por ministerio de la ley.

Las convenciones matrimoniales son los acuerdos celebrados entre los contrayentes para adoptar un determinado régimen patrimonial que la ley autoriza a convenir, o por los cónyuges, para modificar el régimen patrimonial en rigor.

Se aprecia que, evidentemente, el contenido propio de las convenciones matrimoniales es el referido a la adopción o modificación del régimen patrimonial. Pero además de esta materia se admite, en virtud del principio de que lo que no está prohibido está permitido, la posibilidad de que junto a tal estipulación principal figuren otros pactos que se relacionen con la órbita familiar de los cónyuges; como por ejemplo, la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, el otorgamiento de un poder amplio para que un cónyuge se encargue de la administración total o parcial de los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el conferir facultades especiales para que un cónyuge pueda realizar actos de disposición o de constitución de gravámenes sobre los bienes propios del otro y de los bienes sociales; el convenir la contribución de cada uno para atender al sostenimiento del hogar, etc. Sin embargo, la introducción de estos pactos adicionales tiene como límites el orden público y las buenas costumbres; a partir de los cuales será nula toda estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. Pero la nulidad de tales disposiciones particulares no importará la nulidad del contenido propio de las convenciones matrimoniales, pues aquéllas serán sustituidas por las normas imperativas. En cambio, la nulidad de la estipulación principal conllevará la de los pactos accesorios que se vinculen con aquél; salvo que los pactos adicionales se refieran a actos jurídicos separables y autónomos entre sí, en cuyo caso no se ven perjudicados.

Como queda dicho, las convenciones matrimoniales son los acuerdos celebrados entre los contrayentes o por los cónyuges. Ello exige para los primeros, la respectiva aptitud nupcial; esto es, que los contrayentes sean legalmente aptos para casarse. En tal sentido, los menores que con arreglo a ley pueden contraer matrimonio, necesitarán el asentimiento expreso de sus padres para ejercer el derecho de opción del régimen patrimonial. Esto responde al principio del que puede lo más, puede lo menos: por ley, los padres deben autorizar el matrimonio de sus hijos menores de edad, en consecuencia deben integrar la incapacidad de éstos para otorgar una convención pre matrimonial.

Dada la trascendencia de la separación de patrimonios en el matrimonio, se comprende fácilmente que las legislaciones suelen establecer una forma prescrita ad solemnitatem. En nuestro Código Civil se exige la escritura pública y expresamente se sanciona con nulidad su inobservancia, la que se regula por el régimen general de invalidez del acto jurídico. Adicionalmente y con el propósito de proteger a los terceros que de buena fe y a título oneroso contraten con los cónyuges, se organiza un registro que en algunas legislaciones supone una publicidad especial y, en otras, anotaciones marginales en la partida matrimonial del Registro Civil. En nuestro Código Civil

se dispone la inscripción en el registro personal para que surta efectos frente a terceros; a quienes se les podrán oponer aquellas modificaciones que resulten así anotadas, sin perjudicar derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe. Resulta claro que la eficacia del régimen patrimonial adoptado por los contrayentes queda subordinada a la celebración del matrimonio. Se está frente a una condición suspensiva que no es contemplada por voluntad de las partes sino que está establecida en la ley. En tal sentido, su naturaleza corresponde a una condición suspensiva legal con una determinación de tiempo y que surte efecto tan solo desde la celebración del matrimonio.

De otra parte, si los contrayentes desean optar por el régimen legal supletorio, resultará innecesario el otorgamiento de una escritura pública ni la inscripción en el registro correspondiente, por cuanto la previsión legislativa se impondrá inmediatamente de celebrado el matrimonio. De otra parte, si la convención matrimonial en la que consta el régimen patrimonial elegido es invalidada, sea por defecto de forma o de fondo, el régimen supletorio legal completará la deficiencia y los ahora cónyuges se someterán a sus disposiciones.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Buenos Aires, Ejea, 1967; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo ,. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo 111, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, tJtno VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, NAST, Maree!. Traité pratique de Droit Civil francais, tomo VIII. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"La inscripción en el registro de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia, así sucede cuando se opta por la separación de patrimonios o por la sustitución de dicho régimen".

(Exp. N° 134-95-Plura, Ledesma Narváez, Marianel/a. Ejecutorias Supremas Civiles. 1993-1996, p. 177)

"En cuanto al régimen patrimonial en el matrimonio, los futuros cónyuges; antes de la celebración, pueden optar por el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios, debiendo en el segundo caso otorgar escritura pública bajo sanción de nulidad".

(Cas. N° 1345-98-Lima, El Peruano, 20/01/98, p. 2504)

"La organización económica de la familia constituida matrimonialmente se regula a través de los llamados regímenes patrimoniales que, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, son la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios".

(Cas. N° 3109-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 142)

"La sustitución de un régimen patrimonial por otro durante la vigencia del matrimonio debe constar en escritura pública, lo cual constituye un requisito para su validez que es la cualidad o atributo necesario de un acto jurídico para que surta efectos legales, pero su inobservancia no es sancionada con nulidad. Siguiendo la regla contenida en el artículo 144 del Código Civil, se concluye que se trata de una forma AD PROBAT/ONEM, y en consecuencia las partes pueden compelerse recíprocamente a llenarla; a diferencia de lo estipulado por el artículo 295 del Código sustantivo donde se exige de que el acuerdo de separación de patrimonios adoptado antes del momento de la celebración del matrimonio deba constar en escritura pública, constituye una formalidad AD SOLEMNITATEM, pues su inobservancia es sancionada con la nulidad del acto jurídico de conformidad con lo establecido por el inciso sexto del artículo 219 del Código acotado".

(Cas. N° 1345-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 142)

## SUSTITUCIÓN VOLUNTARIA DE RÉGIMEN PATRIMONIAL

### ARTICULO 296

Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

### CONCORDANCIAS:

C.C. art5. 144, 297, 318 inc. 6), 327, 329, 330, 2030 inc. 7)  
C. de C. art 2  
LEY 26497 art 44 inc. j)  
D.S.015-98-PCM art 3 inc. r)

### Comentario

**Alex Plácido Vilcachagua**

Se sostiene, en el Derecho contemporáneo, que los cónyuges deben ser libres para ordenar sus relaciones económicas al contraer matrimonio con arreglo a sus propios intereses y deseos, preconizándose incluso que debiera ser obligatorio para aquéllos el otorgar el correspondiente pacto nupcial al tiempo del matrimonio. Pero, en general, esta obligatoriedad no suele imponerse; las legislaciones prevén solamente la posibilidad de otorgar el pacto sobre régimen económico o bien la más limitada, de optar por alguno de los sistemas que previamente aparecen regulados en la ley. El sistema del libre pacto nupcial es seguido por el Código Civil español. El sistema de posible elección entre varios regímenes típicos es el que existe en Alemania y Suiza. En este último sistema se puede o no autorizar a los cónyuges, luego del matrimonio, a variar el régimen patrimonial. En el Código Civil peruano, el sistema de elección entre regímenes típicos es mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio.

De otro lado, el amplio margen que cabe en orden a la libertad de pacto, bien absoluta, bien limitada, a elegir entre varios sistemas, pero generalmente con posibilidad de modificaciones sobre los regímenes típicos, da a esta materia un aspecto plenamente contractual, pudiendo llevar a la idea de que el llamado pacto nupcial es un contrato más.

Este aspecto aparece destacado en los Códigos que a imitación del francés regularon esta materia entre los contratos bajo la denominación de contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. Pero la doctrina reacciona contra esta configuración legal, considerando que existe un régimen patrimonial en preferente aspecto institucional. Planiol y Ripert sostienen que el régimen matrimonial tiene en realidad un carácter institucional. Esta institución es, desde luego, accesoria a la del matrimonio. Tiene su principio y fundamento en un acto de voluntad de los esposos cuando ellos mismos han elegido su

régimen, y es puramente legal si no han celebrado contrato" (PLANIOL, RIPERT, NAST, p. 2). En análogo sentido se manifiesta Castán Tobeñas, según el cual la naturaleza del régimen económico matrimonial "es más que contractual, institucional. Se trata de un complejo que puede recibir sus reglas, según los casos, de la voluntad de los esposos o puramente de la ley, pero que siempre está vinculado a la institución del matrimonio, constituyendo un accesorio de ella" (CASTÁN, p. 534),

La posibilidad de que los contrayentes puedan optar entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios, y que los cónyuges puedan sustituir el régimen económico vigente, demuestra la existencia en él de la autonomía privada, si bien con limitaciones para garantía de aquéllos y de los terceros. Estos límites, además de los generales de la autonomía privada, proceden en especial del aspecto institucional que el matrimonio tiene. Ellos son producto del contenido ético de las relaciones jurídicas familiares, que imprime un matiz particular y propio al sistema familiar y del que no es ajeno el régimen económico del matrimonio; no se está, pues, ante relaciones jurídicas puramente económicas.

Por ello, ambos aspectos, discutidos en la doctrina, no se excluyen, sino que se integran; y, esa conjunción, en nuestro sistema se aprecia como una convención matrimonial.

El artículo 296, bajo comentario, exige que para la sustitución del régimen patrimonial en forma convencional, como condición de validez, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal; precisándose que el nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

Sin embargo, lo dispuesto en el artículo 296 del Código Civil no concuerda con lo señalado en el artículo 319 del mismo para el caso del fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales por esta causa. Así, en esta última norma se establece que, para las relaciones entre los cónyuges, se considera que el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales se produce en la fecha de la escritura pública; y, respecto de terceros, el citado régimen patrimonial se considera fenecido en la fecha de la inscripción en el registro personal. Se aprecia, entonces, que de conformidad con el citado artículo 319 del Código Civil la escritura Pública es la única formalidad exigida como condición de validez. Esta deficiencia legislativa es relevante, si se considera que los cónyuges pueden adquirir bienes y contraer obligaciones en el lapso de tiempo que exista entre la fecha de la escritura Pública y la fecha de inscripción en el registro personal; surgiendo el problema de calificar como propios o sociales a los indicados bienes y obligaciones. Al respecto, estimamos que la anotada deficiencia legislativa debe resolverse considerando, no solo la especialidad del artículo 319 del Código Civil en sede de sociedad de gananciales frente a una disposición general como es el artículo 296, sino también la finalidad de la inscripción registral como es la de proteger el derecho de terceros.

No obstante, se requiere modificar el artículo 296 del Código Civil a fin de que la eficacia de la sustitución entre los cónyuges se produzca en la fecha de la escritura pública; estando protegidos los terceros por el principio de la buena fe

registrar: no les será oponible la sustitución sino desde la fecha de su inscripción en el registro personal y en lo que sea pertinente. Por tanto, la escritura pública debe ser la única formalidad ad solemnitatem.

En consecuencia, la eficacia del régimen patrimonial sustituido por los cónyuges se produce entre éstos desde la fecha de la escritura pública en la que consta el convenio individual que modifica el régimen. A ello no obsta la liquidación del régimen patrimonial que se sustituyó, que se realizará necesariamente al terminar su vigencia. Respecto a terceros, el régimen patrimonial sustituido produce sus efectos desde la fecha de la inscripción en el registro personal.

Como se observa, nuestro Código Civil no sigue el sistema de la inmutabilidad del régimen patrimonial según el cual, después de la celebración del matrimonio, no es posible modificar el régimen elegido; por el contrario, adopta el principio de la libre variabilidad durante el matrimonio.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BAÑERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Buenos Aires, Ejea, 1967; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y toral, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF MartIn. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo 111, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARAN DIARAN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, NAST, Maree!. Traité pratique de Droit Civil francais, tomo VIII. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Anual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"En principio, se advierte que los artículos 295 y 296 regulan el régimen patrimonial del matrimonio en distintos momentos, en su constitución inicial antes del matrimonio y en su sustitución voluntaria después de celebrado el matrimonio, y para lo cual utilizan diferente redacción, pues en un caso claramente se señala que la escritura pública debe otorgarse bajo sanción de nulidad, mientras que en el otro caso, después de facultar la sustitución del régimen, se dispone la escritura pública para la validez, que es la cualidad o atributo necesario de un acto jurídico para que surta efectos legales, y no sanciona con nulidad, por lo que debe concluirse que se trata de una forma ad probationem y que las partes pueden compeler se recíprocamente a llenarla".

(Cas. N°11345-98-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 20/01/99, p. 2504)

"La inscripción en el registro de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia, así sucede cuando se opta por la separación de patrimonios o por la sustitución de dicho régimen".

(Exp. N° 134-95, Ledesma Narváez, Marlanella, Ejecutorias Supremas Civiles, 1993-1996, p. 177)

"El artículo 296 del Código Civil establece los requisitos de validez del convenio de sustitución del régimen patrimonial del matrimonio, y no está referido a cuestiones concernientes al Derecho de Sucesiones".

(Cas. N° 880-97- El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 143)

## SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN POR DECISIÓN JUDICIAL

### ARTICULO 297

En el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación, en los casos a que se refiere el artículo 329.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 11, 144,295,296, 306, 309, 318 ¡ne. 6); 329,2030 ¡ne. 7)  
LEY 26497 arto 44 ¡ne. j)  
D.S.015-98-PCM arto 3 ¡ne. r)

### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

La variabilidad de un régimen patrimonial puede realizarse no solo por convenio de los cónyuges; también se ha previsto que ocurra con aprobación judicial, pero solo cuando se pretenda sustituir el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Ello es así, por cuanto la desaparición de la comunidad de intereses -que supone la sociedad de gananciales- justifica contrarrestar los mayores perjuicios económicos para uno de los cónyuges. Esto se comprueba cuando el artículo 329 dispone que la variabilidad judicial procede cuando uno de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa en la gestión de los bienes.

La sustitución judicial se producirá cuando, a pedido del cónyuge agraviado, el juez considere que se ha acreditado abuso de facultades, dolo o culpa en la gestión de los bienes, imputable al otro. Obsérvese la incongruencia que existe entre los artículos 297 y 329 del Código Civil sobre la legitimación activa. Mientras que el primero establece que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar esta pretensión; el segundo reserva el ejercicio de la pretensión a favor del cónyuge agraviado. La evidente deficiencia legislativa se resuelve considerando que la sustitución judicial solo permite la modificación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios con el propósito de eliminar los mayores perjuicios económicos entre los cónyuges, por la inconducta de uno de ellos; de lo que se concluye que la legitimación activa corresponde únicamente al consorte agraviado.

De otra parte, deben considerarse los siguientes criterios para configurar las causas anotadas:

a) El abuso de facultades -el abuso del derecho se puede configurar por acción o por omisión, de conformidad con el artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil- se presenta cuando uno de los cónyuges facultado para el ejercicio de aquéllas relativas a la gestión patrimonial, se excede manifiestamente de los límites de la buena fe u omite realizar aquello que sea



necesario para la debida administración, de modo que dicha acción u omisión no se compatibiliza con el interés familiar, que es la finalidad institucional y la función social en razón de la cual se han reconocido las respectivas facultades.

b) El dolo en la gestión de los bienes se produce cuando uno de los cónyuges realiza por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude o grave daño o peligro para los derechos del otro o de la sociedad o genera la destrucción de bienes propios del otro o de la sociedad; así como también en forma reiterada incumple el deber de informar sobre los rendimientos de la administración unilateral que se le ha transferido.

c) La culpa en la gestión patrimonial se presenta cuando uno de los cónyuges con su negligente administración pone en peligro o provoca la pérdida de bienes propios del otro o bienes sociales. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

Se constata que en nuestro Código Civil rige un criterio muy restrictivo para la variación del régimen con aprobación judicial. Si a ello se añade la dificultad probatoria que importa demostrar aspectos tan subjetivos como son el dolo o la culpa, o inclusive el abuso de facultades, en la gestión de los bienes, comprobamos que prácticamente se hace inoperable este mecanismo y se mantiene una situación intolerable para el cónyuge perjudicado. Por ello, se debe optar por un sistema con causal es objetivas que respondan a situaciones de inhabilitación de uno de los cónyuges para la gestión de los bienes, por un lado, y a situaciones de incumplimiento de deberes conyugales con repercusión patrimonial, que evidencian la inexistencia de la comunidad de intereses que es el sustento de la sociedad de gananciales, por el otro.

En las primeras, deben comprenderse los supuestos de la desaparición por más de un año de un cónyuge y la declaración de su interdicción por cualquier motivo de incapacidad de ejercicio, absoluta o relativa.

En las segundas, deben comprenderse los casos en que un cónyuge realiza por sí solo actos de administración o de disposición patrimonial que entrañen fraude o grave peligro para los derechos del otro, cuando no cumpla con rendir las cuentas de su administración sobre bienes sociales o propios del otro, cuando sea condenado por delito de omisión de asistencia familiar, cuando haya abandonado el hogar por más de un año o medie acuerdo de separación de hecho por el mismo tiempo, y cuando se embargue su parte correspondiente en los bienes sociales por deudas propias.

De otra parte y de conformidad con el artículo 319, para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de notificación con la demanda; y, respecto a terceros, en la fecha de la inscripción en el registro personal.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Buenos Aires, Ejea, 1967; BORDA,

Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo /11, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLAN 10L, Marcel, RIPERT, Georges, NAST, Maree!. Traité pratique de Droit Civil francais, tomo VIII. París, Librairie Générale de Droit et ~e Jurisprudence, 1925; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLACIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL

### ARTICULO 298

Al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 320, 321, 322, 323

### Comentario

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca*

Los contrayentes tienen la posibilidad de elegir libremente, en forma expresa o tácita, el régimen patrimonial del matrimonio que celebrarán, así como, una vez casados, cambiar (en forma expresa) el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios o viceversa, esto cuantas veces lo consideren conveniente, sin necesidad de proceso judicial alguno, como una ocurrencia normal en la vida del matrimonio (CORNEJO). Para realizar lo último se requerirá, en todos los casos, liquidar formalmente el régimen anterior para ingresar al nuevo. Esto incluye el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el registro personal, exigencia que tiene su fundamento en el mismo requisito de inscripción del régimen de separación de patrimonios, pues cuando se cambia un régimen por el otro, siempre se estará iniciando o poniendo término a un régimen de separación de patrimonios.

Lo mismo ocurrirá en caso de que la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios no se produzca por voluntad común de los cónyuges, sino por sentencia judicial dentro de un proceso promovido a instancia del cónyuge perjudicado por el dolo o culpa con que el otro actúa dentro de tal régimen, hipótesis en la que dicha sentencia debe ser también registrada.

Por otro lado, el régimen de sociedad de gananciales es sustituido de pleno derecho por el de separación de patrimonios en caso de declaración de insolvencia de uno de los cónyuges, y producirá efectos frente a terceros una vez inscrito en el registro personal, lo cual podrá realizarse de oficio, a solicitud del insolvente, de su cónyuge o del administrador especial.

Asimismo, en todos los demás casos de fenecimiento de la sociedad de gananciales o del régimen de separación de patrimonios (artículos 318 y 331), como Invalidación del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, declaración de ausencia, y muerte de uno de los cónyuges, se procederá a la liquidación del régimen respectivo y a su inscripción en el registro personal.

Ahora, si bien la norma deja abierto lo relativo a la liquidación del régimen patrimonial para ambos regímenes, en la práctica la liquidación se hará necesaria únicamente en caso de haber estado dentro del régimen de sociedad

de gananciales, pues solo aquí habrá bienes comunes que haya que liquidar. En efecto, la liquidación va a tener como objeto principal la partición o adjudicación de los bienes, lo que no tendrá sentido si esta titularidad está definida de antemano. Más aún, el procedimiento de liquidación se encuentra regulado dentro del capítulo del Código relativo a sociedad de gananciales, no mencionando ni haciendo ninguna extensión al capítulo sobre separación de patrimonios.

Por último, la mayor parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, identifica directamente la liquidación del régimen patrimonial con la liquidación del régimen de sociedad de gananciales, excluyendo muchos en forma explícita al régimen de separación de patrimonios. Esto en adición al equívoco que destaca Cornejo en la denominación "sociedad de gananciales", pues "existen en el plano de la teoría y de la legislación comparada, dos regímenes de gananciales: el de comunidad y el de participación; y la diferencia entre ambos es de esencia, tanto es así que el primero integra el grupo de los regímenes de comunidad y el segundo el de los regímenes de separación. (...) El asunto, empero, carece de mayor importancia práctica." (CORNEJO CHÁVEZ, p. 286)

Lo señalado no impide, sin embargo, que los cónyuges puedan efectuar, si así lo desean, una "liquidación", por alguna razón particular, para trasladarse del régimen de separación de patrimonios al de sociedad de gananciales, aunque técnicamente hablando, en este último régimen no hay sociedad en cuanto a patrimonio, pero sí en cuanto a determinadas obligaciones y derechos de la sociedad conyugal, nacida por el hecho del matrimonio como tal (obligación de alimentar y educar a sus hijos, asistencia mutua, contribución al sostenimiento del hogar, por ejemplo), la misma que solo fenece en caso de invalidez, divorcio, declaración de muerte presunta o muerte. A modo de ilustración, sería el caso, por ejemplo, de que los cónyuges hayan estado adquiriendo bienes de todo tipo y realizando inversiones y gastos en el hogar conyugal, sin haber discriminado con exactitud el aporte de cada cual, y luego quisieran realizar una separación definida y específica antes de ingresar al régimen de sociedad de gananciales. Este ajuste y determinación, tanto de bienes como de porcentaje de participación en obligaciones, en realidad no son iguales a la liquidación propiamente dicha, establecida en el libro de familia, aunque según la complejidad del caso pueden guardar importantes similitudes.

Puede ocurrir, por ejemplo, que durante el régimen de separación de patrimonios uno de los cónyuges o ambos adquieran bienes y, posteriormente, decidan trasladarse al régimen de sociedad de gananciales. En estos casos será conveniente realizar un inventario, y no necesariamente efectuar una liquidación total; considerándose estos bienes de la sociedad conyugal como propios del cónyuge que los adquirió (BORDA).

Las uniones de hecho, siempre y cuando cumplan con los requisitos del artículo 326 (voluntariamente realizadas y mantenidas como mínimo por dos años por un varón Y una mujer que carecen de impedimento matrimonial), al originar una sociedad de bienes a la cual se le aplicarán las reglas de la sociedad de gananciales en cuanto le fueren aplicables, también pueden

fenecer, lo que implicará que se realice el procedimiento de liquidación señalado. Esto es únicamente entre los convivientes y no en cuanto a terceros, quienes pueden hasta ignorar la existencia de la unión de hecho, por carecer de Registro correspondiente; pues no existe, ni podría existir, Registro alguno que sirva a los terceros de fuente fidedigna de información y, no teniendo éstos cómo ni por qué conocer la existencia de la unión de hecho, para ellos los convivientes serán personas individuales en situación semejante a la del soltero (CORNEJO CHÁ VEZ).

La situación descrita en el párrafo anterior no se encuentra regulada en forma explícita, pero puesto que la norma contiene la genérica frase "en cuanto le sea aplicable", se entiende que los convivientes tienen el derecho de exigir la liquidación respectiva. Asimismo, nada impide que, encontrándose dentro de este tipo de unión, los convivientes opten por conservar sus adquisiciones en forma separada, lo cual podrán acordar, siendo aconsejable formalizar dicho acuerdo en escritura pública.

La palabra liquidación proviene del latín liquidare y significa poner término a un caso o a las operaciones de un establecimiento o empresa. En el tema bajo comentario viene a ser el ajuste formal de cuentas o conjunto de operaciones ejecutadas con el objeto de determinar lo que corresponde a cada uno de los cónyuges en los derechos activos y pasivos de la sociedad (PERALTA).

El procedimiento de liquidación se inicia con el inventario valorizado de todos los bienes, tanto de los propios de cada cónyuge como de los sociales.

Es conveniente señalar que los bienes sociales se encuentran en un régimen de comunidad no de copropiedad, por lo que la totalidad de ellos corresponde a la sociedad conyugal, conformada por ambos cónyuges. Por eso es que hay que insistir en que, aunque los cónyuges se encuentren en un régimen de separación de patrimonios, pueden adquirir conjuntamente uno o más bienes, lo que no conduce a un régimen de comunidad respecto de estos bienes, sino que nacerá un régimen de copropiedad respecto de ellos (AVENDAÑO). Si más adelante optan por ingresar o reingresar al régimen de sociedad de gananciales, estos bienes en Copropiedad siguen siendo, en sus respectivas cuotas ideales, bienes propios de cada cónyuge. En la práctica, a veces la calificación de los bienes puede ser labor delicada por cuanto existe la posibilidad de que existan bienes mixtos, que son por ejemplo aquellos en que una porción alícuota es propia y otra ganancial (MÉNDEZ COSTA y D'ANTONIO)

El inventario no necesariamente debe ser judicial; si los cónyuges o sus herederos están de acuerdo, tanto en lo relativo a su realización, como a su conformación y a su valorización, entonces puede realizarse en documento privado con firmas legalizadas. Si hubiese cualquier discrepancia en cuanto a algunos de estos aspectos, se hará judicialmente.

Formalizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas, luego los cónyuges o ex cónyuges reciben en plenitud de derechos los bienes propios de cada cual que quedaren (calificados y distinguidos de los comunes

por los artículos 302, 310, con el complemento del sistema de presunciones del artículo 311); lo que queda (gananciales) será objeto de distribución por partes iguales entre los consortes o ex consortes o sus herederos, con las salvedades indicadas en los artículos 323, 324, 325 y 326.

En el caso de que uno de los cónyuges (o inclusive ambos) provengan de matrimonios previos sin que se haya/n realizado la/s liquidación/es correspondiente/s, aparece la necesidad de liquidar y partir simultáneamente tales sociedades (BOSSERT-ZANNONI). Si hubiese conflicto por falta de inventarios y no se pudiese probar la pertenencia exacta de los bienes, y quedasen dudas al respecto, es decir, si no se tuviese la certeza de si son gananciales de una u otra sociedad, entonces se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración y las pruebas que se hayan podido actuar acerca de los bienes propios de los cónyuges (artículo 325). Finalmente, hay que tomar en cuenta que la distribución de los bienes gananciales podría no ser por partes iguales si es que de común acuerdo ambos -o sus herederos- efectuasen una partición de acuerdo con otras pautas, haciéndose mutuas cesiones (ZANNONI).

## **DOCTRINA**

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Los Bienes de la Familia. En: La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. PUCP. Lima, 1992; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. 1: Familia. 91 edición. Perrot. Buenos Aires, 1993; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, I. 6ª edición. Studium. Lima, 1987; DÍAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. 101 edición. si e. Lima, 1998; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, VIII: Régimen patrimonial del matrimonio. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, y D'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia. 11. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 1994; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de familia, I. 31 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Producido el fenecimiento de la sociedad de gananciales, se da inicio a su liquidación".

(Exp. N° 319-86, Corte Superior de Justicia de Lima. Jurisprudencia Civil, p. 34)

"... al declararse fundada la demanda de separación de bienes, el juez no puede proceder de plano a la distribución de éstos, de acuerdo con su criterio, sino que debe seguir las reglas que para su liquidación establece el Código Civil... Que, la liquidación debe hacerse en ejecución de la sentencia que pone fin al régimen patrimonial, y el primer paso es la facción del inventario valorizado de los bienes de la sociedad conyugal, en la forma prescrita por los artículos 320, 302, 310 Y 311 del Código Sustantivo".

(Cas. N° 528-00 Arequipa. El Peruano)

"Mientras no se haya producido la liquidación del régimen patrimonial y de la sociedad de gananciales no surten efectos los actos de disposición hechos por los cónyuges en favor de sus hijos".

(Cas. N° 905-95. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. p. 143)

## BIENES COMPRENDIDOS EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL

### ARTICULO 299

El régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los eón-' yuges tenían antes de entrar aquél en vigor como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts, 295, 301, 311

### Comentario

***Roxana Jiménez Vargas-Machuca***

Es un error muy frecuente considerar que el régimen patrimonial se circunscribe a los bienes sociales de la sociedad de gananciales, lo cual dista del marco del derecho familiar. La consideración del interés de la familia como interés superior al de cada uno de sus miembros singulares, domina todo el Derecho de Familia (TEDESCHI).

Hablar de régimen patrimonial es referimos a la organización económica del matrimonio, al sustento material de la familia. Es muy importante destacar que se trata del sustento de la familia y no limitarlo a los cónyuges, como erróneamente hacen Planiol, Ripert y Nast, al afirmar, como muchos otros autores calificados, que el régimen patrimonial es el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos, ya sea en sus relaciones entre ellos, o en sus relaciones con terceros (PLANIOL, RIPERT, NAST, Tomo VI).

..  
Es la manera como se gobiernan las relaciones económicas del grupo familiar (CORNEJO), pues de él dependen su mantenimiento y bienestar materiales. Las relaciones económicas vinculadas con el patrimonio de la sociedad conyugal pueden ser diversas, a saber, las relaciones económicas entre los cónyuges, entre éstos con sus hijos, eventualmente con sus ascendientes, ocasionalmente con sus hermanos, e incluyendo ciertamente las relaciones con terceros ajenos a la familia.

El patrimonio de la sociedad conyugal, entonces, ha de ser entendido independientemente del régimen patrimonial por el que se opte -sociedad de gananciales o c;:le separación de patrimonios-. Generalmente está conformado por un conjunto de bienes y derechos, obligaciones y deudas, apreciables pecuniariamente. Este patrimonio conyugal está formado, pues, por el activo y por el pasivo (haber Y debe) de una totalidad. Dicha totalidad comprende el pasado, el presente y el futuro, es decir, los bienes y las deudas o, mejor, el patrimonio, tanto anterior a la entrada en vigor del régimen (por sustitución de un régimen por otro, o por matrimonio recién contraído), cuanto todo lo que se adquiera por cualquier título o modalidad durante su vigencia. Si bien el Código Civil no menciona en este numeral a las deudas, limitando el contenido del régimen patrimonial a los bienes, una apreciación sistemática y finalista



elemental nos conduce a preferir el vocablo patrimonio, que incluye tanto al activo (bienes y derechos) como al pasivo (cargas y deudas).

Esto quiere decir que bajo cualquier régimen patrimonial, el patrimonio de cada interesado, como un todo, forma parte de aquél, naturalmente dentro de los alcances de las respectivas normas de cada opción (artículos 301 y ss.), lo cual ciertamente involucrará la determinación de las obligaciones que deben asumir los cónyuges en función del estatuto elegido (deudas propias, deudas comunes, bienes propios, bienes comunes, responsabilidad común, responsabilidad individual, etc.).

Reiteramos, por último, que el régimen por el que se ha optado, sea cual fuere, se encuentra dentro de la organización económica del matrimonio, que tiene como fundamento el bienestar y sustento material de la familia -en este punto conviene tomar en cuenta, principalmente, los numerales 287, 291, 300, 305, 307, 308 Y 423- y, por ello, el régimen patrimonial del matrimonio consiste en un patrimonio que comprende la totalidad de bienes, derechos, cargas y deudas de los cónyuges previas a su entrada en vigencia y los que lo vayan integrando durante ella.

Resulta indiferente si ingresan como bienes sociales o como bienes propios (si se adquieren por razón de donación o como herencia, o con dinero propio, entre otras formas de adquisición de bienes propios en el régimen de sociedad de gananciales; o si se está en el régimen de separación de patrimonios, donde los bienes son siempre propios), pues su tratamiento específico diferenciado se efectuará según las normas correspondientes.

## **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano, Sociedad Conyugal, ,, 61 edición. Studium. Lima, 1987; LEÓN BARAN OIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. VII/: Régimen patrimonial del matrimonio. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; PERALTA ANOIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996; PLANIOL, Marcel, RIPERT, George y NAST, Marce . Curso elemental de Derecho Civil, tomo VI; TEOESCH 1, Guido. El Régimen Patrimonial de la Familia. Traducción de la obra Trattato di diritto civile italiano. Traducida por Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia, ,, 31 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## OBLIGACIÓN DE SOSTENER EL HOGAR BAJO CUALQUIER RÉGIMEN

### ARTICULO 300

Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están' obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas.

En cada caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 291, 293, 305, 423

### Comentario

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca*

El matrimonio suscita una serie de relaciones entre los cónyuges, y entre éstos y sus hijos, las cuales pueden ser clasificadas, gr0550 modo, en dos grupos: las de orden personal (extrapatrimoniales) y las de carácter patrimonial o económico (CORNEJO).

Las relaciones patrimoniales de la familia van a ser básicamente las de administración y disposición del patrimonio.

Las extrapatrimoniales son todas aquellas situaciones en las que no está directamente involucrada la administración de un patrimonio, como las obligaciones de fidelidad entre los cónyuges; la obligación de hacer vida en común; la obligación de los hijos de honrar y respetar a sus patlres; el derecho de los padres de corregir a sus hijos, tenerlos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuvieren sin su permiso. Hay también obligaciones originadas en las relaciones extrapatrimoniales, pero su vía es en gran medida patrimonial, como la obligación de asistencia entre los cónyuges (artículo 288, entendida como actos de auxilio y ayuda que cada uno de los cónyuges debe al otro, siendo esta obligación también de carácter patrimonial cuando involucre sumas de dinero), o la obligación de los padres de alimentar y educar a los hijos (artículo 287).

Asimismo, la obligación de cada cónyuge de alimentar a sus hijos y de sostener al otro cónyuge en caso de que este último se dedique exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de la prole (artículo 291), también podría estar inmersa en estas relaciones extrapatrimoniales, pues esto no se limita a un aspecto meramente pecuniario sino que implica una obligación general recíproca de ayuda y colaboración que los cónyuges se deben todo el tiempo (DE TRAZEGNIES).

Vemos que las relaciones extrapatrimoniales de la familia, en gran medida, originan obligaciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, que indudablemente involucran administración y/o disposición del patrimonio conyugal.

Más allá de estas consideraciones generales, las relaciones de carácter estrictamente patrimonial se van a referir a la administración y disposición del patrimonio conyugal, para lo cual el Código admite dos posibilidades alternativas de organización de los bienes familiares, a saber: el régimen de sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios.

No obstante, al margen del régimen patrimonial por el que se haya optado, hay obligaciones que ambos cónyuges tendrán que asumir con la totalidad del patrimonio conyugal, que abarca bienes que cada uno tenía antes de ingresar al régimen, como los que se adquieran durante su vigencia (ver comentario al artículo

299). Estas obligaciones se engloban en la de sostenimiento del hogar.

En este punto es menester realizar algunas precisiones.

En primer lugar, la norma habla de hogar y no de familia (lo mismo ocurre en los artículos 290, 291, 292, 293, 294, entre otros). Sobre esto mucho se ha especulado, esbozando algunos la distinción entre ambos conceptos, señalando que hogar es el lugar donde los cónyuges pernoctan, el domicilio conyugal, y familia se circunscribe a las personas que la integran. Otros consideran que es lo mismo.

En realidad, el término hogar es bastante adecuado, a pesar de que no ha sido definido en el Código, pues la práctica judicial así como la interpretación sistemática de las normas nos conducen a la conclusión de que este término comprende tanto al sostenimiento de la familia como a los gastos correspondientes al domicilio conyugal, entre otros.

De esta forma se incluyen gastos tales como los de alquiler del inmueble, arbitrios municipales, luz, agua, gas, teléfono del domicilio, artículos de limpieza, pago al servicio doméstico, guardiana, mantenimiento en general. Asimismo, los gastos de alimentación, salud y asistencia de los cónyuges, y los gastos provenientes de las obligaciones que genera la patria potestad, como el sostenimiento, protección, salud, educación y formación de los hijos (artículos 235, 287 Y 423).

En segundo lugar, es conveniente precisar que la familia aquí se entiende en su sentido nuclear: cónyuges e hijos comunes incluyendo los hijos que ambos hayan adoptado. No se refiere a la concepción amplia de familia, que tiene una determinada extensión para efectos sucesorios; ni necesariamente comprende a las relaciones alimentarias de origen diverso a este hogar en concreto; como tampoco a las relaciones de afinidad, aunque socialmente hablando sean "familia".

Ciertamente, esto no quiere decir que las obligaciones por estos -y otros- conceptos puedan dejar de ser honradas; son exigibles, pero los fondos para su cumplimiento tendrán un origen distinto, que dependerá del régimen patrimonial en el que se encuentren. A modo de ejemplo, el inciso 2 del artículo 316, que establece que son de cargo de la sociedad de gananciales los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas. En un régimen de separación de patrimonios esta obligación no atañe en absoluto al otro cónyuge, sino que se cumple exclusivamente con los bienes y rentas propios del titular de la obligación.

El precepto establece, en suma, la obligación que ambos cónyuges tienen bajo cualquier régimen patrimonial. Pero si bien los dos asumen la misma obligación, el peso de ella se repartirá según las posibilidades y rentas de cada uno, lo que constituye una fundamental norma de equidad, puesto que no siempre ambos tendrán igual situación económica.

Si ambos trabajan, es muy probable que sus ingresos sean dispares.

El patrimonio de cada uno puede ser muy desigual en relación al del otro, pudiendo carecer de él uno de ellos o ambos.

Puede darse el caso, de enorme frecuencia en el Perú, de que uno de los cónyuges -generalmente la mujer- se dedique exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, mientras que el otro cónyuge es el que trabaja y percibe los ingresos. En este caso, la obligación de sostenimiento de la familia y del hogar recae sobre el último, conservando tanto éste como el que se dedica a las faenas domésticas, los deberes de ayuda y colaboración recíproca.

Podría ocurrir que uno de ellos perciba ingresos por su trabajo y el otro por otros conceptos -arrendamiento, intereses, derechos de autor, entre otros-, o que ninguno trabaje pero ambos perciban rentas, o que uno trabaje y tenga rentas y el otro ninguno de los dos.

Cada caso será único y, de haber conflicto, el juez, en proceso sumarísimo, distribuirá la contribución de cada cónyuge, atendiendo a las características particulares de cada situación.

Lo señalado es de aplicación a las uniones de hecho que cumplan los requisitos establecidos por el artículo 326.

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, 1: Familia. 9ª edición. Editorial perrot. Buenos Aires, 1993; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, . 6ª edición. Studium. Lima, 1987; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Familia, ¿ un espejismo jurídico? Reflexiones sobre la función comprobativo constitutiva del Derecho. En: La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. PUCP. Lima, 1992; DIAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. 10ª edición. Lima, s/e, 1998; LEON BARANDIARAN, José. Tratado de Derecho Civil, VII/: Régimen patrimonial del matrimonio. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2ª edición. Idemsa. Lima, 1996; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de familia, I. 3ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## CAPITULO SEGUNDO

### SOCIEDAD DE GANANCIALES

#### BIENES QUE INTEGRAN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

##### ARTICULO 301

En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

##### CONCORDANCIAS:

C. arto 5.  
C.C. arts. 299, 302, 310, 311  
C.P.C.arto 573  
REG. INS. arto 61

##### Comentario

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca*

El régimen de sociedad de gananciales, que tiene carácter de supletorio, es un régimen de comunidad de patrimonios o patrimonio común, administrado por ambos cónyuges (artículo 313). A él se llega por elección previa al matrimonio (incluyendo aquí la presunción legal), por sustitución voluntaria de régimen patrimonial (artículo 296), o sustitución del régimen por decisión judicial (artículo 297).

Cabe señalar que si los interesados no han pactado nada diferente, los bienes de la familia se encuentran en régimen de comunidad, puesto que aquí opera la presunción iuris et de iure de que, a falta de escritura pública en que conste la elección del régimen de separación de patrimonios, los futuros cónyuges han optado por el régimen de sociedad de gananciales (artículo 295).

Mucho se ha especulado y escrito acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, esbozándose diversas teorías y propuestas, tales como que es un contrato de sociedad, una persona jurídica, una copropiedad, entre otras, siendo la mayor parte de ellas insuficientes, si no erróneas. Sin embargo, la que acerca más a su realidad es la teoría alemana de que es un patrimonio en ese no común (origen del término mancomunidad), en el que no existen partes alicuotas; cada parte participa en el todo (AVENDAÑO). Recalcar que se trata de la comunidad es bastante adecuado, pues es preciso distinguirla de la copropiedad institución completamente diferente; de igual forma las teorías que apuntan a considerarla una persona jurídica han sido desvirtuadas en la actualidad. "Tomemos como ejemplo un contrato de trabajo celebrado por cualquiera de los cónyuges. Como el salario es un bien

ganancial, habrá que reconocer que quien ha contratado no es el trabajador, sino la sociedad-persona jurídica; que es ésta la acreedora del sueldo, la que se jubila o agremia. Todo ello envuelve una lamentable confusión de ideas. La verdad real y jurídica es que el que contrata, trabaja, vende, compra, está en juicio, es el cónyuge, sea marido o mujer. (...) para explicar el régimen de la comunidad conyugal, de ninguna manera es necesario introducir esta personalidad jurídica injertada como un ente extraño entre marido y mujer" (BORDA).

La denominación sociedad de gananciales, de modo general, proviene del término *societas*, que es la asociación de personas que cumplen un fin mediante la cooperación, y de ganancial o gananciales, sinónimo de provecho, utilidad o de lucros nupciales. Mediante esta sociedad se tornan comunes para el marido y la mujer los beneficios o ganancias obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, los que les serán atribuidos por mitad -a ellos o a sus herederos- al disolverse aquélla (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN), aunque uno haya aportado más que el otro.

En este régimen hay dos tipos de bienes: los propios de cada cónyuge (artículo 302) y los comunes o bienes de la sociedad, adquiridos por uno u otro durante el matrimonio. El Código Civil enumera los bienes propios (artículo 302) de la forma más completa posible, preceptuando que todos los demás son bienes sociales (artículo 310), con-lo que subsana automáticamente cualquier omisión (CORNEJO) y, asimismo, establece la presunción *iuris tantum* de que todos los bienes se reputan sociales.

Es de suma importancia tener normas claras para la calificación de los bienes de la sociedad de gananciales por diversas razones:

. La liquidación de la sociedad no sería viable si esto no estuviese definido, o en todo caso sería enormemente conflictiva y engorrosa. Los bienes comunes se partirán por partes iguales, en tanto que los propios escapan a la masa común partible (ZANNONI).

. Asimismo, esto resulta fundamental para efectos administrativos, dado que cada cónyuge tiene la libre administración de sus bienes propios, pudiendo gravarlos o disponer de ellos (artículo 303); en tanto que respecto a los bienes sociales o comunes, su administración corresponde a ambos cónyuges, sin perjuicio de la representación que uno otorgue al otro para ello (artículo 313), o del poder especial que se requiere para disponer de ellos o gravarlos (artículo 315).

Las obligaciones y cargas de la sociedad se pagan con el activo social (bienes y derechos comunes), y solo si éste es insuficiente se responderá, a prorrata con los bienes propios (de ahí que el artículo 299 señala que cualquier régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquél en vigencia como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia).

Para que exista un principio de orden o prelación el Código ha fijado los límites de la responsabilidad de cada grupo de bienes, según sean bienes propios -

artículos 307, 308, 309- o bienes sociales -artículo 316, obligaciones de cargo de la sociedad, que en suma son las contraídas en interés de los esposos y de la familia (MÉNDEZ COSTA y D'ANTONIO)-, con la finalidad de evitar conflictos, abusos o arbitrariedades que son frecuentes en la vida conyugal (PERALTA).

Se debe tomar en cuenta, finalmente, que los bienes no necesariamente van a ser totalmente propios o completamente sociales.

Podría darse el caso de que un bien sea adquirido por dos personas que no tienen vínculo matrimonial, lo que sería un caso de copropiedad, y más adelante contraen nupcias. Este bien es privativo (bien propio) de cada esposo en una mitad. El que no sea común por ganancialidad es importante, ya que las reglas que se le aplicarán serán las de copropiedad y no las de la comunidad ganancial (ALBALADEJO).

También podría ser que un bien haya sido adquirido parte con dinero propio de uno de los cónyuges y parte con dinero común; o que un bien se haya comprado con dinero de un cónyuge, parte con dinero del otro cónyuge, y parte con dinero de la sociedad. Si bien los frutos y product08 de todos los bienes son siempre sociales, la titularidad del bien como tal será parcialmente de uno de los cónyuges (o también del otro si es que con su dinero propio participó en la compra), y parcialmente de la sociedad.

Sobre la totalidad del patrimonio social hay comunidad, y siendo este patrimonio social un todo, estará comprendido por todos los bienes (y aquí se incluyen los bienes y/o la porción del bien que parcialmente pertenece a la sociedad), derechos, y las cargas y obligaciones (de igual forma, también el pasivo que en forma parcial sea de cargo de la sociedad, en el porcentaje correspondiente).

Al momento de realizar el inventario y proceder a la liquidación y partición se deberán considerar estos porcentajes, como de igual forma ha de determinarse si una deuda común ha sido pagada con dinero propio, o una deuda personal con dinero ganancial, pues en estos casos aparecerá un crédito a favor del cónyuge o de la sociedad conyugal, respectivamente (BELLUSCIO), por último, sabemos que los bienes propios responden por las deudas propias, Y por las deudas sociales solo en caso de ser insuficientes los bienes sociales, pero ¿podrían acaso responder los bienes sociales por deudas personales de los cónyuges, cuando los bienes propios resulten insuficientes? Este punto, que ha suscitado -y lo sigue haciendo- no poco debate, pues enfrenta los intereses y derechos de la sociedad conyugal contra los de los acreedores, no se encuentra regulado en nuestra legislación, por lo que en vía jurisprudencial se ha dispuesto que ello no es factible, por haberse tendido a procurar preservar la intangibilidad de los bienes gananciales (BUSTAMANTE).

No obstante, existe una sentencia casatoria muy interesante y creativa (Cas. N° 938-99 de Lima, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema), que determina que los acreedores de una deuda personal de uno de los cónyuges pueden dirigirse contra los bienes sociales, determinándose que está

de acuerdo a derecho el solicitar el embargo sobre tales bienes, basándose en el derecho de persecución del acreedor; sin embargo, deja en suspenso la efectividad del embargo hasta cuando se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales, la misma que solo podrá fenecer por las causal es enumeradas en el Código (artículo 318), entre las que no se encuentra la que nos atañe, pues el cambio de régimen patrimonial (inciso 6 del artículo 318) está sujeto a la voluntad de los esposos.

Esto quiere decir que, si bien hay una mayor visión de apertura a este respecto, aún falta un buen trecho por recorrer, pero las posturas modernas tienden a considerar que es factible la ejecución de la acreencia embargada sin esperar la disolución de la sociedad de gananciales, pues cancelada una deuda con un bien social se habrá generado un crédito a descontarse en el momento en que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales (BUSTAMANTE).

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. 5ª edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Los Bienes de la Familia. En: La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. PUCP. Lima, 1992. BELLUSCIO, Augusto César. Manual de derecho de familia. Tomo 11. 3ª edición actualizada. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, 1: Familia. 9ª edición. Perrot. Buenos Aires, 1993; BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. La sociedad de gananciales frente a las acreencias ante terceros derivadas de deudas propias de los cónyuges: ¿pueden los bienes sociales responder por dichas obligaciones? En: Revista Jurídica del Perú. Año LI. NQ 22. Mayo, 2001. Editora Normas Legales, Trujillo, Perú; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, I. 6ª edición. Studium. Lima, 1987; DÍEZ-PICAZO: Luis y GULLON, Antonio. Sistema del Derecho Civil. Vol. IV. Tecnos. Madrid, 1983; MENDEZ COSTA, María Josefa, y D'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia. Tomo 11. RubinzalCulzoni Editores. Buenos Aires, 1994; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2ª edición. Idemsa. Lima, 1996; TEDESCHI, Guido. El Régimen Patrimonial de la Familia. Traducción de la obra Trattato di diritto civile italiano, traducida por Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo 1. 3ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

(...) "CONSIDERANDO:

Primero. - Que, las instancias de mérito han establecido que el inmueble sublitis, afectado con la medida cautelar de embargo en forma de inscripción, pertenece a la sociedad conyugal conformada por Camilo Ricardo Li García y Aurora Herminia Wong Lau de Li.



Segundo. - Que, tal como lo ha establecido la Sala Suprema en reiteradas ejecutorias, es procedente el embargo de los derechos y acciones que tiene el cónyuge deudor en los bienes sociales.

Tercero.- Que, como establece el artículo 301 del Código Civil, en el régimen de la sociedad de gananciales hay bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad; los bienes propios son administrados y dispuestos en forma independiente y responden de las obligaciones particulares de cada cónyuge, como disponen los artículos 303 y 307 del mismo Código; en cambio los bienes sociales deben ser administrados y dispuestos en forma mancomunada por los cónyuges, conforme a los artículos 313 y 315 del mismo Código.

Cuarto.- Que, la sociedad conyugal ha sido considerada como un patrimonio autónomo por el artículo 65 del C.P.C., para los efectos de su representación en juicio; mas igual calificación corresponde a una situación de copropiedad, o a los fondos previstos en el artículo 36 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros NQ 26702, lo que no determina que sean inembargables.

Quinto.- Que, el derecho de garantía general que tiene el acreedor existe desde el día del nacimiento de la obligación, y recae sobre todos los bienes del deudor, por ello los acreedores son causahabientes a título universal de su deudor y tienen un derecho que gravita sobre su patrimonio.

Sexto.- Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, por eso el artículo 330 del Código Sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación.

Sétimo.- Que, el artículo 1219 inciso 1 del Código Civil autoriza al acreedor para emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

Octavo.- Que, además es preciso señalar que no se debe confundir la medida cautelar de embargo con la ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que no se produzca la separación de patrimonios.

Noveno.- Que, lo anteriormente señalado es concordante con lo dispuesto en el artículo 320 del Código Civil, denunciado como inaplicado. (...). (Cas. N° 1718-99-Lima. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatorla. p. 144)

"El patrimonio que corresponde a la sociedad de gananciales se rige por las normas previstas en los artículos 301 y siguientes del Código Civil, y no por las reglas de la copropiedad; por lo que el gravamen efectuado a un bien social resulta ilegal, ya que estaría estableciéndose un nuevo mecanismo para disolver la sociedad de gananciales".

(Exp. N°1546-98, Resolución del 30/07/98, Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima)

"Los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal no pueden responder por la deuda adquirida sólo por el marido, pues los bienes que integran la

sociedad de gananciales pertenecen a la sociedad conyugal que es distinta a los cónyuges que la integran y es titular de un patrimonio que tiene la naturaleza de autónomo".

(Exp. N°1145-94, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias, tomo N° 2. p. 40)

"La sociedad de gananciales está constituida por bienes sociales y bienes propios y constituye una forma de comunidad de bienes que recae sobre un patrimonio y no una forma de copropiedad que recae sobre bienes singulares; en consecuencia la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas y que es distinto al patrimonio de cada uno de los cónyuges que la integran".

(Cas. N°13109-98. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. p.

## BIENES PROPIOS

### ARTICULO 303

Son bienes propios de cada cónyuge:

- 1.- Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.
- 2.- Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.
- 3.- Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.
- 4.- La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.
- 5.- Los derechos de autor e inventor.
- 6.- Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.
- 7.- Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.
- 8.- La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.
- 9.- Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

..

### CONCORDANCIAS:

- C.C. arts. 299, 310, 311, 493, 660,756
- C.P. arts. 216 a 220, 223, 225
- C. de C. art.411
- D.LEG. 822 arto 17
- D.LEG.688 arts. 4, 12 ¡ne. e)
- REG./NS. arto 61

### Comentario

***Alex Plácido Vilcachagt***

La sociedad de gananciales es una comunidad limitada a las ulteriores adquisiciones a título oneroso. El desarrollo de esta idea básica lleva a la distinción entre bienes sociales y propios de cada cónyuge, formándose así diferentes masas patrimoniales: el patrimonio social y el separado o propio de cada uno de los cónyuges. Esto exige la precisa determinación de cada adquisición para adscribir el bien a la masa patrimonial correspondiente. Para ello, deben tenerse presentes estos tres principios rectores:

- a. La época de adquisición: son propios los bienes adquiridos antes del matrimonio por los cónyuges o aquellos que, adquiridos después, lo son por una causa o título anterior. Son sociales los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio o después de su disolución por una causa anterior.

b. El carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones durante el matrimonio: son propias las adquisiciones de bienes realizadas a título gratuito por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, tales como una herencia, legado o donación en su favor.

c. El origen de los fondos empleados en las adquisiciones: aun tratándose de adquisiciones onerosas durante el matrimonio, si ellas tienen su origen en el empleo de dinero o fondos propios, lo adquirido será propio por subrogación real.

Estos principios se complementan y deben aplicarse en forma conjunta para establecer una correcta calificación del bien.

De otra parte, en nuestro Código Civil también se atribuye expresamente el carácter propio o social del bien. Para lo primero se contempla una relación enumerativa (artículo 302) y, para lo segundo, se preceptúa que todos los no comprendidos en esa relación son sociales (artículo 310). Sin embargo, no deben perderse de vista los principios rectores explicados. Éstos completarán cualquier imprevisión en la enunciación legislativa que, por descarte, podría atribuir una errónea calificación del bien.

El artículo 302 del Código Civil trata de los bienes propios, o sea los que son adquiridos con antelación al casamiento y otros durante éste, en casos y circunstancias que los hacen comunicables, constituyendo todos ellos el patrimonio personal de cada cónyuge. El Código vigente, siguiendo la técnica en esta parte del derogado de 1936, ha tratado de completar al máximo la enumeración de los bienes propios; incurriendo en omisiones, inherentes a este tipo de enumeraciones, las que -como veremos- se salvan con los principios rectores para la calificación de los bienes.

#### 1. Bienes aportados al inicio del régimen de sociedad de gananciales

En esta disposición se recoge el principio de la época de adquisición: son propios los bienes adquiridos antes del matrimonio por los cónyuges, sean aquéllos tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, créditos o rentas, en general todos los valores patrimoniales transmisibles, de cualquier naturaleza, sin atender al origen o título de la adquisición. Se pueden distinguir entre esos bienes, los adquiridos con independencia absoluta del casamiento, y los que se obtienen en vista de su futura celebración como las donaciones matrimoniales y siempre que el donante expresamente atribuya la propiedad a uno de los cónyuges. De no ser así, solo será bien propio la alícuota sobre el bien donado a ambos cónyuges.

El término "aporte" es equívoco a la naturaleza del régimen. No obstante la denominación empleada, el régimen no se identifica con el contrato de sociedad. En tal sentido, debería utilizarse el vocablo "tenga": por cuanto el régimen patrimonial comprende los bienes presentes y futuros de los cónyuges.

#### 2. Bienes adquiridos a título oneroso durante la violencia de la sociedad de gananciales

Esta disposición es una derivación del anterior principio: el hecho material posterior de la adquisición está determinado y precedido por el derecho a ella, que es anterior al matrimonio y que forma por esto parte del patrimonio propio del cónyuge.

Se trata de una fórmula amplia que comprende diversos supuestos en los que el acto jurídico generador de la adquisición sea anterior al matrimonio, tales como el de los bienes habidos bajo condición suspensiva, que se cumple durante el matrimonio; el de los reivindicados por acción iniciada antes o durante el casamiento; el de los que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato; el de los adquiridos por usucapión, cuando la posesión sea anterior al matrimonio; o el de otras adquisiciones realizadas en análogos supuestos.

### 3. Bienes adquiridos a título gratuito durante la violencia de la sociedad de gananciales

En esta disposición se recoge el principio el carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones durante el matrimonio. Siendo el régimen de sociedad de gananciales una comunidad limitada a las adquisiciones a título oneroso, se comprende por qué no se incluyen los bienes que se reciben por herencia, legado, donación o cualquier otra liberalidad.

El bien será propio si es transmitido a título gratuito a uno de los cónyuges. Si se beneficia a ambos consortes, surge un condominio y cada uno de ellos incorporará en su patrimonio personal la alícuota correspondiente.

Debe observarse que, respecto de las donaciones remuneratorias, el bien donado tendrá carácter social. En efecto, la donación es siempre un acto gratuito; la denominación empleada de "donación remuneratoria" no puede explicarse sino como un vicio de lenguaje.

Las donaciones remuneratorias son aquellas que se hacen en pago de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero, y por las cuales éste podría pedir judicialmente el pago al donante. En estos casos, el acto es onerosa y se gobierna por las reglas del pago. En consecuencia, es una adquisición a título oneroso.

### 4. Indemnización por accidentes o por seguros de vida

La indemnización por accidentes o la que se paga en cumplimiento de un contrato de seguro que cubre los riesgos personales indicados, tienen carácter personalísimo porque el resarcimiento equivale a la alteración, disminución o pérdida de la actividad del cónyuge; indemnización que por eso es incommunicable al patrimonio social, que se forma con los productos de aquella actividad personal y no con ésta, que es exclusivamente de su autor.

En este caso, se establece expresamente la deducción de las primas pagadas con bienes de la sociedad. Es la aplicación de la teoría del reembolso, que pretende conservar el equilibrio de los patrimonios: si el beneficiario para obtener la indemnización que resulta por el hecho del seguro, aprovecha de una inversión de fondos que son sociales, es natural que se halle obligado a su reembolso, en la misma medida que se afecta para ese objeto el patrimonio social.

En esta disposición se omitió referirse a la indemnización por daños inferidos a bienes propios de cada cónyuge, así como la que se perciba en cumplimiento de un seguro real. Igualmente la indemnización es un bien propio porque viene a reemplazar o a sustituir el bien en el patrimonio personal del cónyuge, quien ha sufrido la destrucción o deterioro del mismo. La regla de la subrogación real viene a completar el vacío; la indemnización no puede ser calificada como social, por no estar comprendida en la relación de bienes propios.

#### 5. Derechos de autor o inventor

Se tratan en este dispositivo dos derechos -de autor y de inventor- que están íntimamente vinculados y son indisolubles de la persona del creador o inventor; en ello radica el carácter propio del bien.

No obstante, se omite referir a otros derechos inherentes a la persona como son los demás derechos intelectuales: nombre y lema comercial, marca de fábrica o de servicio, diseño y modelo industrial, etc., y también la calidad de asociado de una asociación, por ejemplo.

. Por ello, la regla debería considerar como bienes propios a todos los derechos inherentes a la persona, y no solamente a los derechos intelectuales. Sin embargo y mientras no se realice la respectiva reforma legislativa, los demás derechos personalísimos -no mencionados expresamente en este dispositivo- deben ser considerados siempre como bien propios por tener tal condición. El precepto de ser un bien social por no estar incluido en la relación de bienes propios resulta ser contrario a su naturaleza.

#### 6. Libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo

Se trata en este dispositivo de los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, que por servir de modo directo al cónyuge -sin los cuales quedaría impedido de trabajar- son calificados como bienes propios. No obstante que para esta calificación se prescinde del origen de los fondos empleados para su adquisición, la regla de la subrogación real -que tiende a conservar íntegro un patrimonio a través de los sucesivos actos de disposición realizados sobre el mismo- determina o que el bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio tenga la calidad de los fondos empleados para su adquisición o que surja un crédito a favor del patrimonio del que se emplearon los fondos para la adquisición, el cual será reembolsado por el cónyuge a quien se atribuye la titularidad del bien.

Al respecto y por contemplarse en forma excepcional en nuestra legislación la teoría del reembolso y como regla general el principio de la subrogación real, se concluye que los bienes mencionados en el presente inciso tendrán la calidad de propios si son adquiridos íntegramente con fondos propios. Sin embargo, debe producirse la incorporación de la teoría del reembolso como regla general a fin de que, cuando se califique un bien como propio o social con independencia de la procedencia de los fondos con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del patrimonio social o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado

al tiempo de la liquidación. Esta regla, que será aplicable a las adquisiciones de bienes, tiende a dejar indemne al patrimonio que anticipó dinero para adquisiciones en favor de otra masa patrimonial; se establecería con carácter recíproco, bien resulte un reembolso en favor de la sociedad de gananciales o de un cónyuge.

Mientras no se produzca esta reforma legislativa, estos bienes serán propios, pues así lo define el inciso 6, sin distinguir la fuente de su adquisición.

De otra parte, se dispone que también son bienes propios los instrumentos que sean accesorios de una empresa que tiene tal calidad. Ello es así por el principio de que las partes accesorias de un bien siguen la condición de éste. Conviene precisar que una empresa tiene la calidad de bien propio cuando ha sido constituida o fundada con fondos propios. Aquí se comprenden las figuras de la empresa unipersonal y de la empresa individual de responsabilidad limitada. De otra parte, los accesorios de una empresa son todos aquellos bienes que coadyuvan a la obtención del giro al que está destinado la empresa.

## 7. Acciones y participaciones de sociedades

Aunque la fórmula textual elegida en este dispositivo no es del todo precisa, se trata de un caso de aplicación particular del principio de la procedencia del derecho --gen de nuevas adquisiciones. Así, se califica como bienes propios las nuevas acciones y participaciones que se distribuyen por un aumento de capital a consecuencia de la revaluación de activos fijos en una sociedad donde un cónyuge tiene acciones o participaciones de carácter propio.

Sin embargo y por la fórmula textual empleada, también pareciera ser un supuesto derivado del principio del carácter gratuito de la adquisición del bien durante el matrimonio por cuanto, en los casos de aumento de capital por revaluación de activos fijos, los socios no realizan aporte alguno. Las diferentes interpretaciones aludidas cobran importancia respecto de los supuestos más usuales en que se aumenta el capital de una sociedad donde un cónyuge tiene acciones o participaciones con carácter propio: nuevos aportes y capitalización de utilidades.

Así, si se atiende el principio de la procedencia del derecho origen de nuevas adquisiciones, en todos los casos, las nuevas acciones o participaciones que se distribuyan tendrán el carácter de propias si el cónyuge tiene en esa sociedad acciones o participaciones inicialmente propios. En tal sentido y en el caso de producirse nuevos aportes, el cónyuge deberá reembolsar el valor satisfecho a costa del patrimonio social si para ello empleó fondos sociales.

Respecto de la capitalización de utilidades, como no hay dividendos por haber resuelto la sociedad la no distribución de la ganancia, el cónyuge reembolsará a la sociedad el valor de los beneficios que se capitalizaron para reservar el derecho del otro consorte.

En cambio, si consideramos el principio del carácter oneroso o gratuito de la adquisición durante el matrimonio, las acciones que se reciban serán propias, si los nuevos aportes se realizaron con fondos propios; o serán sociales, si se

efectuaron con caudal social. Respecto de la capitalización de utilidades, las acciones que se perciban serán sociales por referirse a frutos civiles, que tienen la calidad de bienes sociales.

Parece ser estas últimas apreciaciones las que prevalecen en nuestro Código Civil, toda vez que ni la teoría del reembolso ni el principio de la procedencia del derecho origen de nuevas adquisiciones están contempladas como reglas generales no obstante, las primeras soluciones s~ ajustan más a la idea de preservar el equilibrio patrimonial existente al momento de celebrarse el matrimonio.

#### 8. Renta vitalicia a título gratuito u oneroso

La primera parte de este dispositivo constituye un supuesto de aplicación del Principio del carácter gratuito de la adquisición durante el matrimonio: la renta vitalicia otorgada gratuitamente por un tercero a favor de uno de los cónyuges. La gratuidad reside en la falta de contraprestación a cargo del cónyuge beneficiado.

La segunda parte de esta norma es un caso de aplicación de la subrogación real: la suma de dinero o el bien fungible que recibe el cónyuge beneficiado viene a sustituir en su patrimonio personal a los bienes empleados para cumplir con la contraprestación de su parte.

#### 9. Vestidos, objetos de uso personal y otros

Este dispositivo se refiere a bienes propios que sirven a la persona para satisfacer sus necesidades de vestido y a objetos vinculados a sus méritos y afectos; razones por las cuales se les califica como bienes propios.

Respecto de los primeros, es claro que las necesidades de vestido son atendidas con bienes que no tienen un valor extraordinario. En estos casos y como están destinados a levantar una carga familiar, resulta evidente no exigir reembolso alguno por estar destinados los bienes propios y sociales al sostenimiento de los cónyuges; dependiendo, también, del entorno económico y social en el que vivan.

Esto es más resaltante con relación a los segundos, que ordinariamente carecen de valor pecuniario y no requieren la utilización de fondo alguno para su adquisición.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Buenos Aires, Ejea, 1967; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZA~NONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTAN TOBENAS, José. Derecho Civil español común y toral, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985;



DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodory WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de De recho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo 111, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARANDIARAN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, NAST, Maree!. Traité pratique de Droit Civil trancais, tomo V/II. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea-O; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Que es cierto que el inciso tercero del artículo 302 del Código Civil preceptúa que son bienes propios de cada cónyuge los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito, empero, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen que quedan comprendidos dentro de este grupo los bienes obtenidos por causa de herencia, legado y donación".

(Cas. N° 251-95-Lambayeque, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, Hinojosa Minguez, Alberto, Jurisprudencia Civil, tomo 11/, p. 37)

"Los bienes adquiridos antes del matrimonio, tienen la calidad de bienes propios".

(Exp. N° 1942-85-Lima, Normas Legales N° 146, p. 468)

"Son bienes propios de cada cónyuge los que se adquieran durante la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla. El término causa debe entenderse como el motivo o el antecedente necesario que origina un efecto, y también el fundamento necesario por el cual se adquiere un derecho. Se trata en consecuencia, de aquellos bienes sobre los cuales uno de los esposos ya tenía un derecho antes de casarse".

(Cas. N° 1715-96-Piura, El Peruano, 8/06/98, p. 1267)

"El bien cuya declaración de bien libre pretende el recurrente fue adquirido con anterioridad a contraer matrimonio, mediante contrato de compraventa a plazos y con pacto con reserva de propiedad, es decir que el vendedor se reservó el derecho de propiedad, hasta que el comprador demandante cumpla con pagar totalmente el precio convenido. Habiéndose cumplido con cancelar dicho precio

con posterioridad a la celebración del matrimonio en vigencia de gananciales, el bien resulta ser común".

(Cas. N° 138-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 145)

"Los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales, constituyendo un patrimonio autónomo distinto del patrimonio de cada cónyuge, y por lo tanto no están sujetos a un régimen de copropiedad, es decir, los cónyuges no son propietarios de alícuotas respecto a los bienes sociales; por ello es que cuando se ejercita un acto de administración o de disposición de un bien social, quien lo ejercita es la sociedad de gananciales e igualmente cuando acontece la liquidación de la sociedad de gananciales, quien transfiere los gananciales a cada cónyuge es dicha sociedad y no se trata de una mutua transferencia de derechos entre cónyuges".

(Cas. N° 1895-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 146)

"Luego del fin del régimen patrimonial de sociedad de gananciales con sentencia firme que establece la separación de cuerpos, si los cónyuges se han reconciliado y han ostentado la posesión constante de casados, los bienes adquiridos durante ese lapso deben sujetarse al régimen de sociedad de gananciales. En este caso no debe exigirse que los concubinas se encuentren libres de impedimento matrimoniar.

(Cas. N° 2732-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 146)

## ADMINISTRACIÓN DE BIENES PROPIOS

### ARTICULO 303

Cada cónyuge conserva /a libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravar/os.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 306, 308, 328

C. de C. art.10

### Comentario

***Alex Plácido Vilcachagua***

Con relación a los bienes propios, la regla general es que cada cónyuge conserva la libre administración de éstos y puede disponer de ellos o gravarlos (artículo 303 del Código Civil). El ejercicio de estas facultades del cónyuge propietario debe realizarse en armonía con el interés familiar; éste se constituye en la medida para afectar patrimonial mente a la familia y es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes propios, que lo perjudica, o para verificar la realización de uno, que demanda.

Si bien no hay norma expresa sobre el particular, por el principio constitucional de protección de la familia y por la consideración en el Código Civil de que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, es implícito que la gestión de los bienes debe responder al interés familiar, como precepto rector, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor. Así como el ejercicio de la propiedad debe realizarse en armonía con el interés social, la gestión de los bienes en el matrimonio debe responder al interés familiar. Éste se impone como un límite natural a la administración y disposición de bienes propios y sociales, según el caso; se constituye, pues, en la medida necesaria para afectar patrimonial mente a la familia y que, de hecho, los cónyuges utilizan en un matrimonio normal. Por ello y ante su inobservancia por uno de los cónyuges, el interés familiar es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes que lo perjudica o para verificar la realización de uno que demanda.

La consideración al interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio surge del código ético-jurídico que se impone a los consortes para el cumplimiento de los deberes conyugales. Como se ha indicado, el código ético-jurídico está integrado por diversas normas que evidencian la unidad personal que resulta para los cónyuges de las nupcias: el respeto y consideración, la consulta y coordinación recíprocas deben ser la regla de oro de las relaciones conyugales y, en especial, de la toma de decisiones con repercusión patrimonial. Por ello, se impone a los mismos una conducta moral tal que haga posible que la unidad de la pareja sea una realidad y tiendan al sostenimiento de la familia, según los roles asumidos.

Dentro de esta concepción, la gestión de los bienes propios -sea en el régimen de sociedad de gananciales o en el de separación de patrimonio-, cuya regla general es que cada cónyuge conserva la libre administración de éstos y puede disponer de ellos o gravarlos, debe realizarse en armonía con el interés familiar.

Por esta razón, legislaciones como la española y la argentina contemplan expresamente una limitación al poder dispositivo de bienes propios a fin de proteger el hogar familiar. Establecen que para disponer o gravar el inmueble donde está constituido el domicilio conyugal y de los muebles de uso ordinario de la familia, se requiere la intervención de ambos cónyuges, aunque tales bienes pertenezcan a uno solo de ellos. Por ello es que admiten por vía de autorización judicial supletoria, ante la oposición del otro esposo, la enajenación del inmueble o de los muebles comprendidos en el menaje ordinario del hogar, si el propietario asegura otro ámbito suficiente, según el nivel económico del matrimonio.

Agregan que la pretensión conferida se mantiene aun después de disuelto el matrimonio, cuando hay hijos menores o incapaces por cuanto la necesidad de éstos de contar con vivienda, no puede estar sometida a la frustración de la relación matrimonial y la consecuente disolución del matrimonio. Finalmente, señalan que el acto al que le falta el concurso de la voluntad del otro, está viciado de anulabilidad por estar comprometido el interés patrimonial de aquél, o el interés de los hijos, según el supuesto; siendo, entonces, susceptible de confirmación por el que no interviene.

La medida anotada tiene su razón de ser en la necesidad de satisfacer el interés familiar: salvar a cualquiera de los cónyuges de la arbitrariedad o mala voluntad del otro e impedir un ejercicio antifuncional y abusivo de los derechos.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Buenos Aires, Ejea, 1967; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTÁN TOBENAS, José. Derecho Civil español común y toral, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCIA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del

matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo III, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, NAST, Maree!. Traité pratique de Droit civil français, tomo VIII. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925; PLACIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Es válida la enajenación de los bienes propios producida antes de la celebración del matrimonio, por lo que la cónyuge carece del derecho de demandar la nulidad de la venta de dicho bien".

(Exp. N° 602-95-Tacna, Ramírez Cruz, Eugenio, Jurisprudencia Civil y Comercial, p. 335)

"La porción donada por uno de los cónyuges sólo comprende el cincuenta por ciento del bien inmueble, como extensión superficial, sin referirse a ninguna edificación que pudiera existir sobre dicho terreno. Pero, tratándose de un bien propio del marido, en lo que se refiere exclusivamente al terreno y en la proporción que le correspondía en bien indiviso, no requería del consentimiento de su cónyuge para efectuar la donación a favor de su madre".

(Exp. N° 712-95-Huaura, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias Supremas Civiles, 1993-1996, p.170)

"La sociedad conyugal ha sido considerada como un patrimonio autónomo, igual calificación corresponde a una situación de copropiedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del Código Procesal Civil.

Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no haya norma legal que impida que sean embargados en garantía de obligación, por eso el artículo 330 del Código sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación. Sin embargo, además es preciso señalar, que no se debe confundir la medida cautelar de embargo con la ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que se produzca la separación de patrimonios".

(Cas. N° 938-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 146)

## RENUNCIA A HERENCIA, LEGADO O DONACIÓN

### ARTICULO 304

Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts, 310, 674

### Comentario

#### Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Las liberalidades, provenientes de donaciones, herencias instituidas por testamento o legados, particularmente las que carezcan de cargo (artículos 185 y ss., y 1642), es decir, las liberalidades puras y simples, es a lo que apunta este artículo, además de las herencias legales y la legítima, que no constituyen actos o negocios jurídicos sino que son derechos, por lo que nunca podrán estar sometidas a modalidad alguna.

Es importante destacar que las liberalidades modalizadas con cargo se excluyen de este supuesto, porque en la medida en que el cumplimiento del cargo va a constituir una obligación para el beneficiario de la liberalidad (LOHMANN), éste tiene el pleno derecho de aceptarla o de rechazarla, sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge.

Es pertinente mencionar que el cargo o modo impone una conducta o limitación del uso del bien que se recibe, siendo la propia liberalidad usualmente el medio de cumplir con el cargo (DE LOS MOZOS); esta obligación en que consiste el modo o cargo tiene por objeto una prestación y no una contraprestación pues no está en relación de equivalencia con la prestación objeto de la liberalidad y porque su ligazón a ella es en relación de coordinación o subordinación (TORRALBA SORIANO).

El numeral comprende las liberalidades intervivos (donaciones) y las mortis causa (legados o la institución de heredero), como la herencia de los herederos legales (quienes son llamados a suceder a falta de testamento, entre otros supuestos, artículo 815, sobre herencia legal) y el derecho de los legitimarios, mal llamados herederos forzosos. En efecto, la legítima no debe confundirse con la herencia, pues mientras que la primera es un derecho, la segunda sería el contenido del derecho. Asimismo, la legítima es un concepto más amplio que el de herencia, pues mientras éste abarca solamente el patrimonio dejado al fallecimiento del causante, la legítima se calcula sobre el valor de la herencia neta más el valor de las donaciones -a legitimarios o a terceros- realizadas en vida del causante y que excedan la porción de libre disponibilidad. Más aún, si un legitimario recibió en vida del causante bienes que cubren su derecho, al fallecer éste, el legitimario ya no recibirá nada, por lo que no siempre un legitimario es un heredero. Por otra parte tampoco puede hablarse de ninguna

herencia forzosa, desde que cualquier heredero -legitimario o no- puede renunciar a ella (LOHMANN).

En este punto es menester señalar que los actos o negocios gratuitos y las liberalidades no son términos sinónimos o indistintos. Los primeros -actos en los que existe contraprestación- van a estar respecto de las segundas en una relación de género a especie, pues las liberalidades implican el empobrecimiento de un patrimonio (del donante, por ejemplo) y el enriquecimiento de otro (correspondiente al donatario, heredero instituido, legatario), a diferencia de otros actos o negocios a título gratuito que no van a tener estas consecuencias (mutuo sin intereses, comodato, depósito). Toda liberalidad es un acto o negocio gratuito, pero no a la inversa.

Dentro de esta lógica estaría considerada la condonación o remisión de deuda, para muchos una forma de donación, pues este crédito se encuentra dentro del activo de una persona y a su vez dentro del pasivo de otra, y al producirse esta figura extintiva de obligaciones, sale del activo de una y reduce el pasivo de la otra, incrementando su patrimonio neto. Esto será más evidente en caso de que la deuda se hubiese generado de un contrato con prestaciones recíprocas en el que una de las partes cumplió con su prestación y se le adeuda la contraprestación, que será luego el objeto de la condonación. En cambio, si lo que se condona es la obligación de entregar algo en mérito de un contrato de donación, la relación con la liberalidad se torna algo más difusa y pierde algo de sentido, aunque no por ello deja de ser una liberalidad.

Dentro del régimen de sociedad de gananciales, si bien las adquisiciones por causa de liberalidad o por algún derecho como la legítima o la herencia legal van a ingresar al patrimonio privativo de cada cónyuge, como bien propio, el precepto bajo comentario establece que ninguno de ellos puede renunciar a ellas (si se trata de herencias, legítima o legados) o dejar de aceptarlas (en el caso de las donaciones) sin el consentimiento del otro cónyuge.

La intención de la norma pareciera ser la protección de la familia, previniendo que la obligación general de contribución al sostenimiento del hogar se vea perjudicada (ver comentario al artículo 300). Pero correspondiendo esta genérica obligación tanto a los cónyuges en el régimen de sociedad de gananciales como a los que se encuentren en el de separación de patrimonios, se exigiría el consentimiento del otro cónyuge para renunciar a herencias, legítima y legados y no aceptar donaciones en ambos regímenes, y esto no es así. Por ello, no es ésta la razón del dispositivo.

El fundamento de la norma estriba en que en el régimen de sociedad de gananciales, los frutos y productos de todos los bienes, sean propios o sociales, así como las rentas de los derechos de autor e inventor, son sociales. Entonces, se trata de un derecho expectatio que corresponderá a la sociedad, lo que la ley pretende proteger.

Lo que la comunidad tiene respecto de los bienes propios de los cónyuges es el uso y goce, sus frutos y rentas le pertenecen, quedando a favor de su dueño,

lo que podría denominarse un derecho de nuda propiedad, propiedad que se restablecerá en toda su plenitud al disolverse la sociedad (BORDA).

Decimos que la ley "pretende proteger" y no que "protege" este derecho de la sociedad sobre los frutos, productos y rentas, puesto que tal protección no es, en realidad, del todo efectiva. Y esto se debe al derecho que cada cónyuge mantiene sobre sus bienes propios, pudiendo disponer de ellos o gravarlos (artículo 303). Nos encontramos, pues, frente a la contradicción de requerirse de la aprobación del cónyuge para rechazar una donación, ante cuya negativa a otorgar tal consentimiento el bien ingresará al patrimonio personal y privativo del beneficiario, pero éste luego podrá disponer de él, lo que incluye venderlo, permutarlo, donarlo, sin intervención alguna del otro. No se requiere del consentimiento del otro cónyuge para enajenaciones de ningún tipo, sean a título oneroso o gratuito, a diferencia, por ejemplo, de la legislación venezolana, que si bien no regula lo relativo al consentimiento del otro cónyuge para la renuncia o no aceptación de herencias o donaciones, sí dispone que en caso de enajenaciones a título de liberalidad intervivos, se tiene que obtener tal consentimiento. "En efecto, la exigencia legislativa se funda en que la comunidad de gananciales es beneficiaria de los frutos civiles o naturales, según el caso, provenientes de los bienes propios de los cónyuges. De manera que la exclusión de un bien propio del cónyuge, a título gratuito por actos entre vivos, comporta una disminución de los ingresos, vale decir, un perjuicio para la masa patrimonial común, que a juicio del legislador requiere la manifestación de consentimiento del otro integrante de la comunidad de gananciales para su validez" (WILLS).

. Es cierto que si los actos de disposición excesiva fuesen el resultado de una aptitud irracional o de una ausencia de aptitudes de ponderación del valor de los bienes o de su adecuado manejo, el otro cónyuge puede plantear una acción de Interdicción por causa de prodigalidad (artículo 584) o de mala gestión (artículo 585) o de invalidez de donación (artículo 1629) (CORNEJO CHÁVEZ), pero no siempre se estará ante un caso de incapacidad, y para ver si procede la reducción o donación hay que esperar a que fallezca el donante. Por otro lado, atentar contra el derecho de propiedad es asunto delicado, por lo que nuestro legislador adoptó la posición de no interferir con él, bastando la mencionada restricción a la libre renuncia a las herencias, legítimas y legados y no aceptación de las donaciones.

No obstante, en aras de la protección a la familia, más aún si se ha optado por un régimen de comunidad, creemos que debería haber ciertas limitaciones a la libre disposición de los bienes propios para determinados casos en que efectivamente exista abuso, como en el caso de que uno de los cónyuges únicamente aporte a la sociedad el importe del alquiler del inmueble de su propiedad, en tanto que el otro realice la totalidad de los demás aportes, ya sea mediante sus bienes propios, su trabajo, o ambos, y el primero disponga de su inmueble, dejando toda la carga económica de la sociedad en manos de su consorte. O en caso de que disponiendo de ese bien y privando así a la sociedad de sus frutos, reduzca el nivel de vida de la familia o lo ajuste en forma demasiado estrecha. En estos supuestos debería haber intervención del cónyuge para actos de disposición a modo de liberalidad. Pero si no causa ningún perjuicio o menoscabo a la sociedad, entonces no habría problema en



que cada uno disfrute a plenitud de las facultades inherentes al derecho de propiedad sobre sus bienes propios.

De igual forma, respecto a la renuncia a herencia, legítima y/o legados, ya la no aceptación de donaciones, el cónyuge debería poder oponerse solo si se prueba que con tal rechazo efectivamente se perjudica a la familia, además de la evaluación de la justa causa que podría tener el beneficiario para repudiar la liberalidad o herencia, por ejemplo si el regalo proviniese de fuente indeseable, como alguien que fue causa de dolor o vergüenza familiar o personal, o de persona de dudosa reputación en la sociedad, etc.

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, 1: Familia. 9~ edición. Perrol. Buenos Aires, 1993; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, I. 6~ edición. Studium. Lima, 1987; DE LOS MOZOS, José Luis. El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial. En: Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1978; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Los actos a título gratuito y su connotación en el Derecho. En: El Código Civil del Siglo XXI, 1, Jorge Muñiz, Atilio.A. Alterini y Carlos A. Soto, coordinadores. Ediciones Jurídicas. Lima, 2000; LEaN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, I. Ediar. Buenos Aires, 1954; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Derecho de Sucesiones. /1 - Primera Parte, Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVII. Fondo Editorial PUCP. 1996; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. ¿Es la legítima herencia forzosa? (y otras reflexiones a propósito de los arts. 723 y 1629 def Código Civil): En: Ius et Veritas. Año~.NQ 10. Lima, julio de 1995; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El Negocio Jurídico. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, 1997; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Y D'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia, /I. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires,1994. PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2~ edición. Idemsa. Lima, 1996; TORRALBA SORIANO, Vicente. El modo en el Derecho Civil. Editorial Montecorvo. Madrid, 1967; WILLS RIVERA, Lourdes. Régimen patrimonial durante el matrimonio. En: El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, 11. Aída Kemelmajer de Carlucci, coordinadora. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2000; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia, I. 3~ edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL OTRO CÓNYUGE

### ARTICULO 305

Si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba.

### CONCORDANCIA:

C.C. art. 300

### Comentario

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca*

La libertad de administración que cada cónyuge tiene sobre sus bienes propios se encuentra encuadrada, en forma concreta, en el hecho de que los frutos y productos de tales bienes pertenecen a la comunidad (artículo 310) y, de manera general, en la obligación que ambos esposos tienen de contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas (artículo 300).

Como bienes sociales, los frutos, productos y rentas que provengan de los bienes propios, deben destinarse a pagar las obligaciones de la sociedad, en primer lugar, como el sostenimiento de la familia (alimentación, vestido y salud de los cónyuges y sus hijos); la educación, protección y formación de los hijos comunes; los gastos del hogar en general-alquiler, luz, agua, teléfono, seguridad, tributos, mantenimiento en general del domicilio conyugal, etc.-; los alimentos que legalmente uno de los cónyuges deba dar a otras personas; el importe de lo donado o prometido por ambos cónyuges a los hijos comunes; las mejoras necesarias, reparaciones y tributos en predios propios; las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los esposos, con consentimiento de éste; las mejoras, reparaciones y tributos en los bienes sociales; los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes sociales como los propios, cualquiera que sea la época a que correspondan; las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge; los gastos que cause la administración de la sociedad (obligaciones de ambos cónyuges, bajo cualquier régimen: artículos 235, 287, 300, 423. Obligaciones de cargo de la sociedad de gananciales: artículo 316).

El artículo 305 establece que en el caso de que uno de los cónyuges no contribuyera con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte.

Es de observar que la contribución al sostenimiento del hogar, obligación establecida en forma general, corresponde a los cónyuges bajo cualquier régimen patrimonial en que se encuentren (artículo 300, y también artículos 235, 287 Y 423), en el régimen de sociedad de gananciales está específicamente detallada como de cargo de ella (artículo 316), y la manera como se cumplirá también: con los bienes sociales.

Está claro también que los bienes sociales no pertenecen a los cónyuges por separado, sino a la comunidad, por lo que los frutos o productos de los bienes propios, apenas se generan, forman parte del patrimonio social, no siendo en ningún momento propios de ninguno de los cónyuges. En otras palabras, los frutos, productos o rentas de los bienes propios de uno de los consortes jamás son bienes propios de éstos, sino que nacen, se originan, se generan como bienes sociales. Por ello la redacción de la norma que comentamos no es idónea, pues puede conducir a algún equívoco, ya que pareciera dar a entender que los frutos o productos de sus bienes propios le pertenecen y que con ellos debe realizar su aporte a la sociedad, lo que no es así. En efecto, el cónyuge propietario del bien que genera frutos o productos no tiene que contribuir con estos frutos o productos, pues no le pertenecen; le pertenecen, por derecho, desde el principio, a la sociedad. Lo que tiene que hacer, eso sí, es no obstaculizar su percepción o recaudación y ponerlos a disposición de la sociedad de inmediato.

Hecha la aclaración, entonces, si uno de los cónyuges obstruye el derecho de la sociedad sobre estos bienes sociales aprovechando su condición de propietario único del bien que los genera, el otro cónyuge puede pedir -al juez- que pasen a su administración, total o parcialmente, según el caso. Aquí entonces uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin necesidad de poder (PERALTA).

El objeto de esta medida es claro; en modo alguno se trata de gravar ni mucho menos de disponer de tales bienes, sino únicamente de administrarlos, a fin de destinar sus rendimientos al sostenimiento del hogar (CORNEJO).

La disposición o gravamen de los bienes solo podrá ser realizada por el propietario; podrá efectuarse por el otro cónyuge o por un tercero si es que cuenta con poder otorgado por el propietario, por escritura pública (artículo 156).

No obstante, puede darse abuso por parte del cónyuge administrador, quien Podría gravar o disponer de los bienes en beneficio propio o incluso en beneficio de la sociedad conyugal. Lo señalado puede ocurrir cuando el bien no está registrado. Cabe señalar que en principio, los inmuebles no deberían adolecer de falta de inscripción, pero se dan casos en que por ausencia de catastro no están registrados. Asimismo, al ser el registro en nuestra legislación vigente declarativo y no constitutivo de propiedad -aunque con visos de reforma en este sentido-, aún no ofrece las seguridades del caso. En el caso de los bienes muebles, los hay con registro y sin él. Los bienes muebles no registrados son los que sufren el mayor riesgo de ser dispuestos o gravados sin conocimiento del verdadero propietario ni del tercero adquirente o en cuyo favor se grava.

Ahora bien, si es un bien inmueble, no podrá hipotecario, pues la hipoteca nace con la inscripción; y respecto a disponerlo, necesitará al menos un documento en que conste su título de propiedad, por lo que el tercero adquiriente no podría pretender derecho alguno frente al cónyuge propietario, el que, en cualquier caso, puede interponer la acción reivindicatoria contra el tercero, y la de daños y perjuicios contra el cónyuge abusivo. Por su parte, el comprador de buena fe puede interponer la acción rescisoria por venta de bien ajeno (artículo 1539). Esto es de aplicación a los bienes muebles no registrados, cuya propiedad suele ser de muy difícil probanza. Los bienes muebles registrados, como los vehículos motorizados, en cambio, no ofrecen este problema, como tampoco lo ofrecen algunos bienes muebles que nadie más que el propietario puede enajenar o gravar, como por ejemplo, las acciones nominativas.

Asimismo, también podría el cónyuge administrador destruir -culposamente, y no como consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor- el o los bienes propios del otro cónyuge. Todos estos supuestos fueron previstos por la norma, que dispone que en estos casos (cuando al negar un cónyuge a la sociedad su derecho a los frutos y productos de sus bienes propios, el otro cónyuge pueda administrarlos), el cónyuge administrador "está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba".

El Código establece que la garantía será la hipoteca, lo cual no tiene razón de ser, ya que existen otras garantías reales o personales que podrían revestir similar o mayor solidez. Las garantías más eficientes, en particular para estos casos, son las que no requieren entrega física del bien, es decir, las hipotecas y las prendas sobre bienes muebles inscritos (entrega jurídica), sin olvidar las garantías personales que, dependiendo de la solvencia moral y económica del fiador o aval, pueden ser muy seguras. Al fin y al cabo, de lo que se trata es que la garantía sea suficiente, lo que abarca no solo cantidad sino calidad, pues en principio se persigue salvaguardar el bien del cónyuge propietario.

Por otro lado, la norma toma en cuenta la posibilidad de que el cónyuge que quiere administrar los bienes del otro carezca de bienes propios que dar en garantía, o de obtener una garantía personal, corriendo el riesgo de no poder impedir que el cónyuge propietario continúe negándose a entregar los frutos que por ley pertenecen a la sociedad. De darse esta situación, el juez evaluará las circunstancias podrá decidir si el monto de la garantía es suficiente, si la garantía es adecuada, incluso, según la gravedad del caso, podría no exigir la constitución de garantía alguna.

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, 1: Familia. 9ª edición. Perrot. Buenos Aires, 1993; CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano, Sociedad Conyugal, I. 6ª edición. Studium. Lima, 1987; DIAZ V -LDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. 10ª edición. Lima, s/e, 1998; LEÓN BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Tomo 1. Ediar. Buenos Aires, 1954; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, y D'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia, 11. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 1994;

PERALTA ANOÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2A edición. IDEMSA. Lima, 1996; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo 1. 3ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

....

## **FACULTAD DEL CÓNYUGE ADMINISTRADOR**

### **ARTICULO 306**

Cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro, no tiene éste sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del propietario.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arto 303

### **Comentario**

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca*

Como regla general, los cónyuges poseen facultades de administración y de disposición o gravamen sobre sus bienes propios (artículo 303), lo que quiere decir que cada uno tiene la libertad de administrarlos según su propio criterio, así como de afectarlos o enajenarlos libremente, ciertamente esto último con las restricciones que la ley establece en aras de la protección de la familia. Estas limitaciones tienen que ver con el ejercicio arbitrario o abusivo de la autonomía privada y del derecho de propiedad versus los intereses de la familia creada por el individuo, como la donación inoficiosa o la interdicción por causa de mala gestión o prodigalidad, las cuales, como ya se ha señalado (ver comentario al artículo 304), resultan insuficientes para conferir auténtica y eficaz protección a la familia.

En cuanto a la administración, excepcionalmente ésta puede pasar al otro consorte:

- Por representación legal de la sociedad. La ley dispone que uno de los cónyuges asuma la administración de los bienes de la sociedad y de los bienes propios del otro cuando éste está impedido de hacerla por interdicción u otra causa, si se ignora su paradero o se encuentra en lugar remoto, o si ha abandonado el hogar (artículo 294).

1- Por decisión judicial. La administración de los bienes propios de uno de los cónyuges pasa al otro, por mandato judicial y a solicitud de este último, a fin de destinar sus frutos, productos o rentas -que son bienes sociales- al sostenimiento del hogar (artículo 305), debido a que el cónyuge propietario de tales bienes no está cumpliendo dicha obligación.

- Voluntariamente. Éste es el caso del numeral que nos ocupa.

Este artículo contempla una situación muy distinta de las dos anteriores. Se trata de la autorización voluntaria por parte del cónyuge que tiene bienes propios para que su consorte los administre total o parcialmente, atendándose a la particularidad de la relación conyugal, a la que por su propia naturaleza se

le conceden ciertas prerrogativas, exonerándosele de algunos mínimos formalismos indispensables en otros ámbitos.

La autorización que el cónyuge propietario confiere al otro para administrar puede ser expresa, es decir, por instrumento público o privado o verbal (MÉNDEZ COSTA y D'ANTONIO) y, en general, cuando los medios empleados por el consorte tienen por finalidad dar a conocer su voluntad interna directamente al otro cónyuge (VIDAL).

También puede ser tácita, que resulta de actos por los que se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exige una expresión positiva o cuando no haya una protesta o declaración expresa en contrario (LEÓN BARANDIARÁN). La voluntad tácita es una voluntad real, a diferencia de la presunta, que puede no serlo; en el caso del artículo 306, la norma explícitamente alude al supuesto en que uno de los cónyuges "permite" - el texto del Proyecto de la Comisión Reformadora era más claro aún, si bien menos elegante, pues empleaba el término "deje" en lugar de "permite" - que sus bienes propios sean administrados por el otro en todo o en parte, por lo que efectivamente existe una voluntad evidenciada de manera clara a través de un comportamiento voluntario de inacción, no impidiendo, pudiendo hacerlo, la actuación jurídica del otro cónyuge en su nombre y representación (MÉNDEZ COSTA y D'ANTONIO). A modo de ilustración, "Si la esposa admite que su marido administre su estancia, no podrá luego no frente a él, ni frente a terceros, pretender la nulidad de los actos de administración, porque su inacción frente a la ostensible administración por el marido importa su mandato tácito. Pero lo que ya no puede ocurrir (...) es que el marido realice ocultamente y ante la ignorancia de su mujer, actos que pueden comprometer la responsabilidad o los bienes de ésta" (BORDA).

La norma contempla, pues, el supuesto de la administración de los bienes propios de un cónyuge por el otro aun sin la autorización expresa del primero, bastando únicamente que éste deje que el otro lo haga, sin decir ni hacer nada. Simplemente le permite administrar los bienes en mención sin objetarlo, lo que se explica por la naturaleza sui géneris de la relación conyugal (CORNEJO). Al ser voluntaria la autorización, quiere decir que existe una dosis implícita de confianza en lo que la ley decidió no entrometerse, por lo que no exige constitución de garantía alguna al cónyuge administrador, como sí lo hace en el supuesto de administración por decisión judicial (artículo 305), solución no compartida por todos; así, por ejemplo se ha afirmado que, "oo. en el caso de una sociedad tan íntimamente entrelazada como es el matrimonio, hay razón para que se presuman los riesgos que trata de prevenir el artículo 305 para un caso semejante de transferencia temporal de la administración de los bienes propios, por lo que lo menos que podría haberse hecho es que el cónyuge administrador constituya garantías, o conste de manera cierta el encargo de la administración en la forma del respectivo poder, para evitar lo que con frecuencia ocurre en la práctica, de que uno de los cónyuges asume arbitrariamente la administración exclusiva no solo de los bienes sociales sino también los propios del otro" (DÍAZ).

Cuando se da este supuesto, las facultades que la ley confiere son las de mera administración o administración ordinaria, que son actos que "tienen por finalidad la conservación del capital de un patrimonio, o la obtención de rentas, utilidades o productos que correspondan de acuerdo con su destino económico" (ZANNONI), como cobrar la renta devengada, obtener frutos (por ejemplo, los cultivos que periódicamente se realizan en tierras aptas para tal fin), utilidades o ganancias, o los actos de goce, conservación y uso de los bienes.

Se excluye de esta manera cualquier acto de disposición o afectación del bien, para lo cual sí será indispensable el otorgamiento de poder, con las formalidades exigidas para este tipo de actos (escritura pública) (artículo 156). Debe tenerse en claro que los actos de disposición o gravamen prohibidos son los relativos al bien o los bienes propios del cónyuge, y no a los frutos o productos percibidos que pueden ser enajenados, y esta enajenación constituir un acto de administración ordinaria, como por ejemplo la venta del fruto cosechado, que además de no alterar el capital del patrimonio económicamente considerado (ZANNONI), es bien social que debe aplicarse al sostenimiento del hogar.

Por otro lado, no se puede descartar la posibilidad de que se trate de un caso de actuación en nombre de otro sin autorización (también denominada representación directa sin poder), donde no participó en modo alguno la voluntad (ni expresa ni tácita) del cónyuge propietario, por lo que el acto será ineficaz para éste mientras no lo ratifique expresa o tácitamente (por ejemplo, aprovechando el resultado).

En efecto, muchas veces esta permisividad tácita precisamente se refiere a que el cónyuge propietario no se opone a actos ya realizados de los que se entera luego de efectuados, lo que va a ser en realidad una ratificación tácita, que va a dar lugar a una autorización tácita hacia el futuro. El problema en estos casos es que para el tercero con quien se celebra el acto jurídico será difícil saber si el cónyuge con quien está tratando tiene o no esta autorización tácita (o expresa, porque podría ser verbal). Un elemento que juega a favor del tercero es que éste actúa de buena fe basado en las apariencias, por tratarse de un simple acto de administración realizado por uno de los cónyuges, lo que es muy usual en nuestras sociedades. por su parte, el cónyuge que actuó sin autorización (ni expresa, ni tácita; ni mediando ratificación expresa, ni tácita) alguna, o el que teniéndola, administre los bienes del otro en forma dolosa o culposa, causándole un perjuicio al propietario, responderá por sus actos.

Asimismo, el cónyuge administrador está obligado a devolver los bienes a su propietario en cuanto éste lo requiera, lo que equivale a decir que no se necesita de preaviso ni formalidad de ninguna clase para ello.

Finalmente, creemos que esta norma es de aplicación también dentro del régimen de separación de patrimonios, salvo, claro está, lo relativo a los productos, rentas o frutos de tales bienes, que pasan a integrar el patrimonio propio del cónyuge propietario (artículo 327), pues en este régimen no hay



bienes sociales, aunque sí la obligación de proveer al sostenimiento del hogar (artículo 300), al igual que en la sociedad de gananciales.

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, 1: Familia. 91 edición. Perrot. Buenos Aires, 1993; CORN EJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano, Sociedad Conyugal, 1.61 edición. Studium. Lima, 1987; DIAI VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. 101 edición. Lima, sle, 1998; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. VIII: Régimen patrimonial del matrimonio. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El Negocio Jurídico. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, 1997; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, y D'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia. 11. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 1994; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica SA Lima, 2000; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia, I. 31 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"El artículo 306 del Código Civil dispone que si un cónyuge permite que el otro administre sus bienes propios, le deben ser restituidos a su requerimiento".  
(Cas. Ng 62- T-97-Huaura, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 27/02/98, p. 460)

## DEUDAS CONTRAIDAS CON ANTERIORIDAD AL RÉGIMEN

### ARTICULO 307

Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor.

#### CONCORDANCIA:

C. de C.      arto 10

#### Comentario

*David Quispe Salsavilca*

El enunciado de este artículo, referido al régimen de sociedad de gananciales, regula un tipo de deuda: la personal anterior a la vigencia del régimen. Comprende dos supuestos con efectos opuestos: a) el de las deudas anteriores al régimen sin beneficio del futuro hogar, enunciado general cuya consecuencia es el de ser pagadas con bienes propios del cónyuge deudor; y b) la deuda de cada cónyuge contraída en beneficio del futuro hogar, caso excepcional donde la deuda es pagada con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor. De esta manera se vinculan los conceptos de deuda y responsabilidad, estableciéndose las implicancias de la calificación de la deuda.

#### 1. La regla general de deuda y responsabilidad del artículo 307

a) La regla general al interior del sistema de deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales

La primera parte del artículo 307 resalta literalmente un caso específico de deuda inequívocamente propia, personal o privativa anterior el régimen de sociedad de gananciales; en esta orientación encuentra su complemento con aquella otra que enuncia que los bienes comunes responden por las deudas comunes (primer supuesto del artículo 317). De esto se deducen las siguientes reglas generales que vinculan el concepto de deuda con responsabilidad al interior del régimen de sociedad de gananciales: a) los bienes propios no responden por las deudas comunes, b) los bienes comunes no responden por las deudas propias y c) las deudas propias de un cónyuge no responden por las deudas propias del otro cónyuge. De esta manera la calificación de la deuda determina la masa patrimonial responsable de las consecuencias jurídicas por el incumplimiento de la obligación.

b) Naturaleza de la exclusión de la responsabilidad de bienes comunes por deuda propia

La regla general del artículo 307 establece indirectamente tanto una exclusión en la responsabilidad de los bienes comunes por deuda propia preganancial como de los bienes propios del cónyuge no deudor. Esta

característica, del bien común, le manifiesta una naturaleza sustancialmente distinta de la del bien sujeto al régimen de copropiedad regulado por los artículos 969 al 993 del Código Civil referido a los derechos reales.

Por ejemplo mientras los bienes comunes no responden por las deudas propias estableciéndose un patrimonio autónomo común distinto del patrimonio de cada uno de los cónyuges, en materia de la copropiedad el grado de configuración autónoma se reduce a un ámbito procesal que permite la participación con legitimidad para obrar de cualquiera de sus partícipes cuando son demandantes, conforme al artículo 65 del Código Procesal Civil. De esta manera la naturaleza del copropietario propietario exclusivo de la parte alícuota puede enajenar de su porcentaje, de su participación en el bien materia de copropiedad, por consiguiente esta participación responde por sus deudas propias y no configura un patrimonio diverso para efectos sustantivos. Por el contrario dentro de la sociedad de gananciales los bienes comunes requieren la conjunción de ambas voluntades conyugales, así como excluye la responsabilidad de los bienes comunes de las deudas personales.

## 2. Responsabilidad de bienes sociales por deuda propia en el artículo 307

### a) Delimitación del supuesto

La segunda parte de la norma se pone en el supuesto excepcional de que los bienes sociales puedan responder por alguna deuda propia contraída con anterioridad al régimen de gananciales. El supuesto que motiva esta excepción es que la deuda haya sido contraída en beneficio del futuro hogar, expresión que entendemos ha de comprender no solo al supuesto en que la deuda es contraída con anterioridad al matrimonio sino también la deuda del cónyuge bajo el régimen de separación de patrimonios, en beneficio del presente hogar pero en un futuro inmediato regido por las reglas de la sociedad de gananciales.

La presencia de este supuesto configura una situación en la cual por una deuda personal se responsabiliza a una masa patrimonial que no corresponde a la naturaleza de su calificación. De esta manera, es preciso establecer con claridad la distinción entre deuda y responsabilidad.

La deuda es el contenido esencial y primario de la obligación, reflejada en el acto debido, mientras que la responsabilidad está asociada al contenido accesorio o potencial de la obligación, no al cumplimiento de la prestación debida sino a la conducta materia de exigencia al deudor cuando se ha producido o haya peligro cierto del eventual incumplimiento.

De esta distinción conceptual se ha afirmado por algún sector de la doctrina que cabe deuda sin responsabilidad, mientras que para otro sector de la doctrina se sostiene el carácter unitario de ambas. En todo caso la distinción entre deuda y responsabilidad nos permite comprender la existencia de deudas personales en las que la responsabilidad es asumida por los bienes sociales integrantes del patrimonio común.

## b) Diferenciación con los supuestos del artículo 316

La excepción del artículo 307 establece los casos en los que hay responsabilidad del patrimonio común por deudas personales. A diferencia de la situación establecida en los artículos 316 y 317, la deuda es personal y no social por lo que existe beneficio de excusión y los bienes sociales responden indirecta y no directamente. En los artículos 316 y 317 la voluntad individual vincula como garantía de una deuda común al patrimonio social y no solo lo responsabiliza. No se trata por consiguiente de una responsabilidad subsidiaria de los bienes del patrimonio social en los que cabe beneficio de excusión como el caso de la fianza. Pero tampoco se trata de un caso semejante al de la solidaridad en la cual al fenecimiento de la sociedad el cónyuge no contrayente de la obligación o no participante en el establecimiento del vínculo tendría derecho al reembolso en su parte proporcional. La situación del cónyuge cuya voluntad individual o comportamiento ha generado la deuda común, aunque sea sorprendente no es distinta de la del cónyuge que ha contraído conjuntamente la deuda común.

No existiendo vínculo matrimonial o vigencia del régimen de sociedad de gananciales, en el supuesto descrito estamos evidentemente ante una deuda personal, y siendo así responde por esta deuda personal el patrimonio del cónyuge deudor. No obstante subsidiaria y excepcionalmente, cuando la deuda se haya contraído en beneficio del futuro hogar, responde el patrimonio común. Por consiguiente dos son los requisitos establecidos para que la excepción opere: a) El cónyuge deudor carece de bienes propios sobre los cuales el acreedor pueda agredir; b) La deuda se haya contraído en beneficio del futuro hogar.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano. 1997 de 1984. Derecho de Familia. Tomo VII. Con la colaboración de Angela Arias-Schreiber, Alex Plácido Vilcachagua. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima-Perú. agosto de 1997; ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. Ediciones Legales. Tres Tomos. Lima-Perú; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. 10ª edición. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires-Argentina, 1988; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar peruano. Dos Tomos. 8ª edición. Librería Studium SA Editorial Rocarme, 1991; GUZMAN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes-Concordancia-Exposición de Motivos. Comentarios-Doctrina-Jurisprudencia. Tomo 1. 4ª edición. Cultural Cuzco SA Ed. Lima-Perú, 1~82; KIPP-WOLFF. Derecho de Familia. Tomo IV del Tratado de Derecho Civil. Por Ludwig Enneccerus/ Theodor Kipp/ Martín Wolff. 2ª edición. Bosch, Casa Editorial SA Barcelona, 1979; LACRUZ BERDEJO. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Volumen Primero. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Francisco Rivero Hernández Y Joaquín Rams Albesa. 3ª edición. José María Bosch Editor SA Barcelona, 1990; Elementos de Derecho Civil 111. Derechos Reales. Volumen Segundo. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida,

Agustín Luna Serrano, Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa y Víctor Mendoza. Segunda Edición. José María Bosch Editor SA Barcelona, 1991; OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO. Jurisprudencia Registral. Diez tomos. El primer tomo es de 1996. Lima-Perú; SERRANO GARCÍA, José Antonio. Las deudas de los cónyuges. José María Bosch Editor. Barcelona, España, 1992; SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP). Derecho Registra". Primeras Jornadas Preparatorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Registral (Oficina Registral Regional Región Inka). Gaceta Jurídica Editores. S.R.Ltda. Noviembre de 1998; VALVERDE, Emilio F. El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano. Tomo 1. Lima-Perú. Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.

### **JURISPRUDENCIA**

"Si el bien ha sido adquirido dentro de la sociedad conyugal, aquél no puede responder por las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales".

(Cas. N° 1953-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 147)

## DEUDAS PERSONALES DEL OTRO CÓNYUGE

### ARTICULO 308

Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

### CONCORDANCIA:

C.C. art.322

### Comentario

*David Quispe Salsavilca*

#### 1. Alcance y contenido de la regla general

A diferencia del artículo 307 el artículo 308 se refiere al supuesto de una deuda personal nacida cuando el vínculo conyugal y el régimen de sociedad de gananciales están vigentes al momento de su establecimiento.

La primera parte de este artículo presenta una exclusión a la masa patrimonial que garantiza el cumplimiento de una obligación de una deuda personal. La deuda personal no es garantizada por la masa patrimonial personal del otro cónyuge. No se pronuncia este enunciado sobre la situación del patrimonio social o común en relación a una deuda personal, pero concordándolo con el artículo 317 se deduce que los bienes sociales responden por las deudas de cargo de la sociedad y no por las deudas personales del artículo 308. ~

Téngase presente que el artículo 308 no califica la calidad del bien, como propio o común, que ingresa al patrimonio de la sociedad de gananciales. Se limita a regular la responsabilidad de los bienes (no su ingreso que incrementa el patrimonio) frente a una deuda personal. Esto es importante considerar porque si bien en la generalidad de los casos una deuda personal tendrá su origen en la adquisición de un bien personal del mismo cónyuge, es también dable el supuesto del ingreso de un bien social mediante una deuda personal. Así conforme a lo establecido en el artículo 315 para la adquisición de bienes muebles, es suficiente la manifestación de la voluntad de uno solo de los cónyuges. En consecuencia la deuda personal a que alude el artículo 308 puede producirse por la adquisición de bienes muebles propios o sociales, excluyendo el supuesto del contenido esencial de la obligación contraída para adquirir bienes inmuebles.

#### 2. Responsabilidad de bienes sociales por deuda propia en el artículo 308

##### a) Delimitación del supuesto

La segunda parte del artículo establece una excepción relativa a las deudas personales contraídas "en provecho de la familia". Existen así dos clases de deudas personales, al interior del régimen ganancial: las no contraídas y las contraídas en provecho familiar. A esta última clase de deuda

personal se le asigna el efecto de vincular el patrimonio personal del otro cónyuge, lo que adicionalmente con una argumentación a maiore ad minus es lógico deducir que también queda vinculado el patrimonio común.

#### b) Diferenciación con los supuestos del artículo 316

Cornejo Chávez establece una diferencia fundamental entre el "provecho de la familia" a que alude el artículo 308, de las deudas que son "de cargo de la sociedad" del artículo 316. El supuesto del artículo 308 es una deuda personal mientras que el supuesto del artículo 316 es una deuda común. Por consiguiente ciertamente se requiere que la obligación se contraiga para provecho de la familia, pero tal supuesto ha de ser diverso a cualquiera de los establecidos en el artículo 316.

De esta manera la calidad de deuda personal de la deuda en provecho de la familia tiene la particularidad de encontrarse garantizada en su cumplimiento por la masa patrimonial perteneciente al patrimonio personal del cónyuge no deudor: "...se trata de un tipo especial de deuda, que contraída por uno de los cónyuges, ha beneficiado de alguna manera al hogar, aunque no sea necesariamente para atender las cargas del artículo 316. De éstas es que el artículo 308 preceptúa que no responden los bienes propios del otro cónyuge, salvo que se pruebe que redundaron en pro\Lecho de la familia. / Aunque este tercer tipo desdibuja al nivel teórico, la clasificación tradicional de las deudas familiares, pueden darse en los hechos} se justifica, por tanto, la existencia de una norma reguladora" (CORNEJO CHAVEZ, p. 302).

Por consiguiente la deuda contraída individualmente para la adquisición de los vestidos y objetos de uso personal pese a ser destinada para la adquisición de bienes propios (artículo 302 inciso 8) constituiría una deuda social por encontrarse dentro del "sostenimiento de la familia" (artículo 316 inciso 1); por el contrario cuando, en el mismo supuesto, el bien a adquirirse excede el carácter de sostenimiento y constituye en relación del estatus de la familia un lujo innecesario nos encontraríamos ante una deuda personal "en provecho de la familia".

De esta manera el arrendamiento suscrito por uno de los cónyuges como arrendatario mediante el cual la familia ocupa una casa de verano donde goza la familia sus vacaciones, por ejemplo, pero cuyo valor de renta excede el concepto de Sostenimiento", se encontraría por consiguiente tipificado como deuda personal en provecho de la familia de acuerdo a lo establecido en el artículo 308.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano. 1997 de 1984. Derecho de Familia. Tomo VII. Con la colaboración de Angela Arias-Schreiber, Alex Plácido Vilcachagua. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima-Perú. agosto de 1997; ASOCIACION NO HAY DERECHO. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. Ediciones Legales. Tres Tomos. Lima-Perú; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. 10ª edición. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires-Argentina, 1988; CORNEJO CHAVEZ,

Héctor. Derecho Familiar peruano. Dos Tomos. 8ª edición. Librería Studium SA Editorial Rocarme, 1991; GUZMAN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes-Concordancia-Exposición de Motivos. Comentarios-Doctrina-Jurisprudencia. Tomo 1. 4ª edición. Cultural Cuzco S.A. Ed. Lima-Perú, 1982; KIPP-WOLFF. Derecho de Familia. Tomo IV del Tratado de Derecho Civil. Por Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/ Martín Wolff. 2ª edición. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1979; LACRUZ BERDEJO. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Volumen Primero. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa. 3ª edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1990; Elementos de Derecho Civil II. Derechos Reales. Volumen Segundo. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa y Víctor Mendoza. Segunda Edición. José María Bosch Editor SA Barcelona, 1991; OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO. Jurisprudencia Registral. Diez tomos. El primer tomo es de 1996. Lima-Perú; SERRANO GARCÍA, José Antonio. Las deudas de los cónyuges. José María Bosch Editor. Barcelona, España, 1992; SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP). Derecho Registral. Primeras Jornadas Preparatorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Registral (Oficina Registral Regional Región Inka). Gaceta Jurídica Editores. S.R.Ltda. Noviembre de 1998; VALVERDE, Emilio F. El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano. Tomo 1. Lima-Perú. Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.

## **JURISPRUDENCIA**

"Los bienes propios de uno de los cónyuges./lo responden de las deudas personales del otro. Siendo así, la responsabilidad civil extracontractual de uno de los cónyuges, como acto absolutamente personal, no tiene por qué afectar el patrimonio del otro, ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales.

Los actos propios de un cónyuge no pueden afectar los derechos y acciones que corresponden a la cónyuge en el inmueble embargado, ya que no se trata de una obligación que la sociedad conyugal debe responder".

(Cas. N° 50-96. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 147)  
3281



## RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE UN CÓNYUGE

### ARTICULO 309

La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación. (\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. N° 768) cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 01 0-93-JUS de 23-04-93.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts.322, 1969 Y ss.

### Comentario

***David Quispe Salsavilca***

Este artículo se refiere a una deuda estrictamente personal, de carácter indiscutiblemente privativo, no de una deuda que aunque personal se haya contraído en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia.

La consecuencia de este supuesto es la exclusión en la responsabilidad de la masa patrimonial perteneciente al cónyuge que no ha generado el daño, así como la exclusión de su parte que le correspondería en caso de liquidación. De esto último con un argumento a minore ad maius es deducible que si se prohíbe agredir la parte que le correspondería al momento de la liquidación, se encuentre prohibido con mayor razón agredir los bienes sociales en los cuales el derecho del cónyuge no deudor está presente de una manera compuesta en relación al universo de bienes que constituye la masa patrimonial común.

La deuda por responsabilidad civil extracontractual se genera al configurarse los supuestos establecidos en los artículos 1969 y siguientes del Código Civil. Esto es de una conducta antijurídica, con daño causado, relación de causalidad -artículo 1985 entre la conducta y el daño- y factor de atribución subjetivo (artículo 1969) u objetivo (artículo 1970).

. La consecuencia de esta deuda es que no permite al acreedor agredir ni directa ni subsidiariamente el universo de los bienes que conforman el patrimonio personal del otro cónyuge ni tampoco el universo del patrimonio común. Solo es susceptible de responder por esta deuda el patrimonio privativo del cónyuge responsable.

Existe así una diferencia sustancial en la regulación de la deuda del artículo 309 con las otras deudas personales que responsabilizan al patrimonio común o incluso el patrimonio personal del otro cónyuge (artículos 307 y 308) cuando la deuda ha sido contraída en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia.

Cornejo Chávez, justificando este diferente tratamiento, ha señalado: "el acto ilícito es, tratándose de una persona capaz, absolutamente personal, de modo

que no tendría por qué afectar el patrimonio del otro ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales" (CORNEJO CHÁVEZ, p. 303).

No es sin embargo ésta una idea que se revele unánime en el derecho comparado. El artículo 1366 del Código Civil español establece por ejemplo que: "Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes serán de responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidos a dolo o culpa grave del cónyuge deudor".

El razonamiento de esta norma advierte que no toda responsabilidad extracontractual se genera por un hecho absolutamente personal. La conducta que da lugar al daño y consecuente responsabilidad puede haberse realizado por actuación en beneficio de la sociedad conyugal, en cuyo caso aunque ciertamente seguirá siendo una deuda personal habrá un elemento suficiente para hacer responsable, frente a la víctima, al patrimonio común.

Téngase presente que nuestro sistema en materia de responsabilidad civil extracontractual regula dos formas de atribución de la responsabilidad: la subjetiva y la objetiva. Esta última cuando es producto del ejercicio de una labor profesional a beneficio de la familia, como el trabajo de un médico, o un conductor de taxi, configura un supuesto donde no se advierte cómo pueda tener una regulación diversa a las situaciones de los artículos 307 y 308 que sí responsabilizan al patrimonio común e incluso al personal del cónyuge no deudor, cuando la deuda ha sido originada en beneficio del futuro hogar o provecho de la familia.

Desde una perspectiva centrada en el análisis de la responsabilidad civil extracontractual; la regla de exclusión establecida en el artículo 309 presenta una excepción a la idea doctrinaria de dar mayor cobertura a la víctima de la responsabilidad extracontractual que a la parte cumpliente de la responsabilidad contractual. La mayor cobertura de las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual se advierte en el factor de atribución (subjetivo y objetivo). la cobertura de los daños (previsibles e imprevisibles) y relación de causalidad (adecuada vs. inmediata).

El impacto de esta regla de exclusión sería tremendo. El estado civil de casado es numéricamente importante, a lo que si agregamos el carácter de primacía que tiene el régimen de gananciales resultaría que la víctima de un daño estaría en los hechos en desventaja o desprotegida en relación a la parte cumpliente de la responsabilidad contractual. En ésta la precaución del acreedor es predecible (puede exigir la participación en la contratación de ambos cónyuges) salvo el caso de la mala fe del deudor de ocultar su verdadero estado civil, pero en cuyo supuesto conforme a las reglas de los artículos 307 y 308, la masa patrimonial común e incluso la privativa del cónyuge no deudor serían eventualmente responsables. por el contrario en materia de responsabilidad civil extracontractual, rige la regla de la total exclusión, pese a su situación de necesidad e imprevisión.

Esta regla, de no existir normas especiales en cuerpos legislativos diferentes, daría lugar a situaciones injustas y sería poco eficaz para la solución de problemas. Por ejemplo en el caso de un vehículo, patrimonio común, conducido por un cónyuge que atropella a una víctima ocasionándole gastos de hospitalización, medicinas, lucro cesante. De acuerdo con el artículo 309 del Código Civil, respondería exclusivamente la masa patrimonial del cónyuge que hubiera ocasionado el daño, es decir el cónyuge quien además tuviera la situación de conductor. De esta manera el mismo vehículo -bien social- no podría responder por la deuda originada.

Esta situación ha producido la dación de normas especiales como la Ley de Transporte N° 27181 que establece en su artículo 29 la solidaridad entre el conductor, propietario y prestador de servicio de transporte por los daños y perjuicios causados. De esta manera en el ejemplo del conductor no solo el vehículo sería susceptible de responder sino también los otros bienes sociales e incluso propios del cónyuge no Qm1 m'ador del daño.

#### 1. Embargo en forma de inscripción de bienes comunes por deudas personales (artículos 307, 308 Y 309)

Dado que los artículos 307, 308 y 309 se refieren a la responsabilidad por deudas personales en las diversas masas patrimoniales presentes en el régimen de sociedad de gananciales, es menester para una cabal comprensión del impacto de los enunciados comentados analizar el caso específico y problemático en materia jurisprudencial sobre el embargo por deuda personal sobre bienes de la sociedad conyugal.

##### a) Dos principios colisionados

El tema del embargo de bienes comunes de la sociedad de gananciales por deudas personales de los cónyuges manifiesta una tensión de principios e intereses que en ocasiones pueden parecer contrapuestos. De un lado encontramos no solo el interés del cónyuge no deudor, sino el interés de la familia, confluyente a la noción de matrimonio en cuanto cumple la finalidad de reproducción entendiendo por ésta la crianza, formación de los niños, y sostenimiento del hogar; y del otro el interés del acreedor, la seguridad en el tráfico, la estabilidad en la circulación del dinero. Entendemos por seguridad del tráfico la seguridad dinámica de la seguridad jurídica, que consiste en proporcionar al tercero adquirente de un derecho la posibilidad fáctica o jurídica de no verse afectado en su adquisición por situaciones trascendentes que le eran imposibles conocer. Por seguridad del tráfico bastará hacer las indagaciones previstas en la ley para estar protegidos en la adquisición de derecho.

Decimos interés de la familia porque una de las maneras de entender la protección que le debe la sociedad y el Estado a la familia, así como el reconocimiento del matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad (Const., artículo 4); es ensanchando la masa de bienes que responden por las cargas y responsabilidades vinculadas a sus fines, reduciendo simultáneamente la masa patrimonial que responde por deudas

personales de los cónyuges. Esta manera de regular contribuye eficazmente a proteger a la familia, y la finalidad reproductora (crianza y formación) del matrimonio asegurando con mayor efectividad el crédito establecido en interés de ella.

Esta perspectiva sin embargo tiene como contraparte el afectar en buena medida la agilidad del tráfico, lo que hace necesario establecer un equilibrio, una balanza que regule y comprenda ambos intereses a través de la mediación de conceptos, los cuales tienen que ser revisados en tal orientación. Téngase presente la importancia de ambos principios en el ordenamiento jurídico, pues mientras la seguridad del tráfico es un principio fundamental del derecho, la protección de la familia ha sido elevada a nivel de derecho humano por la Declaración de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 artículo 16 inc.3; y otros Pactos Internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales de Nueva York, artículo 10 inc.1; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a fecha 16.12.66 (artículo 23 inc.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (artículo 17 inc.1), así como mandato constitucional para la Comunidad y el Estado (artículo 4 de la Constitución de 1993).

Téngase presente que en el contexto de nuestro sistema es difícil averiguar con quién uno esté contratando si él o ella es casado(a) o soltero(a). El estado civil resulta una situación no muy certera, difícil de probar que dificulta la contratación esto que sostenemos es debido a una falta en nuestro sistema de una publicidad eficaz del estado civil. La dramática colisión de principios que vamos a desarrollar bien podría atenuarse sustantivamente con la inscripción obligatoria y de oficio del matrimonio en el Registro Personal de los Registros Públicos. Además, hay que tener presente que: "no tenemos propiamente un Registro de Personas Naturales (...) dado que los diferentes aspectos relevantes de las personas naturales se han venido inscribiendo en registros independientes entre sí (Personal, Mandatos y poderes, Testamentos, Sucesiones Intestadas, etc.)." (ALIAGA HUARIPATA, p. 194).

#### b) El momento judicial

Dado que el embargo al que nos referimos es en forma de inscripción habría que distinguir dos momentos de la traba: el judicial y el registral. Esto es importante porque recayendo en el juez el pronunciamiento de fondo, a nivel registral se precisa determinar fundamentalmente si la excepción a la calificación de la resolución judicial del registrador a que se refiere el artículo 2011 del Código Civil es de carácter absoluto o no.

La libertad de apreciación -dentro de los límites de la interpretación, claro estáes indiscutible a nivel judicial. Por eso en este acápite abordaremos el tema de manera sustantiva.

En el Perú la tensión de principios entre protección del matrimonio y seguridad del tráfico no ha generado aún una posición que se aprecie justa, efectiva y consensual. Por el contrario el embargo de bienes comunes por deudas

personales se presenta hoy en día como un tema discutible. Ciertamente los operadores del Derecho conceptúan tal situación con un criterio disímil. Siendo el caso que mientras a nivel judicial los jueces de paz letrados y especializados, al no advertir una solución justa a los intereses del acreedor y percibir una "burla" por parte del deudor bajo el tamiz de "la sociedad de gananciales", interpretan que en el presente caso es aplicable la teoría del abuso del derecho o simplemente suelen admitirlo trabándolo sobre un porcentaje de acciones y derechos.

A nivel de la Corte Superior -además de sus resoluciones judiciales expedidas en apelación tenemos el Pleno Jurisdiccional Civil del 18 de noviembre de 1997 favorable a la afectación del "derecho o expectativa que tiene el cónyuge deudor demandado en determinado bien social"- y de la Corte Suprema vía casación, por el contrario de manera reiterada tales decisiones favorables al otorgamiento de la medida cautelar, pronunciadas por el inferior jerárquico, son revocadas (en el caso de remate o acciones y derechos que les corresponde), o admitidas solamente cuando recaen sobre acciones y derechos que le corresponderían al deudor en el momento de fenecimiento de la sociedad de gananciales.

. A nivel judicial el juez suele admitir el embargo bajo dos expresiones diversas en relación al bien que recae a) sobre las acciones y derechos que le correspondan; o b) sobre las acciones y derechos que le correspondería.

b.1) Embargo sobre acciones y derechos que le corresponden

Es cierto que no existen cuotas pero hay un derecho actual indisponible sobre a cosa, porque la cuota en el caso de los bienes sociales es una cuota compuesta que solo con el fenecimiento produce un desplazamiento que convierte en propietario absoluto o copropietario con cuotas disponibles a cada cónyuge o ex cónyuge o sucesión del cónyuge.

Téngase presente que trabar embargo sobre las acciones y derechos que le corresponden es ciertamente más eficaz que trabar embargo sobre aquéllas que le corresponderían. "Que le corresponden" no exige el fenecimiento de la sociedad de gananciales, situación normalmente distante y proveniente de un acto no querido. Por lo demás si esto es así no se ve por qué se limita esta medida a un porcentaje y no se embarga todo el bien. Empero este embargo trasgrede la naturaleza misma de la sociedad de gananciales tendiente a convertirse potencialmente con la ejecución y posterior remate en derecho transmisible actual sobre la cuota correspondiente.

La jurisprudencia ha tenido la orientación de levantar la medida de embargo y declarar fundadas las eventuales tercerías de haberse producido el remate. De esta manera la sentencia de la Corte Suprema, expediente NQ 480-90-Lima, de fecha 27.05.92 declaró fundada la demanda de tercería de dominio y ordenó el levantamiento del embargo: "dichos bienes -los sociales- no pueden responder por la deuda adquirida sólo por el marido, y la medida precautoria no puede subsistir, pues estando vigente la sociedad de gananciales, los bienes que la integran son autónomos e indivisibles y no pueden asignarse a cada

cónyuge determinado porcentaje de propiedad sobre ellos". En el mismo sentido tenemos la Casación N° 3109-98 que precisa: "no puede trabarse embargo sobre un bien social para responder por la deuda personal de uno de los cónyuges ni menos trabarse embargo sobre un determinado porcentaje de dicho bien, por cuanto la sociedad de gananciales no constituye un régimen de copropiedad, basado en un sistema de alcúotas" y la Casación N° 911-99.

Pese a ello, minoritariamente existen resoluciones judiciales contradictorias, como la Casación N° 1718-99 de la Corte Suprema (ver sección de jurisprudencia al final de este comentario), en la que bajo el argumento de que no hay norma que prohíbe el embargo, lo ha admitido pero limitando su efecto al no admitir la ejecución del embargo. En la misma orientación el criterio de la minoría del Pleno Jurisdiccional de 1997 expuso que "sí procedía el embargo sobre los derechos y acciones de uno de los cónyuges respecto de bienes sociales, en razón que de lo contrario significaría dejar desprotegida la acreencia del demandante, Y porque existe un derecho expectatio del demandado respecto de dichos bienes (...) lo que no resulta posible es rematar los derechos y acciones embargados porque ello implicaría atentar contra lo dispuesto en el artículo 318 del Código Civil que señala las causales de feneamiento de la sociedad de gananciales". Arias-Schrelber y Plácido Vilcachagua concuerdan con esta posición: "...el acreedor verá cobrada su acreencia con los bienes propios del cónyuge infractor; pero si éstos fueran insuficientes, sólo podrá embargar los bienes sociales por el 50% de su valor, sin que pueda rematarlos hasta que fenezca la sociedad de gananciales. Esto es así, por cuanto en ésta no es posible determinar concretamente la participación de los cónyuges en el patrimonio social, sin una previa liquidación, la que se realiza cuando se produzca alguna causal de disolución del régimen patrimonial prevista en la ley" (ARIAS-SCHREIBER y PLÁCIDO, p. 190).

Nos permitimos discrepar del razonamiento casatorio, el minoritario del pleno jurisdiccional de 1997 y el expuesto. De un lado aun cuando no haya norma literal que prohíba el embargo de acciones y derechos, hay que mencionar que los artículos 307,308,309 Y 317 del Código Civil establecen la regla general que los bienes propios solo responden por las deudas personales salvo las excepciones ya comentadas. Admitir el embargo sobre bienes que taxativamente de acuerdo a ley no responden por la deuda, trasgrede los mencionados artículos además de ir contra la doctrina en la parte que niega la existencia de una cuota expresada en cifras en relación a cada bien del patrimonio común.

Aun cuando la consideración como patrimonio autónomo por el artículo 65 del Código Procesal Civil no determina la inembargabilidad del bien común por deuda propia, sino la representación en juicio; constituye una regla que ratifica la autonomía del patrimonio común cuyo nivel se encuentra expresado en las normas ya referidas del Código Civil.

Tampoco el argumento que se sustenta en el artículo 309 es suficiente. Esta norma no se refiere a las acciones y derechos que le corresponden sino a las acciones y derechos que le corresponderían. Por consiguiente, la medida admitida en una interpretación a contrario no es la que recae sobre un

porcentaje de las acciones y derechos que le corresponden al cónyuge deudor sino en el mejor de los casos la que recae sobre las acciones y derechos que le corresponderían. Pero aun en este supuesto no se aprecia por qué esta medida se reduciría a una parte expresada en porcentaje del derecho que le correspondería y no al íntegro de sus acciones y derechos que le correspondan al momento de fenecimiento, situación desconocida al ser decretada la medida.

#### b.2) Embargo sobre acciones y derechos que le corresponderían

Reconociendo la naturaleza del bien como integrante del patrimonio autónomo en comunidad germana, tendríamos que no existen cuotas ni poder de alienabilidad de los derechos que se tienen sobre el bien. De ello fácilmente se deduce la imposibilidad de embargar acciones y derechos actuales. El embargo sobre los derechos actuales de uno de los cónyuges llevaría a la imposibilidad de su ejecución, dado que solo con un acto posterior: el fenecimiento de la sociedad de gananciales, se asigna un determinado porcentaje a cada cónyuge, convirtiéndose recién en ese momento en disponible concretamente el derecho en relación a uno solo de sus titulares.

El embargo sobre derechos expectaticios es admisible indiscutiblemente en el caso de las remuneraciones y pensiones (artículo 648 inc. 5 del Código Procesal Civil). No obstante el momento de conversión del derecho expectaticio incierto a derecho actual total, porcentual o ausencia de derecho, es ciertamente un lapso breve.

Admitida la posibilidad del embargo sobre derechos expectaticios, habría que considerar si es aplicable para el caso de los derechos de los bienes comunes por deudas personales.

El embargo es una medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de un pronunciamiento judicial. En la institución del embargo va implícita la idea de la posibilidad de su ejecución a través de un remate y posterior adjudicación al mejor postor del bien afectado. Por ello un derecho expectaticio cuya definición como derecho cierto se ha de determinar en función del fenecimiento de la sociedad de gananciales, cuyas causales están establecidas taxativamente en la ley y que se encuentra más allá de la voluntad del acreedor, restringiéndose a hechos no voluntarios (fallecimiento de uno de los cónyuges), o voluntarios pero dentro de la esfera del (los) cónyuge (s) (cambio de régimen patrimonial, declaración judicial a solicitud de uno de los cónyuges y con constatación de causales; separación convencional o divorcio), resulta ciertamente una medida extremadamente débil para asegurar el cumplimiento de un fallo judicial, más aún si se considera el término de caducidad de las medidas cautelares establecidas en el artículo 625 del Código Procesal Civil (dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con ésta y cinco años de la fecha de su ejecución).

La conversión en cuotas ideales susceptibles de alienabilidad y por lo tanto de ejecutabilidad del embargo, pasa por la etapa del fenecimiento y la liquidación de la sociedad de gananciales. Si a esto agregamos que la separación convencional produce la disolución de la sociedad de gananciales y la división

de los bienes se efectúa a través de una propuesta de convenio otorgada por los propios cónyuges, que el juez recoge al momento de decidir (artículo 579 del Código Procesal Civil). Obviamente si presumimos la mala fe de los integrantes de la sociedad de gananciales, advertiremos que los cónyuges pueden presentar una escritura pública de cambio de régimen patrimonial, o una propuesta de convenio en un proceso sumarísimo de separación convencional en el cual el bien materia del embargo pasará a nombre del cónyuge no deudor.

Por consiguiente tampoco resulta convincente la aplicación analógica del artículo 309 en el sentido de que por la responsabilidad del cónyuge no se perjudica la parte de los bienes sociales que le correspondería al otro cónyuge en caso de liquidación. De esta manera, si bien se permitiría atacar los bienes que le corresponderían en caso de liquidación al cónyuge responsable, al momento actual de vigencia de la sociedad de gananciales y traba de embargo se ignora en concreto qué bienes le corresponderían, lo cual solo se conocerá al momento de la liquidación. Mientras solo habrá una situación de incertidumbre "expectativa" en relación a cada bien.

Admitida la dificultad en la ejecutabilidad de la medida, es razonable tener una actitud más abierta frente a la posibilidad de embargar el íntegro del bien y solamente cuando no hay verosimilitud de tratarse de una deuda personal, ordenar el embargo sobre acciones y derechos que le corresponderían. La Resolución Casatoria N° 938-99 ha optado por permitir esta medida advirtiendo que la declaración de insolvencia es causal de cambio de régimen: "los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, Y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, por eso el artículo 330 del Código sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación".

En el mismo sentido el Acuerdo por mayoría del Pleno Jurisdiccional Civil del 18 de noviembre de 1997 admite la dificultad en la situación del acreedor que brevemente se puede resumir y precisar en: a) ejecución de la medida cautelar subordinada a hecho incierto o dependiente de la voluntad del deudor y su cónyuge; b) contexto de la caducidad de las medidas cautelares del artículo 625 del Código Procesal Civil; por lo que se advierte que solo la producción del fenecimiento de la sociedad de gananciales por declaración de insolvencia permitiría la ejecutabilidad de la medida. Ante tal dificultad el Acuerdo estima la admisibilidad del embargo al tiempo de la vigencia de la sociedad de gananciales, pero referenciada al "derecho o expectativa que tiene el cónyuge deudor demandado en determinado bien social, el que solo podrá realizarse luego de producida la liquidación de la sociedad de gananciales".

b.3) Solución armoniosa con la naturaleza de la sociedad de gananciales. La experiencia española



Téngase presente que la solución que regula la legislación española es ciertamente saludable; por un lado el principio es que los bienes privativos responden por las deudas personales, solo si éstos resultan insuficientes el ejecutante puede agredir los bienes gananciales para lo cual se requiere la notificación del cónyuge no deudor. El artículo 1373 del Código Civil español regula dos situaciones: a) El cónyuge no deudor permite expresa o tácitamente la ejecución del bien ganancial; b) El cónyuge no deudor exige el alzamiento de la medida solicitando se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostente el cónyuge deudor. Esta última solución implica necesariamente la disolución de la sociedad.

A estas dos alternativas la doctrina ha señalado que el cónyuge no deudor puede indicar los bienes privativos del cónyuge deudor libres de embargo. Esto por cuando tiene un interés legítimo y directo en tanto las dos opciones anteriores le afectan negativamente.

Téngase presente que la primera alternativa permite el embargo de la totalidad del bien -no de un porcentaje- y ello se ha de ejecutar así a menos que se Oponga el cónyuge no deudor en el término previsto por la ley. De esta manera se protege el derecho del acreedor y se respeta la naturaleza del bien común. El final del artículo agrega que de ejecutarse la medida internamente se entenderá que el cónyuge deudor tiene recibido el valor a cuenta de su participación.

#### . Propuesta de interpretación

El artículo 308 sugiere que cuando el régimen está vigente y la obligación se contrajo a beneficio de la familia no es necesario acreditar la insuficiencia de bienes. Éste sería el caso del arrendamiento de la casa de verano familiar contraído por uno de los cónyuges y no por los dos; aun cuando ambos disfruten sus vacaciones allí la deuda será personal, lo cual no significa que ante el arrendador esté excluido de responsabilidad el cónyuge no deudor. De esta manera, en aplicación del artículo 308, no se presentaría mayor dificultad si el juez obviamente notificando al cónyuge no deudor, ordenara -la traba del embargo no sobre el 50% de la cuota que le corresponde o correspondería sino sobre la integridad del bien.

La responsabilidad del cónyuge no deudor será externa, pero internamente en el momento del fenecimiento de la sociedad de gananciales, deberá reponérsele este pago asumido por una deuda no suya y que no pierde esta calidad por el hecho de haber beneficiado a la familia.

De esta manera el artículo 307 regula la situación anterior al régimen mientras que el artículo 308 cuando el régimen está vigente. El 307 permite agredir solo los bienes comunes, el 308 alcanza a los bienes propios del otro cónyuge y por lo tanto también a los comunes. El 307 exige insuficiencia de bienes propios del deudor, el 308 no. Ambos exigen que haya sido en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia.

Por consiguiente la dificultad se restringe a: a) La deuda del artículo 307 en cuanto exige acreditar la insuficiencia de bienes; b) La deuda no contraída en beneficio de la familia del 308, y c) La obligación por responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 309 del Código Civil.

En el primer supuesto habría que entender que comprobados los supuestos establecidos del artículo 307, el acreedor se encuentra facultado a agredir al bien común en su integridad. Pero en tanto el supuesto de insuficiencia de bienes del cónyuge deudor es una situación de insolvencia, se requerirá además tal declaración de acuerdo al ordenamiento vigente. De esta manera solo con la declaración e inscripción de la situación de concurso (insolvencia) en el Registro Personal, se produce la eficacia de la sustitución del régimen patrimonial. Hay que tener presente que la situación de concurso, de acuerdo a la vigente Ley N2 27809, Ley General del Sistema Concursal, la declara la Comisión de Procedimientos concursales del INDECOPI; por otro lado, el juez mediante el procedimiento del artículo 703 del Código Procesal Civil - modificado por la Ley NQ 27809- podrá declarar la disolución y liquidación del patrimonio del cónyuge deudor, en caso que no se señalen bienes suficientes en el plazo concedido, remitiendo copias certificadas de los actuados a la Comisión a efectos de proseguir el trámite señalado en la ley concursal.

Recién en ese momento de estado de indivisión postcomunitario, de acuerdo a la regla del 307 y sin necesidad de la conclusión de la liquidación a que se hace referencia con los artículos 320 y siguientes, el acreedor podrá agredir la integridad del bien social. El artículo 307 no alude a los derechos que le corresponderían al cónyuge deudor sobre el bien social, sino a los bienes sociales, en consecuencia la integridad del bien común responde externamente frente al acreedor por la deuda personal, lo que se produce sin perjuicio del derecho de reembolso del cónyuge perjudicado frente al otro.

El segundo supuesto no contiene una norma que la regule expresamente y se ha considerado que cabe darle la misma solución que la establecida en el artículo : 309 para el tercer supuesto.

La línea de razonamiento de integración ante el vacío de la norma parte de una interpretación a contrario del artículo 309. En el supuesto de responsabilidad extracontractual regulado por este artículo, la posibilidad de agresión al universo de bienes se limita a no perjudicar al otro cónyuge en sus bienes propios y en los derechos que le corresponderían en caso de liquidación. En consecuencia, ni los bienes propios del otro cónyuge, ni los sociales responden ni siquiera en su momento postcomunitario en la parte que correspondería. Por consiguiente solo los bienes propios del cónyuge responsable del daño y los que le corresponderían, en una interpretación a contrario responderían.

Responsabilidad es responsabilidad frente a un tercero, internamente en la relación entre los cónyuges se habría producido un crédito del cónyuge no deudor frente al patrimonio privativo del otro, un crédito que solo podría hacerse efectivo en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

De esta manera, en los supuestos mencionados de deudas absolutamente personales (artículo 309 y primer supuesto del artículo 308) es dable obtener medidas que garanticen el cobro. Porque cuando no hay bienes propios suficientes que permitan garantizar el derecho del acreedor presentándose insuficiencia de bienes, es dable solicitar la declaración de insolvencia del cónyuge deudor para producir el fenecimiento de la sociedad de gananciales, procediendo recién allí el embargo de acciones y derechos que le corresponden al cónyuge. No obstante, hay que reconocer en estos supuestos la fragilidad del derecho del acreedor a esperar previo a la medida cautelar el lapso de tiempo necesario para la declaración de insolvencia. Solo en estos casos de deudas absolutamente personales sería razonable solicitar y decretar en un momento inicial la medida cautelar de los derechos que le corresponderían al deudor. Decimos "derechos que le corresponderían" porque a ese momento es una incertidumbre saber si lo que le ha de corresponder es el 50% de la parte alícuota, el 00% o 20%.

Concluimos que en la generalidad de los casos ha de procederse al embargo sobre la integridad del bien común con una interpretación flexible de los artículos 307, 308 Y 317 del Código Civil. Creemos que esto es así porque la configuración de deudas absolutamente personales de un cónyuge que no sean en provecho de la familia, seguramente son en el plano fáctico una situación extraordinaria. Normalmente la deuda que contrae un cónyuge o es para atender una de las cargas del artículo 316 o para indirectamente beneficiar a la familia (artículo 308). Atendiendo a este hecho social, sostenemos que el otorgamiento de la medida cautelar por parte del juez debe estimar en la generalidad de los casos la verosimilitud del derecho invocado conforme el artículo 611 del Código Procesal Civil, permitiéndose oportunamente decretar la medida cautelar sobre la integridad del bien común frente al deudor malicioso de una manera más eficaz de la que efectuaría sobre derechos expectaticios. De esta manera, el embargo en la generalidad de los casos no tendría que ser sobre los derechos expectaticios ni sobre acciones y derechos que en buena parte o desnaturalizan el significado de la comunidad germana o la del embargo.

#### c) El momento registral

Situación especial se presenta a nivel de la Oficina Registral de Lima y Callao en donde, existiendo criterios disímiles a nivel de los registradores, a partir de pronunciamientos del Tribunal Registral que constituirían precedentes de observancia obligatoria, nos encontramos con un Registro que admite uniformemente tales embargos (Resoluciones N°s. 039-96-ORLCrrR y 328-96-ORLCrrR entre otras. El carácter de precedente de observancia obligatoria, es dudoso y se interpreta ello a partir del artículo 9 del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina Registral de Lima y Callao, aprobado por Resolución NQ 024-95-SUNARP del 26.05.95).

Dos extremos se hilvanan en la interpretación del Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao: a) La interpretación analógica del artículo 309 que permitiría embargos sobre derechos expectaticios; b) La no calificación de las resoluciones judiciales (artículo 2011).

### c.1) La interpretación analógica del artículo 309

En relación al primero dado que la resolución del Tribunal Registral inclina su decisión en admitir el embargo sobre bienes del patrimonio común. Para no desconocer el carácter del bien como integrante de una masa patrimonial cuya titularidad se rige por las reglas de la copropiedad germana en la que no existen cuotas, sino una cotitularidad de ambos cónyuges, en donde el derecho de cada comunero es inalienable y, por lo tanto, Inembargable, el Tribunal Registral se ha visto obligado a recrear el sentido de la resolución judicial señalando que debe entenderse que recae sobre derechos expectaticios.

De esta manera mientras la resolución judicial dice sobre derechos y acciones, el Tribunal lee derechos expectaticios, es decir derechos futuros e inciertos; con esto a fin de evitar una eventual burla del deudor malicioso (y en esto presume la mala fe) pretende asegurar el derecho del acreedor diciéndole que no tiene derecho para ejecutar el embargo en la actualidad, que tiene que esperar el fenecimiento del régimen de la sociedad de gananciales (que seguramente en la mayoría de los casos pasará el término de caducidad de las medidas cautelares que es de cinco años), y que además esto puede no ser el cincuenta por ciento de acciones y derechos en el futuro sino 40%, 30%, 10%, o eventualmente 0%; incluso si le corresponde el 100% de las acciones y derechos, la resolución solo se limitaría al 50% por haberse establecido de esta manera. En este sentido estimamos que esta medida de re-creación registral del sentido de la resolución judicial no asegura el crédito del acreedor sino por el contrario lo vuelve más ineficaz, menos ejecutable y si continuamos en la línea de presumir la mala fe del deudor, más proclive a favorecer artimañas a un eventual deudor malicioso.

Dado que es un imposible jurídico, el Tribunal sostiene que hay que leer "correspondería". El registrador no puede alterar en el asiento el texto de la resolución. No puede inscribir "correspondería" cuando la orden judicial dice "corresponde". De esta manera se extiende el asiento como "corresponde" pero se lee "correspondería", -!o--cual quiere decir que la lectura del registrador va contra el significado literal de lo redactado por él mismo en el asiento. Pero como el Estado con los principios de legitimación y fe pública registral garantiza como cierto lo publicado en el contenido del asiento y lo que de él se deriva, la consecuencia es que la interpretación contra la literalidad que entiende "correspondería" no está garantizada por el Estado. Esta situación origina una incertidumbre en el contenido del asiento, situación que se hace más manifiesta cuando se produce anómalamente el remate y adjudicación judicial de las acciones y derechos que le corresponde al cónyuge deudor.

Sobre este punto aun cuando no haya jurisprudencia de carácter obligatorio en la Oficina Registral de Lima y Callao, la Jurisprudencia N° 034-97-0RLC-TR del 30 de enero de 1997 optó por revocar la observación de la Registradora que exigía la previa inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales para poder inscribir la adjudicación del 50% del bien social: "aun cuando en el inmueble referido, el demandado no tenga propiamente 'acciones y derechos'

sobre el mismo, es de verse que goza de derechos expectaticios sobre los referidos bienes que le corresponderían a la liquidación del patrimonio social existente con su cónyuge, tal como lo prescribe el artículo 309 del Código Civil, cuando establece que la responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de la sociedad que le correspondería en caso de liquidación. En consecuencia, se hizo necesario diferenciar para efectos del embargo y ahora para la presente adjudicación, la porción que le tocaría al demandado sobre el citado predio al fenecimiento de la sociedad de bienes, diferenciación que en el caso que nos ocupa se encuentra sancionada por el mandato del juez competente en la resolución del 28 de octubre de 1996, quien ordena al Registro admitir y publicitar la adjudicación a favor de ... de las acciones y derechos que le corresponderían a don... en el inmueble, al efectuarse la liquidación de la sociedad de gananciales".

### c.2) La no calificación de las resoluciones judiciales

En relación a lo segundo no obstante el Tribunal no solo se ha limitado por aceptar como inscribible el embargo de acciones y derechos cuando provenga de una resolución judicial, también lo ha aceptado si ello proviene de un ejecutor coactivo:

"...lo prescrito en el artículo 309 del Código Civil que es de aplicación ana lógica al caso que nos ocupa, en el sentido que, si la responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica a otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación, con igual razón la responsabilidad por una deuda personal, que no haya beneficiado al hogar, no debe afectar la parte del patrimonio que le correspondería al otro cónyuge; en consecuencia se hace necesario diferenciar para efectos del embargo, la porción que le tocaría al obligado sobre el predio al fenecimiento de la sociedad de bienes, diferenciación que en el presente caso se encuentra sancionada por mandato del ejecutor coactiv~, quien a través de la resolución respectiva ordena al Registro admitir y publicar la medida cautelar sobre las acciones y derechos que le correspondería..," (Resolución del Tribunal Registral Oficina Registral de Lima y Callao NQ 328-96-0RLCfTR).

Al respecto creemos que la posición más saludable sería que cuando se trata de embargo sobre acciones y derechos que le corresponden, pese al artículo 2011 del Código Civil podría el registrador observarlo por incompatibilidad en el antecedente registral en aplicación sistemática del propio cuerpo normativo que introdujo el segundo párrafo del artículo 2011, es decir el Código Procesal Civil que en sus artículos 656 y 673 reconoce la labor calificadora del registrador en SU aspecto de adecuación de la medida judicial con el antecedente registra!. Una interpretación contraria daría pie a desestabilizar la institucionalidad registral en sus propios fundamentos y no consideraría el artículo 65 de la Constitución que defiende el interés del usuario garantizando su derecho a la información sobre bienes que se encuentran a su disposición en el mercado. Esta interpretación sobre el alcance de la calificación registral cobra aún más fuerza con la vigencia del nuevo Reglamento General que establece en su artículo 32 que la calificación de resoluciones judiciales "se efectuará con

respecto a su adecuación con los antecedentes del Registro, la formalidad que debe revestir, la competencia de la autoridad judicial correspondiente, salvo los casos de competencia prorrogable, y la naturaleza inscribible del respectivo acto o derecho".

Con mayor razón, igual observación operaría si se tratara de la inscripción de las acciones y derechos que le corresponden y de las acciones y derechos que le corresponderían. No estimamos necesaria tal observación cuando se tratase de embargo de acciones y derechos que le corresponderían.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano. 1997 de 1984. Derecho de Familia. Tomo VII. Con la colaboración de Angela Arias-Schreiber, Alex Plácido Vilcachagua. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima-Perú. agosto de 1997; ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. Ediciones Legales. Tres Tomos. Lima-Perú; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. 10ª edición. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires-Argentina, 1988; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Dos Tomos. 8ª edición. Librería Studium S.A. Editorial Rocarme, 1991; GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes-Concordancia-Exposición de Motivos. Comentarios-Doctrina-Jurisprudencia. Tomo 1. 4ª edición. Cultural Cuzco S.A. Ed. Lima-Perú, 1982; KIPP-WOLFF. Derecho de Familia. Tomo IV del Tratado de Derecho Civil. Por Ludwig Enneccerusl Theodor Kipp Martin Wolff. 2ª edición. Bosch, Casa Editorial SA Barcelona, 1979; LACRUZ BERDEJO. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Volumen Primero. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa. 3ª edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1990; Elementos de Derecho Civil 111. Derechos Reales. Volumen Segundo. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa y Víctor Mendoza. 2ª edición. José María Bosch Editor SA Barcelona, 1991; OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO. Jurisprudencia Registral. Diez tomos. El primer tomo es de 1996. Lima-Perú; SERRANO GARCÍA, José Antonio. Las deudas de los cónyuges. José María Bosch Editor. Barcelona, España, 1992; SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP). Derecho Registral. Primeras Jornadas Preparatorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Registral (Oficina Registral Regional Región Inka). Gaceta Jurídica Editores. S.R.Ltda. Noviembre de 1998; VALVERDE, Emilio F. El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano. Tomo 1. Lima-Perú. Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.

## **JURISPRUDENCIA**

"Esta Corte Suprema tiene establecido que es procedente el embargo de los derechos y acciones que tiene el cónyuge deudor sobre los bienes sociales.

El artículo 301 del Código Civil establece que en el régimen de la sociedad de gananciales haya bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad. De acuerdo a lo normado por los artículos 303 y 307 del Código acotado, los bienes propios son administrados y dispuestos en forma independiente y responden de las obligaciones particulares de cada cónyuge; en cambio, los bienes sociales deben ser administrados y dispuestos en forma mancomunada por ambos cónyuges, conforme a lo dispuesto por los artículos 313 y 315 del código sustantivo.

La sociedad conyugal ha sido considerada como patrimonio autónomo por el artículo 65 del Código adjetivo, para efectos de su representación en juicio, lo que no determina que sus bienes sean inembargables.

Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación; por eso el artículo 330 del Código sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución de régimen patrimonial, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le correspondería en caso de liquidación. Además, no se debe confundir la medida cautelar de embargo con la ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que no se produzca la separación de patrimonios".

(Cas. N° 1718-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 148)

"Tratándose de acto propio de un cónyuge, no puede afectar los derechos Y acciones que corresponden a la cónyuge en el inmueble embargado, ya que no se trata de una obligación que la sociedad conyugal deba responder".

(Cas. N° 050-96-Cajamarca, Gaceta Jurídica N° 56, p. 15-A)

"Si la responsabilidad de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación, con igual razón la responsabilidad por una deuda personal, es decir, que no haya beneficiado al hogar, no debe afectar la parte del patrimonio que corresponden a ambos cónyuges

(Exp. N° 039-96-ORLC/TR, Diálogo con la Jurisprudencia N° 8, p. 198)

"Los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro. Siendo así, la responsabilidad civil extra contractual de uno de los cónyuges, como acto absolutamente personal, no tiene por qué afectar el patrimonio del otro, ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales.

Los actos propios de un cónyuge no pueden afectar los derechos y acciones que corresponden a la cónyuge en el inmueble embargado, ya que no se trata de una obligación que la sociedad conyugal debe responder".

(Cas. N° 50-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 148)

"La obligación de pagar el monto de una reparación civil, impuesta a uno de los cónyuges en virtud de una sentencia penal, constituye una obligación personal

por la que no pueden responder los bienes sociales de la sociedad de gananciales. En consecuencia, no es correcto disponer la aplicación de medidas cautelares que afecten a un bien social con la finalidad de garantizar el cumplimiento de tal obligación".

(Cas. N° 1895-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatorla, p. 148)



## **BIENES SOCIALES**

### **ARTICULO 310**

Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso.

### **CONCORDANCIAS:**

c.c. arts. 302, 941  
C.P.C. arto 65  
D.S.001-97-TR art.39  
REG./Ns. art.61

### **Comentario**

***David Quispe Salsavilca***

#### 1. Los no comprendidos en el artículo 302

El artículo comentado delimita los bienes que son calificados de comunes. En primer lugar, a diferencia del Código Civil de 1936 que enumeraba en sus ocho incisos del artículo 184 los bienes calificados de comunes, el vigente Código Civil lo hace negativamente comprendiendo con tina disposición abierta a los no enumerados en el artículo 302.

De esta regla se puede desprender la norma general que son bienes sociales los adquiridos durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales a título oneroso. Excepcionalmente se excluyen taxativamente los bienes propios establecidos en el artículo 302.

En segundo lugar el artículo 310 indica expresamente que tienen la calidad de sociales los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad Y las rentas de los derechos de autor e inventor.

De esta manera los bienes adquiridos de modo originario, que estuvieron considerados taxativamente en el Código Civil de 1936 (inciso 6 del artículo 184) como bienes comunes, no se encuentran literalmente regulados en el artículo 302 del código vigente, por lo que es necesario o interpretar que quedan comprendidos dentro de lo que son "adquiridos a título gratuito" o que al haberse omitido su regulación en el artículo 302 se encuentran comprendidos en el artículo 310 Y son en consecuencia bienes comunes.

Merece atención especial el caso de los bienes adquiridos por prescripción adquisitiva donde simultáneamente trataremos los demás casos de modo de adquisición originaria y el caso especial del edificio construido en suelo propio de uno de los cónyuges referenciado en el segundo párrafo del artículo 310.

## 2. Bienes adquiridos por prescripción adquisitiva

De la regla general de socialidad de los bienes adquiridos a título oneroso y del carácter privativo de los bienes a título gratuito se podría deducir que los modos de adquisición originaria que no tienen contraprestación son por ello adquisiciones a título gratuito y en consecuencia son bienes propios y no sociales (aplicación del artículo 302 inciso 3).

Por el contrario, desde una perspectiva que parte por considerar el carácter de la clasificación en la adquisición de bienes a título gratuito y a título oneroso habría que admitir el carácter limitado de esta clasificación a la adquisición derivativa y no originaria, configurándose una ausencia de norma en el artículo 302 para este último tipo de adquisición.

La adquisición es derivativa cuando hay transmisión, cuando hay un tradens y un accipens, solo allí resulta calificable de gratuito u oneroso el acto transmisivo. Por el contrario no es susceptible de tal clasificación la adquisición originaria donde no hay titular anterior transmitente. De esta manera la prescripción adquisitiva es una adquisición originaria que por lo tanto no se encuentra comprendida en el enunciado genérico del inciso 3 del artículo 302 restringida a "los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito". De esta omisión del artículo 302 se deduce la inclusión de los modos de adquisición originaria al artículo 310. En consecuencia el bien adquirido originariamente por prescripción adquisitiva es social.

Asimismo hay que considerar que dentro de nuestra tradición normativa el mismo tratamiento daba el artículo 184 inciso 6 del Código Civil de 1936 que establecía como bien social "los que cualquiera de los cónyuges adquiere por modo originario".

Pese a estas razones, con la pretensión social de formalizar a los pobladores informales, el legislador peruano ha tomado recientemente posición sobre el tema controvertido de la prescripción adquisitiva administrativa durante el régimen de sociedad de gananciales. Así, el Decreto Supremo N° 013-99-MTC establece en el artículo 32 (Titulación a favor de convivientes), que "tratándose de lotes destinados a vivienda que, conforme a la constatación realizada en el empadronamiento, se encuentren en posesión de convivientes, uno o ambos con impedimento matrimonial, que cumplan con lo dispuesto en este reglamento, COFOPRI podrá emitir el título de propiedad a favor de ambos poseedores, que adquirirán como copropietarios, correspondiéndole a cada uno de ellos el 50% de las cuotas ideales. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 326 y 302 inciso 3} del Código Civil, y habiendo adquirido la propiedad a título gratuito, las cuotas ideales de cada conviviente se considerarán bienes propios. El título otorgado por COFOPRI constituye mérito suficiente para su inscripción en el Registro Predial Urbano. Mediante

resolución de Gerencia General y a propuesta de la Gerencia de Planeamiento y Operaciones, se establecen las características, el contenido y el formato de los títulos de propiedad, en los que consta expresamente la calidad de bien propio de las cuotas ideales".

La prescripción es en principio a título social (artículo 33 literal a), pero cuando se refiere al concubinato impropio con la intención de facilitar la prescripción favorable a éstos se conceptúa la titularidad como de bien propio, por ser a título gratuito. El no considerarlo así conllevaría necesariamente a la prescripción favorable también al cónyuge separado de hecho no poseedor, cosa que no ha sido la intención del legislador.

Ciertamente la situación es controvertible y la solución del decreto es paradójica. Al regular la prescripción adquisitiva entre los cónyuges dentro de la sociedad de gananciales, se inclina por una solución que percibe esta mutación patrimonial como originaria no gratuita y en consecuencia como bien social, pero al regular la situación del conviviente impropio percibe ésta como gratuita y como bien propio. De la suerte de esta calificación se deriva la consecuencia de que en un caso sea bien social o propio pero en ningún caso se advierte razón jurídica alguna para aceptar tal discriminación en el efecto.

La situación del casado conviviente impropio es la de adquirir por prescripción una parte alícuota como bien propio y no social pese a tratarse de una adquisición originaria. Mientras que el casado que no vive en convivencia impropia pero se encuentra separado adquiriría la integridad del bien, pero como social. Esta situación no encuentra lógica porque en definitiva se le estarían reconociendo mayores derechos al conviviente impropio que al casado separado de hecho sin convivencia.

Estimamos que hubiera sido mejor que para la prescripción adquisitiva predial larga de diez años que no exige "justo título" se diera una norma diversa en el Código Civil que conceptuara la posesión como un hecho personalísimo sin entrar a analizar el título que vincula a ambos poseedores. El bien sería siempre bien propio en la parte alícuota de copropiedad romana, tanto para los casados que viven de consuno, para el casado separado de hecho, como al conviviente impropio. En esta perspectiva, por el contrario, la prescripción corta que requiere de un título valiéndose indirectamente de la consideración de la sociedad de gananciales sería un bien social.

### 3. Edificio construido en terreno en suelo propio de uno de los cónyuges

El segundo párrafo del artículo 310 revela la opción del legislador de beneficiar la calidad de común de los bienes, pero su alcance es menester precisarlo en dos aspectos: a) Alcance de la expresión Edificio construido a costa del caudal social; b) Integración en la calidad de bien común o separación de la propiedad del terreno con lo edificado.

#### a) Edificio construido a costa del caudal social

El supuesto del segundo párrafo del artículo 310 es el de un suelo, predio o terreno de propiedad personal de uno de los cónyuges, sobre el cual se construye un edificio a costa del caudal social.

La expresión edificio construido a costa del caudal social significa la totalidad de la edificación. Así comprende la construcción de uno o nueve pisos sobre un terreno, pero también la de 100 m<sup>2</sup> de área construida sobre un terreno de mil metros cuadrados. En consecuencia no comprende ninguna construcción que no es el íntegro de la edificación, como la construcción de un segundo o de un segundo hasta un noveno piso sobre un terreno y primer piso.

De esta manera si el terreno y el primer piso son propiedad personal de uno de los cónyuges y durante la vigencia de la sociedad de gananciales a costa del caudal social se -construyen dos pisos adicionales; se trataría de un supuesto distinto del contenido en el artículo dado que en el ejemplo no todo lo construido ha sido con el caudal social, por consiguiente al inaplicarse la norma específica del régimen de sociedad de gananciales tendría que aplicarse la norma general de los derechos reales que "las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación." (artículo 889). De esta manera la construcción del segundo piso o del segundo al noveno piso seguiría la condición del bien, es decir de ser propiedad del titular del suelo y primer piso.

Estimamos que no son aplicables las normas de la accesión contenidas en el artículo 941 y siguientes por cuanto ellas están referidas a la posesión ilegítima en tanto se trata del poseedor de buena y de mala fe, mientras que el cónyuge del propietario del suelo sería un poseedor legítimo. Asimismo tampoco sería aplicable el artículo 316 inciso 5 referido a las mejoras útiles como carga de la sociedad en tanto la edificación o la construcción de un piso no sería propiamente una mejora sino una parte integrante del inmueble dado que no solo supone un aumento de valor sino esencialmente la creación de un nuevo valor afectando esencialmente a la cosa.

#### b) Integración o separación del terreno con lo edificado

Al indicarse que tienen la calidad de bien social los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, cabría sostener que no se produce ninguna integración de la propiedad de ambas, presentándose un supuesto de propiedad separada, análoga a la del derecho de superficie y propiedad horizontal. Lo construido sería bien social y el suelo propio continuaría siendo suelo propio sin producirse ninguna conversión, conforme lo denomina literalmente el artículo. En esta orientación el sentido del enunciado se encontraría en establecer una regla distinta del régimen del artículo 889 de los derechos reales en virtud del cual las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la suerte de éste. El sentido de la excepción sería el de establecer indefinidamente una situación de propiedad separada.

Manifiesta esta interpretación sin embargo dificultad en discernir sobre el significado de la última parte del artículo: "abonándose a éste -el propietario del terreno- el valor del suelo al momento del reembolso". El contenido de este enunciado solo tiene sentido si se entiende el abono como contraprestación o

indemnización sustitutoria a una mutación de propiedad en favor de la sociedad de gananciales. Pero entonces la transferencia de la propiedad del suelo a la sociedad conyugal significaría que se habría integrado la propiedad y no se habría producido la situación indefinida de la propiedad separada. Entonces se advierte además que la transferencia a favor de la sociedad conyugal es automática dado que la norma general de los derechos reales indica que "Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares" (artículo 887) y el propio concepto de reembolso alude a un menoscabo anterior en el patrimonio del cónyuge propietario del suelo.

..

De esta manera la construcción de un edificio con el caudal social tiene como efecto el cambio de la titularidad del inmueble en su conjunto; no solo lo edificado es de la sociedad de gananciales sino también el suelo convirtiéndose inmediatamente ambos en bien común. No queda claro sin embargo el momento preciso de la mutación de la titularidad: puede sostenerse que ello se produce al finalizar la construcción o cuando ésta configura propiamente una parte integrante. Pero ciertamente el derecho real de uno de los cónyuges sobre el suelo se transforma en alguno de esos momentos en un derecho personal de acreencia frente al patrimonio común de la sociedad de gananciales. Este crédito entendemos solo será exigible al momento del fenecimiento de la sociedad de gananciales.

En materia registral esta particular norma legal repercute en una mayor complejidad de la lectura de las partidas registrales perjudicando la claridad que deben proporcionar para facilitar el tráfico jurídico. La edificación se presenta no solo como un hecho de alteración en la descripción del inmueble, sino también como automático transformador por ley de la titularidad de dominio sin necesidad de referenciar en los asientos registrales ni en los títulos archivados la mutación de tal titularidad. De esta manera la declaratoria de fábrica tiene un impacto en la fe pública registral, pues el tercero protegido no solo debe leer los asientos correspondientes a la titularidad de dominio para enterarse quién es el propietario, sino también los asientos correspondientes a la descripción del inmueble en donde la alteración realizada por la sociedad conyugal convertiría en bien social la totalidad del inmueble Y no solo el suelo.

Cornejo Chávez resalta que esta regla en materia de la regulación de la sociedad de gananciales se aparta del precepto jurídico general que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal presente en los artículos 941, 943 Y 944 del mismo Código Civil en materia de derechos reales. Sin embargo, no llega a dar una explicación convincente que fundamente plenamente este diferente tratamiento; sostiene: "dos son, sin embargo, las razones que justifican la disposición que estudiamos: la de que conviene estimular la edificación; y la de que es mucho más fácil que el dueño del edificio pague el valor del suelo, que no a la inversa, si se tiene en cuenta que ordinariamente las obras de edificación cuestan mucho más que el terreno en que se hacen" (CORNEJO CHÁVEZ, p. 297).

Igual razón señaló Valverde al comentar el Código Civil de 1936 que discrepa en esto de otras orientaciones legislativas. Al respecto el Código Civil español en su artículo 1359 tiene la solución contraria: "Las edificaciones, plantaciones

y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho".

Téngase presente que estas razones no explican por qué precisamente en materia de la regulación de las relaciones entre los cónyuges se opta por vulnerar el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, dado que igual comentario podría formularse en el caso de un tercero. Sobre el particular creemos que hay una noción propia del Derecho de Familia y no la estimulación a la edificación válida también para cualquier vinculación de tipo civil patrimonial la que motiva este dispositivo. Nos referimos a la noción de matrimonio como vida común, que el legislador pretende con esta norma desarrollar.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano. 1997 de 1984. Derecho de Familia. Tomo VII. Con la colaboración de Angela Arias-Schreiber, Alex Plácido Vilcachagua. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima-Perú. agosto de 1997; ASOCIACION NO HAY DERECHO. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. Ediciones Legales. Tres Tomos. Lima-Perú; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. 10ma edición. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires-Argentina, 1988; CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar peruano. Dos Tomos. 8ª edición. Librería Studium S.A. Editorial Rocarme, 1991; GUZMAN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes-Concordancia-Exposición de Motivos. Comentarios-Doctrina-Jurisprudencia. Tomo 1. 4ta edición. Cultural Cuzco S.A. Ed. Lima-Perú, 1982; KIPP-WOLFF. Derecho de Familia. Tomo IV del Tratado de Derecho Civil. Por Ludwig Enneccerus/ Theodor Kipp/ Martín Wolff. 2ª edición. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1979; LACRUZ BERDEJO. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Volumen Primero. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa. 3ra edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1990; Elementos de Derecho Civil 111. Derechos Reales. Volumen Segundo. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa y Víctor Mendoza. Segunda Edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991; OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO. Jurisprudencia Registral. Diez tomos. El primer tomo es de 1996. Lima-Perú SERRANO GARCIA, José Antonio. Las deudas de los cónyuges. José María Bosch Editor. Barcelona, España, 1992; SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP). Derecho Registral. Primeras Jornadas Preparatorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Registral (Oficina Registral Regional Región Inka). Gaceta Jurídica Editores. S.R.Ltda. Noviembre de 1998; VALVERDE, Emilio F. El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano. Tomo 1. Lima-Perú. Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.

## **JURISPRUDENCIA**

"Los bienes sociales no constituyen copropiedad de los cónyuges, sino un patrimonio autónomo, el que sin constituirse en persona jurídica es distinto de los sujetos que la integran, por lo que sus reglas no pueden confundirse con las de la copropiedad, por ello cada uno de los cónyuges no es titular de derechos y acciones como los reconocidos para la copropiedad, que pueden ser dispuestos o gravados por cada uno de los condóminos".

(Exp. N° 1144-98, Resolución del 16/06/98, Segunda Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos Y Cautelares de la Corte Superior de Lima)

"La explotación de un hotel es una actividad comercial cuyas utilidades y pérdidas corresponden a la sociedad de gananciales. En tal virtud, ésta debe responder por las deudas contraídas conforme al artículo 317 del Código Civil, siendo irrelevante que la sentencia de vista haya sustentado dicha responsabilidad en las normas que regulan la copropiedad".

(Cas. N° 4-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 149)

"El bien cuya declaración de bien libre pretende el recurrente fue adquirido con anterioridad a contraer matrimonio, mediante contrato de compraventa a plazos, y con pacto con reserva de propiedad, es decir que el vendedor se reservó el derecho de propiedad, hasta que el comprador demandante cumpla con pagar totalmente el precio convenido. Habiéndose cumplido con cancelar dicho precio con postenondad a la celebración del matrimonio, en vigencia del régimen de gananciales, el bien resulta ser común".

(Cas. N° 838-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 149)

"La Sala erróneamente estima que previamente es necesario determinar en un proceso si los bienes son o no conyugales, desconociendo que en virtud del artículo 310 del Código Civil tales bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario".

(Cas. N° 746-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 149)

"El acreedor puede solicitar que se trabaje embargo respecto de los derechos expectaticios de un cónyuge en la sociedad de gananciales, a la espera de su liquidación, que puede producirse, entre otros casos, por declaratoria de insolvencia".

(Cas. N° 2150-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 149)

"La declaración judicial efectuada a favor del que adquiere el dominio de un bien por prescripción, en base de la posesión directa y pacífica, no puede considerarse como un acto de liberalidad; en consecuencia si dicha posesión fue ejercida durante la unión--matrimonial, el inmueble constituye un bien social, por más que el juez haya declarado en su sentencia que el bien fue adquirido por prescripción únicamente por el marido".

(Cas. N° 2176-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 149)

## REGLAS PARA LA CALIFICACIÓN DE LOS BIENES

### ARTICULO 311

Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:

- 1.- Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
- 2.- Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.
- 3.- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 302, 310

### Comentario

***David Quispe Salsavilca***

De la calificación de un bien como personal o social depende la eficacia o ineficacia de una serie de actos jurídicos, la administración o disposición individual o común, la necesidad de la participación de ambos cónyuges, la registración o no de determinados actos inscribibles, su comprensión o no dentro de la masa patrimonial susceptible de garantizar el cumplimiento de una deuda personal o social.

El impacto de la calificación del bien es por consiguiente tremendo, tener reglas que permitan en todos los casos su definición con nitidez es imprescindible. Se requiere así, además de las calificaciones reguladas en los artículos 302 Y 310, un sistema de presunciones que es el que establece el artículo 311.

Las presunciones establecidas en los incisos 1 y 3 son de carácter iuris tantum mientras que la del segundo es iuris et de iure.

Con la presunción iuris tantum del inciso 1 se produce una regla general de presunción de ganancialidad. Para contravenirla y reputar el bien como privativo no es suficiente acreditar que se ha hecho la adquisición a nombre de uno de los cónyuges sino que se ha hecho a costa de caudal privativo (Ver CORNEJO CHÁVEZ, p. 308).

De esta manera Y porque con ello se podría perjudicar eventualmente a un tercero, resulta insuficiente la declaración de uno o ambos cónyuges indicando que el bien es personal. Tal calidad tendría que ser evaluada en un proceso judicial con medios probatorios que acrediten directamente cualquiera de las situaciones descritas en el artículo 302 o en los incisos 2 y 3 del artículo 311. Ésta ha sido la interpretación jurisprudencial y registral sobre el particular, que concluye que para enervar la presunción del inciso 1º no basta ni la declaración del beneficiado en testamento ni la declaración del perjudicado.



Así, a nivel judicial la jurisprudencia ha establecido que "no es suficiente que el testador afirme en su testamento que determinado bien es propio porque lo adquirió con su dinero. Si esa afirmación no se prueba, el bien debe ser considerado como común". (R. de T. 1945, p. 255, cit. por GUZMÁN. p. 336); y que "el inmueble adquirido durante el matrimonio es bien común, sin que baste para probar lo contrario la declaración hecha por el cónyuge a favor del otro" (Rev. J.P. 1949, p. 724. 1977, p.1182. El Peruano, 7 de mayo de 1979, cit. por GUZMÁN, p. 335).

Asimismo, la Resolución del Tribunal N° 257-97-ORLCfTR del 30 de junio de 1997 dice: "... tal como este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, como en la Resolución N° 020-96-ORLCfTR del 22 de enero de 1996, que si bien es cierto la manifestación del adquirente del inmueble, acompañada del asentimiento del cónyuge, constituye un acto de reconocimiento de la calidad del inmueble como un bien propio, no es menos cierto que dicha manifestación se efectúa desprovista de pruebas Incumpléndose por ende con los requisitos necesarios para enervar los alcances de la presunción juris tantum contenida en el artículo 311 del Código Civil que establece en su primer inciso que todos los bienes se presumen sociales salvo prueba en contrario (...) la exigencia de acreditar el origen de los fondos, es un requisito indispensable para enervar la presunción juris tantum antes señalada, debiéndose además tener en cuenta que en tanto dicha obligación no es requerida expresamente por ningún texto legal, su evidente cumplimiento se colige del artículo 311 del Código Sustantivo, en la medida que no se pide a las partes únicamente la afirmación del reconocimiento de una titularidad, sino la presentación de pruebas que acrediten la naturaleza del bien como Propio o como social".

Los supuestos de las presunciones establecidas en los incisos 2 y 3 se refieren genéricamente a los bienes propios o sociales. Pese a ello, dado que existe la presunción general del inciso 1 de ganancialidad, comúnmente son utilizadas para acreditar el carácter propio del bien y enervar así la presunción establecida en el inciso 1.

Téngase presente que la prueba no requerirá actividad judicial para desvirtuar la presunción de socialidad si inequívoca y directamente la fe pública constata la situación descrita en el artículo 302 o los incisos 2 y 3 del artículo 311. Tal es el caso por ejemplo de la escritura pública de adquisición cuya fecha cierta es anterior a la celebración del matrimonio (en cuya partida figura su celebración posterior) o el caso en el cual, constando en instrumento público la transferencia y la cancelación del precio por la venta de un inmueble, cercanamente se produjera la adquisición a título oneroso de otro bien (aplicación del inciso 3 del artículo 311). Este criterio se ha aplicado incluso en el ámbito registral: "... la fecha del instrumento público de venta del inmueble inscrito... el 12 de diciembre de 1994 y la posterior adquisición del inmueble submateria por el precio de 120,000 dólares, por escritura pública del 16 de diciembre de 1994, hace presumir que la adquirente compró el inmueble con bienes propios, esto es, con el dinero proveniente de la previa transferencia de otro inmueble" (Resolución N° 233-98-ORLCrrR del 12 de junio de 1998).

A nivel registral hay que considerar que el artículo 61 del Reglamento de Inscripciones de 1936, previo al Código Civil de 1984 y no derogado por el nuevo Reglamento General de los Registros Públicos, señala que la adquisición de bienes durante el matrimonio se hará siempre con la calidad de comunes salvo que se presente "título que justifique la calidad de propios... o resolución judicial". El referido artículo especifica que en el primero comprende los casos de los bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio y los adquiridos a título oneroso solo si la causa de adquisición ha precedido al casamiento. El Tribunal Registral como ya hemos podido apreciar ha extendido el supuesto de interpretación de esta norma al no exigir resolución judicial sino solamente título que justifique la calidad de propios para los casos de los incisos 2 y 3 del artículo 311.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano. 1997 de 1984. Derecho de Familia. Tomo VII. Con la colaboración de Angela Arias-Schreiber, Alex Plácido Vilcachagua. Gaceta Jurídica Editores S.RL Lima-Perú. agosto de 1997; ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. Ediciones Legales. Tres Tomos. Lima-Perú; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. 101 edición. Editorial Emilio Perrot. Buenos Aires-Argentina, 1988; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Dos Tomos. 81 edición. Librería Studium S.A. Editorial Rocarme, 1991; GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes-Concordancia-Exposición de Motivos. Comentarios-Doctrina-Jurisprudencia. Tomo 1. 41 edición. Cultural Cuzco S.A. Ed. Lima-Perú, 1982; KI PP-WOLFF. Derecho de Familia. Tomo IV del Tratado de Derecho Civil. Por Ludwig EnneccerusJ Theodor Kipp/ Martín Wolff. 21 edición. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1979; LACRUZ BERDEJO. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Volumen Primero. Por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa. 3ª edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1990; Elementos de Derecho Civil 111. Derechos Reales. Volumen Segundo. por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano; Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa y Víctor Mendoza. 21 edición. Jose María Bosch Editor SA Barcelona, 1991; OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO. Jurisprudencia Registral. Diez tomos. El primer tomo es de 1996. Lima-Perú; SERRANO GARCÍA, José Antonio. Las deudas de los cónyuges. José María Bosch Editor. Barcelona, España, 1992; SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP). Derecho Registrall. Primeras Jornadas Preparatorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Registral (Oficina Registral Regional Región Inka). Gaceta Jurídica Editores. S.R.Ltda. Noviembre de 1998; VALVERDE, Emilio F. El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano. Tomo 1. Lima-Perú. Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.

## **JURISPRUDENCIA**

"Si bien es cierto la manifestación del adquirente del inmueble, acompañada del asentimiento del cónyuge, constituye un acto de reconocimiento de la calidad del inmueble como un bien propio, no es menos cierto que dicha manifestación se efectúa desprovista de pruebas que acrediten la naturaleza del bien como propio o como social; incumpléndose por ende con los requisitos necesarios para enervar los alcances de la presunción iuris tantum, contenida en el artículo 311 del Código Civil".

(R. N° 275-97-0RLC/TR, Jurisprudencia Registral. Vol. IV, Año 11, p. 89)

"Conforme al inciso 3 del artículo 311, si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior; lo que supone que la presunción no se refiere a la existencia de dichos bienes, sino a que, una vez acreditada fehacientemente la existencia y venta de los mismos, el precio de dicha operación se ha utilizado en la adquisición posterior",

(R. N° 276-97-0RLC/TR, Jurisprudencia Registral. Año 11, Vol. IV, p. 235)

## CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES

### ARTICULO 312

Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts, 327y ss., 1354, 1355, 1356

### Comentario

*Walter Gutierrez Camacho*

1.- Tres son las razones por las que tradicionalmente se ha prohibido, tanto en el Derecho nacional como en el extranjero, la contratación entre cónyuges: el peligro de colusión entre los cónyuges para defraudar a un tercero acreedor, el posible aprovechamiento económico de uno de los cónyuges respecto del otro, y la incompatibilidad entre el régimen económico conyugal y el régimen legal de los contratos, caracterizado este último por su declarado carácter negocial. Sin embargo, siendo plenamente justificable la prohibición alojada en el artículo 312 del Código Civil no debe perderse de vista que no es una prohibición absoluta y que en más de una ocasión es justificable tal contratación, como comprobaremos en este comentario.

Adelantemos por de pronto lo siguiente: si bien el texto del referido artículo contiene la regla general de que los cónyuges no pueden contratar cuando tales actos jurídicos generan obligaciones sobre bienes del patrimonio conyugal, eso no quiere decir que la contratación entre esposos esté totalmente proscrita del Derecho nacional, puesto que no existiría impedimento legal para que los cónyuges celebren contratos sobre los bienes propios u otros contratos que no comprometan los bienes sociales.

2.- Para comprender mejor esta norma es preciso revisar brevemente los alcances del régimen patrimonial del matrimonio en nuestro Derecho. En primer término debemos tener presente que nuestro Código ha establecido dos regímenes patrimoniales alternativos del matrimonio: sociedad de gananciales, que es en realidad una comunidad de bienes y está compuesta por los bienes adquiridos por los cónyuges dentro del matrimonio a título oneroso, permaneciendo fuera de él los bienes que tuviesen los cónyuges en propiedad antes del matrimonio y aquellos adquiridos con posterioridad a título gratuito. Sin embargo, pese a que los bienes propios no forman parte de los bienes sociales igual son de interés de la sociedad conyugal, pues los frutos de estos bienes son sociales.

El otro régimen es el de separación de patrimonios. Se trata de una separación convencional, la misma que en ocasiones puede ser judicial o legal, y que consiste en que los cónyuges pactan que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales. Tal convenio puede celebrarse antes del matrimonio o durante el

mismo para remplazar al régimen de gananciales. El efecto principal de este convenio -que en rigor es un contrato- consiste en que tanto la propiedad, la administración como la disposición de los bienes presentes y futuros de los cónyuges se conserva a plenitud (artículo 327 del Código Civil); no existiendo por lo tanto ningún impedimento para que los cónyuges que adoptaron este régimen celebren todo tipo de contratos.

Respecto a la naturaleza de la sociedad de gananciales nuestra jurisprudencia ha señalado: "...está constituida por bienes sociales y bienes propios y constituye una forma de comunidad de bienes y no una copropiedad, comunidad que recae sobre un patrimonio. Ella queda sujeta a un conjunto de derechos y obligaciones. Por tanto, ella rige tanto para el activo como para el pasivo patrimonial. La copropiedad en cambio recae sobre bienes singulares. La primera es, si se quiere, a título universal, la segunda a título particular.

En consecuencia la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas y que es distinto del patrimonio de cada cónyuge que la integra, de forma tal que tanto para realizar actos de administración como de disposición que recaigan sobre bienes sociales será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges (...), puesto que la voluntad coincidente de ambos cónyuges constituye la voluntad de la sociedad de gananciales. (cit. por PLÁCIDO, p. 204).

Como se ve en el ámbito patrimonial el principal efecto del matrimonio para los cónyuges es la generación de un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que componen el patrimonio conyugal (...) y el surgimiento de un conjunto de relaciones que determinan cómo contribuirán los esposos en atención a las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y la administración de los bienes que los cónyuges aportan o que adquieren durante la unión y, también la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges (BOSSERT y ZANNONI, p. 181).

3.- La primera conclusión de esta revisión es que los cónyuges no pueden -contratar entre sí respecto del patrimonio social, sencillamente porque ambos en materia patrimonial constituyen una sola parte, una sola voluntad, y para formar un contrato es preciso cuando menos dos partes, dos voluntades, dos centros de Interés. De modo que parece perfectamente coherente con el diseño legal del régimen patrimonial del matrimonio así como con la construcción jurídica del contrato que los cónyuges en principio no puedan contratar entre ellos respecto de los bienes sociales. Adicionalmente se advierte que la norma busca proteger y consolidar el patrimonio conyugal evitando su desmembración vía contractual.

Según autorizada doctrina nacional la norma persigue también eliminar el aprovechamiento indebido que uno de los cónyuges pudiera hacer en perjuicio del cónyuge menos avisado o avezado. En este sentido, el profesor Cornejo Chávez ha expresado su crítica a la norma, pues si lo que se busca es evitar el aprovechamiento indebido de uno de los cónyuges, tal propósito no se alcanza

con dicha norma ya que precisamente tal aprovechamiento se da mucho más y más clamorosamente tratándose de los bienes propios del cónyuge menos instruido y más confiado (CORNEJO CHÁVEZ, p. 321).

No es posible compartir este planteamiento, pues tal postura limitaría severamente el derecho de contratar de los cónyuges, quienes por el hecho de haberse casado no quiere decir que renuncien al principal instrumento legal para su desarrollo económico: el contrato. Se trata de una posición maximalista, que olvida que los cónyuges al casarse no necesariamente renuncian a su independencia económica, y que por lo demás no se concilia con el postulado constitucional que consagra el derecho de contratación (Const. artículos 2, inc. 14, y 62).

4.- Para un autorizado civilista como G. Borda la necesidad del contrato entre cónyuges nace del debilitamiento del matrimonio. "El problema del contrato entre esposos ha cobrado actualidad en los últimos tiempos con motivo del aflojamiento de los vínculos matrimoniales. En una unión perfecta, cuando se ha producido algo así como una fusión de personalidades, el contrato entre marido y mujer resulta inútil y casi incomprensible" (BORDA, p. 191).

Nosotros tenemos una visión disidente de la expresada. En los tiempos modernos la igualdad legal entre el hombre y la mujer es un tema que no se discute. De ello se desprende que la mujer lo mismo que el marido tiene libertad económica, dentro de los límites que impone el régimen del matrimonio. En nuestros días la participación de la mujer no se reduce a las labores del hogar o a criar a los niños, las que desde luego son tareas sumamente importantes y con un innegable contenido económico tal como lo han demostrado numerosos economistas de la talla de Gary Becker; también cumple una activa participación en los negocios y contribuye de manera importante en el sostén del hogar.

Todo lo anterior hace mirar con mayor simpatía la posibilidad de la contratación entre cónyuges, y ello no tiene nada que ver con el "debilitamiento del matrimonio". Máxime si, como ya lo hemos dicho, la libertad de contratación es un principio constitucional protegido por nuestra norma suprema, lo cual exige interpretar los textos legales en el sentido de favorecer la aplicación de este principio. Desde esta óptica deberá leerse y entenderse el artículo 312 del Código Civil. Sin embargo, es preciso reconocer que existen contratos que no pueden admitirse sin poner en riesgo el régimen patrimonial del matrimonio o sin crear serios peligros para los terceros que han contratados con ellos facilitando transferencias de bienes que podrían dejarlos sin garantía patrimonial para el cobro de sus créditos (BORDA, p. 192).

De ahí que en legislaciones como la argentina se prohíba expresamente la compraventa entre cónyuges aun cuando hubiese separación judicial de bienes (artículo 1358 del Código Civil argentino), igual prohibición existe para la cesión de créditos (artículo 1441), la permuta (artículo 1490), la locación (artículo 1494) y la donación (artículo 1807). En esta misma línea el Código Civil francés ha prohibido la compraventa entre cónyuges (artículo 1529).

Nuestro Código ha preferido una prohibición genérica comprensiva de todos los contratos enunciados siempre que se trate de bienes sociales. Sin embargo, hay contratos que son frecuentes y que no constituyen ningún riesgo de peligro ni para terceros ni para los cónyuges ni para el régimen conyugal. Tales contratos son: la fianza, el depósito, la locación de servicios, el contrato de obra y el mandato. Este último expresamente permitido por nuestro Código (artículo 146). Desde nuestro punto de vista estos contratos no ingresan dentro de la esfera de prohibición a que se refiere el artículo 312 del Código Civil.

5.- Mención especial merece el contrato de sociedad entre cónyuges. Con frecuencia se ha criticado acremente la sociedad entre cónyuges, argumentando que al régimen matrimonial se une un esquema social, la yuxtaposición de dos sociedades implicaría una alteración de la disciplina económica del matrimonio. (cfr. CARBONIER, p. 135.). A esta apreciación negativa sobre la sociedad entre cónyuges se suman las siguientes críticas: "estas sociedades se prestan para violar el régimen patrimonial del matrimonio, que es de orden público y que puede quedar fundamentalmente modificado por voluntad de las partes; de igual modo permite ocultar bajo la apariencia de una sociedad, otros contratos prohibidos tales como la compraventa, la donación, etc.

Sin embargo, el peligro de que la sociedad encubra una violación del régimen patrimonial del matrimonio o un contrato prohibido no es un argumento decisivo para oponerse a este tipo de sociedades; es claro que si se demostrase que el objeto de la sociedad ha sido precisamente el de violar la ley, debe declarársela nula, como todo acto cuyo objeto sea contrario a la ley; pero de ahí a suponer que toda sociedad entre cónyuges puede encubrir una violación legal y prohibirlas indiscriminadamente, hay una gran distancia" (BORDA, p. 194).

En nuestro Derecho, la Ley General de Sociedades (LGS) ha sido omisa a referirse a la sociedad entre esposos, a diferencia de otras legislaciones como la argentina que sí lo hace. No obstante tal omisión, es posible afirmar que esta clase de sociedad sí está permitida en nuestro ordenamiento, En efecto, creemos que será viable la sociedad entre esposos siempre que los aportes para constituir la provengan de los llamados "bienes propios" o cuando el régimen patrimonial del matrimonio sea el de bienes separados.

Si bien es posible que los cónyuges formen sociedades con las limitaciones anotadas, no les está permitido constituir cualquier tipo. En efecto, se debe tener en cuenta que el Código Civil (artículo 308) establece el principio de irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro; es decir: "los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro...". Si los cónyuges formaran, por ejemplo, una sociedad colectiva, deberían responder en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales. Por ello sostenemos que los cónyuges solo pueden constituir sociedades anónimas -de cualquier tipo- y sociedades comerciales de responsabilidad limitada.

Sin embargo, las sociedades entre esposos no están exentas de otras complejidades. En efecto, aún resta por saber qué sucede con los dividendos,

¿a quién le pertenecen?, ¿cómo se regula el derecho de suscripción preferente?, ¿qué sucede con las nuevas acciones?, etc. Respecto a estas interrogantes hay que señalar que si el matrimonio se ha constituido bajo el régimen de sociedad de gananciales, los dividendos se considerarán bienes comunes, es decir, de ambos cónyuges en copropiedad, con independencia de quién tiene la titularidad de sus respectivas acciones. Pero, si el matrimonio se rige por la separación de patrimonios, los dividendos pertenecerán a cada esposo en proporción a su aporte. En este último caso los esposos mantienen individualmente la propiedad de sus respectivas acciones y de los dividendos que éstas generen.

Respecto a las nuevas acciones provenientes del ejercicio del derecho de suscripción preferente, debemos indicar que les pertenecen al cónyuge titular de las acciones. En efecto, cuando se decide en la sociedad anónima cerrada y en la sociedad comercial de responsabilidad limitada un aumento de capital, los socios tienen derecho a suscribir un número de acciones en proporción a la cantidad que poseen, con preferencia a personas que no son accionistas. Este derecho hace posible que la sociedad mantenga la estructura accionarial que existía antes del aumento de capital. De esto se colige que las acciones o participaciones provenientes del derecho de suscripción preferente pertenecerán a cada cónyuge. En caso contrario no se conseguiría mantener la proporción accionarial que desea la ley.

Por último, como se sabe el derecho de suscripción preferente puede ser perfectamente transferido si no se desea ejercerlo. En este caso, el producto de dicha venta pertenecerá al titular de la acción que genera el derecho.

6.- Cabe por último preguntarse si es posible el contrato de trabajo entre cónyuges. Sin duda se trata de una pregunta difícil; en primer término porque la esencia del contrato de trabajo es la de crear una relación de subordinación del empleado, del obrero respecto de su empleador. La generación de esa relación de subordinación resulta discutible sobre todo si se considera que el espíritu en el que deben desenvolverse las relaciones entre esposos no es precisamente la de subordinación sino la de colaboración, ayuda y asistencia recíproca. Más aún si observamos que aunque el negocio sea propio, el resultado producido por éste mientras dure el matrimonio es ganancial, de modo que el cónyuge que ayuda en esas actividades está trabajando en beneficio común.

Precisamente, en línea con lo expuesto, nosotros no advertimos óbice para la celebración de este tipo de contrato entre esposos. Sobre todo si se tienen en consideración los conceptos modernos que en materia de relaciones laborales han surgido en las empresas, considerando al empleado no como un subordinado sino como un colaborador.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo



A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CARBONIER, Jean. Derecho Civil, tomo 1, vol. 2. Barcelona, Bosch, 1971; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; GATTI, Hugo. Contratación entre cónyuges. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

### **JURISPRUDENCIA**

"Es necesario precisar que el régimen de sociedad de gananciales está regulado por normas denominadas de orden público, estableciéndose limitaciones de orden contractual entre los cónyuges".

(Cas. N° 95-96-Ica, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 30/12/97, p. 224)

## ADMINISTRACIÓN COMÚN DEL PATRIMONIO SOCIAL

### ARTICULO 313

Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 287, 290, 292, 306, 314

C.P. arto 208

### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

La administración de un patrimonio -en un sentido lato- comprende la suma de la actividad de administración y de disposición que un sujeto puede cumplir en relación a un patrimonio; en otros términos, los actos de administración o de disposición constituyen la totalidad de la actividad susceptible de ser realizada por quien tiene la administración del patrimonio. Pero en sentido restringido, el criterio clásico o tradicional ha sido distinguirlos a partir de la función que aquél cumple en relación al patrimonio.

Así, el acto de administración es aquel que sin alterar la integridad del patrimonio, tiende a su mantenimiento, mejoramiento o generación de frutos; mientras que el acto de disposición es aquel que altera la integridad del patrimonio. De ese modo, la actividad de "administración" excluiría todo acto que pudiera afectar, directa o indirectamente, los bienes singulares que lo componen: cualquier acto del que resulte la sustitución de un bien por otro o un derecho por otro, aunque derivara, en los hechos, en una ventaja patrimonial, excedería el concepto de "administración" así entendido. La idea central es, por lo tanto, la mantención del patrimonio en un idéntico estado, conservando inalterable la individualidad de los bienes singulares que lo componen.

- Pero la realidad económica permite advertir que la gestión patrimonial se desarrolla en una multitud de supuestos de una manera radicalmente diversa. Junto con una actividad económica "estática", caracterizada por la mantención o permanencia en el patrimonio de bienes generadores de frutos, coexiste una concepción más "dinámica" de la actividad económica. Ello permite inferir la manifiesta insuficiencia del criterio tradicional. A partir del mismo, las permanentes enajenaciones y adquisiciones que requiere una ordenada y regular administración de un patrimonio se deberían considerar actos de disposición, al menos cuando ellas produzcan una "sustancial" alteración de la composición del patrimonio. También se pueden considerar como tales aquellas enajenaciones que conducen a la renovación periódica y regular de los bienes, como modo ordinario de resguardar la aptitud funcional del complejo de bienes.

Empero, como se comprenderá, una conclusión de esa especie resulta decididamente disvaliosa y susceptible de comprometer seriamente el éxito de una gestión patrimonial, debido a trabas (asentimientos, autorizaciones judiciales, etc.). El resultado de la gestión está íntimamente vinculado, en esos supuestos, con la "dinámica" de la misma gestión. Aparece clara, por lo tanto, la imposibilidad de aplicar a la gestión de estructuras patrimoniales como las descritas, la distinción tradicional: la administración "ordinaria o regular" de esos patrimonios, caracterizados por la finalidad de lucro, por su funcionalidad y por el estrecho ligamen entre los bienes y servicios, requiere una dinámica particular que la torna incompatible con la existencia de ataduras o vínculos externos.

Es por ello que, actualmente, la distinción se realiza sobre la base de la "trascendencia patrimonial". Se parte de la idea de que el mantenimiento de la "integridad" del patrimonio -en un sentido económico- supone la mantención de su potencialidad económica, con total independencia de la subsistencia o cambio de los bienes singulares o individuales que lo componen. La permanencia de la integridad patrimonial, por lo tanto, --no resulta de la subsistencia inalterada de bienes individuales que componen el patrimonio, sino de la subsistencia de su potencialidad económica, es decir, de su aptitud para conservar su productividad y capacidad funcional.\_En ese sentido, los actos que exceden la administración ordinaria -denominados en nuestra legislación civil como de disposición- son los de "trascendencia patrimonial". El interés legal, por ello, es el de resguardo de la integridad patrimonial, en el sentido amplio antes apuntado (mantención de la potencialidad económica del patrimonio): los actos que la ley rodea de particulares resguardos -antes de trascendencia patrimonial- son aquellos que pueden poner en peligro tal integridad. Surge de todo ello la conclusión de que el criterio distintivo se sustenta en la existencia del "riesgo" o "peligro" de la disminución de la Integridad del patrimonio, entendida ésta como la conservación de su potencialidad económica: cada vez que el acto a celebrarse comprometa o ponga en riesgo la potencialidad económica del patrimonio, se estará frente a un acto de disposición, y será de administración en caso contrario.

La aplicación de la teoría tradicional genera el inconveniente de requerir la necesaria intervención conjunta de los cónyuges para el suministro ordinario de bienes y servicios de la familia por la disposición del dinero requerido para los pagos; se estaría frente a un acto de disposición. En cambio, la referencia a la teoría del riesgo determina que cualquiera de los cónyuges pueda realizar aquellos actos que conducen a la renovación periódica y regular de los bienes del patrimonio; en tal supuesto se está ante un acto de administración ordinaria. De otra parte, en esta última tesis, los "actos de conservación" serían una subespecie de actos de administración y que son aquellos que, importando o no una enajenación por ser urgente o necesaria, tiende a resguardar un bien patrimonial en peligro.

La utilización de los términos "actos de administración", en una disposición que autoriza la actuación conyugal indistinta (artículo 292), y "administración del patrimonio", en otra que establece la actuación conyugal conjunta (artículo 313), exige usar el criterio de la "trascendencia patrimonial" para poder

comprender los verdaderos alcances de una y otra norma. Es, además, el más adecuado a nuestra realidad para distinguir los actos de administración ordinaria (actos que no exceden la potestad doméstica) y de disposición (actos que exceden la potestad doméstica) conyugal. A través de él se superan las críticas que se han formulado al criterio tradicional: ningún inconveniente existirá en calificar como actos de administración -por la inexistencia de riesgo- a aquellos actos que conducen a la renovación periódica y regular de algunos de los bienes del complejo patrimonial y a la enajenación de productos, como modo de conservar su productividad y aptitud funcional o a aquellas otras enajenaciones y adquisiciones que se realizan regularmente en una estructura patrimonial cuyo objetivo es el logro de "ganancias" a través de la diferencia entre lo que han costado y lo que se ha recibido.

El artículo 313 se refiere a la administración del patrimonio social. Por el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, en nuestro Código Civil se atribuye por igual a los cónyuges el poder doméstico y se exige la actuación conjunta de los mismos cuando se trate de actos que excedan de tal potestad. Cabe, entonces, distinguir el ámbito de la administración ordinaria y extraordinaria.

a) Poder doméstico o administración ordinaria: Por el mismo, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia y a la conservación de su patrimonio; circunscribiéndose, por tanto, al levantamiento de las cargas sociales. En tal sentido, comprende no solo las adquisiciones corrientes u ordinarias para el sustento cotidiano, sino todos aquellos actos que representan la satisfacción de necesidades inmediatas de la familia, conforme con la condición social y económica de ésta. Como se observa y no obstante lo indicado en el segundo párrafo del artículo 292 del Código Civil, el poder doméstico refiere a actos de administración y de disposición que tengan por objeto el cuidado de la familia; estando, también, incluidas las necesidades urgentes, aun cuando sean de carácter extraordinario.

Conforme al artículo 317 del Código Civil, de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán los bienes sociales y, subsidiariamente, los bienes propios de ambos cónyuges en partes iguales. Este sistema de responsabilidad por las cargas sociales es una evidente garantía para el acreedor y también para la propia economía familiar: al fortalecer el crédito familiar, evita la desconfianza del acreedor sobre la incertidumbre de los bienes que responderán de la deuda.

b) Actos de administración y disposición que excedan de la potestad doméstica: El poder doméstico autoriza a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, pero no facultan a realizar actos de administración y disposición que excedan de él y para lo cual se exige actuación conjunta.

El presente dispositivo se refiere a los actos de administración que exceden la potestad doméstica, que corresponde realizar conjuntamente a ambos consortes y que implica el ejercicio de una facultad compartida por ambos consortes, de tal forma que se requiere la voluntad concorde de los esposos

como elemento constitutivo necesario para la validez de los actos. Se trata, pues, de una coparticipación en la administración de bienes sociales.

No obstante, se admite que uno de los cónyuges otorgue un poder al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes sociales. En tal supuesto, el cónyuge administrador solo podrá realizar actos tendientes a conservar los bienes sociales y a hacer que éstos produzcan sus rendimientos, con el propósito de atender al levantamiento de las cargas familiares; en cuyo caso, también está facultado para realizar los actos de disposición que ellos requieran.

Esta administración concluye normalmente por revocación del poder o renuncia del cónyuge administrador; estando éste obligado a rendir cuenta de su gestión y, en su caso, a indemnizar al otro de los daños causados por su dolosa o culposa gestión.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y total, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAN D, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo 111, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARAHONA, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLACIDO y., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLACIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; TOBIAS, José W. Actos de administración y actos de disposición, en Derecho de Familia. Libro homenaje a María Josefa Mendez Costa.

Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1990; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"La presente norma se inspira en la necesidad de evitar el abuso del derecho en la administración de los bienes sociales que usualmente la ejercita el marido".

(Exp. N° 1772-90-Junín, Normas Legales N° 223, p. J-8)

"Cuando no se trata de enajenación y gravamen de propiedad común, sino de una acción de reivindicación de la misma en defensa del citado patrimonio, no es necesaria la intervención de la cónyuge".

(Exp. N° 1301-85-Apurímac, Gaceta Jurídica N° 14, p. 9-A)

"Por acto de administración, debe entenderse todo aquel acto que recayendo sobre bienes y derechos, tiene por objeto conservar y obtener su normal rendimiento, constituyendo un típico acto de administración el entregar un bien en arrendamiento, mas no el tomar un bien en arrendamiento, pues el pago de la renta convenida importa un acto de disposición sobre las sumas destinadas a dicho fin".

(Cas. N° 3053-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 150)

"Al constituir la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo distinto a un régimen de copropiedad, para realizar actos de administración de los bienes sociales que la integran será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges que constituye la voluntad de la sociedad de gananciales".

(Cas. N° 3109-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 150)

"El artículo 292 del Código Civil distingue los actos de administración ordinaria y los que no son; en el primer caso no se exige que uno de los cónyuges otorgue poder al otro; en cambio, en los otros casos sí es necesario dicho requisito.

La asunción de una deuda o carga social es un acto que excede la administración ordinaria, requiriéndose por eso el otorgamiento de poder expreso, puesto que no puede presumirse el consentimiento tácito del otro cónyuge, al no atribuirle la ley expresamente a dicho silencio el carácter de manifestación de voluntad, conforme lo exige el artículo 142 del código sustantivo".

(Cas. N° 911-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 150)

## **PLENO JURISDICCIONAL**

### **PLENO JURISDICCIONAL 1998:**

#### **ACUERDO N° 6: ACTOS DE DISPOSICIÓN UNILATERAL DE BIENES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**

6.1. ¿Qué consecuencias tiene la disposición unilateral de bienes en la sociedad conyugal?

**CONSIDERANDO:**

- Que, de conformidad con el artículo trescientos quince del Código Civil, para disponer bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos dé poder al otro para ese efecto, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables~in intervención de ambos cónyuges.

- Que, si contraviniendo dicha norma se practicaran actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges, se incurriría en la causal de nulidad de acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve inciso uno del Código Civil;pvr falta de manifestación de voluntad de los titulares de dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan al orden público, según artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

- Que, asimismo, ninguno de los cónyuges puede disponer unilateralmente de todo o parte de sus derechos y acciones considerados como cuota ideal, por cuanto el régimen de la sociedad de gananciales es un régimen patrimonial de naturaleza autónoma que goza de garantía institucional, y que por tanto no puede equipararse a una copropiedad o condominio.

**EL PLENO: POR UNANIMIDAD ACUERDA:**

Que, los actos de disposición unilateral de los bienes sociales, inmuebles o muebles registrables o de derechos y acciones, que pueda hacer uno de los cónyuges sin la intervención del otro, es un acto jurídico nulo.

6.2. ¿Puede declararse la nulidad de un acto de disposición unilateral de un bien social dentro de un proceso de divorcio?

**CONSIDERANDO:**

- Que, en los procesos de divorcio en el que se ventilan acciones personalísimas sólo intervienen los cónyuges y el Fiscal Provincial que representa los intereses de la sociedad en juicio, pues la disolución de un matrimonio no es un asunto privado que sólo atañe a los cónyuges sino también a la sociedad.

- Que, la nulidad de un acto jurídico de disposición unilateral de un bien social efectuado por uno de los cónyuges a favor de un tercero, no es una pretensión acumulable al proceso de divorcio, ni como accesoria ni como subordinada, en el que tampoco podría involucrarse a un tercero, por lo que la demanda en ese sentido puede ser declarada improcedente según el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil.

- Que la nulidad del acto jurídico no puede declararse de oficio sin la intervención del tercero adquirente cuyo derecho de defensa no puede ser desconocido.

**EL PLENO: POR MAYORÍA ACUERDA:**

Que, en los procesos de divorcio no se puede acumular o declarar la nulidad de un acto jurídico de disposición unilateral de un bien social, el que debe ser materia de otro proceso en el que sea citado el tercero adquirente.

**POSICIÓN MINORITARIA:**

La posición minoritaria considera que sin la necesidad de declarar la nulidad de ese acto jurídico de disposición unilateral de un bien, es factible que el juez al liquidar la sociedad de gananciales pueda adjudicar el valor del bien a la cuota del cónyuge que efectuó el acto de disposición unilateral, siempre y cuando no exista discrepancia respecto al valor del bien, lo que evitaría un proceso innecesario contra el tercero.

(11 Pleno Jurisdiccional, Acuerdo N° 6, Cajamarca 1998)



## **ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES Y PROPIOS POR EL OTRO CÓNYUGE**

### **ARTICULO 314**

La administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en los casos del artículo 294, incisos 1 y 2. Si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 294 ines. 1) Y 2); 306, 328, 333 inc. 5); 597

### **Comentario**

*Alex Plácido Vilcachagua*

En lo que se refiere a la administración de los bienes sociales, nuestro Código Civil ha adoptado el sistema de administración unilateral transferida para permitir que el otro cónyuge asuma la misma en casos de excepción y destine sus rendimientos al sostenimiento de la familia. Esta transferencia tiene tres modalidades diversas según opere por facultarse al cónyuge, por resolución judicial y por ministerio de la ley.

- a) La administración transferida por facultarse al cónyuge se presenta cuando el otro otorga un poder para que los bienes sociales sean administrados en todo o en parte (artículo 313 del Código Civil).
- b) La administración transferida por vía judicial ocurre por ignorarse el paradero del mismo o se encuentre en lugar remoto, y por haber abandonado el domicilio conyugal (artículo 314 del Código Civil).
- c) La administración transferida por ministerio de la ley funciona cuando uno de los cónyuges está impedido por interdicción u otra causa (artículo 314 del Código Civil).

En estos casos en que funciona la administración unilateral transferida y cuando se ha otorgado por poder a un cónyuge, el cónyuge administrador solo podrá realizar actos tendientes a conservar los bienes sociales y a hacer que éstos produzcan sus frutos y productos y percibirlos, con el propósito de atender al levantamiento de las cargas familiares. De otra parte, la administración unilateral transferida termina cuando se revoca el poder y cuando desaparezca la causa que la motivó, lo que operará en la misma forma en que aquella se constituyó.

Sustentándose el régimen de sociedad de gananciales en la comunidad de intereses de los cónyuges, está implícito en nuestro sistema jurídico el deber conyugal de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación de la administración y de los rendimientos de cualquier actividad económica; más

aún si estos últimos constituyen bienes sociales. Todo ello a requerimiento del cónyuge que no administra los bienes o que no realiza la actividad económica. Al respecto, el artículo 1383 del Código Civil español señala que "deben los cónyuges recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya".

Es claro que la administración transferida no faculta la realización de actos de disposición que no estén destinados al levantamiento de las cargas familiares. Aquellos que excedan la potestad doméstica están prohibidos, salvo que por causas justificadas de necesidad o utilidad sean requeridos para atender al interés familiar. En tal eventualidad, puede recurrirse al juez para que autorice el acto; situación expresamente prevista para el cónyuge curador del interdicto, en su condición de representante legal de éste, supuesto en el que se autoriza la transferencia de la administración por ministerio de la ley.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTAÑO TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ESPINOSA OVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago Y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo 111, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; TOBIAS, José W. Actos de administración Y actos de disposición, en Derecho de Familia. Libro homenaje a María Josefa Mendez Costa. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1990; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes. -n el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"En virtud de las normas contenidas en el artículo 294 inciso primero del Código Civil, concordante con el artículo 314 del referido cuerpo legal, la deman

dante está facultada para asumir la representación de su cónyuge en caso de impedimento, de modo que resulta titular del derecho material y a la vez parte demandante, consecuentemente tiene legitimación en la causa".

(Exp. N° 923-98, Resolución del 14/0B/98, Sala Corporativa Subespecializada en Procesos Sumarísimos y No Contenciosos de la Corte Superior)

## DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOCIALES

### ARTÍCULO 315

Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 290, 292, 303, 314, 327 Y ss.  
R. 033-96-5UNARP arto 2

### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

La presente norma se refiere a los actos de disposición que exceden la potestad doméstica, que corresponde realizar conjuntamente a ambos consortes y que implica el ejercicio de una facultad compartida por ambos consortes, de tal forma que se requiere la voluntad concorde de los esposos como elemento constitutivo necesario para la validez de los actos. Se trata, pues, de una coparticipación en la disposición de bienes sociales.

Por ello, este sistema requiere que ambos cónyuges puedan y quieran actuar de común acuerdo, situación normal en el matrimonio. Siendo así, ofrece el inconveniente de la imposibilidad o negativa de uno de los cónyuges para prestar su necesario consentimiento. Consecuentemente, debe preverse legislativamente un mecanismo de solución a estas situaciones. Nuestro Código Civil establece la regla de que corresponde, sobre los bienes sociales, a ambos cónyuges practicar los actos de disposición que excedan de la potestad doméstica. Sin embargo, no contempla expresamente una solución legislativa a los supuestos en que uno de los cónyuges no pueda o no quiera intervenir. Estimamos que ella debe encontrarse en el principio rector de la gestión de los bienes, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor: el interés familiar, el cual está implícito en nuestros ordenamientos por el precepto constitucional de protección de la familia. A partir de ello, puede recurrirse al órgano jurisdiccional para que autorice supletoriamente la realización del acto.

La imposibilidad de intervención de un cónyuge, que provoca la no atención de una necesidad de vida, y la negativa injustificada del mismo, que constituye una omisión abusiva del derecho de disposición del bien social, perjudican gravemente el interés familiar. Sostener la posición prohibitiva, en el sentido de que si un cónyuge no puede o no quiere realizar el acto, éste nunca se verificará, es contrariar el interés familiar.

Éste es el criterio que siguen legislaciones como la española así como la jurisprudencia argentina. La primera establece, en los artículos 1376 y 1377 del Código Civil, el sistema de autorización supletoria judicial tanto para actos de administración como de disposición a título oneroso. La segunda, desarrolla la teoría para los actos de disposición a título oneroso.

Como queda dicho, la voluntad concorde de los cónyuges se requiere como elemento constitutivo necesario para la validez del acto. Siendo así, el acto practicado sin intervención de uno de ellos y, aun, sin la autorización supletoria judicial, es nulo por falta de manifestación de voluntad: ésta se configura con la intervención de ambos cónyuges (artículo 219, inciso 1, del Código Civil). Claro está que la nulidad no podrá ser alegada contra terceros que actuando de buena fe y a título oneroso adquieran algún derecho de un cónyuge que en el Registro Público aparece con facultades para otorgarlo (artículo 2014 del Código Civil). Pero, como el interés afectado no es otro que el del cónyuge que no interviene para controlar el poder dispositivo de bienes sociales y puede suceder, por el contrario, que, aun sin su consentimiento, no tenga nada que oponer al acto realizado, que tal vez estime ventajoso, o bien que prefiera proteger su interés de algún otro modo, de acuerdo con su consorte, no parece adecuado caracterizar esta situación como una acción de nulidad radical e insalvable, sino más bien como una acción de anulabilidad, cuyo ejercicio depende del arbitrio del cónyuge no interviniente. En tal sentido, solo éste puede decidir sobre su impugnación o convalidación expresa o tácita. Esta última se produce cuando el cónyuge no interviniente asume un comportamiento acorde con los efectos del acto realizado sin su participación. La legitimación para ejercer esta acción de anulabilidad corresponderá al cónyuge no interviniente y, a su muerte, a sus herederos, por no ser un derecho personalísimo; no siendo admisible que lo realice el cónyuge infractor, ni el tercero que contrató. A este respecto, se opone el principio general en materia de anulabilidad, que niega la acción a quienes la ocasionaron, conforme al último párrafo del artículo 222 del Código Civil.

Esta pretensión de anulabilidad debe ejercitarse dentro de un plazo de caducidad a fin de eliminar la incertidumbre que ocasionaría la inactividad procesal del cónyuge afectado; consecuentemente, transcurrido el plazo sin que se haya interpuesto la respectiva demanda, el acto queda convalidado.

No será necesaria, para el ejercicio de la pretensión de anulabilidad, la demostración del perjuicio causado por el acto: es una facultad de libre apreciación sobre la convivencia u oportunidad del mismo. Pero si en caso de negativa injustificada se faculta a pedir la supletoria autorización judicial por convenir al interés familiar, igualmente ante la demanda de anulabilidad, el cónyuge demandado podrá alegar la procedencia y utilidad del mismo, ante cuya prueba podrá concederse por el juez la autorización convalidatoria, si queda demostrada la inexistencia de perjuicio y la conveniencia del acto.

Resulta claro que, en cuanto a los efectos de la anulabilidad frente a terceros subadquirentes, a éstos debe afectarles salvo que hayan actuado de buena fe y a título oneroso. Este es también el criterio que siguen las legislaciones como la española y la jurisprudencia argentina. La primera dispone que "cuando la ley requiera para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los actos realizados sin él y que no hayan sido expresa

o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos". La segunda establece que el acto al que le falta el concurso de la voluntad del otro esposo, está viciado de nulidad relativa, que puede ser demandada por ese cónyuge. No está comprometido un interés público, sino el interés patrimonial de aquél, o el interés de los hijos, según sea el supuesto; de modo que no hay razón para que sea declarada de oficio, como sucedería si se tratase de un caso de nulidad absoluta.

Nuestro Código Civil no contempla una sanción expresa al supuesto que analizamos. La jurisprudencia impone la nulidad por falta de manifestación de voluntad: ésta se configura con la intervención de ambos cónyuges. La doctrina nacional adopta posiciones que van desde la invalidez del acto hasta la ineficacia del mismo. En este último caso, se ha sostenido que el acto es válido entre las partes, pero inoponible al otro cónyuge.

Como se ha explicado, nuestro Código Civil admite, como regla general, que corresponde a ambos cónyuges su realización, salvo que cualquiera de ellos faculte al otro mediante poder especial. Sin embargo, cuestionablemente establece como excepción al principio de la codisposición conyugal que éste no rige para los actos de adquisición de bienes muebles.

Esta norma de excepción no se justifica no solo porque en todo acto de adquisición de un bien existe uno de disposición del dinero con que se adquiere, sino y sobre todo porque nos encontramos fuera del ámbito del poder doméstico y, en esta situación, cualquier acto de disposición que se realice tiene una repercusión patrimonial para la familia mayor que la ordinariamente producida para levantar las cargas sociales. A ello hay que agregar el valor económico de los bienes muebles que es, hoy en día incluso, hasta superior al de los bienes inmuebles. Estas consideraciones descartan que la sola voluntad de uno de los cónyuges pueda -afectar la economía de la familia para adquirir bienes de uso no doméstico: ~?r todo ello, se requiere el mantenimiento de la regla que exige la codisposición conyugal cuando se trata de bienes muebles valiosos.

Esta postura no perjudica el tracto comercial, ya que para ello se autoriza que leyes especiales puedan establecer excepciones; como ocurre, por ejemplo, en la reciente legislación sobre títulos valores (Ley N° 27287) en cuya sexta disposición final se establece que en "la transferencia o constitución de gravámenes sobre títulos valores emitidos o transferidos a favor de una persona natural, no se requiere la intervención del cónyuge", rigiendo la misma norma para los valores representativos mediante anotación en cuenta. Asimismo, en la legislación bancaria, financiera y de seguros (Ley N° 26702), respecto del contrato de cuenta corriente bancaria, se dispone en su artículo 227 que "en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta"; o, en la legislación laboral sobre la compensación por tiempo de servicios (Decreto Legislativo N° 650), en cuyo artículo 39 se establece que "la compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de bien común solo a partir del matrimonio

civil (...) y mantendrá dicha calidad hasta la fecha de la escritura pública en que se pacte el régimen de separación de patrimonios o de la resolución judicial consentida o ejecutoriada que ponga fin a dicho régimen"; y, sobre la afectación en garantía, el retiro parcial o total del depósito en caso de cese, "se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador cuenta con el consentimiento correspondiente para realizar tales actos", estableciéndose que "para desvirtuar esta presunción basta que el cónyuge (...) que acredite su calidad de tal, lo manifieste por escrito al empleador y al depositario".

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHBEIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y total, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ESPIN CAN OVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo 111, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; TOBIAS, José W. Actos de administración y actos de disposición, en Derecho de Familia. Libro homenaje a María Josefa Mendez Costa. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1990; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Por la naturaleza propia de la disposición contenida en el artículo 315 del Código Civil, la acción para perseguir la nulidad de un acto jurídico celebrado por uno de los cónyuges sin la intervención del otro, solo corresponde al cónyuge que no intervino o a sus herederos, acción en la que se ventilará entre otras cuestiones, si el consentimiento tácito o expreso existió o no".

(Cas. N° 849-95-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia Civil, tomo III, p. 25)

"Para disponer de los bienes de la sociedad conyugal o gravarlos se requiere la intervención del marido y de la mujer, empero cualquiera de ellos puede ejercitar la facultad si tiene poder especial del otro".

(Exp. N° 675-92, Gaceta Jurídica N° 44, p. 27-C)

"Para la disposición de los bienes comunes se requiere necesariamente la participación de ambos cónyuges, por consiguiente, el acto jurídico de compraventa celebrado sin uno de ellos, adolece de nulidad".

(Res. del Octavo Juzgado Civil de Lima, Diálogo con la Jurisprudencia N° 3, p. 56)

"El artículo 315 del Código Civil exige la autorización expresa de ambos cónyuges para gravar algún bien de la sociedad conyugal".

(Cas. N° 1245-96-Lima, El Peruano, 11/05/98, p. 980)

"Los bienes sociales de la sociedad de gananciales son de naturaleza autónoma con garantía institucional, por cuanto sus normas son de orden público, sin que puedan modificarse por la sola voluntad de los cónyuges. En consecuencia, no existe una situación de copropiedad sobre ellos, es decir, los cónyuges no tienen derechos o acciones sobre tales bienes, hasta que se produzca la liquidación de dicha sociedad. Por lo tanto, su disposición debe efectuarse por ambos cónyuges, caso contrario el acto jurídico del que se tratase es nulo",

(Cas. N° 941-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 151)

"Por el carácter obligatorio del artículo 315 del Código Civil se impide que cualquiera de los cónyuges pueda disponer de los bienes sociales sin la intervención del otro o sin poder especial de éste".

(Cas. N° 513-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 151)

"El patrimonio conyugal es indiviso, pudiendo determinarse la copropiedad mediante sentencia judicial únicamente".

(Cas. N° 963-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 151)

"La sociedad de gananciales es un ente jurídico autónomo, titular del derecho de propiedad sobre los bienes sociales, no constituyendo un régimen de copropiedad. Por ello, para disponer de dichos bienes se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, no pudiendo haber disposición por parte de uno de ellos de porcentajes de los bienes sociales, por cuanto no existen alícuotas sobre las que cada cónyuge ejerza el derecho de propiedad".

(Cas. N° 837-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 151)

"La nulidad del acto jurídico de anticipo de legítima celebrado por el cónyuge a cuyo nombre se hallaba inscrito un bien social, no perjudica el derecho de la persona que adquirió dicho bien del beneficiado por el anticipo de legítima, cumpliendo con los requisitos contenidos en el artículo 2014 del Código Civil.



La nulidad del acto jurídico de compraventa celebrado por el cónyuge a cuyo nombre se hallaba inscrito un bien social, no perjudica el derecho de la persona que adquirió dicho bien del primer comprador, cumpliendo con los requisitos contenidos en el artículo 2014 del Código Civil".

(Cas. N° 2273-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 152)

"Si bien la cónyuge recurrente, en el presente proceso sobre el otorgamiento de escritura pública alega que no ha intervenido en la venta del bien que corresponde a la sociedad conyugal, resulta que ella así como su cónyuge codemandado, han sido declarados rebeldes, lo que implica una presunción relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda; además, desde la fecha de la suscripción del contrato, que da origen a la acción, a la fecha de la interposición de la demanda, la mencionada cónyuge no ha cuestionado la validez del contrato mediante el cual se transfiere el bien, lo que lleva al convencimiento de que dicha impugnante estuvo de acuerdo con la transferencia del dominio, a que se contrae este proceso".

(Cas. N° 1034-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 152)

"Habiendo establecido las instancias de mérito, como un hecho probado, que en la respectiva escritura pública de compraventa del referido bien, el cónyuge aparece como soltero, habiéndose inscrito en tal condición la propiedad del inmueble en mención, en aplicación de la norma contenida en el artículo 2022 del código sustantivo, la recurrente no puede oponer su derecho de cónyuge al de los demandados. En consecuencia, para declarar aplicable la norma contenida en el artículo 315 del Código Civil, tendría que haberse denunciado la aplicación indebida de los artículos 2022 y 2012 del código acotado, puesto que su coexistencia no guarda conexión lógica".

(Cas. N° 1709-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 152)

"Los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales, constituyendo un patrimonio autónomo distinto del patrimonio de cada cónyuge, y por lo tanto no están sujetos a un régimen de copropiedad, es decir, los cónyuges no son propietarios de alícuotas respecto a los bienes sociales; por el/o es que, cuando se ejercita un acto de administración o de disposición de un bien social, quien lo ejercita es la sociedad de gananciales e igualmente, cuando acontece la liquidación de la sociedad de gananciales, quien transfiere las gananciales a cada cónyuge es dicha sociedad y no se trata de una mutua transferencia de derechos entre cónyuges".

(Cas. N° 1895-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 152)

"El tercero que de buena fe adquiere un derecho real de hipoteca de quien aparece en el registro como soltero, mantiene su adquisición, aunque después se acredite que éste se encontraba casado y que el bien era de propiedad de la sociedad conyugal".

(Cas. N° 2299-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 153)

"Al constituir la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo distinto a un régimen de copropiedad, para realizar actos de disposición de los bienes sociales que la integran será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges que constituye la voluntad de la sociedad de gananciales".  
(Cas. N° 3109-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 153)

## **PLENO JURISDICCIONAL**

### **PLENO JURISDICCIONAL 1998:**

#### **ACUERDO NQ 6: ACTOS DE DISPOSICIÓN UNILATERAL DE BIENES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**

6.1. ¿Qué consecuencias tiene la disposición unilateral de bienes en la sociedad conyugal?

#### **CONSIDERANDO:**

- Que, de conformidad con el artículo trescientos quince del Código Civil, para disponer bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de el/os dé poder al otro para ese efecto, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables sin intervención de ambos cónyuges.
- Que, si contraviniendo dicha norma se practicaran actos de disposición de bienes sociales por uno sólo de los cónyuges, se incurriría en la causal de nulidad de acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve inciso uno del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de los titulares de dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan al orden público según artículo V del Título Preliminar del Código Civil.
- Que, asimismo, ninguno de los cónyuges puede disponer unilateralmente de todo o parte de sus derechos y acciones considerados como cuota ideal, por cuanto el régimen de la sociedad de gananciales es un régimen patrimonial de naturaleza autónoma que goza de garantía institucional, y que por tanto no puede equipararse a una copropiedad o condominio.

#### **EL PLENO: POR UNANIMIDAD ACUERDA:**

Que, los actos de disposición unilateral de los bienes sociales, inmuebles o muebles registrables o de derechos y acciones, que pueda hacer uno de los cónyuges sin la intervención del otro es un acto jurídico nulo.

6.2. ¿Puede declararse la nulidad de un acto de disposición unilateral de un bien social dentro de un proceso de divorcio?

#### **CONSIDERANDO:**

- Que, en los procesos de divorcio en el que se ventilan acciones personalísimas sólo intervienen los cónyuges y el Fiscal Provincial que representa los intereses de la sociedad en juicio, pues la disolución de un matrimonio no es un asunto privado que sólo atañe a los cónyuges sino también a la sociedad.

- Que, la nulidad de un acto jurídico de disposición unilateral de un bien social efectuado por uno de los cónyuges a favor de un tercero, no es una pretensión acumulable al proceso de divorcio ni como accesoria ni como subordinada, en el que tampoco podría involucrarse a un tercero, por lo que la demanda en ese sentido puede ser declarada improcedente según el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil.

- Que la nulidad del acto jurídico no puede declararse de oficio sin la intervención del tercero adquirente cuyo derecho de defensa no puede ser desconocido.

**EL PLENO: POR MAYORIA ACUERDA:**

Que, en los procesos de divorcio no se puede acumular o declarar la nulidad de un acto jurídico de disposición unilateral de un bien social, el que debe ser materia de otro proceso en el que sea citado el tercero adquirente.

**POSICIÓN MINORITARIA:**

La posición minoritaria considera que sin la necesidad de declarar la nulidad de ese acto jurídico de disposición unilateral de un bien, es factible que el juez al liquidar la sociedad de gananciales pueda adjudicar el valor del bien a la cuota del cónyuge que efectuó el acto de disposición unilateral, siempre y cuando no exista discrepancia respecto al valor del bien, lo que evitaría un proceso innecesario contra el tercero.

(1) Pleno Jurisdiccional, Acuerdo N° 6, Cajamarca 1998)

## **CARGAS DE LA SOCIEDAD**

### **ARTICULO 316**

Son de cargo de la sociedad:

- 1.- El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes.
- 2.- Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas.
- 3.- El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges.
- 4.- Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten.
- 5.- Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste.
- 6.- Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten.
- 7.- Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan.
- 8.- Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.
- 9.- Los gastos que cause la administración de la sociedad.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 235, 287, 294, 300, 314, 322, 472 Y ss.; 869, 870, 916  
919.

### **Comentario**

***Alex Plácido Vilcachagua***

Son obligaciones sociales las asumidas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio del poder doméstico (artículo 292 del Código Civil) y también las contraídas por ambos por actos de administración y disposición que exceden de tal potestad (artículo 315 del Código Civil). Debemos precisar que, en el régimen de sociedad de gananciales, el poder doméstico se circunscribe a las cargas sociales; por tanto, las obligaciones contraídas por ambos cónyuges por actos que sobrepasan tal potestad, son las deudas sociales propiamente. Vale decir, que en nuestro reglmen se distinguen las cargas y las deudas sociales propiamente dichas.

El presente artículo se refiere a las cargas sociales que son las obligaciones contraídas para atender al sostenimiento de la familia y a la conservación de su patrimonio. En nuestro Código Civil aparecen taxativamente señaladas en el artículo 316, pueden ser contraídas por cualquiera de los cónyuges para atender el sostenimiento de la familia y a la conservación de su patrimonio y, por tanto circunscriben el poder doméstico conyugal:

### 1. Sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes

El carácter social de esta carga se deriva del deber de asistencia que se extiende a toda la agrupación familiar. La obligación social que se instituye de este modo es tan natural y tan profunda, como el deber paterno de donde emana.

### 2. Alimentos para otras personas

El carácter social de esta carga se explica por la misma razón anterior. Con relación al Código derogado que se refería a los alimentos a favor de parientes, la fórmula textual del artículo vigente es mucho más amplia y comprende los casos de los alimentos debidos al ex cónyuge por el divorcio, al ex conviviente abandonado que opta por una pensión de alimentos y al caso del artículo 415, referido a los hijos alimentistas; supuestos en los cuales no hay relación de parentesco entre alimentante y alimentista.

Con relación de parentesco se comprende a los hijos de un matrimonio anterior como a los hijos procedentes de una unión de hecho y demás descendientes; a los padres y demás ascendientes; y a los hermanos, conforme al artículo 474 del Código Civil.

### 3. Importe de lo donado o prometido a los hijos comunes

Se comprenden las liberalidades que realicen los cónyuges a favor de sus hijos con cargo a los bienes sociales. El carácter social de esta carga se fundamenta en el beneficio que tales actos importan a los hijos, herederos forzosos de sus padres.

### 4. Mejoras necesarias, reparaciones, retribuciones y tributos

Se trata de actos de conservación de los predios propios, de los cuales usufructúa la sociedad: se asume este pago en calidad de carga social como correlativo del aprovechamiento que se tiene de esos bienes.

### 5. Mejoras útiles y de recreo

El carácter social de esta carga se sustenta en la misma razón anterior sin embargo, en este caso se requiere la anuencia del cónyuge propietario.

### 6. Mejoras, reparaciones, tributos y retribuciones respecto de bienes sociales

El carácter social de esta carga es obvio: se trata de la conservación de los bienes sociales, destinados a atender las necesidades de la familia.

### 7. Atrasos o réditos devengados de obligaciones que afecten a bienes propios y sociales

La carga impuesta se funda en el hecho de que los frutos y productos de los bienes propios y sociales ingresan al patrimonio social; frutos o productos con los cuales se atiende ese pago.

No obstante y respecto de los bienes propios, constituye una excepción a la regla de que las deudas personales, anteriores al matrimonio o contraídas después en provecho propio, se pagan con bienes propios del cónyuge deudor.

#### 8. cargas del usufructo

El carácter social de esta carga se funda en que la sociedad tiene el usufructo de los bienes propios. En consecuencia, debe atenderse a las cargas que pesan sobre todo usufructuario, señaladas en el artículo 1010 del Código Civil.

#### 9. Gastos de administración

El carácter social de esta carga reside en que la administración genera desembolsos hechos en beneficio de la sociedad; en consecuencia, ésta debe asumirlos como son los gastos de cobranzas, pago de servicios profesionales y otros semejantes.

De otro lado, las deudas sociales son aquellas otras obligaciones que, sin estar dirigidas a los fines anteriores, han sido contraídas por los cónyuges dentro de su común facultad de disposición de bienes sociales.

De ambas clases de obligaciones sociales responden los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges, a prorrata (artículo 317 del Código Civil). Siendo así, resulta evidente la procedencia del embargo y remate de bienes sociales y, en su caso, de los propios de cada cónyuge, para responder de las indicadas deudas sociales.

La distinción entre cargas y deudas sociales sirve no solo para circunscribir la potestad doméstica de los cónyuges, sino también para establecer una prelación en el pago al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales: primero se atenderá el pago de las cargas y, luego, el de las deudas sociales.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, tomo //I. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Edi~

ciones, 1985; DÍEZ-PICAZO, Luis y GILLLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCIA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ESPIN CAN OVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo //1, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo V//I. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; TOBIAS, José W. Actos de administración y actos de disposición, en Derecho de Familia. Libro homenaje a María Josefa Mendez Costa. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1990; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **RESPONSABILIDAD POR DEUDAS DE LA SOCIEDAD**

### **ARTICULO 317**

Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 307, 308, 309, 310, 316, 322, 1219

### **Comentario**

***Moisés Arata Solís***

#### 1. Introducción

El artículo en mención se encarga de desarrollar las condiciones en las que se hace efectiva la responsabilidad patrimonial del o de los cónyuges por las denominadas deudas comunes, estableciendo que en tales casos, de manera principal, esa responsabilidad se hace efectiva con cargo a los bienes comunes, y de manera subsidiaria y limitada sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

Conviene advertir prontamente que aún cuando el artículo en comentario se refiere a "las deudas que son de cargo de la sociedad" (la de gananciales) y a que son los bienes sociales o, en su caso, los propios los que responden por dichas deudas, lo cierto es que ni existe una sociedad deudora ni puede predicarse respecto de los bienes una condición: la de responsables, que solo puede ser atribuida a las personas. En efecto, la sociedad de gananciales "no puede ser propiamente deudora por carecer de personalidad jurídica. Deudores personales lo son siempre los cónyuges, aislada o conjuntamente, como personas individuales, y lo que importa es saber si de la deuda de uno o de los dos cónyuges puede nacer responsabilidad directa sobre los bienes legalmente calificados de gananciales" (PUIG BRUTAU, p. 95).

El contenido del artículo presupone el desarrollo de algunas nociones previas, Ineludiblemente vinculadas, como son las de deuda, responsabilidad y otras categorías obligacionales y su incidencia en el régimen de comunidad de gananciales.

Pero también dicho artículo nos conduce a analizar la facultad de los cónyuges para afectar con sus actos al patrimonio común, la forma en que el legislador ha previsto que se lleve a cabo el poder de agresión del acreedor para la efectivización de su crédito, la posibilidad de aceptar dentro de nuestro sistema la distinción entre responsabilidad externa e interna, la interrelación entre los patrimonios sujetos al régimen. Finalmente, apartándonos del análisis dogmático, podemos apreciar que el artículo en mención es una de las piezas claves para la evaluación de nuestra regulación positiva de las deudas de los



cónyuges y, en general, del propio régimen de comunidad de gananciales frente a las exigencias derivadas del principio de igualdad de los cónyuges en el gobierno del hogar, del reconocimiento de la libertad de trabajo de los cónyuges y de la inserción de los cónyuges como agentes económicos individuales dentro de una economía moderna.

## 2. Las nociones de deuda, responsabilidad, poder de acción y bienes afectos

Sea que halle su fuente en la conclusión de algún negocio jurídico (contrato o promesa unilateral) o en una determinación imperativa de la ley (caso por ejemplo de las obligaciones generadas de un hecho ilícito), en la estructura de la relación jurídica obligacional siempre han de concurrir dos situaciones jurídicas subjetivas diversas pero interdependientes, una de las cuales se caracteriza por representar para su titular (acreedor) una especial situación de ventaja a la que suele denominarse derecho de crédito o acreencia y que tiene por contenido el poder de exigir (pretensión) a otro sujeto la realización de un comportamiento determinado para la satisfacción de un interés patrimonial tutelado por el ordenamiento jurídico; mientras que la otra importa para su titular (deudor) la asunción de una situación de desventaja a la que suele denominarse deuda o débito, en tanto que implica para éste la realización de un comportamiento debido (prestación) que consistente en un dar, en un hacer o en un no hacer, constituye el objeto de la relación jurídica obligacional y persigue la satisfacción del interés del titular de la situación de ventaja, con lo que la relación obligacional se manifiesta "como cauce idóneo para la realización de una función social merecedora de la tutela jurídica" (DÍEZ PICAZO y GULLÓN, citados por LACRUZ, T.1, Vol. 3, p. 80).

La tutela con la que el ordenamiento jurídico reviste al interés del titular del derecho de crédito no se agota solamente en el reconocimiento de su pretensión para lograr de su deudor la observancia de la prestación, sino que va más allá a través de la regulación de mecanismos que le permitan al acreedor ejercitar determinadas acciones tendentes, por un lado, a evitar la insolvencia del deudor como sucede con la pretensión de ineficacia por fraude, la pretensión subrogatoria, algunas anotaciones preventivas, etc.; y, por otro, a garantizar mediante una sanción que el interés patrimonial, que la ley objetivamente reconoce en favor del acreedor, no resulte perjudicado ante el incumplimiento o inobservancia de la prestación como sucede con las pretensiones destinadas a la ejecución forzada o por equivalente (indemnización) de la prestación.

Los mecanismos aludidos en el párrafo anterior son manifestaciones del principio de responsabilidad patrimonial universal, el cual, recogido y regulado implícitamente por el artículo 1219 de nuestro Código Civil, hace que el deudor responda del cumplimiento de la prestación debida con el íntegro de su patrimonio -presente y futuro-, constituyendo este último, es decir, el patrimonio, lo que la doctrina ha dado en denominar "garantía o prenda genérica", concepto éste que no debe ser confundido con el de responsabilidad patrimonial universal, puesto que mientras éste hace referencia a la sujeción del patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones, el otro significa el referente objetivo de dicha sujeción sobre el cual, de producirse el

incumplimiento de la prestación debida o, en su caso, el riesgo de que ello ocurra, se ejercerán los distintos mecanismos de tutela del crédito, entre ellos el poder de agresión de los acreedores sobre los bienes del deudor.

Planteadas así las cosas, el patrimonio del deudor desde que éste contrae la obligación, se encuentra afecto al cumplimiento de la misma precisamente por que ha contraído una deuda, "(oo.) porque ha asumido el deber de cumplir" (S1 RRANO, p. 27). De este modo, el deudor es y seguirá siendo responsable del cumplimiento de sus obligaciones aunque, de momento, no tenga bienes sobre los cuales los acreedores puedan realizar acciones tendentes a evitar la insolvencia patrimonial o sobre los cuales pueda ejercitarse el poder de agresión a ellos conferidos en virtud del incumplimiento. De ello se sigue que los conceptos de deuda y responsabilidad son funcionales entre sí, a un punto tal que se tornan en inimaginables los supuestos de deuda sin responsabilidad o de responsabilidad sin deuda.

El sistema descrito no muestra mayores dificultades de operatividad cuando el deudor es titular exclusivo de una sola masa patrimonial o cuando siéndolo de varias, la responsabilidad por las obligaciones que le atañen solo se hará efectiva sobre una de ellas, por ser patrimonios autónomos. Sin embargo, cuando el deudor es una persona casada bajo el régimen de comunidad de gananciales, el tratamiento de las Cteudas que contrae así como la delimitación de la responsabilidad por aquellas, se tornan, por decir lo menos, en complejos. No obstante lo señalado, el sistema no tiene por qué perder la funcionalidad que le es propia.

### 3. Deuda y responsabilidad en el rééimen de comunidad de éananciales

En el mundo actual, como consecuencia de la aceptación del principio de igualdad del hombre y la mujer, el matrimonio no afecta a la capacidad de ninguno de los cónyuges, "es un vínculo y una situación personal justificativa de determinados efectos que en forma alguna se superponen a la personaliqad de los cónyuges, ni la anula, ni tampoco la absorbe mediante la creación de una personalidad nueva" (BLANQUER, p. 13).

Si en lo que respecta a los efectos patrimoniales del matrimonio los cónyuges se encuentran sometidos al régimen de la denominada "sociedad de gananciales", como sabemos, ello dará lugar a la existencia de tres patrimonios: los privativos de cada cónyuge y el común, con sus activos y pasivos correspondientes, pero en ningún caso podemos llegar a afirmar que exista un sujeto de derecho distinto de los cónyuges al que le corresponda la titularidad del patrimonio común sino que serán los propios cónyuges los que con su actuar generarán los activos y pasivos comunes.

Ahora bien, si deudor y responsable de una obligación solo puede ser el cónyuge que ha contraído la misma o, en general, el que ha realizado el supuesto de hecho en virtud del cual surge la relación obligacional ¿cómo se explican los diversos supuestos en los que, pese a no existir una actuación conjunta de los cónyuges, se establece que puedan resultar afectados los bienes comunes?, ¿cuál es, en esos casos, la posición jurídica en la que queda

colocado el cónyuge no deudor cuando la responsabilidad del otro puede llegar a hacerse efectiva con cargo a bienes que también son suyos?

Una de las respuestas ha sido la de identificar este supuesto como una hipótesis de responsabilidad sin deuda y, consiguientemente, como una prueba más de que las nociones de deuda y responsabilidad son escindibles. El cónyuge no deudor devendría en responsable del cumplimiento, siendo esa "responsabilidad" la que explica la consiguiente afectación de su cuota de participación en los bienes gananciales. Sin embargo, resulta inadmisibles un razonamiento como el expuesto desde que ambas categorías (deuda y responsabilidad), si bien comportan caracteres propios que permiten escindirlas para su explicación teórica, son funcionales entre sí y, por ende, inescindibles. En nuestra opinión, la explicación de la afectación de los bienes comunes por deudas de los cónyuges radica en lo siguiente:

i) La autonomía imperfecta o relativa del patrimonio común derivada del hecho de que la comunidad de gananciales carece de personalidad jurídica y, por consiguiente, la vía para adquirir derechos y obligaciones no puede ser otra que el actuar de los propios cónyuges.

ii) El derecho de cada cónyuge sobre patrimonio común se resuelve en participaciones totalmente indeterminadas que precisamente por esa razón no son susceptibles de una afectación actual e independiente de los bienes concretos que conforman la masa común.

Ambas razones determinan que para que los bienes comunes puedan ser susceptibles de una afectación en concreto derivada de la responsabilidad de los cónyuges por las deudas que contraen, en principio se requiere del actuar conjunto de los cónyuges. Sin embargo, los fines para los que se constituye dicho patrimonio común, no solo vinculados a la atención de las necesidades de la familia, sino también a las necesidades e, incluso, las conveniencias de cada uno de los cónyuges, determinan que en muchos casos el legislador legitime a cada uno de ellos para poder, con su accionar individual, contraer deudas que generen para el cónyuge deudor una responsabilidad que pueda hacerse efectiva sobre el patrimonio común e, incluso, sobre el patrimonio privativo del otro cónyuge. Sin embargo, no debe verse en esto un supuesto de extensión de responsabilidad sobre quien no tiene la condición de deudor, sino un supuesto más de legitimación suficiente para, en virtud de las reglas que rigen a la comunidad de gananciales, incidir individualmente sobre un patrimonio no totalmente suyo (el común) e, incluso, sobre un patrimonio ajeno (el del cónyuge no deudor). Podemos decir que a diferencia de la composición fija de los activos de las distintas masas patrimoniales sometidas al régimen de comunidad de gananciales, en el tema de los pasivos existe una suerte de relativización de la tradicional autonomía patrimonial (a cada sujeto, un señorío exclusivo sobre su patrimonio) porque el actuar de un cónyuge puede tener consecuencias no solo sobre su propio patrimonio sino también sobre los bienes comunes e, incluso, sobre los bienes propios del otro cónyuge.

Podemos afirmar también que las deudas contraídas por los cónyuges son todas de carácter personal, pero la existencia de un patrimonio común afecto a determinados fines y la incidencia que tiene el régimen en sus relaciones con

terceros hacen que, por razón de los bienes que los acreedores pueden agredir para satisfacer sus acreencias o por razón del activo patrimonial que debe soportar finalmente el peso de la deuda, se establezca que algunas de ellas sean o bien de carácter común o bien de carácter privativo.

Una deuda no debe ser entendida como de carácter común por el solo hecho de haber sido contraída por ambos cónyuges, ni tampoco debe entenderse por privativa a la deuda que es contraída única y exclusivamente por uno de los cónyuges, del mismo modo que las expresiones "deudas comunes" y "deudas privativas" no son equivalentes a las expresiones "deudas conjuntas" y "deudas individuales". Al hablar-de-deudas comunes estamos hablando de deudas respecto de las cuales la responsabilidad del deudor o deudores puede hacerse efectiva con cargo a los activos conyugales comunes, mientras que el hacer referencia a las deudas privativas resulta ser una forma simplificada de decir que por tales deudas, el deudor de las mismas responde con cargo a su patrimonio privativo.

De acuerdo con lo hasta aquí señalado, la calificación común o privativa de las deudas contraídas por los cónyuges sujetos al régimen de comunidad de gananciales en nada incide sobre el concepto mismo de deuda, sino en la determinación del referente objetivo de la responsabilidad a la que se encuentran sujetos los bienes conyugales frente a talo cual supuesto de deuda, responsabilidad que puede ser modulada, limitada, sometida a determinadas órdenes de actuación, etc., por la ley.

Para el régimen de comunidad de gananciales deudor y responsable lo serán siempre uno o ambos cónyuges, según la manera en que éstos hayan intervenido en la constitución de la relación obligacional, mas el referente objetivo de la responsabilidad podrá estar integrado por los bienes que conforman tanto el patrimonio privativo de cada cónyuge como el patrimonio común. Llegamos así a asentir que en la comunidad hay "solo dos eventuales deudores, pero tres patrimonios que pueden ser responsables" (LACRUZ, p. 417). Lógicamente hablar de "patrimonios responsables" es solo una manera de ser expresivos en la exposición porque de los patrimonios, como entidades objetivas, no puede prediarse que sean responsables o irresponsables, toda vez que esto último es una calificación que solo puede ser atribuida a las personas.

4. La aptitud de los cónyúees para vincular el patrimonio común respecto de las obliécaciones por ellos asumidas (las denominadas deudas comunes)

No obstante concebirse a la igualdad entre el hombre y la mujer como un principio organizacional de la moderna comunidad de gananciales (ver el artículo 290 del Código Civil), prontamente advierten las legislaciones que la inflexible exigencia de la actuación conjunta de los cónyuges en la conclusión de los diversos negocios jurídicos que aquellos están obligados a realizar para subvenir a las necesidades familiares y personales de cada uno de ellos, entraña el peligro de la paralización de la sociedad conyugal como primaria unidad económica.

Así planteadas las cosas, los ordenamientos jurídicos contemporáneos, sin desconocer la trascendental importancia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, optan por incluir normas en virtud de las cuales se legitima y regula la actuación individual de los cónyuges en el tráfico jurídico con incidencia sobre el patrimonio común cuya titularidad, como ya ha sido mencionado, corresponde a ambos con participaciones totalmente indeterminadas. De ello se puede concluir, siguiendo a una autorizada doctrina española, que la aptitud que tienen los cónyuges para afectar en responsabilidad los bienes que conforman el patrimonio común por las deudas que éstos contraen, la confiere el ordenamiento jurídico: "a) conjuntamente a ambos cónyuges, sin limitación; b) individualmente a cada uno, en ciertos casos, y como poder sobre un cúmulo de bienes en parte ajenos" (LACRUZ, p. 418).

Las hipótesis específicas en nuestro derecho son las siguientes:

i) Los supuestos de actuación conjunta.

Bajo este rubro se incluyen todos los supuestos en que los cónyuges actúan conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento del otro, observando los requisitos establecidos por la ley para tales efectos; pero también aquellos supuestos en los que el cónyuge no contratante ratifica posteriormente el acto o negocio jurídico en virtud del cual se obligó el cónyuge que individualmente manifestó su consentimiento.

La responsabilidad patrimonial que atañe a los cónyuges por dichas deudas alcanzará no solamente al íntegro del patrimonio común sino también a sus respectivos patrimonios privativos. Ello debe ser así entendido en la medida en que, al ser ambos cónyuges titulares de la situación pasiva de la relación jurídica obligacional, el principio de responsabilidad patrimonial universal hace que todos los bienes de los que aquellos son titulares, en este caso específico, los bienes que integran tanto el patrimonio común o ganancial y los que componen los privativos de cada uno de ellos, queden afectos al cumplimiento de la obligación así contraída.

El consentimiento de ambos es suficiente para justificar que los acreedores puedan agredir los patrimonios afectos en responsabilidad, no obstante que la deuda pueda ser calificada ulteriormente como una de carácter común o privativo, solo será relevante para determinar, a posteriori, los reembolsos entre los patrimonios afectados a que hubiera lugar.

Nuestro Código Civil no hace expresa referencia a este tipo de deudas, lo que no impide llegar a las conclusiones antes expuestas en atención al principio general de responsabilidad patrimonial universal. Sin embargo, debemos reconocer que en los incisos 3 y 5 del artículo 317, referido a las deudas que son de cargo de la sociedad, se hace referencia a específicas deudas (por donaciones dinerarias a hijos comunes y por mejoras útiles y de recreo en bienes propios) derivadas de una necesaria actuación conjunta de los cónyuges, casos en los cuales la responsabilidad de los cónyuges queda sujeta a la modulación establecida por el artículo 317.

ii) El ejercicio de la "potestad doméstica".

Para determinados actos que tienen que ver con la atención de las necesidades más ordinarias de la vida familiar, lo que incluye a los actos que inciden en la administración y conservación de los patrimonios regulados por el régimen y que el Código pareciera diferenciar de los primeros cuando en realidad, lo que se quiere es simplemente remarcar su inclusión; el legislador ha dispuesto la regulación del mecanismo de la representación legal entre cónyuges, la misma que alcanza grado normativo en el segundo párrafo del artículo 292 de nuestro Código Civil, conforme al cual, en esos casos, "la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges". La legitimación a la que conduce el mecanismo de representación legal mencionado es lo que la doctrina ha dado en denominar "potestad doméstica".

Queda claro que por tratarse de un supuesto de representación establecido por ley, la realización por cualquiera de los cónyuges de cualquiera de los actos comprendidos dentro del ejercicio de dicha potestad, no solamente añade a la responsabilidad del cónyuge deudor -la que ya ha afectado sus bienes privativos- la afectación del patrimonio ganancial sino, también, la de los bienes privativos del cónyuge no participante pero considerado deudor por efecto de la representación legal que comentamos. Sin embargo, a diferencia de las deudas a que se ha hecho referencia en el acápite precedente, en estos supuestos la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor se hará efectiva sobre todos los bienes que integran los patrimonios conyugales solamente en la medida en que la deuda en virtud de la cual aquellos se ven afectados, sea una proveniente de la conclusión de un acto orientado a la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar, de modo tal que el cónyuge que no intervino en la conclusión del negocio podrá oponerse a la agresión de sus bienes privativos si logra demostrar que el cónyuge actuante se excedió en el ejercicio de dicha potestad, es decir, si concluyó negocios jurídicos que rebasan los actos propios de la atención de las necesidades ordinarias del hogar.

iii) Los supuestos de actuación individual durante la vigencia del régimen y aspectos probatorios vinculados.

Fuera de los supuestos de actuación individual de los cónyuges que por efectos de una representación legalmente atribuida generan las consecuencias propias de una actuación conjunta, es posible afirmar que en el régimen de comunidad de gananciales cada cónyuge se encuentra legitimado para obligarse individual y libremente, afectando con su actuar, como es obvio, a sus bienes propios, pero también a los bienes comunes, cuando tal actuación persiga un provecho para la familia.

La fuente general de dicha legitimación estaría dada por lo regulado en el artículo 308 del Código Civil, el cual dispone que: "Los bienes de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia". De acuerdo con dicho artículo, el principio general respecto de la determinación y organización de las deudas conyugales individualmente contraídas o asumidas, es que las mismas deben ser consideradas en principio como privativas, es decir, deudas que solo

generan responsabilidad sobre el patrimonio propio del cónyuge deudor, lo que eventualmente, como lo reconoce nuestra práctica judicial, puede dar lugar a la afectación de su derecho expectatio a una cuota de participación en la liquidación del patrimonio ganancial (ver el supuesto específico contemplado en el artículo 309). Sin embargo, la regla mencionada interpretada en sentido contrario permite inferir que cuando media, y se puede probar, el provecho familiar, es posible estimar que existe una legitimación suficiente para que el cónyuge individualmente pueda afectar, además de sus propios bienes, a los bienes comunes e incluso a los propios del otro cónyuge.

Los supuestos de actuación individual suficiente que nuestra ley prevé son los siguientes:

- . Las cargas matrimoniales (inc. 1 del artículo 316).
- . Las restantes deudas de cargo de la comunidad (incs. 2, 4, 6, 7 Y 8 del artículo
- . Las demás actuaciones individuales, durante la vigencia del régimen, siempre que se pruebe el provecho que producen para la familia (artículo 308).
- . Actuaciones individuales previas al establecimiento del régimen, que generan responsabilidad con cargo al patrimonio común por prueba del beneficio que producen.

En algunos casos, como son los previstos por el artículo 316 del Código, la prueba del provecho familiar es facilitada por la ley. Al acreedor le bastará demostrar que nos encontramos frente a determinadas obligaciones, identificadas unas por su causa, otras por las prestaciones o los bienes sobre los que se va a actuar, respecto de las cuales la ley ha decidido -con objetividad- que las mismas generan la responsabilidad y consiguiente afectación del patrimonio ganancial.

En todos los demás casos (léanse los previstos en los artículos 307 y 308), la presunción de privaticidad de la deuda solo quedará desvirtuada con la prueba de que el motivo determinante para contraerla, por parte del futuro cónyuge o del cónyuge deudor, fue el perseguir el provecho o beneficio de la familia -diríamos nosotros el provecho común-, sin importar, por el momento, según una interpretación literal del precepto, que la deuda efectivamente llegue a tener un resultado favorable.

Nótese que hablamos del motivo determinante del deudor, no el de ambas partes (acreedor-deudor): no estamos hablando de la causa-fin del negocio, la cual debe ser común a ambas partes, sino simplemente del motivo que determina a una de ellas -el futuro cónyuge o el deudor casado bajo el régimen de gananciales- a contraerla. Sin embargo, la práctica enseña que como no es posible probar un hecho psicológico que, incluso, sería insuficiente la sola declaración del cónyuge deudor, vertida al contraer la deuda o posteriormente, para demostrar dicho propósito, se tiene que la prueba del provecho se debe objetivar, es decir, debe traducirse en hechos tangibles que demuestren sino el resultado final favorable, por lo menos el inicial beneficio. Imaginemos el supuesto de los cónyuges que se encuentran interesados en adquirir una refrigeradora. Si para tal propósito uno de ellos acude a un establecimiento comercial y compra dicho bien al crédito, diremos que la deuda contraída es

común porque la adquisición efectuada se enmarca dentro de aquellos actos propios del sostenimiento de la familia (inc. 1 del artículo 316); pero en cambio, si ese mismo cónyuge obtuviera primero un préstamo de un acreedor para luego, con el dinero así obtenido, adquirir al contado la refrigeradora en el establecimiento comercial, diremos que, en principio, el acreedor de la cantidad mutuada tiene un crédito que solo se puede hacer efectivo sobre los bienes privativos del cónyuge mutuatario, salvo que pueda probar que la cantidad mutuada fue utilizada por el deudor para adquirir un bien común para estar destinado a satisfacer las atenciones familiares (prueba del beneficio Inicial), caso en el cual podrá hacer efectiva su acreencia también con cargo a los bienes comunes e incluso respecto de los bienes propios del cónyuge no deudor y esto será así aun cuando los cónyuges pudieran probar que el resultado final no hubiera sido beneficioso para la familia porque, por ejemplo, por un defecto de fabricación la refrigeradora sufrió un cortocircuito que generó un incendio con graves consecuencias para la vivienda común.

La prueba del provecho común inicial a la que, en términos prácticos, se está haciendo referencia en la parte final del artículo 308, deviene así en la pauta que emplea el legislador para discernir cuál de los patrimonios comprendidos en el régimen estará llamado a soportar la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor.

Empero, como se puede deducir del ejemplo que hemos utilizado, el legislador es consciente, por un lado, de la incertidumbre que en el mercado crediticio supone el tener que esperar a ver, por lo menos, los resultados iniciales de la relación crediticia en la esfera familiar del deudor para determinar los bienes que podrán ser agredidos para la ejecución coactiva de lo adeudado y, por otro, de las evidentes dificultades probatorias que existen, en cuanto a la demostración de ese resultado, por parte de quienes, como los acreedores, son terceros respecto de la relación familiar y, por tanto, no tienen a su disposición la información ni los medios que les permitan, con holgura, demostrar el provecho familiar. En vista de ello, ha decidido, en favor de esos acreedores y de la propia solvencia de sus deudores, identificar ciertos supuestos en los que la prueba de ese provecho, al menos en lo que concierne a la relación entre acreedor y deudor, es asumida como producida con la sola presencia de ciertos elementos o circunstancias de la relación obligatoria, fácilmente comprobables al tiempo en que ella se contrae o, en general, al tiempo en que ella se genera, liberándose así al acreedor de la prueba del resultado beneficioso para la familia. Los supuestos a los que nos referimos son los de actuación individual generadora de responsabilidad sobre los bienes comunes que se encuentran contemplados en el artículo 316 del Código Civil.

Debemos finalmente señalar que todo lo antes dicho para la prueba del carácter común de las deudas contempladas en el artículo 316 como para las restantes deudas comunes a las que se refiere el artículo 308, es válido en la medida en que la deuda sea puesta a cobro a través de "aquellos procesos en que por la naturaleza de la pretensión es posible debatir y demostrar el destino común de la deuda, pero no para procesos en los que por el carácter abstracto de la pretensión, como



sucede en las denominadas acciones cambiarias, no es posible acreditar la causa de la obligación cartular puesta a cobro y mucho menos emplazar a quienes no han suscrito el título respectivo" (ARATA, p. 210).

##### 5. La distinción entre responsabilidad externa o provisional Y responsabilidad interna o definitiva. La teoría de los reembolsos

Las diversas legislaciones que regulan al régimen de comunidad de gananciales contienen normas como las de los artículos 308 y 316 de nuestro Código Civil, los cuales permiten organizar y determinar los alcances de la responsabilidad de los cónyuges por las denominadas deudas propias o privativas y las deudas comunes. Sin embargo, respecto de estas últimas, si bien lo usual era establecer como tales a aquellas obligaciones vinculadas fundamentalmente al sostenimiento de la familia y al cumplimiento de ciertos deberes propios del derecho de familia, lo cierto es que las legislaciones fueron considerando también como deudas por las que resultaba afecto el patrimonio común a aquellas contraídas por ambos o por uno de los cónyuges que, ordinariamente, daban lugar a la obtención de beneficios para el patrimonio común, como por ejemplo la realización de mejoras útiles sobre un bien propio para que el activo común se vea incrementado con la mayor renta que ello pudiera generar. Pronto pudieron advertir los legisladores que en los regímenes de comunidad relativa o parcial, el patrimonio común resulta ser el más solvente frente a los patrimonios privativos; es más, por efecto la denominada presunción de ganancialidad y el aprovechamiento de los frutos de los bienes propios, los patrimonios privativos se van tornando cada vez en menos importantes y, por consiguiente, conviene al interés de los cónyuges y de sus acreedores el ampliar el listado de obligaciones por las cuales el patrimonio común pudiera también ser afectado, sin importar si esas obligaciones, estrictamente y por sí mismas, pueden ser consideradas como inmediata o directamente beneficiosas para la familia.

Todo lo anterior ha llevado a la doctrina a concluir que si bien "es razonable y justo que las deudas contraídas en el interés de los esposos y de su familia más próxima entren en la esfera de responsabilidad de ambos, cualquiera que sea el contratante, y que las deudas ajenas a estos intereses compartidos afecten solamente la responsabilidad de quien las asumió. El que para solventar éstas sean también ejecutables sobre bienes de destino común integrantes del patrimonio del deudor, protege a los terceros contratantes y amplía las posibilidades crediticias de los esposos" (MÉNDEZ, p. 75).

El tema que se plantea inmediatamente es el de determinar si la agresión sufrida por el patrimonio común como consecuencia de la ejecución de una de estas obligaciones no necesariamente vinculadas al estricto y directo interés familiar, debe quedar definitivamente por cuenta de dicho patrimonio o si tal situación es solo provisional.

La doctrina moderna señala que "no todas las deudas que los acreedores pueden hacer efectivas sobre el patrimonio común o el privativo de los cónyuges son deudas definitivamente comunes o definitivamente privativas, respectivamente.

Hay en efecto, deudas que no son comunes mas que porque la comunidad está obligada a pagarlas frente a los acreedores, aunque en la distribución entre los cónyuges sean deudas privativas; si las satisface la comunidad tiene derecho a recompensa frente al patrimonio propio del cónyuge beneficiado por el pago; son deudas provisionalmente comunes, comunes a cargo de recompensa o imperfectamente comunes. Son, por tanto, deudas externamente consorciales pero internamente privativas. Hay igualmente deudas que externamente han sido pagadas provisionalmente por un patrimonio privativo pero que son deudas, en la relación interna, a cargo de los bienes comunes que deben realizar el correspondiente reembolso" (SERRANO, p. 38).

La cuestión está en determinar cuándo considerar a una deuda como provisional y cuándo considerarla como definitiva. Nuestro Código Civil a diferencia de otras legislaciones, como la española, no contiene norma explícita alguna que califique el carácter de la deuda, pero creemos que la pauta la puede dar el artículo 308, al cual ya hemos hecho referencia, en el sentido de que el mismo puede operar como la regla que defina cuál de las distintas deudas consideradas como comunes deba ser para efectos internos, considerada como definitivamente común. La pauta no es otra que el provecho para la familia.

Si una deuda es considerada común por la ley, eso en principio valdrá para que los acreedores, probando los presupuestos legales establecidos, puedan agredir el patrimonio común, pero ello no constituirá un obstáculo para que en la relación interna, los cónyuges o sus herederos puedan debatir si esa deuda que fue pagada con bienes comunes efectivamente redundó en beneficio o provecho de la familia. Si es así, la deuda será definitivamente común, de lo contrario, se entenderá que el valor cubierto por el patrimonio común debe ser reembolsado. Así por ejemplo, si se realizó una mejora útil en un predio de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, en el entendido de que dicha mejora generaría una mayor renta del bien, en la relación externa con el contratista encargado de la obra, le bastará a éste probar que se trataba de una mejora útil para poder agredir el patrimonio común y hacerse cobro de su crédito; en cambio, en la relación interna no necesariamente esa deuda quedará como de cuenta del patrimonio común sino que se podrá plantear la cuestión de determinar si efectivamente se produjo o no un provecho para la familia y, si no obstante la mejora el bien no ha generado ningún rendimiento mayor, por aplicación de la regla contenida en el artículo 308, deberá entenderse que estamos frente a una deuda que en el plano definitivo debe ser considerada como privativa.

En similar sentido, si una deuda, considerada por la ley como común, fue pagada con bienes propios del cónyuge que contrajo la misma, no hay razón para que en la relación interna no se produzca el correspondiente reembolso. Así por ejemplo, si por una deuda correspondiente a la educación de los hijos, el cónyuge deudor suscribió títulos valores que luego fueron cobrados por el acreedor con cargo a sus bienes propios, dicho pago le debe ser reembolsado con cargo al Patrimonio común, lo contrario sería admitir un enriquecimiento

indebido de la masa común y un consiguiente beneficio indebido para el cónyuge no deudor.

Como se puede ver, una cosa conduce a la otra. Si aceptamos la existencia de deudas provisionalmente privativas o comunes, necesariamente debemos aceptar también que en el plano de la responsabilidad definitiva pueda establecerse que el patrimonio que deba finalmente soportar el peso de dichas deudas sea distinto del que sirvió para pagar la deuda al acreedor, y el mecanismo para evitar que el patrimonio provisionalmente afectado resulte indebidamente empobrecido es el mecanismo de los mutuos reembolsos entre las masas patrimoniales involucradas en el régimen.

## 6. Alcances específicos del artículo 317 del Código Civil

### a) Se trata de una regla de responsabilidad externa

El artículo en mención contiene una regla de modulación de la responsabilidad externa del o de los cónyuges deudores, por las deudas que son de cargo de la comunidad. Se resuelve únicamente la forma y condiciones en que el acreedor de dichas deudas puede ejercer su derecho de agresión para obtener la ejecución forzada de su crédito o el pago de una indemnización por el mismo. En lo interno, como lo hemos señalado anteriormente, la pauta para establecer si esas deudas comunes son efectivamente de cargo del patrimonio común, será el provecho común que se pueda o no probar en cada caso. Es más, incluso en aquellos supuestos de deudas provisionales y definitivamente comunes, como son las que corresponden al sostenimiento de la familia (denominadas también cargas matrimoniales), previstas por el inciso 1 del artículo 316, si bien en lo externo, de acuerdo con el artículo 317, el acreedor primero deberá agredir los bienes comunes y luego, a falta o insuficiencia de los mismos, recién podrá agredir los bienes propios de cada cónyuge, a prorrata; en lo interno, tal como se desprende del artículo 300 del Código Civil, la contribución de ambos cónyuges al sostenimiento del hogar se deberá efectuar "según sus respectivas posibilidades y rentas".

### b) Los tipos de responsabilidad desarrollados por el artículo 317

Corresponde detallar las características específicas de la modulación de responsabilidad por deudas comunes que ha establecido el artículo en mención. En realidad, sobre el particular coexisten en dicho precepto dos tipos de responsabilidades que a continuación detallamos:

i) Responsabilidad directa, principal e ilimitada con cargo a la masa común. Es una responsabilidad directa porque da lugar a la afectación de bienes en concreto, integrantes del patrimonio común, a diferencia de lo que sucede con las deudas privativas, en las que además de la afectación de los bienes en concreto del patrimonio propio del cónyuge deudor, se puede afectar también el derecho expectativo del deudor a la cuota de participación que le corresponderá a la liquidación del régimen. Es principal porque los acreedores deben dirigirse en primer lugar contra los bienes comunes, de forma tal que existe una suerte de beneficio de excusión en favor de los patrimonios

privativos; de allí la importancia de que en los casos en que la deuda haya sido contraída individualmente por uno de los cónyuges, el cónyuge no deudor sea emplazado en el proceso para que pueda discutir el carácter común de la deuda y legitimar la afectación y posible realización de los bienes comunes. Finalmente es ilimitada, en la medida en que la persecución de los bienes comunes no tiene límite todos ellos podrían resultar afectados en función de la cuantía de la deuda.

ii) Responsabilidad directa, subsidiaria y limitada con cargo a los bienes privativos de los cónyuges. Directa porque se afectan bienes en concreto. Subsidiaria porque es una responsabilidad que solo se abre paso sobre los bienes privativos cuando los bienes comunes no son suficientes o simplemente no existen. Finalmente, limitada porque conforme señala dicho dispositivo, el acreedor solo podrá pretender sobre cada patrimonio privativo, la mitad de la deuda que estuviere pendiente, lo cual nos parece inaceptable para el caso específico de las cargas matrimoniales (inc.1 del artículo 316), supuesto en el cual, por las necesidades que se atienden, lo que debe perseguir la ley es conferirles a los cónyuges el mayor respaldo posible, cosa que se conseguiría si la responsabilidad subsidiaria de los patrimonios privativos fuera ilimitada y solidaria. Sin embargo, es de reconocer que en los casos en que ambos cónyuges contraigan en conjunto la deuda, pueden -en ejercicio de su autonomía privada pactar con el acreedor la responsabilidad solidaria por la misma e incluso establecer que el acreedor podrá dirigirse indistintamente sobre cualquiera de los patrimonios sujetos al régimen.

#### c) Deudas comunes sujetas al artículo 317

Debemos identificar cuáles son esas "deudas que son de cargo de la sociedad" y que quedan sujetas a las responsabilidades que hemos mencionado en el párrafo anterior. Una interpretación literal debería conducirnos a considerar que la referencia concierne específicamente a las deudas que según el artículo 316 "son de cargo de la sociedad". Sin embargo, no vemos razón para no considerar que también están sujetas a lo dispuesto por el artículo 317 aquellas otras deudas comunes que resultan de la aplicación del artículo 308, es decir, aquellas deudas individualmente contraídas que sin estar específicamente tipificadas como comunes en el artículo 316, resultan comunes por estar probado que se contrajeron en provecho de la familia. También se entenderán sujetas a la regla del artículo 317 las deudas derivadas del ejercicio de la potestad doméstica y ello será así en la medida en que la casi totalidad de deudas que alguno de los cónyuges contraiga en ejercicio de dicha potestad, serán a su vez cargas matrimoniales (previstas en el inciso 1 del artículo 316) o mejoras necesarias y reparaciones realizadas en bienes propios o comunes (incisos 4 y 6 del artículo 316).

En cambio, no se entenderán como sujetas al artículo 317 las deudas contraídas conjuntamente por los cónyuges en supuestos distintos a los de los incisos 3 y 5 del artículo 316, porque en tal caso únicamente rige el principio general de responsabilidad patrimonial universal en virtud del cual el acreedor podrá agredir simultánea o indistintamente cualquiera de los tres patrimonios; el común o los privativos. Tampoco caen bajo los alcances del

artículo 317, las deudas a las que se refiere el artículo 307, toda vez que en ese caso se ha establecido específicamente que la responsabilidad de los bienes comunes es subsidiaria, solo se afectará a dichos bienes previa excusión de los bienes propios del cónyuge deudor, quedando por cierto indemne el patrimonio privativo del cónyuge no deudor.

## 7. Evaluación de nuestro régimen de responsabilidad por deudas comunes

Es el momento de apartarnos un poco del análisis dogmático de las deudas de los cónyuges y de las responsabilidades consiguientes para pasar a preguntarnos sobre si el régimen vigente responde a las necesidades de nuestros tiempos. Si la regulación de las responsabilidades responde a una concepción moderna de lo que debe ser el régimen de comunidad de gananciales inserto, en la actualidad, dentro de un ambiente distinto de aquél que existió ya hace varios siglos cuando surgió dicho régimen como una de las alternativas para la regulación de los intereses pecuniarios de los cónyuges.

Por cierto, pensamos que en sociedades como la nuestra en las que los recursos que los cónyuges llevan al matrimonio son escasos y, por consiguiente, la actitud racional es la de sumar esfuerzos y no la de dividirlos, un régimen como el de comunidad de gananciales, -tal como lo demuestra nuestra práctica, debe seguir siendo el régimen legal supletorio. La discusión está en si esa permanencia dentro de nuestro sistema jurídico debe conservar básicamente las mismas características que tenía el régimen en el Código Civil de 1852 y en el Código Civil de 1936, a los cuales simplemente le han devenido en aplicables algunos principios derivados del reconocimiento constitucional de la igualdad del hombre y la mujer y de la libre iniciativa económica de los individuos. Nos referimos específicamente a los artículos 290 y 293 conforme a los cuales se establece la igualdad de los cónyuges en el gobierno del hogar y el derecho de cada uno de ellos a ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley.

Creemos que poco se logra si a la par no se introducen modificaciones sustantivas en el régimen de comunidad de gananciales para que el mismo no se convierta en un obstáculo para la libertad de acción que se dice reconocer a los cónyuges, y para una eficiente incorporación de los mismos dentro de una economía de mercado, en la que por cierto lo que cuenta ya no es la riqueza inmobiliaria que pueda demostrarse sino la solvencia económica o capacidad de pago.

Basta una simple lectura del artículo 316 del Código Civil para percibir que fuera de los supuestos tradicionales vinculados con la protección directa del interés familiar (ver incisos 1, 2, 3 Y 9 del citado artículo), todos los demás incisos, por cierto vinculados no directamente al interés de la familia sino a actividades o inversiones que pueden redundar en un posterior beneficio para el patrimonio común parecen trasladarnos en el tiempo a una sociedad decimonónica sustentada en la riqueza inmobiliaria y en la actividad rentista.

Se consideran deudas comunes entre otras, a las mejoras que se realizan sobre los bienes propios o comunes ~ los tributos que los afectan, también a

los atrasos y réditos de las obligaciones que los afectan y las cargas propias de quien tiene el usufructo de un bien, todo ello en el entendido de que de esa manera se evita el desmedro de los bienes que sirven de fuente para el crecimiento del patrimonio común o se logra, a futuro, una mejor renta para los mismos. Esto traducido en términos jurídicos responde al principio según el cual quien está a los beneficios debe estar también a las cargas que los afectan, y si el patrimonio común se va a mantener o incrementar a través de dichas obligaciones, lo coherente es que en principio el patrimonio común responda por las mismas.

Corresponde preguntarnos si hoy en día la fuente de riqueza de las familias está en los bienes inmuebles y en la actividad rentista o si, por el contrario, está en el trabajo de cada uno de los cónyuges. La respuesta es obvia, la principal fuente de recursos comunes de todo matrimonio es la actividad profesional o industrial realizada por cada uno de los cónyuges, y si el patrimonio común se ve directamente beneficiado con dichos ingresos por qué razón las deudas derivadas de dicha actividad no son consideradas también dentro del catálogo de deudas comunes, al menos en el aspecto externo y de manera subsidiaria, de forma tal que los cónyuges cuenten en su actividad económica con el mayor respaldo que para su solvencia representa el patrimonio común.

Es más, la situación actual conduce a resultados que son contrarios a la libertad de los cónyuges. Los acreedores conscientes de lo limitado que es nuestro catálogo de deudas comunes típicas y de las dificultades de la prueba del provecho común, optan por lo más simple, solo otorgan crédito a las personas casadas si éstas cuentan con el consentimiento de su cónyuge, con lo cual el cónyuge solicitante del crédito queda sometido a la disyuntiva siguiente: o permite que en sus decisiones como agente económico tenga injerencia su respectivo cónyuge, lo cual es un contrasentido con respecto a la libertad económica que se le reconoce, o asume el riesgo de no ser considerado como sujeto de crédito. Ambas alternativas resultan ineficientes para una economía de mercado, sustentada en la libre iniciativa individual, y por ello urge una modificación que otorgue a la sociedad de gananciales una dinámica acorde con las exigencias de nuestro tiempo, con la libertad individual que se reconoce a cada cónyuge y con el propio engrandecimiento de la economía familiar.

## **DOCTRINA**

PUIG BRUTAU, José. Compendio de Derecho Civil. Vol. IV. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1991; TORRALBA SORIANO, Vicente y otros. Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia. Voll! Editotial Tecnos. Madrid, 1984; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Vol 1. 3ª edición, José María Bosch Editor. Barcelona, 1990; MENDEZ COSTA, María Josefa. Las deudas de los cónyuges. Astrea. Buenos Aires, 1979; SERRANO GARCÍA, José Antonio. Las deudas de los cónyuges. José María Bosch Editor. Barcelona, 1992; BLANQUER UBEROS, Roberto. Reflexiones acerca de la influencia del Régimen de Gananciales en la

capacidad y responsabilidad de cada cónyuge. En: Revista de Derecho Notarial. N° 113-114. Madrid, 1981. pp. 7 Y ss.

## **JURISPRUDENCIA**

"No estando probado que la deuda contraída por el marido demandado haya redundado en provecho de la sociedad conyugal, ni que ésta haya servido para atender las cargas del hogar, en tal virtud, por interpretación contrario sensu a lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal no pueden responder por la deuda adquirida sólo por el marido".

(Exp. N° 1144-98, Resolución del 16/06/98, Segunda Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima)

"Que siendo ambos cónyuges sujetos pasivos de la relación procesal, pues aparecen como aceptantes y por ende obligados de las cobranzas, es procedente el embargo sobre los bienes sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil".

(Exp. N° 1264-97, Resolución del 16/01/98, Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima)

"Los bienes sociales no pueden responder por la deuda adquirida sólo por el marido, y la medida precautoria no puede subsistir, pues estando vigente la sociedad de gananciales, los bienes sociales que la integran son autónomos e indivisibles y no puede asignarse a cada cónyuge determinado porcentaje de propiedad sobre ellos".

(Exp. N° 48D-9D-Lima, Normas Legales NII211, p. J-3)

"Cuando en autos se ha establecido que las utilidades y pérdidas generadas de la explotación de una actividad comercial, corresponden a la sociedad de gananciales, los bienes sociales responden por las deudas producidas como consecuencia de la actividad económica de la que se trata".

(Cas. N° 4-95. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. p. 153)

"Los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro. Siendo así, la responsabilidad civil extracontractual de uno de los cónyuges, como acto absolutamente personal, no tiene por qué afectar el patrimonio del otro, ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales.

Los actos propios de un cónyuge no pueden afectar los derechos y acciones que corresponden a la cónyuge en el inmueble embargado, ya que no se trata de una obligación que la sociedad conyugal deba responder".

(Cas. N° 50-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 154)

"Al constituir la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo, éste sólo responderá por obligaciones asumidas por ésta y no por obligaciones asumidas personalmente por cada cónyuge, salvo que el objeto de la obligación hubiese tenido como beneficiario a dicha sociedad. En consecuencia no puede trabarse embargo sobre un bien social para responder por la deuda personal de uno de

los cónyuges ni menos trabarse embargo sobre un determinado porcentaje de dicho bien, por cuanto la sociedad de gananciales no constituye un régimen de copropiedad, basado en un sistema de alícuotas".

(Cas. Nº 3109-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 154)

"Hasta que no fenezca y se liquide la sociedad de gananciales, no resulta procedente embargar ni rematar supuestas acciones y derechos respecto de bienes sociales, pues sobre éstos no existe un régimen de copropiedad. Ese criterio ha sido establecido por la Sala Civil de la Corte Suprema en las diversas Ejecutorias que señalaron que los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales, constituyendo un patrimonio autónomo distinto al patrimonio de cada cónyuge, no resultando aplicables las normas sobre copropiedad porque los cónyuges no son propietarios de alícuotas respecto de los bienes sociales".

(Cas. Nº 911-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 154)

"La sociedad conyugal ha sido considerada como un patrimonio autónomo, igual calificación corresponde a una situación de copropiedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del Código Procesal Civil.

Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, por eso el artículo 330 del código sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los conyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación. Sin embargo, además es preciso señalar, que no se debe confundir la medida cautelar de embargo con la de ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que se produzca la separación de patrimonios".

(Cas. Nº 938-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 154)

## **PLENO JURISDICCIONAL PLENO JURISDICCIONAL 1998:**

### **ACUERDO Nº 7: EMBARGABILIDAD DE LOS DERECHOS Y ACCIONES DE UNO DE LOS CÓNYUGES**

7.1. ¿Pueden ser embargados los derechos y acciones de uno de los cónyuges por deudas alimentarias del otro?

#### **MOTIVACIÓN:**

Los regímenes patrimoniales en el matrimonio, según el artículo 295 y siguientes, del Código Civil son, como ya se tiene conocimiento, el de



separación de patrimonios y el de sociedad de gananciales, este último constituido por bienes propios y bienes sociales.

Como resulta obvio, el tema propuesto debe entenderse en relación al régimen de sociedad de gananciales.

Ahora bien, las deudas contraídas por los cónyuges tienen el siguiente tratamiento:

a) Las contraídas antes del matrimonio: según el artículo 307 del C.C. serán pagadas con los bienes propios del cónyuge que las contrajo, a menos que lo hayan sido a favor del futuro hogar.

b) Las contraídas durante la vigencia del matrimonio:

- Por deudas de ambos cónyuges, responden los bienes sociales, artículo 317 del C.C.

- Deudas personales: Si han sido en beneficio de la familia, responden los bienes sociales, en analogía con el caso anterior. Si lo han sido en beneficio propio, contrario sensu, no responden los bienes sociales, menos aún los bienes propios del otro cónyuge.

Con estos antecedentes, cabe formular la siguiente interrogante: ¿Son embargables los derechos y acciones de uno de los cónyuges para responder por sus deudas personales?

Para responder a esta interrogante es necesario analizar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales:

a) Existe un sector de la Doctrina que sostiene que debe asimilarse al régimen de la copropiedad, para quienes es posible embargar la cuota del cónyuge deudor. Este ha sido el criterio preponderante de la Jurisprudencia Nacional en defensa del acreedor; sin embargo debe reservarse el remate del bien hasta el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

b) El otro sector, de mayor raigambre jurídica en los últimos tiempos, sostiene que se trata más bien de un "patrimonio autónomo" e indivisible, integrado por un universo de bienes, en el que no existen cuotas ideales. Desde esta perspectiva no serían embargables tales derechos y acciones.

Hasta aquí el tema de la embargabilidad de derechos y acciones de uno de los cónyuges por deudas de carácter general. Cabe ahora referirnos a las de carácter alimentario.

El Código Sustantivo otorga un tratamiento sui generis por la naturaleza especial y privilegiada de la obligación alimentaria. Así el artículo 316 inc. 2 del C.C. establece que: "son de cargo de la sociedad los alimentos que uno de los cónyuges está obligado por ley a dar a otras personas". En consecuencia, los bienes sociales son embargables por deudas alimentarias del otro cónyuge. Es más, en aplicación del artículo 317 del acotado, incluso responden a prorrata los bienes propios del otro cónyuge, de no existir bienes sociales. De allí se colige que no es necesario hacer recaer el embargo sólo en los derechos y acciones del cónyuge obligado.

Además, resulta lógico concluir que puede irse al remate de los bienes embargados, aun durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

## **CONSIDERANDO:**

- Que, el derecho alimentario es un derecho personalísimo, intransmisible e irrenunciable destinado a garantizar la subsistencia de una persona humana, por lo que tiene el carácter de crédito privilegiado.
- Que, el artículo trescientos dieciséis del Código Civil que enumera los gastos y obligaciones que son de cargo de la sociedad, considera en su inciso segundo los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a otras personas.
- Que, siendo la sociedad de gananciales un régimen patrimonial en el que hay bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad, pueden ser gravados por obligaciones alimenticias de uno de los cónyuges no sólo los bienes sociales, sino a falta o insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges a prorrata según el artículo trescientos diecisiete del Código Civil.
- Que, dada la naturaleza del crédito alimentario que está destinado a la subsistencia de una persona, no puede diferirse su ejecución hasta que se liquide la sociedad de gananciales, por lo que existiendo afectación expresa de cualquiera de los bienes que la integran, está expedita su posible realización.

## **EL PLENO: POR UNANIMIDAD ACUERDA:**

Que los bienes sociales, y a falta o insuficiencia de éstos, incluso los propios de ambos cónyuges responden por las deudas de carácter alimentario de uno de ellos.

## **EL PLENO: POR MAYORÍA ACUERDA:**

La posibilidad del remate inmediato de los bienes embargados, sin necesidad de esperar el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

## **POSICIÓN MINORITARIA:**

Los bienes embargados no pueden rematarse sino hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

(11 Pleno Jurisdiccional, Acuerdo N° 7, Cajamarca 1998)

## FENECIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

### ARTICULO 318

Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

- 1.- Por invalidación del matrimonio.
- 2.- Por separación de cuerpos.
- 3.- Por divorcio.
- 4.- Por declaración de ausencia.
- 5.- Por muerte de uno de los cónyuges.
- 6.- Por cambio de régimen patrimonial.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 49yss., 61,274 yss., 296, 297, 320, 331, 332 yss., 348 yss.

C.P.C.arts. 483, 573, 575

### Comentario

***Max Arias-Schreiber Pezet***

El fenecimiento de la sociedad de gananciales tiene un doble objeto. Por un lado pone fin a la sociedad de gananciales; por el otro, hace posible la repartición de las ganancias, si las hubiere, después de deducidas las cargas y deudas sociales. Para esto último, se crea un estado de indivisión en el patrimonio que facilita y concluye con la liquidación del mismo.

La sociedad de gananciales se disuelve solo por causas taxativas, las mismas que se encuentran enunciadas expresamente en el artículo bajo comentario, siendo éstas las únicas razones que pueden ser alegadas para solicitar la conclusión del mencionado régimen.

La principal causa de fenecimiento es, sin duda alguna, la disolución del vínculo matrimonial. Otro supuesto se presenta cuando cesa la vida en común sin haberse disuelto el matrimonio; tal es el caso de la separación de cuerpos y la declaración de ausencia de uno de los cónyuges; asimismo en el supuesto de que proceda la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, sea por decisión propia de los cónyuges o por orden de la ley como en el caso de la insolvencia.

Las causas por las que fenece el régimen de sociedad de gananciales, según lo estipulado en el artículo 318 del Código Civil, son las siguientes:

1. por invalidación del matrimonio

La invalidez del matrimonio deja insubsistente el vínculo matrimonial; consecuentemente, debe terminar la sociedad de gananciales al no subsistir la institución que le dio origen.

Si la sentencia que declara la invalidez del matrimonio, sea por nulidad o por anulabilidad, señala que ha habido buena fe por parte de ambos cónyuges,

éstos conservarán su derecho a los gananciales y se procederá a la liquidación del régimen como si se tratara de un matrimonio válido resuelto por divorcio. Sin embargo, en el supuesto de que solo uno de los cónyuges haya actuado de buena fe, quien actuó sin ella pierde su derecho a los gananciales. Sobre este particular, Alex Plácido expone que el Código Civil no ha sido muy explícito respecto al destino de los bienes del cónyuge que actuó de mala fe. Entendemos, de esta afirmación, que el cónyuge malicioso pierde su derecho a gananciales, pero no se ha precisado a quién serán entregados los bienes que le correspondía recibir. Expone, además, dicho autor, que bajo este supuesto "se afirma que los gananciales corresponden a cada uno de los cónyuges, al no existir en las reglas de liquidación de la sociedad de gananciales -artículos 320 a 324 del Código Civil distinción alguna sobre la situación del cónyuge de buena fe de la del malicioso".

Una razón de justicia haría pensar que en casos como éste, el cónyuge que actuó de mala fe, debería perder los gananciales en favor de aquél que actuó de buena fe.

En el supuesto de que ambos cónyuges hayan actuado de mala fe, el matrimonio será declarado nulo y no producirá efecto civil alguno, pues este matrimonio se entiende como nulo. En consecuencia, se tornará inexistente el régimen de sociedad de gananciales y, por ende, ninguno de los cónyuges tendrá derecho a gananciales. En estos supuestos, se procederá como en los casos de división y partición de comunidad de bienes, pero solamente si se probara que ha habido aportes de los cónyuges.

## 2. Por separación de cuerpos

"La separación de cuerpos (...) pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales (...)" (artículo 332 Código Civil). Ésta se produce por las causales enunciadas en el artículo 333, incisos del 1 al 13 del mencionado cuerpo legal; es decir, por: 1) Adulterio; 2) Violencia física o psicológica; 3) Atentado contra la vida del cónyuge; 4) Injuria grave, que haga insoportable la vida en común; 5) Abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo; 6) Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; 7) Uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía; 8) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio; 9) Homosexualidad sobreviniente al matrimonio; 10) Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio; 11) Imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; 12) Separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 (texto ampliado por el artículo 2 de la Ley NQ 27495 de 6 de julio de 2001); 13) Separación convencional después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio 1ra disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 768 Y recogida en el Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil).

Basados en la comunidad de intereses entre los cónyuges, es evidente que la sociedad de gananciales no puede continuar al cesar la vida en común que lo fundamenta. En consecuencia, producida la separación de cuerpos, se dará por resultado inmediato el fin del régimen de la sociedad de gananciales, debiendo elaborarse el inventario de los bienes que formaron parte de la sociedad fenecida.

En este caso, tanto el cónyuge inocente como el culpable conservan su derecho a gananciales; salvo que se acredite la causal de abandono injustificado del domicilio conyugal, en cuyo caso el culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación de hecho.

### 3. Por divorcio

La extinción del vínculo matrimonial por divorcio determina el fenecimiento de la sociedad de gananciales al desaparecer la causa que originó el surgimiento del régimen.

De acuerdo con el artículo 349 del Código Civil, el divorcio se produce por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 al 12 del mencionado cuerpo legal, las mismas que hemos transcrito en el comentario al inciso anterior.

En este caso, el cónyuge culpable pierde los gananciales que procedan de los bienes propios del inocente -vale decir, los frutos y productos de aquéllos- y, si bien se demostró la causal de abandono injustificado del domicilio conyugal, también perderá los gananciales proporcionalmente a la duración de la separación de hecho.

### 4. Por declaración de ausencia

El Código Civil define las figuras de desaparición y ausencia. De acuerdo con este cuerpo legal, la desaparición se produce cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero. La ausencia, por su parte, se produce cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido dos años sin noticias sobre su paradero.

La ausencia afecta, en mayor grado que la desaparición, la vida común. La declaración judicial al respecto torna en permanente esa situación; en consecuencia, al desaparecer el fundamento de la comunidad de intereses en la sociedad de gananciales, este régimen ya no puede continuar.

En este supuesto, la posesión de los bienes del ausente quedará bajo la curatela de sus herederos forzosos, quienes asumirán la posesión temporal de aquéllos.

Debemos remarcar que no se entrega la propiedad de los bienes, sino la posesión y administración de ellos, por lo tanto, quien hubiere obtenido la posesión no podrá enajenar ni gravar los bienes, salvo en casos de necesidad o utilidad, previa autorización judicial.

### 5. por muerte de uno de los cónyuges

La muerte física provoca la disolución del vínculo matrimonial y, por tanto, concluye el régimen de sociedad de gananciales.

En el supuesto de muerte presunta, es decir, si se dan los siguientes supuestos: 1) cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad; 2) cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte; o, 3) cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido (artículo 63 del Código Civil); los efectos son similares a los producidos por la muerte física, siendo solo necesaria la declaración de este hecho para disolver el matrimonio, y -consecuentemente- la sociedad de gananciales.

En estos supuestos, la liquidación de la sociedad de gananciales será previa a la de la herencia del cónyuge muerto, pues solo así se podrá saber qué bienes integran la masa hereditaria.

Tratándose de muerte presunta, en el caso de que luego se produzca el reconocimiento de la existencia del declarado muerto presunto, el matrimonio no se reconstituye, tampoco la sociedad de gananciales; solo es posible que la persona cuyo reconocimiento de existencia ha sido declarado, haga valer su derecho a reivindicar sus bienes, dirigiendo su acción contra los herederos entre los cuales se hubiese practicado la partición de herencia.

## 6. Por cambio de régimen patrimonial

Sea que se sustituya convencional o judicialmente el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y también cuando ello ocurre por ministerio de la ley, el primero de los regímenes mencionados fenece.

Como se sabe, el régimen patrimonial adoptado por los cónyuges puede sustituirse por su libre decisión, y de hecho es una figura que se viene adoptando con mayor continuidad. En la vida contemporánea es común que el marido y la mujer laboren, percibiendo remuneraciones independientes entre sí. Los cónyuges se esmeran para obtener mayores ventajas económicas, por lo que no es extraño que los contrayentes tomen por opción la celebración de un matrimonio bajo el régimen de separación de patrimonios; asimismo, durante la vigencia del matrimonio, los cónyuges pueden optar por la modificación del régimen de sociedad de gananciales, sustituyendo el actual por el de separación de patrimonios.

Al respecto, el artículo 296 del Código Civil señala que "Durante el matrimonio los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción".

Los cónyuges suelen optar por esta figura en los casos en que la naturaleza de sus ocupaciones laborales ponga en riesgo constante el patrimonio de la sociedad conyugal (por ejemplo grandes inversionistas).

La sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios por orden del juez, se produce cuando uno de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden respecto de los bienes de la sociedad, sea que éste actúe por dolo o culpa.

Igualmente la sustitución judicial del régimen se solicita en el supuesto de declaración de insolvencia (ver Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal). Según sea el caso, puede ser solicitada la insolvencia de uno de los cónyuges o, en el supuesto de que se haya incumplido con los pagos de deudas sociales, se declarará la insolvencia de la sociedad conyugal.

La solicitud de insolvencia es solicitada por uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a 50 UITs y por el propio deudor cuando más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un lapso mayor a 30 días.

La insolvencia es declarada cuando: a) el deudor no tiene la capacidad de pago de sus créditos exigibles y vencidos, en los procesos iniciados a solicitud de uno o varios acreedores; b) cuando se compruebe que más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un tiempo mayor a treinta días, en los procesos iniciados a pedido del deudor; c) cuando el deudor sea requerido para señalar bienes libres de gravámenes, bajo apercibimiento de ser declarada su insolvencia; d) cuando, en un concurso preventivo, no se apruebe -por más del 50% de los acreedores reconocidos- el acuerdo global de refinanciamiento propuesto.

La declaración de insolvencia produce la suspensión de la ejecución de embargos y demás medidas cautelares sobre bienes, dinero o derechos del insolvente; la suspensión de todos los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial en trámite que se sigan contra el insolvente y que tengan como objeto la ejecución de garantías reales, embargos o cualquier otra medida ordenada sobre los bienes; la nulidad de los gravámenes, transferencias y demás actos Y contratos, ya sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad, que afecten el patrimonio del insolvente y que hayan sido celebrados por éste dentro de los seis meses anteriores a la fecha en que presentó su declaración de insolvencia o fue emplazado para acreditar su capacidad de pago.

Si se declara la insolvencia de la sociedad conyugal, forman la masa concursal los bienes sociales, y ante la falta o insuficiencia de ésta, ingresarán a la masa los bienes propios de cada cónyuge para responder a prorrata por las obligaciones de la sociedad.

Si se declara la insolvencia de un cónyuge, formarán la masa con~al sus bienes propios y, de ser el caso, la parte de los de la sociedad conyugal que le corresponde.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001 ; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984;--COBNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodory WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra. 1942; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires. Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Cuando la separación declarada inicialmente por el juez fuera desaprobada por sentencia superior expedida antes que el cónyuge demandado adquiriera un inmueble, si bien es cierto que la sociedad de gananciales fenece con la declaración de separación de cuerpos, también lo es que la referida separación no prosperó, de modo que vigente la sociedad, el mencionado inmueble es un bien social; por lo que para disponer de él sea a título gratuito u oneroso requería necesariamente de la intervención de la cónyuge demandante".  
(Exp. N° 1261-90 Piura, SPIJ)

"Fenecida la sociedad conyugal, nace un estado de copropiedad entre los cónyuges en relación a los bienes comunes, siendo procedente, en parte, la tercería excluyente de dominio".  
(Exp. N° 1384-81-Loreto, Gaceta Jurídica N° 8, p. 6-A)

"El régimen de la sociedad de gananciales está regulada por normas denominadas de orden público, estableciéndose limitaciones de orden contractual entre los cónyuges. Es por eso que a dicho régimen no le son aplicables las reglas de la copropiedad o condominio, por cuanto los cónyuges no tienen participación de derechos y acciones predeterminados, sino su participación en los bienes sociales se determinará después de su fenecimiento y practicada su liquidación".  
(Cas. N° 95-96-Ica, El Peruano, 30/12/97, p. 224)



"Con la disolución del vínculo conyugal, fenece la sociedad de gananciales formada para detentar el derecho de propiedad respecto de un bien social, pasando los ex cónyuges a ser copropietarios del referido bien en proporción al cincuenta por ciento cada uno".

(Cas. Nº 1850-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 155)

"Cuando se grava un porcentaje de los derechos y acciones que uno de los cónyuges tiene sobre los bienes de la sociedad conyugal, que constituye un patrimonio autónomo, se procede conforme el artículo 323 del Código Civil y al artículo 318 del acotado, pues se está ante un derecho expectatio que se tiene para asegurar un crédito".

(Cas. Nº 342-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 155)

"Hasta que no fenezca y se liquide la sociedad de gananciales, no resulta procedente embargar ni rematar supuestas acciones y derechos respecto de bienes sociales, pues sobre éstos no existe un régimen de copropiedad. Ese criterio ha sido establecido por la Sala Civil de la Corte Suprema en las diversas Ejecutorias que señalaron que los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales, constituyendo un patrimonio autónomo distinto al patrimonio de cada cónyuge, no resultando aplicables las normas sobre copropiedad porque los cónyuges no son propietarios de alícuotas respecto de los bienes sociales".

(Cas. Nº 911-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 154)

"La sociedad conyugal ha sido considerada como un patrimonio autónomo, igual calificación corresponde a una situación de copropiedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del Código Procesal Civil.

Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, por eso el artículo 330 del Código Sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación. Sin embargo, además es preciso señalar que no se debe confundir la medida cautelar de embargo con la de ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que se produzca la separación de patrimonios".

(Cas. Nº 938-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 154)

## FIN DE LA SOCIEDAD

### ARTICULO 319

Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la (echa de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.

(\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley 27495 de 7-07-2001.

### CONCORDANCIAS:

c.c. arts. 61, 63, 64,296, 297, 323, 2030 ¡nc. 7)  
C.P.C.arts. 483, 575

### Comentario

***Max Arias-Schreiber Pezet***

El contenido de este artículo establece los momentos a partir de los cuales el fenecimiento de la sociedad de gananciales produce efectos entre los cónyuges Y frente a terceros.

Si bien la causa común que genera el fenecimiento de la sociedad de gananciales es la muerte de uno de los cónyuges, sin embargo, conforme a lo tratado en el comentario anterior, dicho fenecimiento se puede producir por otros supuestos, tales como la disolución del vínculo matrimonial; la interrupción de la vida en común, a pesar de mantenerse vigente el vínculo matrimonial; o por decisión de los cónyuges o imposición de liquidación de la sociedad de gananciales por cambio de régimen, siempre dentro de la mencionada hipótesis de conservarse el matrimonio.

En el supuesto de la muerte de un cónyuge, la sociedad conyugal se dará por fenecida a partir del momento mismo de acontecido el hecho, mientras que en el supuesto de muerte presunta, en la fecha de su declaración judicial.

Asimismo, se declarará fenecida la sociedad conyugal al notificar la demanda de invalidez de matrimonio, divorcio, separación de cuerpos o separación judicial de bienes, según sea el caso.

En el supuesto de separación de patrimonios realizada de común acuerdo, es requisito para la validez del convenio y declarar por fenecida la sociedad de gananciales, el otorgamiento de escritura pública y su correspondiente inscripción en el Registro Personal. Para los cónyuges, se considera diluido el

vínculo matrimonial y, en consecuencia, fenecido el régimen de sociedad de gananciales a partir de la fecha de la escritura pública que registre este hecho. En los supuestos de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo; o en caso de que se haya producido una separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad; la sociedad de gananciales se dará por fenecida -para los cónyuges- desde el momento en que se produce la separación de hecho.

En general, para efectos de terceros, el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en el momento de la fecha de la inscripción del hecho pertinente en el Registro Personal. Entendemos que la norma realiza esta distinción, pues los terceros no tienen la obligación, ni la posibilidad de conocer lo ocurrido en el interior de las familias ajenas a la suya, y -por ende- desconoce que se haya producido o que se producirá el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

La disolución de la sociedad de gananciales solo surtirá efecto desde que se pone en conocimiento público el hecho en el registro personal de la Oficina Registral correspondiente, en aplicación del artículo 2012 del Código Civil que expresa: "Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones".

Cabe señalar que el artículo bajo comentario estaría en una aparente contradicción con el artículo 296. Mientras que el artículo 319 del Código Civil expresa:

"Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce (oo.) en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo". Por su parte el artículo 296 del mencionado cuerpo legal establece que "Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción".

Consideramos pertinente anotar la distinción que efectúa el Código Civil respecto del nacimiento del nuevo régimen patrimonial y los efectos de este acto. Si bien es cierto que el artículo 296 expresa de forma tajante que el nuevo régimen entra en vigencia desde la fecha de inscripción del mismo en el Registro Personal correspondiente, sin hacer distinción alguna si tal entrada en vigencia es respecto de los cónyuges, de los terceros, o de ambos; el artículo 319 señala con claridad que la sociedad de gananciales, para efecto de las relaciones entre los cónyuges, se considera fenecida a partir de la fecha de la escritura pública en la que consta el acto en mención.

Queda claro entonces que la norma busca producir mayor seguridad jurídica tanto a los cónyuges, respecto a sus futuras adquisiciones y obligaciones asumidas, entendiendo que éstas no beneficiarán ni perjudicarán al otro

cónyuge; como también a los terceros, entendiendo que ellos conocerán de la separación de patrimonio solo cuando tal acto sea publicado explícitamente en un medio de acceso universal, como es la oficina de Registros Públicos en nuestro país.

Como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales se crea un estado de indivisión postcomunitario que tiene el propósito de mantener inalterable el patrimonio hasta su liquidación. Desde entonces, deja de ser regido por las normas de la sociedad de gananciales, para quedar sujeto a las prescripciones de la copropiedad; aunque seguirán aplicándose los principios rectores para la calificación de los bienes, los cuales contribuirán también a mantener el estado del patrimonio.

Así, por ejemplo, si se pretende disponer de un bien social durante el tiempo que va desde el fenecimiento de la sociedad de gananciales hasta su total liquidación, se requerirá el acuerdo unánime de los cónyuges. En cambio, si se compran bienes en esta etapa, el carácter propio o social de los mismos dependerá de los fondos empleados para su adquisición.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela Y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZEL, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KI PP, Theodor y WOLF, Martin: Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946, FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo I. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Por el divorcio fenece la sociedad de gananciales generada por el vínculo matrimonial, por lo que al declararse fundada la demanda de divorcio, la sentencia de primera instancia da por concluido el régimen patrimonial, y será

en ejecución de sentencia que se formalizarán las etapas de la liquidación prevista en el artículo 320".

(Exp. N° 382-98, Resolución del 30/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

"La norma contenida en el artículo 319 del Código Civil no se ha puesto en el caso de pedido de separación convencional de cuerpos, formulado por ambos cónyuges, con pleno conocimiento del contenido del pedido que suscriben. Sin embargo, atendiendo a su *RATIO JURIS*, debe concluirse que en el caso de separación convencional de cuerpos formulado por ambos cónyuges, para el efecto de las relaciones entre ellos, la sociedad de gananciales fenece en la fecha de su acuerdo, lo que importa una aplicación por analogía de dicha norma".

(Cas. N° 2754-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 156)

## **INVENTARIO VALORIZADO DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD**

### **ARTICULO 320**

Fenecida la sociedad de gananciales, se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes. El inventario puede formularse e.n documento privado con firmas legalizadas, si ambos cónyuges o sus herederos están de acuerdo. En caso contrario, el inventario se hace judicialmente.

No se incluye en el inventario el menaje ordinario del hogar en los casos del artículo 318, incisos 4 y 5, en que corresponde al cónyuge del ausente o al sobreviviente.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arto 318 incs. 4) y 5)

C.P.C.arto 575

D.S. 59-95-EF arto 1 y ss.

### **Comentario**

**Max Arias-Schreiber Pezet**

Producido el fenecimiento de la sociedad de gananciales debe liquidarse el patrimonio. La primera operación es la realización de un inventario valorizado que comprenderá los bienes propios y sociales, como activo, y las obligaciones sociales, cargas y deudas comunes, como pasivo.

Hay que tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 302 del Código Civil, son considerados bienes propios: los que cada cónyuge aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales; los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla; los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito; la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad; los derechos de autor e inventor; los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio; las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente ente los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio; la renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio; y los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia por su parte, el artículo 310 del Código Civil enunciados como bienes sociales los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

Si los cónyuges están de acuerdo, el inventario puede realizarse extrajudicialmente, bastando solo un documento privado con las firmas legalizadas de ambos cónyuges. El inventario es una diligencia onerosa, y si ambos cónyuges están dispuestos a efectuar una liquidación seria y real respecto de los bienes, no hay razón para obligarlos a realizar el inventario por vía judicial.

Sin embargo, de existir disconformidad respecto a la naturaleza de los bienes o el valor de los mismos, se realizará el inventario en la vía judicial; donde se podrá litigar sobre la calidad de los bienes y su valorización.

En este caso, el inventario se lleva a cabo en la vía y por las normas del proceso no contencioso, ante el juez de paz letrado competente o ante el juez civil, de acuerdo con la estimación patrimonial de los bienes. Si esta estimación arroja una suma mayor a cincuenta Unidades de Referencia Procesal, el proceso será ventilado por el juez civil; si la estimación es menor al monto indicado, el inventario se llevará a cabo ante el Juzgado de Paz Letrado.

En el inventario se comprenderán además los bienes de uso doméstico, a fin de ser distribuidos entre los cónyuges o sus herederos forzosos. Sin embargo, en el supuesto de que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produzca por declaración de ausencia o por muerte de uno de los cónyuges, el menaje ordinario del hogar no se incluye en el inventario y será entregado directamente al cónyuge del ausente o al sobreviviente de ser el caso. En el primer supuesto la posibilidad de regreso del ausente sustenta que continúen en poder del cónyuge presente tales bienes, pues se facilitará la reconstrucción del hogar. En el segundo supuesto, la vinculación íntima por el uso personal durante una comunidad de vida explica que los bienes domésticos queden en poder del viudo.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones, Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México' Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor.. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PLACIDO V., Alex

F. Manual de Derecho de Familia. Lima Gaceta Jurídica, 2001; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo I. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Los cónyuges no tienen participación de derechos y acciones predeterminados, sino su participación en los bienes sociales se determinará después de su fenecimiento y practicado el proceso de liquidación, en el cual habrá de pagarse las obligaciones sociales y las cargas de la sociedad, para recién establecerse los bienes gananciales, que se dividirán en cincuenta por ciento para cónyuge, de lo que se infiere que antes de dicha liquidación no existen dichos bienes de manera individualizada".

(Cas. N° 95-96-Ica, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 30/12/97, p. 224)

"Habiéndose disuelto la sociedad conyugal, debe procederse a la liquidación de dicho régimen y adjudicar la parte del inmueble sub materia que pertenece a la sociedad conyugal a uno de ellos".

(R. N° 132-97-0RLC/TR, Jurisprudencia Registral, Año 11, Vol. ,V, p. 176)

"La sociedad de gananciales termina por la declaración de separación de bienes y la sentencia solo es declarativa y para su liquidación debe procederse al inventario, en la forma señalada por el Código Civil".

(Res. del 06/07/87, Gaceta Jurídica N° 7, p. 23-A)

"Es improcedente la pretensión de partición de un bien adquirido en vigencia del matrimonio extinguido por divorcio, sin que antes se solicite la liquidación patrimonial de la sociedad de gananciales, la cual tiene su inicio con el inventario de los bienes, el pago de las obligaciones sociales y cargas, el reintegro a cada cónyuge de los bienes' propios que quedaren, y se dividan por mitad las ganancias remanentes, tal como disponen los artículos 320, 322 Y 323 del Código Civil".

(Cas. N° 848-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 156)



## BIENES EXCLUIDOS DEL MENAJE

### ARTICULO 321

El menaje ordinario del hogar no comprende:

- 1.- Los vestidos y objetos de uso personal.
2. - El dinero.
3. - Los títulos valores y otros documentos de carácter patrimonial.
4. - Las joyas.
5. - Las medallas, condecoraciones, diplomas y otras distinciones.
6. - Las armas.
7. - Los instrumentos de uso profesional u ocupacional.
8. - Las colecciones científicas o artísticas.
9. - Los bienes culturales-históricos.
- 10.- Los libros, archivos y sus contenedores.
- 11.- Los vehículos motorizados.
- 12.- En general, los objetos que no son de uso doméstico.

### CONCORDANCIAS:

- C.C. art. 302, incs. 6) y 9)
- D.S. 59-95-EF arts. 1 y ss.

### Comentano

**Max Arias-Schreiber Pezet**

El menaje ordinario del hogar comprende todos los bienes muebles de uso doméstico, destinados a satisfacer las necesidades inmediatas de la familia.

De la lectura del artículo 321 puede observarse que el legislador del Código Civil ha optado por el sentido negativo, es decir por indicar qué bienes no integran el menaje ordinario del hogar, en lugar de señalar cuáles lo conforman. La precisión de carácter negativo supone la determinación de los bienes que no están dirigidos a la finalidad antes indicada -que es la de servir de medio directo o indirecto para satisfacer las necesidades inmediatas y ordinarias de la familia-, no obstante que muchos de los bienes contenidos en la relación del artículo 321 suelen encontrarse dentro del hogar, y algunos de ellos son utilizados por los miembros de la familia en su vida cotidiana.

Sobre el particular, cabe señalar que ninguna otra norma del ordenamiento nacional precisa qué bienes son los que integran el menaje ordinario del hogar.

Por el contrario, al igual de lo que ocurre con el artículo 321, el Reglamento de Equipaje y Menaje de Casa, aprobado por Decreto Supremo N° 59-95-EF de 4 de abril de 1995, siguiendo el mismo criterio negativo del Código Civil, señala que en ningún caso será considerado como equipaje o menaje de casa lo siguiente (artículo 2):

- a) Los vehículos, automóviles, casas rodantes, remolques, embarcaciones, aeroplanos y armas, incluso si son para la práctica de algún deporte.

b) Las semillas, plantas y sus subproductos o derivados, los cuales deberán someterse previamente a su ingreso al país a las regulaciones de sanidad vegetal.

c) Los bienes de interés histórico, arqueológico, artístico y cultural de la Nación, los cuales podrán salir del país previa autorización expresa del organismo competente y de acuerdo con los dispositivos legales vigentes.

d) Las plantas y animales de nuestra flora y fauna silvestre, así como sus subproductos y derivados, los cuales requerirán para su salida del país de la autorización de la Dirección General Forestal y de Fauna del Ministerio de Agricultura.

A pesar de que el mencionado reglamento se refiere específicamente al equipaje y menaje de casa que porten los viajeros con pasaporte o documento oficial a su entrada o salida del país (artículo 1), dicha norma contiene la siguiente definición de menaje de casa: "Menaje de casa: conjunto de muebles y enseres del hogar, nuevos o usados, de propiedad del viajero o del viajero y su familia, en caso de unidad familiar" (artículo 34, Glosario de Términos).

Por otro lado, puede afirmarse que el artículo 321 del Código Civil ha sido redactado con la finalidad de defender a los herederos del cónyuge fallecido o ausente. En efecto, es un supuesto muy común en nuestro medio que durante la vigencia de la sociedad de gananciales los cónyuges solo adquieran bienes de uso común, los mismos que de ser considerados como parte del menaje ordinario del hogar, podrían quedarse en propiedad del cónyuge sobreviviente, afectándose de este modo los derechos de los demás herederos.

De esta manera, resulta conveniente la enumeración de los bienes que se excluyen del menaje ordinario, pues así quedarán como parte de él solo los bienes que sirven a las necesidades básicas de la familia, tales como electrodomésticos, utensilios de cocina, lecho conyugal, etc.

Asimismo, sería impensable hacer un listado de los bienes que conforman el menaje ordinario, tomando en consideración la enorme cantidad de objetos domésticos que suelen emplearse cotidianamente en el hogar; no solo sería antitécnico, sino que de hecho podrían obviarse muchos bienes. Sin embargo, el hecho de enumerar -como lo hace el artículo 321- los bienes que no forman parte del menaje ordinario, también produce el mismo efecto; es decir, dejar de enunciar algunos bienes que a pesar de haber sido adquiridos para el uso y disfrute de todos los miembros del hogar, no deben ser incluidos en el menaje ordinario. Entre los dos sistemas, de todos modos resulta más conveniente el adoptado por el artículo 321 del Código, el mismo que, por lo demás, contiene una regla genérica en el inciso 12, según la cual "el menaje ordinario del hogar no comprende (...) en general, los objetos que no son de uso doméstico", estableciendo así una pauta para la interpretación de la norma.

Es pertinente agregar que entre los bienes excluidos del menaje ordinario del hogar, a que se contrae el artículo bajo comentario, se hallan bienes propios de cada cónyuge y bienes sociales, los mismos que al formar parte del inventario

deberán considerarse cada cual de acuerdo con su naturaleza. Así, por ejemplo, los vestidos y objetos de uso personal, las medallas, condecoraciones, diQ~mas, los instrumentos de uso profesional u ocupacional, entre otros, suelen ser bienes propios de cada cónyuge; mientras que el dinero, joyas, vehículos motorizados, entre otros, suelen ser bienes sociales, salvo que se demuestre lo contrario.

Por último, cabe mencionar que lo más conveniente con relación a la calificación de los bienes como pertenecientes o no al menaje ordinario del hogar, sería que el juez evalúe la situación en cada caso concreto, a fin de determinar -de acuerdo a las circunstancias- si para efectos de la liquidación de una sociedad de gananciales en particular, los bienes sociales deben o no ser excluidos del inventario valorizado.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Famifia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERa, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Famifia. lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERa, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIff. Derecho de Familia. lima, Gaceta Jurídica, 2001 ; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. lima, Studium Ediciones, 1985; DiAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DiEZ-PICAZa, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, LUdwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. lima, Gaceta Jurídica, 2001; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo I. lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **PAGO PRIORITARIO DE DEUDAS**

### **ARTICULO 322**

Realizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 302, 307, 308, 309, 316, 317, 320, 323

### **Comentario**

***Max Arias-Schreiber Pezet***

El régimen de sociedad de gananciales está conformado tanto por el activo como por el pasivo; dentro del pasivo ubicamos las obligaciones y las cargas sociales. Además es menester diferenciar las deudas asumidas por la sociedad conyugal de aquéllas propias de cada cónyuge.

La formación del inventario permitirá conocer las obligaciones sociales y las personales de cada cónyuge. De las primeras responden los bienes sociales y, subsidiariamente, los propios de cada cónyuge, a prorrata. Las segundas serán pagadas por cada consorte directamente; en tal sentido, el presente dispositivo establece la regla que aquéllas serán preferentemente atendidas respecto de éstas.

De otro lado y a pesar de la fórmula textual, las cargas sociales serán pagadas antes de las deudas comunes por la finalidad que aquéllas persiguen: se trata de obligaciones contraídas para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia y proveer a la conservación de su patrimonio.

Son cargas de la sociedad, de conformidad con el Código Civil: 1) El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes; 2) Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas; 3) El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges; 4) Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten; 5) Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste; 6) Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten; 7) Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan; 8) Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge; y, 9) Los gastos que cause la administración de la sociedad.

Son obligaciones sociales todas aquellas deudas asumidas por los cónyuges frente a terceros con el fin de obtener un bienestar a favor de la sociedad

conyugal. por tal motivo, al haberse asumido obligaciones con el consecuente beneficio obtenido a favor de ambos cónyuges, este pago se hace efectivo con los bienes que conforman la misma sociedad conyugal. En el supuesto que las deudas asumidas por la sociedad conyugal, no alcancen a ser canceladas con los bienes sociales, los cónyuges deberán cumplir con las obligaciones asumidas, con sus correspondientes bienes propios.

Al momento de realizar el inventario y hacer una descripción de las cargas y obligaciones de la sociedad, los cónyuges deberán considerar un orden estricto de prioridades, colocando en primer rango las obligaciones o cargas de-mayor importancia.

Solo luego de haber cancelado todas las deudas sociales, se podrá establecer el convenio de repartición de los bienes sobrantes, produciéndose así una transferencia de propiedad. No se trata de una mutua transferencia de derechos, sino de una transferencia de propiedad que realiza la sociedad de gananciales, que se está liquidando, a favor de uno de los cónyuges (PLÁCIDO). De esta manera, los bienes propios de cada cónyuge que quedaran serán entregados a sus propietarios para que éstos cumplan con sus obligaciones personales.

A nuestro parecer, el artículo 322 es equívoco al referirse a un reintegro, ya que si se trata de bienes propios, evidentemente no han sido transferidos y no existe nada por reintegrar, sino simplemente entregarlos.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/I. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001 ; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DiAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DiEZ-PICAZA, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo ,. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"El patrimonio de propiedad de una sociedad conyugal no está formado por derechos y acciones por no ser de naturaleza mercantil. Sólo cuando fenece la sociedad de gananciales y se liquida la sociedad determinándose el haber de cada uno de los cónyuges, es susceptible de ser embargado".

(Exp. Ir- 161-95-Segunda Sala, Gaceta Jurídica N° 30, p.5-8)

"En la liquidación de la sociedad de gananciales no se presentan las características del pago indebido, porque no se entrega ningún bien en pago, sino que se distribuyen de acuerdo a sus disposiciones especiales".

(Cas. N° 1496-98-Lima, El Peruano, 22101/99, p. 2527)

"Es improcedente la pretensión de partición de un bien adquirido en vigencia del matrimonio extinguido por divorcio, sin que antes se solicite la liquidación patrimonial de la sociedad de gananciales, la cual tiene su inicio con el inventario de los bienes, el pago de las obligaciones sociales y cargas, el reintegro a cada cónyuge los bienes propios que quedaren, y se dividan por mitad las ganancias remanentes, tal como disponen los artículos 320, 322 Y 323 del Código Civil".

(Cas. N° 848-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 156)

## CONCEPTO Y DISTRIBUCIÓN DE LOS GANANCIALES

### ARTICULO 323

Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322.

Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos.

Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera.

### CONCORDANCIA:

c.c. arts. 318, 322, 352, 731, 732

### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

#### 1. Distribución de los gananciales

Este dispositivo determina la condición que corresponde al remanente de los bienes sociales que queda después de efectuada la liquidación del régimen: los gananciales son el saldo patrimonial que, debido a la comunidad de esfuerzo y de vida de los cónyuges, se dividen por mitad entre ambos o sus respectivos herederos.

Se comprueba que no gobierna nuestro sistema un principio rector de orden económico basado en la proporcionalidad de los aportes de los cónyuges para recibir los gananciales. Por el contrario, se subordina esa relación patrimonial a un igual trato y a un mismo derecho para uno y otro cónyuge, atribuyéndoles idéntica participación.

De otro lado y con el propósito de reducir al máximo los desajustes, muchas veces dramáticos, que la muerte o la ausencia de uno de los cónyuges ocasiona en la vida del otro, en la parte final del artículo 323 del Código Civil se reconoce el derecho del cónyuge del ausente o del sobreviviente a ser preferido para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar; con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera.

La adjudicación se realizará con cargo a los gananciales que le corresponderán de la liquidación y, en caso de muerte de uno de los cónyuges, respecto a sus derechos por concepto de legítima; de tal manera que el reintegro del exceso de valor se realizará con bienes propios del beneficiado.

A este respecto, deben considerarse las disposiciones complementarias de los artículos 731 y 732 del Código Civil. El primero reconoce el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita solo sobre la casa en que habita la familia. Este derecho surge cuando el cónyuge sobreviviente concurre con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal. Siendo así, el derecho de habitación recaerá sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales; afectando la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

El segundo establece el derecho de usufructo de la casa-habitación en que existió el hogar conyugal. Este derecho corresponde al cónyuge sobreviviente que no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación. Al efecto y con autorización judicial, podrá darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación.

Mientras el inmueble esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, tendrá la condición legal de patrimonio familiar. Los derechos indicados se extinguen por contraer el cónyuge sobreviviente nuevo matrimonio, vivir en concubinato, renunciar a ellos o por su fallecimiento.

## 2. La adjudicación preferente de bienes sociales por la separación de hecho

Nos merece un comentario independiente el referido a la adjudicación preferente de bienes sociales para el caso de separación de cuerpos o divorcio por la causal de separación de hecho, de acuerdo con la Ley N° 27495.

Con el mismo propósito de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades y, en su caso, la de sus hijos al concluir el vínculo matrimonial, a propósito de la conducta del consorte que contrató tal estado, se reconoce -a favor de ese cónyuge perjudicado- el adjudicarse le preferentemente bienes sociales como una medida de protección de su estabilidad económica.

Es claro que la adjudicación se producirá, en ejecución de sentencia, durante la liquidación de la sociedad de gananciales. No obstante, es necesario definir dos cuestiones: a) qué bienes sociales serán los que se adjudicarán preferentemente; y b) si la adjudicación se realizará con cargo a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge perjudicado, con la obligación de reintegrar el exceso de valor con bienes propios del beneficiado.



Al respecto y si bien el artículo 345-A del Código Civil, incorporado por la Ley N° 27495, no contiene una solución a las cuestiones planteadas precedentemente, en su último párrafo expresamente se cita al artículo 323 del Código sustantivo, disponiendo su aplicación a este supuesto, en lo que fuere pertinente.

En consecuencia y considerando el fundamento asistencial de la norma, de una interpretación extensiva y concordada de las disposiciones citadas se concluye:

a) que la adjudicación preferente está principalmente referida al inmueble constituido en la casa habitación de la familia o destinado a establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar; y, b) que la adjudicación se realiza con cargo a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge perjudicado; con la obligación de reintegrar el exceso de valor del bien adjudicado no cubierto por sus gananciales, que se producirá con bienes propios del beneficiado.

De las conclusiones anotadas, surgen dos interrogantes adicionales: a) corresponderá entregar, además, el menaje ordinario del hogar o atender los requerimientos del cónyuge perjudicado para que se le adjudiquen diferentes bienes; y, b) cómo proceder si, para efectos de la adjudicación del indicado inmueble, no existen otros gananciales ni bienes propios del beneficiado o si la vivienda fuera alquilada.

Sobre lo primero, la entrega directa del menaje ordinario del hogar se admite en nuestra legislación a favor del cónyuge del ausente o al sobreviviente, en caso de que la sociedad de gananciales fenezca por la ausencia o muerte del otro consorte, respectivamente. Al respecto, la Ley N° 27495 no ha introducido modificación alguna al artículo 320 del Código Civil, que contempla tal posibilidad, ni tampoco lo ha mencionado para su consideración extensiva. Sin embargo, como lo que se pretende es velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, es evidente que, por ejemplo, la sola adjudicación del inmueble donde se constituyó la casa-habitación de la familia no cumpliría la finalidad asistencial buscada sin el menaje ordinario u objetos de uso doméstico existentes en él. Es por ello que, atendiendo a ese propósito establecido en la ley, corresponde también entregar directamente el menaje ordinario del hogar al cónyuge perjudicado por la separación de hecho.

Ahora bien, si este cónyuge perjudicado por la separación de hecho solicitara la adjudicación preferente de otros bienes, diferentes de los señalados en los párrafos anteriores, debe -en principio- considerarse la elección ejercida toda vez que se trata de proteger su propia estabilidad económica. Sin embargo, corresponde al juzgador determinar si tal elección efectivamente responderá a la finalidad de atender no solo a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado sino también, y en su caso, a la de los hijos; por lo que se podrá resolver en forma diferente a lo solicitado de acuerdo a su prudente arbitrio y considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso.

Corresponde, en este momento, responder a la pregunta de cómo proceder si para efectos de la adjudicación del indicado inmueble, no existen otros gananciales ni bienes propios del beneficiado. Al respecto, en el texto de la Ley

N° 27495 no aparece la referencia a los artículos 731 y 732 del Código Civil que regulan los derechos de habitación y de usufructo de la casa en que habita la familia, respectivamente, a favor del cónyuge supérstite cuyos derechos por gananciales y legítima no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal.

No cabe duda que, de no existir otros gananciales ni bienes propios del cónyuge perjudicado para efectos de la adjudicación, ésta no podrá realizarse. Sin embargo, siendo obligación del juzgador velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado y la de sus hijos y no pudiendo dejar de administrar justicia en caso de defecto o deficiencia legislativa, lo que procede realizar es atribuir el inmueble en el que se constituyó el hogar conyugal a favor del cónyuge perjudicado; disponiendo, en su caso, el retiro del cónyuge que motivó la separación de hecho y el reintegro del consorte perjudicado con los hijos o el impedimento de ingreso del primero, si el inocente se quedó en el hogar conyugal. Es evidente que esta solución responde al interés familiar protegido - el del cónyuge perjudicado y, si fuere el caso, el de sus hijos-; confirmando protección al núcleo familiar subsistente.

Al respecto, debe tenerse presente que, por la adjudicación, se transfiere la propiedad del bien al cónyuge perjudicado por la separación de hecho; mientras que, por la atribución, se le otorga solo su uso y disfrute. De otro lado, debe estimarse que la consideración genérica de la función de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado y la de sus hijos, no se agota -y en ningún otro aspecto- en la adjudicación y que corresponde al juzgador disponer la mejor solución a la necesidad de vida en particular, atendiendo a los fines del proceso.

Por supuesto que, con la solución propuesta, no se cumple con lo dispuesto -n el artículo 298 del Código Civil: al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación. Sin embargo y siendo el interés familiar el principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio, se impone diferir la liquidación de la sociedad de gananciales por la obligación de velar por la estabilidad económica de la familia nuclear subsistente. Una visión iuspositivista demandará la necesaria reforma legislativa, sin atender esta necesidad de vida.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, tomo /11. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio.

Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo /11, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho-Civil, tomo V/II. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1954; TOBIAS, José W. Actos de administración y actos de disposición, en Derecho de Familia. Libro homenaje a María Josefa Mendez Costa. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1990; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

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

(Exp. N° 1144-98, Resolución del 16/06/98, Segunda Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima)

"La diferencia de los bienes comunes, que son particionables, los bienes propios no son susceptibles de división y partición".

(Exp. N° 542-95-Lima, Ramírez Cruz, Eugenio, Jurisprudencia Civil y Comercial, p. 304)

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

(Exp. N° 1575-91-Lima, Gaceta Jurídica N1131, p. 3-A)

"Mientras no se haya producido la liquidación del régimen patrimonial y de la sociedad de gananciales no surten efectos los actos de disposición hechos por los cónyuges en favor de sus hijos".

(Cas. N° 905-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 158)

"Los bienes sociales son de naturaleza autónoma y tienen su propia fisonomía institucional, por cuanto sus normas son de orden público, sin que puedan ser modificados por la sola voluntad de los cónyuges, los que tampoco pueden confundirse con las reglas de copropiedad. Por lo tanto, no hay derechos o acciones de los cónyuges hasta que se produzca la liquidación de la sociedad conforme se establece en el artículo 323 del Código Civil".

(Cas. N° 941-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 158)

"Es improcedente la pretensión de partición de un bien adquirido en vigencia del matrimonio extinguido por divorcio, sin que antes se solicite la liquidación patrimonial de la sociedad de gananciales, la cual tiene su inicio con el inventario de los bienes, el pago de las obligaciones sociales y cargas, el reintegro a cada cónyuge de los bienes propios que quedaren, y se dividan por mitad las ganancias remanentes, tal como disponen los artículos 320, 322 Y 323 del Código Civil".

(Cas. N° 848-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 156)

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

(Cas. N° 837-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 158)

## **PÉRDIDA DE GANANCIALES POR SEPARACIÓN DE HECHO**

### **ARTICULO 324**

En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

### **CONCORDANCIA:**

c.c. arls. 323, 333 ¡nc. 5), 352

### **Comentario**

***Manuel Mufó Rojo***  
***Alfonso Rebaza Gonzales***

#### **1. Consideraciones éenerales y fundamentos de la sanción**

El Código Civil adopta como regla general que la separación de hecho no interrumpe la vigencia del régimen de sociedad de gananciales a que estuvieran sometidos los cónyuges. En tal virtud, éstos siguen disfrutando de los beneficios patrimoniales del matrimonio de manera proporcional mientras dure dicho estado.

En este sentido, el precepto bajo comentario constituye una excepción a la referida regla, habida cuenta que prescribe la pérdida de los gananciales para el cónyuge culpable durante el periodo que dure la separación de hecho. Esta pérdida de los gananciales debe entenderse como una pérdida definitiva, lo que determina que el cónyuge inocente adquiere el íntegro de los gananciales obtenidos durante la separación. No obstante, se trata de una situación en principio temporal, lo cual permite inferir que, reintegrado al seno del hogar, el cónyuge culpable deja de sufrir dicha sanción.

Se puede advertir, pues, la presencia de dos elementos para la configuración del supuesto a que se contrae la norma del artículo 324. Un primer elemento objetivo, referido a la separación de hecho de los cónyuges; y un elemento subjetivo, cual es la imputabilidad del alejamiento de uno de ellos. Entre los fundamentos de la sanción encontramos que "d-rante el lapso de abandono, el cónyuge culpable no contribuyó a la obtención de bienes para la sociedad, por lo que mal podría pretender luego un derecho al cincuenta por ciento de los aludidos bienes" (CORNEJO, p. 337). A criterio de Borda (citado por BELLUSCIO, p. 132), el argumento para negar el derecho a los gananciales al cónyuge culpable, se sustenta en que el ordenamiento no puede conceder derechos a quien invoca su propia torpeza o el incumplimiento de deberes que el matrimonio pone a su cargo.

A ello se suma el supuesto de enriquecimiento sin causa (del culpable) que se generaría de no establecerse esta sanción, dado que habrían desaparecido las condiciones de hecho que le dan fundamento al principio de partición de los gananciales, esto es, la convivencia y la colaboración efectiva entre los

cónyuges. Así, por ejemplo, en el caso del cónyuge que ha abandonado al otro y que luego de largo tiempo, el abandonado ha logrado formar un patrimonio importante, resultaría injusto conceder gananciales al abandonante que luego regresa.

El castigo que impone la norma "es absolutamente justo habida cuenta que no se podría permitir una liquidación igualitaria, desde el instante de que un cónyuge se aparta de hecho de su cónyuge con fines inconfesables, por eso el Código sanciona al abandonante no solo con la suspensión sino con la pérdida de sus gananciales" (PERALTA ANDÍA, p. 229).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe advertir que la sanción que impone la norma puede presentar diversos tratamientos. Así, por ejemplo, la legislación argentina adopta una fórmula distinta de la nuestra. De acuerdo con dicho sistema, en el supuesto de que la separación de hecho derivara en la disolución definitiva del vínculo "el culpable de ella no tendrá derecho a participar cuando se liquida la sociedad conyugal 'en los bienes gananciales que aumentaron el patrimonio del no culpable' con posterioridad a la separación. De manera que, en la partición, el inocente tomará el 50% del saldo líquido activo de la masa ganancial del culpable, calculada hasta el momento en que se produzca la disolución de la sociedad conyugal; en cambio, el culpable no participará en los nuevos bienes del inocente" (BOSSERT y ZANNONI, p. 300; DíEZ-PICAZO, p. 290).

En el ordenamiento argentino, el cónyuge culpable solo pierde el derecho a participar de los gananciales del cónyuge inocente, debiendo compartir los propios. En nuestro sistema, en cambio, la sanción es por el íntegro, colocando al culpable en posición de perder a favor del inocente la totalidad de los gananciales que le hubieran correspondido.

## 2. Evaluación de ventajas y desventajas del sistema adoptado por nuestro código

La solución propuesta por nuestro Código no deja de inspirarse en un sentido de justicia, basada en los fundamentos esbozados en el acápite precedente. En efecto, resulta sensato establecer que el cónyuge culpable no aproveche los gananciales en cuya obtención no ha intervenido. Asimismo, nuestro sistema proscribiera el enriquecimiento sin causa del cónyuge culpable, el cual vería incrementado su patrimonio sin que haya mediado labor alguna de su parte.

La finalidad de este sistema es desincentivar, por lo menos en consideración al aspecto económico, el abandono del hogar, habida cuenta que antes de que ello se produzca el cónyuge abandonante conocería la pérdida que la ley lo obliga a asumir. En el caso del cónyuge inocente se premia el trabajo y la productividad observada durante el periodo de abandono, así como la protección de su derecho de propiedad respecto a los bienes obtenidos de manera individual.

Sin perjuicio de la validez de estos argumentos, cabe advertir que la solución propuesta por nuestro Código deja de ser justa en el supuesto de que los gananciales hayan sido obtenidos por los dos cónyuges de manera conjunta, pues en este caso el inocente retiene todo y el culpable pierde lo que ha conseguido. Esta sanción se torna aún más inequitativa cuando es el cónyuge culpable quien ha obtenido todos los bienes. De este modo, se crea un indebido beneficio para el cónyuge inocente, quien queda colocado en mejor situación que si el matrimonio hubiera continuado unido e, inclusive, que si hubiese mediado divorcio.

Este temperamento puede generar que el cónyuge inocente demore el inicio del juicio de divorcio, continuando con el estado de separación de hecho que le permite hacer suya la integridad de los gananciales correspondientes a ese periodo (BELLUSCIO, p. 134).

A ello se suma el interés del cónyuge inocente en la declaración de culpabilidad del otro, lo cual lejos de propiciar la reconciliación y la unión de la pareja, constituirá un incentivo para profundizar el distanciamiento que eventualmente derivará en divorcio.

Estas consideraciones permiten advertir que la severidad de la sanción que impone la norma bajo comentario, lejos de cumplir con su finalidad de desincentivar el abandono y sancionar al cónyuge culpable, ha generado una serie de situaciones en que su aplicación podría resultar inequitativa, sancionando al culpable de manera desproporcionada con respecto a la falta cometida.

### 3. Culpa sobreviniente del cónyuge inocente

De otro lado, cabe tener en cuenta el supuesto en que aun cuando uno de los cónyuges haya generado la separación de hecho por culpa, puede surgir luego -estando ya separados- un elemento que determine que el otro cónyuge también sea culpable. Por ejemplo, el supuesto en que el cónyuge no culpable injurie gravemente al cónyuge culpable durante la separación, o que viva en concubinato, entre otros. De ser el caso, la sanción prevista en el artículo bajo comentario podría aplicarse a ambos cónyuges (BOSSERT y ZANNONI, p. 301).

Sin embargo, en este supuesto no resultaría sensato sancionar con la pérdida de gananciales a ambos cónyuges; por el contrario, la solución estribaría en otorgar a los cónyuges los gananciales que equitativamente les corresponden como si no hubiese operado la separación.

Esta postura determinaría que ante la severidad de la sanción impuesta por nuestro Código para el cónyuge culpable, éste buscaría por todos los medios la declaración de culpabilidad del inocente, de modo que la sanción le sea levantada.

### 4. La proporcionalidad de la pérdida

La norma bajo comentario establece que la pérdida de los gananciales del cónyuge culpable se producirá de manera proporcional al tiempo de duración de la separación. Este precepto denota la adopción de un criterio temporal a efectos de determinar la entidad de los gananciales perdidos. Así, por ejemplo, si en un matrimonio que duró diez años el monto de gananciales a liquidar es como 100, Y el periodo del abandono fue de un año; de acuerdo con el artículo 324, el cónyuge inocente tendrá derecho a los 10 que se obtuvieron en el periodo de separación. La repartición final sería, entonces, 60 para el cónyuge inocente y 40 para el cónyuge culpable.

Este criterio, en apariencia lógico, podría resultar injusto en no pocos supuestos; máxime si tenemos en cuenta la intención de protección al cónyuge inocente por parte de la norma bajo comentario. Así, no podemos dejar de preguntarnos qué ocurriría en caso de que el cincuenta por ciento de los gananciales hubiera sido obtenido por el cónyuge inocente durante el periodo de separación. En este supuesto, el cónyuge culpable no perdería el íntegro de los gananciales obtenidos durante la separación, sino solo aquellos que, respecto del íntegro, guarden proporción con la duración de la separación.

Ello implica que si en un matrimonio que duró 10 años los gananciales son como 100, Y 50 fueron obtenidos durante el año que duró la separación; la proporcionalidad que impone la norma conllevaría a sancionar al cónyuge culpable con la pérdida de 10 (la décima parte de 100), lo cual resultaría proporcional al año que duró el abandono en un matrimonio de 10 años. La liquidación seguirá siendo 60 para el cónyuge inocente y 40 para el culpable. Ello determina que, en la práctica, el cónyuge culpable accedería a gananciales que fueron obtenidos exclusivamente por el inocente, configurándose paradójicamente un supuesto en que se sanciona al inocente y se premia al culpable. Precisamente lo que la norma pretende evitar.

También podría darse el caso en que durante la separación no se hayan generado gananciales. No obstante, de acuerdo con el criterio asumido por nuestro Código, el cónyuge culpable no dejaría de perder gananciales; por el contrario, aun cuando éstos no se hubieren generado, el culpable sufriría una sanción proporcional. Estos gananciales serán, desde luego, retraídos de aquellos obtenidos durante el periodo de armonía conyugal en que el sancionado no tuvo culpa.

Ante este panorama, el buen sentido nos indica que el criterio de pérdida de gananciales no debería determinarse en relación al tiempo que dura la separación, sino conforme a criterios cuantitativos, esto es, de acuerdo con lo efectivamente obtenido durante el periodo que dure la separación de hecho. En este sentido, somos de la opinión de que la sanción debería estar referida a la pérdida de los gananciales efectivamente obtenidos durante la separación; independientemente de su duración.

Cabe advertir que la fórmula propuesta podría revestir dificultades atendiendo a la complejidad de la prueba de los bienes que efectivamente se generaron durante el periodo de separación. No obstante, ello no enerva las consideraciones precedentes, más aún si tenemos en cuenta que las



desventajas que pudiera presentar la complejidad de nuestra propuesta, se ven largamente superadas por la iniquidad que genera el sistema vigente.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 2 Tomos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial demsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

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

(Cas. N° 513-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 158)

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

(Cas. N° 986-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 159)

"En el caso que se produzca una separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. Para que la norma sea aplicable es necesario que la separación se haya producido durante la vigencia de la sociedad de gananciales".

(Cas. N° 986-96-Cusco, El Peruano, 3/05198, p. 866)

"Son distintos los supuestos de pérdida de gananciales como producto de la separación de hecho y del divorcio. En el primer caso, producida la separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho de gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. En el segundo caso, regulado en el artículo 352 del Código Civil, el cónyuge divorciado por su culpa

pierde los gananciales que procedan de los bienes propios del otro. Existe aplicación indebida de la norma contenida en el artículo 352 del Código Civil, cuando se aplica dicha norma a la pretensión de pérdida de gananciales como producto de la separación de hecho, supuesto que se encuentra previsto en el artículo 324 del Código Civil".

(Cas. N° 1301-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 159)

## LIQUIDACIÓN SIMULTÁNEA DE VARIAS SOCIEDADES DE GANANCIALES

### ARTICULO 325

Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos sucesivamente por una misma persona, se admitirá, en defecto de inventarios previos a cada matrimonio, toda clase de pruebas para determinar los bienes de cada sociedad; y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades, teniendo en cuenta el tiempo de su duración y las pruebas que se haya podido actuar acerca de los bienes propios de los respectivos cónyuges.

### CONCORDANCIA:

C.C. arto 320

### Comentario

***Roxana Jiménez Vargas-Machuca***

La regla general para la liquidación del régimen de gananciales o de comunidad es la prevista por los artículos 320 (inventario), 322 (pago de deudas y reintegro de bienes propios\_a cada cónyuge) y 323 (gananciales y su división entre los cónyuges o sus respectivos herederos).

Existen, empero, dos situaciones especiales que el Código ha considerado legislar, a saber: el caso de pérdida de gananciales por separación de hecho, en que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación, y el otro supuesto previsto -que es el que nos ocupaes cuando una persona que contrajo sucesivamente varios matrimonios válidos no tomó la precaución de liquidar formalmente en su momento cada una de las sociedades de gananciales o, dicho de otra forma, disuelta una sociedad conyugal por cualquier causa legítima, no se liquidó el patrimonio debido a que nadie lo reclamó, y luego uno de los ex cónyuges vuelve a contraer nupcias, las que posteriormente se disuelven, procediendo a efectuar la liquidación simultánea de dos -o más- regímenes de gananciales.

En efecto, la circunstancia de que, en determinados casos, la liquidación de la sociedad de gananciales pueda posponerse sin respetar una fecha concreta o indefinidamente, conlleva la posibilidad de que esta situación acabe por complicarse con el hecho de que uno de los ex miembros de ella, que puede ser el cónyuge supérstite (por muerte o declaración de muerte presunta o de ausencia) o el ex cónyuge (por divorcio) contraiga un nuevo matrimonio que quede también sOmetido al régimen de gananciales ("el viudo del primer matrimonio, en armonía con sus hijos, sigue administrando el conjunto del patrimonio familiar y, con-la anuencia o en contra de la opinión de sus hijos, que siguen sin reclamar la liquidación de gananciales y la herencia materna, contrae nuevo matrimonio") (LASARTE). Cabe señalar que fenece el régimen de la sociedad de gananciales por invalidación del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, declaración de ausencia, muerte de uno de los cónyuges, y

por cambio de régimen patrimonial (artículo 318). Feneada esta sociedad de gananciales, se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes (artículo 320), luego del cual se pagan las deudas y cargas sociales y después se reintegran a cada cónyuge sus bienes propios, distribuyéndose luego los bienes gananciales remanentes, entre los cónyuges - o ex cónyuges- o sus respectivos herederos (artículos 322 y 323).

La singular situación a que se refiere el párrafo anterior, objeto del presente análisis, es más frecuente en la vida real de lo que pudiera suponerse (CORNEJO), sin llegar a ser una situación común. En cambio, sí es sumamente corriente que no se liquide de manera temporánea la sociedad de gananciales que ha sido disuelta, como por ejemplo cuando "fallecido uno de los cónyuges, los hijos del matrimonio deciden, asumen o respetan la idea paterna de dejar las cosas tal como están hasta que el cónyuge superviviente fallezca, procediendo entonces a partir hereditariamente el conjunto de los bienes familiares entre ellos" (LASARTE). Este tipo de patrimonio ganancial pendiente de liquidación ha sido denominado por la doctrina y jurisprudencia comunidad postmatrimonial, indivisión poscomunitaria (MÉNDEZ COSTA), comunidad postganancial. Cuando esta especial situación patrimonial se complica por un nuevo matrimonio de uno de los ex cónyuges, y ni siquiera se ha efectuado inventario previo, será de aplicación la presente norma. Sobre esta situación patrimonial se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en Sentencia de fecha 23 de diciembre de 1993: como enseña la Sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1992, "es criterio doctrinal y jurisprudencialmente admitido (...) el que durante el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria y en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte concreta de bienes para cada uno de los comuneros...". (En: LASARTE).

En principio, las reglas a aplicarse son claras, es decir, se establecerán los bienes propios Y los bienes comunes en orden, primero respecto de la primera sociedad, liquidándose de acuerdo a las normas anteriormente señaladas; luego se hará lo mismo con el patrimonio de la segunda y de la tercera, de ser el caso.

Sin embargo, cuando se da este tipo de situación, generalmente aparecen dificultades de orden práctico, como establecer con precisión cuáles bienes corresponden a la primera comunidad y cuáles a la segunda; a su vez, esto será determinante para poder pagar las deudas y cargas de la sociedad y saber si queda algún remanente de bienes gananciales para ser repartido entre los cónyuges -o ex cónyuges- y, de igual manera, establecer la situación de los bienes propios, pues en caso de que los bienes comunes fuesen insuficientes para cumplir con tales obligaciones y cargas sociales, aquéllos responderán a prorrata.

En previsión de este supuesto, la norma establece que se admitirá toda clase de pruebas para determinar los bienes de cada sociedad, esto es, "el interés de cada una de las comunidades" (BORDA).

Ahora bien, si a pesar de esto existiese duda o no pueda determinarse en forma alguna la titularidad de los bienes, los bienes gananciales se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración y a los bienes propios de cada uno de los cónyuges. Aquí ha de empezarse por la determinación de los posibles bienes propios de cada ex cónyuge, según las pruebas sobre ellos que se hayan podido actuar, tanto del primer como del segundo o ulterior matrimonio; estableciéndose al final, según la regla de proporcionalidad señalada, tomándose en cuenta la presunción iuris tantum de que los bienes se reputan sociales (artículo 311, inciso 1), la naturaleza ganancial de los bienes respecto de cada sociedad. Este criterio descansa en un ponderado principio de equidad (ARIASSCHREIBER PEZET).

Finalmente, es menester señalar que estas reglas son de aplicación a la liquidación simultánea de dos o más uniones de hecho. La unión de hecho - evidentemente la que ha cumplido con los requisitos para ser calificada jurídicamente como tal- origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable (artículo 326). Sin embargo, debe precisarse que para ello, se requerirá declaración judicial de reconocimiento de la unión de hecho, lo cual ha sido establecido en el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1998 para la liquidación de las uniones de hecho en general (ver sección Pleno Jurisdiccional al final de este comentario).

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Derecho de Familia. Tomo VII. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; BORDA, Guillermo A. Manual de Familia. Abeledo-Perrot y LexisNexis Argentina S.A. Buenos Aires, 2002; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano, Sociedad Conyugal, I. 6ª edición. Studium. Lima, 1987.; OJEDA VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. 1ª edición. Lima, s/e, 1998; LASARTE ALVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo Sexto: Derecho de Familia. Editorial Trivium, S.A. Madrid 1997; LEÓN BARANOIARAN, José. Tratado de Derecho Civil, VII: Régimen patrimonial del matrimonio. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; MENDOZA COSTA, María Josefa. Reformas al Código Civil. Derecho de Familia. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1994; MENDOZA COSTA, María Josefa, y O'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia, 11. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 1994; PERALTA ANOIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996.

**PLENO JURISDICCIONAL**  
**PLENO JURISDICCIONAL 1998:**

**ACUERDO N° 8 UNIÓN DE HECHO: EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE RIVADOS DE ESTA RELACIÓN**

8.2. ¿Se requiere declaración judicial de reconocimiento de la unión de hecho, para que uno de los concubinos solicite la liquidación de gananciales, o para hacer valer sus derechos ante terceros?

"... es necesario señalar que debe requerirse el reconocimiento judicial de la unión de hecho, a efectos de poder solicitar la liquidación de la sociedad de gananciales y ésta se efectúa por seguridad jurídica, dado que en la mayoría de los casos, la convivencia resulta precaria, por lo que la declaración de unión de hecho contribuiría a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros; verbigracia: el otorgamiento de un préstamo bancario, la constitución en prenda o hipoteca de un bien mueble o inmueble, su afectación por una medida cautelar, etc., requieren necesariamente de una sentencia declarativa dictada por el órgano jurisdiccional competente, a través de la cual se declare el derecho en cuestión y puedan determinarse a cabalidad los supuestos a que hace referencia el acotado artículo 326 del Código Civil.

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

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

## **EFFECTOS DE UNIONES DE HECHO**

### **ARTICULO 326**

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

### **CONCORDANCIAS:**

C. --- arto 5  
C.C. arts. 233, 323 Y ss., 402 (ne. 3), 826, 1954, 1955  
C.P.C.arts. 192, 193,229,305  
D.LEG.052 arts. 85 (ne. 4), 89 (ne. 1)  
D.S.001-97-TR arts. 39, 54  
D.LEG.688 arts. 1, 16

### **Comentario**

***Yuri Vega Mere***

#### 1. Aspectos S!enerales sobre el concubinato

Hoy resulta indispensable coordinar los principios y normas constitucionales con aquellos del derecho común. Ello se muestra necesario, inclusive, para el análisis de la norma bajo comentario, relativa a la unión de hecho.

El artículo 5 de la Constitución de 1993 establece que:

"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".

Por su parte, el artículo 326 del Código Civil reza:

"La unión de hecho, voluntariamente'realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales.

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

Ambas normas son de enorme gravitación. De ellas se desprende, en primer término, que:

a) La unión debe ser voluntaria, es decir, debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes (MANGIONE); no cabe, no es posible pensar en una convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela el *affectio maritalis* aunque voluntad y afectos sean distintos (pero claramente complementarios) .

b) Además, debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales (ALVES, BIGIO, MARTINIC y WEINSTEIN, RUBIO CORREA, VEGA MERE).

c) "cuando ambas normas se refieren a "un" varón y a "una" mujer aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes, que muchos se niegan a concebir para los concubinos bajo la excusa (o denuncia) de que se trata de uniones libres. Por ello, no es posible que se mantengan varias relaciones a la vez, aun cuando todos los involucrados carezcan de impedimentos matrimoniales.

d) Cuando se hace referencia a la estabilidad o permanencia, se entiende que la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera (ALAGNA, LOPEZ HERRERA, PITTI, VEGA MERE). En el caso de la ley peruana, es claro que se exige un plazo mínimo de dos años. Pero debe tratarse de un lapso de dos años ininterrumpidos; la unión no puede ser sostenida -se ha dicho- de forma interrumpida, ni los dos años pueden ser producto de la acumulación de períodos discontinuos.

e) La estabilidad implica, de suyo, compartir un techo común y además cohabitar, es decir, vivir marital mente como pareja, tener vida sexual. Debe haber "...existencia efectiva de relación sexual", dado que estas uniones constituyen una relación de afectividad análoga a la conyugal; cuando no hay hogar común no hay concubinato, quedando excluidas por la ausencia de dicho requisito las uniones esporádicas o circunstanciales, las homosexuales, las de los transexuales, las adulterinas, las de los mal llamados matrimonios a prueba..." (GONZÁLEZ), debiendo seguir la misma suerte aquellas situaciones en las que no se comparte una vida en común y solo se comparte el lecho los fines de semana o de modo infrecuente. Así lo ha resuelto, además, la Corte Suprema mediante sentencia del 30 de enero de 1998, al señalar que hay concubinato cuando un varón y una mujer hagan vida de casados sin ser tales, siempre que exista carácter de permanencia o habitualidad, aunque calla sobre otros requisitos. Por ello consideró que, en el caso materia de casación en el que se discutía la atribución de paternidad al demandado, no bastó que la demandada y el emplazado sostuvieran relaciones sexuales en forma esporádica en dos hoteles y que luego optaran por convivir cuando la actora resultó embarazada.



Igual sentido tuvo la sentencia de la misma Corte de fecha 19 de mayo de 1994, en la cual se señaló que, en todo caso, el concubinato en la época de la concepción es uno de los supuestos para establecer la filiación extramatrimonial, de acuerdo al inciso 3 del artículo 402 del Código Civil. En este fallo se hace referencia al requisito de la notoriedad, al igual que en la sentencia de la misma Corte, del 22 de julio de 1996, en la que se alude a los requisitos de permanencia, notoriedad y singularidad.

f) Los miembros de la pareja, además, deben encontrarse libres de impedimento matrimonial. Le asiste razón a SIGIO cuando señala que no basta que no sean casados, pues este autor entiende que resultan aplicables los artículos 241 y 242 del Código Civil que regulan los impedimentos absolutos y relativos, respectivamente, para contraer matrimonio.

Por cierto, el que uno de los concubinos hubiera procreado hijos en una relación distinta a la concubinaria no implica que tenga impedimento matrimonial, como lo ha resuelto la Corte Suprema mediante fallo del 9 de octubre de 1996, en el que una tercera pretendió demostrar que el concubino se encontraba incurso en tal impedimento por haber exhibido una partida de nacimiento en la que el conviviente -que había fallecido- figuraba como el padre de una menor.

g) La convivencia, sin embargo, no se "realiza y mantiene" (en palabras poco técnicas del Código Civil) para tener sexo, compartir techo y nada más. Es indispensable que la unión cumpla deberes semejantes a los del matrimonio lo cual "...implica que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código Civil señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges" (SIGIO).

h) Debe ser una unión notoria, pública, cognoscible por los terceros; de allí que la propia norma civil haga referencia a la "posesión de estado". No debe ser oculta, clandestina, pues ello podría denotar que la situación de los convivientes podría encontrarse al margen de tales exigencias.

i) Es evidente que las uniones libres, por ser tales, carecen de las formalidades que se requieren para la celebración del matrimonio. Los concubinos asumen una relación de manera voluntaria, y así la sostienen, sin recurrir a autoridad alguna, especialmente en nuestro medio en el que, a diferencia de las legislaciones escandinavas o de las que se inspiran en ellas (como Francia, Alemania y algunas autonómicas de España), no existen registros para las convivencia more coniugali.

No es requisito el que la pareja tenga hijos, aunque sea un indicio de convivencia o de relaciones maritales. Pese a todo, aun cuando la convivencia presente los caracteres antes indicados, ella no genera estado civil distinto al que tengan los concubinos.

Cuando no se cumplen con los requisitos antes señalados se acostumbra a señalar que nos encontramos ante un concubinato "impropio", aunque no falta quien, con agudeza, señale que también podría considerarse como "forzosa" la

convivencia en la que uno o los dos miembros tienen ligamen nupcial anterior del cual no pueden desprenderse, muchas veces por razones ajenas a su propia intención (SORGONOVO).

El cumplimiento de tales exigencias, por lo demás, pese a la exigua regulación que tiene la unión de hecho en nuestro medio, resulta de particular interés (de la lectura del texto se desprende que la ley exige estabilidad por dos años, singularidad o exclusividad, notoriedad, comunidad de techo y de lecho, cumplimiento de fines similares al matrimonio, heterosexualidad y ausencia de impedimentos, d-n Close por entendido que se trata de uniones que carecen de formalidad, como dice PLÁCIDO), pues la no observancia de alguno o algunos de ellos tendrá notables diferencias en cuanto a los efectos que la norma reconocerá a los llamados concubinatos impropios o imperfectos.

Es cierto, por otro lado, que el Código no castiga de manera directa al concubinato adulterino en el sentido de asignarle efectos perjudiciales a la relación convivencial en sí misma, pero podría servir de justificación para el cónyuge a fin de poder demandar la disolución del matrimonio por causal, con las consecuencias que la ley prevé en contra del comúnmente calificado como cónyuge culpable dentro de las normas del divorcio-sanción que coexisten con la reciente modificación que introduce el divorcio por el cese efectivo de la convivencia y siempre que no se hubiere cumplido el plazo de caducidad establecido por el artículo 339 del Código Civil para fundar la acción en el adulterio.

Pese a que el legislador no ha tenido como intención instaurar un régimen de protección al concubinato, pues más bien su "ideal" es lograr su paulatina disminución y eventual desaparición (que quedará en simples deseos si se revisan las estadísticas), y no crear un matrimonio de segunda clase (CORNEJO CHÁVEZ), el artículo 326 del Código Civil reconoce algunos efectos al concubinato "propio" o "perfecto", es decir, a aquel que satisface las notas referidas en el numeral anterior, que conviene explicar para tener una idea clara de los alcances de su regulación civil.

2. Relaciones personales entre los convivientes. ¿Se deben alimentos los concubinos durante la convivencial

El mismo legislador, que fue reticente y retrechero con las familias no conyugales, no pudo evitar reconocer que las parejas no casadas se unen para forjar una comunidad de vida, desde el momento mismo en que el artículo 326 del Código Civil señala que la unión de hecho se decide para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

Por ello, BIGIOCoITsidera que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges. Ello implicará, en línea de principio, fidelidad y asistencia mutuas (artículo 288); especialmente lo primero, dado que es usual perfilar la figura sobre la base de la exclusividad o monogamia.

Se ha dicho, siempre con relación al matrimonio, que en el estatuto previsto para éste, la indicación de los deberes principales entre los cónyuges, es decir, la consagración de standars compartidos por la comunidad global mente considerada, en temas de solidaridad, asistencia, fidelidad, protección, responsabilidad social, etc., tiene un valor simbólico profundo y constructivo. Y que la objeción derivada de lo que acontece en la práctica, que traiciona el modelo y por tanto amenaza de ineffectividad las indicaciones del orden jurídico, no es determinante. Aquello que vale en tales órdenes -se asegura- es la "potencialidad", la actitud que puede devenir fuerza reguladora de la generalidad y de la normalidad de las relaciones intersubjetivas. Si ello es así en el matrimonio, extender este tipo de deberes a la unión libre complica el panorama por atentar contra la reivindicación de autonomía que se manifiesta en ésta (DE VITA).

Discrepo abiertamente de tal apreciación. Nada obsta, en mi concepto, a que los convivientes esperen e incluso (aun sin mandato legal expreso) se exijan fidelidad, independientemente de que la violación de la misma no sea causa de disolución de la unión dado que no se confiere al concubino ofendido ninguna acción sobre el particular, inclusive si decidiera ,dar por concluida la cohabitación aun a costa de perder los derechos que la ley reconoce al conviviente que ha sido abandonado. Más allá de esta constatación, me parece saludable que entre quienes comparten una vida sin estar casados sea deseable un comportamiento ceñido a la lealtad, a la exclusividad, a la monogamia. Generalmente se cree que este tipo de conductas solo son posibles en el matrimonio y no en las familias de hecho bajo el insólito argumento de que la libertad para ponerle fin relaja los patrones de conducta que se esperan de la pareja.

En esta misma orientación, cabe preguntarse si los concubinos se encuentran "obligados" a hacer vida en común en el hogar de hecho que han constituido, tal como se exige a los cónyuges por mandato del artículo 289. Detengámonos un momento sobre este tópico.

Tengamos en cuenta que la obligación de vivir bajo un mismo techo no solo conlleva convivir en la misma casa, sino también cumplir (así se dice) el débito conyugal o sexual (M. y A. ARIAS-SCHREIBER y PLÁCIDO).

Con agudez, DE TRAZEGNIES se ha preguntado si el derecho puede obtener con todos los medios a su alcance que las obligaciones extrapatrimoniales de los cónyuges se cumplan. En referencia a la prestación sexual recíproca, advierte que los conflictos que se suscitan parecen imposibles de dirimir mediante un juicio. Comenta que en Estados Unidos los jueces han creído inconveniente que el derecho ingrese a ese campo de las relaciones humanas. Siempre, con referencia a los cónyuges, el profesor español ARECHEDERRA se interroga si los esposos están obligados a vivir juntos. Según la ley, sí, añade. Sin embargo, anota que para la cultura actual dicha exigencia resulta extraña, pues el matrimonio no implica sometimiento a un imperativo categórico. Por otro lado, anota que los comportamientos familiares son difícilmente reconducibles a las categorías jurídicas usuales. No deja de

comentar que el incumplimiento de dicha obligación se estrella contra la sustancia del matrimonio.

Si trasladásemos, *mutatis mutandi*, estas apreciaciones a la convivencia marital sin nupcias, podríamos pensar, del mismo modo, que ese deber de cohabitación, aun siendo incoercible (nadie se imagina a la esposa o a la conviviente ante un Tribunal pidiendo el cumplimiento del débito sexual del consorte) por encontrarse ligado con la libertad de la persona, tiene un trasfondo irrefutable y fundamental: la *affectio maritalis*, especialmente en su dimensión interna (antes que externa, pero que tampoco es despreciable), es decir, más que la rigurosa observancia de un mandato legal (a todas luces de un alto grado de ineffectividad en su actuación judicial) traduce la decisión de vivir como una familia verdadera, que no solo comparte afectos e ilusiones sino también la coexistencia diaria, con todo lo que ello implica. Si partimos desde esta óptica, no encuentro ningún inconveniente para hacer extensible el artículo 289 -en su primer enunciado, únicamente- al concubinato.

El artículo 290 presenta menos resistencia en cuanto a su aplicación. Los concubinos tienen el derecho y el deber de participar en el gobierno del hogar de hecho que han conformado, así como decidir el lugar en el que residirán y decidir los temas atinentes a la economía del hogar. Si los cónyuges se encuentran en la posibilidad de elegir entre diversos regímenes patrimoniales (inclusive viviendo bajo un régimen de separación de bienes, administrando cada cual sus bienes) y ello no obsta a que participen en la economía de la casa, no existe ninguna objeción para que los convivientes determinen de modo conjunto lo que más les convenga en este terreno.

El artículo 291 requiere de cierta matización. De acuerdo con su primer párrafo, si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo. Dejo a un lado el segundo párrafo que más bien abordaremos al momento de analizar las consecuencias de la terminación de la unión paramatrimonial.

Creo que tanto en las familias matrimoniales como en aquellas parejas no casadas, ni siquiera cuando existe acuerdo de separación de patrimonios, no se acostumbra a estipular nada sobre la contribución de cada cual al hogar; mucho menos en lo que respecta al cuidado de los hijos. Sería un trato extraño, al menos para una realidad como la nuestra. Pero esta ausencia de pactos se ve suplida por el comportamiento de los consortes, pues es claro que si uno de ellos deja el mercado laboral (y deja de producir para dicho mercado), a fin de dedicarse al trabajo del hogar (y dedicarse a la producción familiar en palabras de POSNER), quien percibirá ingresos será aquel que labore fuera de la casa. Es elemental deducir, de ello, que el presupuesto, las necesidades y los gastos tendrán que ser atendidos con tales ingresos. Además, el que la pareja se dedique a las tareas del hogar no constituye un trabajo improductivo. Antes al contrario, quien permanece en la casa aportará su trabajo (aunque no sea remunerado, pero tiene un valor concreto: ya sea el precio que se tendría que pagar a alguien que venga de fuera, el precio de aquello a lo que renuncia

a seguir haciendo fuera del hogar quien se ocupa de éste, inclusive dejando a un lado el desarrollo profesional y de mantenerse apto para enfrentar la competencia del mercado laboral pues la labor doméstica lo desengancha y desactualiza).

Creo que el sostenimiento por parte de quien trabaja fuera del hogar responde a la interrogante de si los concubinos se deben alimentos durante la convivencia y es que, como bien se ha observado, esta cuestión se plantea normalmente a la extinción de la unión de hecho pues durante la convivencia la asistencia recíproca se producirá de modo espontáneo. Y es que, como dice MARTINEZ RODRÍGUEZ es más conveniente hablar de un deber de sostenimiento entre los convivientes en lugar de un deber de alimentos, siendo, inclusive, el primero, un deber más amplio que el de la obligación alimentaria. Debido a la pobreza del Código se puede dudar sobre la exigibilidad del deber de asistencia y, más precisamente, del deber alimentario. Creo, inclusive, que el propio Código genera esta duda que podría derivar en una absurda doble contradicción.

En efecto, si los concubinos establecen una relación marital estable, no encuentro escollo para entender que la pareja se debe asistencia (como ocurre en Brasil gracias a la Ley N° 9.278, de 10 de mayo de 1996) en la medida que su relación se forja para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, como dice el propio artículo 326. Y el socorro mutuo es uno de dichos deberes. Pero si nos detenemos a analizar el caso concreto y particular del deber alimentario, es probable que lleguemos a la primera de las contradicciones a las cuales me refería, pues dado que no existe norma o mandato especial, la conclusión es que los concubinos no están obligados a prestarse alimentos mientras conviven. Además, tampoco se encuentran comprendidos entre los obligados en el numeral 474 del Código. Sin embargo, si ellos lo han pactado de manera expresa, esos pactos son fuentes válidas de obligaciones sin más límites que los impuestos a la autonomía privada (PÉREZ UREÑA), ya sea durante o después de la cohabitación (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ). y en ello soy terco en reconocer la absoluta admisibilidad de estos acuerdos, pues no son, en nada, contrarios al orden público.

El problema se plantea cuando no hay pacto. Sobre el particular, el Tribunal Supremo de España, mediante fallos del 21 de octubre de 1992, 18 de febrero de 1993 y 11 de octubre de 1994, ha tomado en cuenta no solo el acuerdo expreso sino también aquellos hechos concluyentes que inequívocamente evidencian la voluntad de asumir la obligación alimentaria. Posiblemente se basó en el hecho mismo de la convivencia, que no bastará en algunos casos en que los convivientes no han querido llegar a acuerdos que serían impuestos por medio de presunciones. Por ello, se ha sugerido que además de la vida en común se debe evaluar la forma en que ésta se ha desarrollado, ya sea porque uno de ellos asumió voluntariamente los gastos y el otro se dedicó solo al hogar, o se dedicó a apoyar a quien trabaja fuera del hogar abandonando un puesto en el mercado laboral, etc. (MARTINEZ RODRÍGUEZ). Es posible que para muchos ello no baste y que, ante la carencia de una norma en concreto, se señale que podrá haber deber de asistencia mas no obligación alimentaria. A ello nos conduce la parquedad del Código.

La segunda contradicción que advierto, y que abordaré líneas abajo, es que la propia ley reconoce alimentos en caso de conclusión de la unión paramatrimonial cuando termina por la decisión unilateral de uno de los consortes, que abandona al otro.

En una curiosa sentencia de nuestra Corte Suprema del 2 de junio de 1993, se señala que el cese de la unión de hecho no solo consiste en la terminación de la convivencia bajo un mismo techo sino, aun si ésta persiste, cuando uno de los concubinos se sustrae intencional y deliberadamente a las obligaciones emergentes de la unión de hecho. La Corte señala que, de acuerdo al artículo 326 del Código, la decisión unilateral de uno de los convivientes de terminar la unión faculta al juez a conceder, a elección del abandonado, una indemnización o una pensión de alimentos. En el caso resuelto la demandante exigía que el demandado la acudiera con una pensión alimenticia por haber terminado la unión de hecho de más de treinta años ininterrumpidos. El demandado, al salir a juicio, sostuvo que no era verdad que la unión hubiere cesado por cuanto seguía viviendo junto a la actora, en el mismo inmueble. Frente a tal alegación, la Corte entendió que debía considerarse como cesación de la unión la sustracción de los deberes emergentes de la misma (que no precisa, en nada) por parte de uno de los convivientes al margen que siguieran viviendo juntos y que nada le impedía señalar una pensión fija y permanente (sic) no obstante que el demandado pudiera estar acudiendo con una suma de dinero que resultaba exigua para subvenir las necesidades del otro. La Corte falló que el demandado asistiera a la actora con una pensión alimenticia adelantada del veinte por Ciento de su haber líquido.

Esta sentencia contiene una serie de aspectos que vale la pena analizar. En primer lugar, el Supremo Tribunal alude a "deberes emergentes" de la unión de hecho que no detalla. Si quisiéramos forzar una interpretación no cabría otra que entender que se refiere a la asistencia recíproca que se deben los convivientes, a los cuales hemos considerado aplicable el artículo 288 del Código Civil. En segundo lugar, si la Corte hubiera tenido en cuenta que la asistencia constituye un deber de mayor cobertura que la obligación alimentaria, podría haber condenado al conviviente al pago de tal pensión sin incurrir en la ficción de dar por terminada la unión de hecho. El artículo 326 no autoriza a incluir como cese de un concubinato el que uno de los miembros de la pareja se sustraiga a sus deberes. Simple y llanamente, atendiendo al comportamiento que había observado el demandado por más de treinta años, debió derivar que el deber de asistencia que asumió voluntariamente había sido incumplido a partir de un cierto momento, pero debió deducir de tal comportamiento que su voluntad fue hacerse cargo de la situación económica de la actora y, por ende, obligarlo al cumplimiento del tantas veces mencionado deber de socorro. Pero como su fallo concluye en la fijación de una pensión alimenticia, no pudo escapar al condicionamiento impuesto por el artículo 4º ~ que no sanciona la prestación alimentaria para los convivientes more uxorio. A fin de encontrar una solución, que se amparase en el propio artículo 326, decidió considerar terminada la unión de hecho aun cuando siguiera habiendo comunidad de techo y no sabemos si de lecho, pero dudamos que existiese a esas alturas.

Éstas son las soluciones forzadas a las que obligan las flagrantes limitaciones del régimen legal del concubinato. En mi concepto bastaba sustentar la decisión en el artículo 288, aunque con ello resultará evidente que llegaríamos a la conclusión contraria que acabamos de sostener líneas arriba, pues entonces los concubinos sí se deberán alimentos en caso de que no exista cese de la cohabitación pero se desatienda el deber de solidaridad que resulta exigible, como lo hace el hoy reformado Código de la Familia de Costa Rica (el mismo que dispone, desde 1995, que los concubinos se deben alimentos una vez que es reconocida judicialmente la unión de hecho).

Regresando al tema de otros deberes de naturaleza personal, aparece como problemática la aplicación de los artículos 292 y 294 a las parejas estables no casadas. Todo parece inducir a la imposibilidad de extenderla a los concubinos, pues al carecer de estado civil y del reconocimiento del que goza el matrimonio no podríamos predicar una representación como la que plantea la primera de las normas citadas, aunque por cierto el numeral 294 sí podría ser aplicable solo en lo que atañe a la conducción (no así a la representación) del hogar.

La primera parte del artículo 293 es del todo extensible, excluyendo la intervención del juez en caso no exista acuerdo entre los miembros de la pareja respecto del trabajo de uno de ellos.

### 3. Las relaciones patrimoniales: la posibilidad de acuerdos privados entre los concubinos

A partir de la Constitución de 1979 se reconoce que la unión de hecho genera una sociedad de bienes (así la calificó el artículo 9 de dicha Constitución) entre los convivientes, que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código Civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes (calificación más adecuada según CORNEJO).

A raíz de esta disposición, quienes se han ocupado del tema consideran que, cumplidos los requisitos que la ley exige al concubinato, se entiende configurada ipso iure esa sociedad (comunidad) de bienes. Además, se señala unánimemente que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Solo los "cónyuges pueden optar por uno u otro régimen (M. y A, ARIAS-SCHREIBER, A.

PLÁCIDO). Pero para ello es necesario que transcurran los dos años exigidoS por la ley, pues si no serán aplicables las normas sobre la copropiedad (PLACIDO).

Además, se sostiene que, una vez que surja tal comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales), los concubinos no pueden variar de régimen patrimonial (PLÁCIDO).

Discrepo abiertamente de esta apreciación, aun cuando resulte abrumadora la posición contraria. Para ello, parto de la premisa de la inexistencia de

prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y solo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes.

Los pactos patrimoniales entre concubinas, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos. Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos.

Si descendemos a aquello que podría ser el contenido de tales conventos podríamos incluir los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Inclusive, no veo inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, aun después de la conclusión de la unión. También pueden estipularse reglas para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo (DEL DOTTO).

A estos acuerdos se pueden añadir estipulaciones sobre los bienes que se adquirirán como-comunes y que así serán publicitados ante terceros. El problema, en todo caso, es que tal acuerdo tendría que ser incluido en cualquier contrato que se celebre con terceros para que pueda ser eficaz, dado que, como es obvio, las convivencias no se inscriben en ningún registro, o bien se podría convenir que si uno transfiere su cuota el otro queda obligado a hacerla con la propia (DEL DOTTO), siempre que no se derive de ello un abuso. Por lo demás, aun cuando se adquiera de manera conjunta y se publicite así en un registro específico (en la medida que el bien acceda a un registro, claro está), dado que la cohabitación no genera estado civil oponible (e inscrito), es claro que cualquiera de los miembros de la pareja podría vender su cuota, con lo cual se hace inútil predicar que, cumplidos los requisitos del concubinato, se protegerá a los concubinas aplicando el régimen de la sociedad de gananciales y el artículo 315 del Código. ¿Cómo puede saber un tercero que los propietarios son consortes si en su título de adquisición (ni tampoco en la información registral) aparecen como casados? Todo parece indicar una de dos cosas: o bien el artículo 315 no tendrá efectividad y, por ende, el conviviente afectado tendrá que reclamar una indemnización, o bien se hace necesario modificar el sistema legal y registral para dar adecuada publicidad. Hasta la fecha el numeral citado resulta, a todas luces, inoperante inútil. Es claro que un adquirente de buena fe se verá protegido por el artículo 948 en el caso de bienes muebles o por el numeral 2014 en el caso de inmuebles. ¿De qué sirvió pregonar la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales si nada garantiza a los propios convivientes sus derechos patrimoniales? Por tal razón, mientras no se encuentra acreditada (o publicitada) la convivencia, serán improductivas las acciones que pueda seguir uno de los convivientes cuando un tercero agreda los bienes que figuran solo a nombre de uno de ellos y el otro pretende ejercer una acción de tercería o de nulidad de disposición de



los bienes comunes. Baste ver lo resuelto por la Corte Suprema mediante fallos de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999, en los que el Tribunal exigió que los demandantes debieron hacer reconocer en un proceso previo la existencia de la unión para poder ejercer sus reclamos ante terceros. Es notorio que urge una reforma legislativa para eliminar la desprotección que se advierte, inclusive, en la jurisprudencia.

Es claro que los pactos a los cuales aludo (acompañados de una complementaria reforma del sistema de publicidad, cuando ello sea posible si se quieren hacer oponibles a terceros) se presentan como una mejor solución a la aplicación de un régimen legislativo que pretende ser asfixiante (ASTONE). Se trataría, sin duda, de contratos atípicos que posiblemente resolverían mejor las controversias patrimoniales entre los interesados por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada. Y que no se diga que no es conveniente ampararse en la doctrina italiana bajo el argumento de que, en Italia, al no existir normas para el concubinato, ha tenido que ser la Corte de Casación la que admita los pactos, mientras que en el Perú sí hay legislación al respecto. También son admitidos por el Supremo Tribunal en España. Lo que sostengo es que no veo impedimento, ni ilicitud ni inmoralidad, para dar cabida a estos acuerdos. ¿Qué lo prohíbe? ¿Una interpretación excesivamente literal del artículo 326 del Código? La sociedad de gananciales como régimen debería ser supletorio (FERRANDO). Es la tendencia; así ocurre en Francia con el PACS, en las algunas legislaciones autonómicas de España o en Bélgica.

En esta misma línea, considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc.

4. Efectos adicionales derivados de la disolución: admisibilidad de los pactos de liquidación. La liquidación por obra del juez. La indemnización y la extraña concesión de alimentos

Hace poco nos referíamos a las inconsistencias derivadas de la pobreza del régimen legal del concubinato en lo que atañe a las obligaciones alimentarias. Ahora trataremos de explicarlas con referencia al caso de la terminación del matrimonio informal.

El artículo 326 del Código dispone que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso -añade- el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales.

Comencemos por lo menos complejo. Si la unión de hecho termina por muerte (natural, cerebral o presunta), el tema parece no crear mayores problemas, salvo que el conviviente no tendrá derechos sobre la herencia del consorte difunto. Si, en cambio, concluye por decisión acordada, es previsible que los interesados pongan fin al régimen de comunidad de bienes que la ley les

impone. Y me pregunto ¿puede ponerse fin a tal comunidad, a la cual se le aplica, en cuanto sea posible, el régimen de la sociedad de gananciales, por acuerdo privado, sin intervención del juez? Evidentemente la respuesta es afirmativa y ello confirma el aserto de la plena admisibilidad de los pactos sobre el régimen económico.

En segundo término, es claro que la disolución que no se encuentra regulada por pactos ad hoc deberá seguir la suerte de la liquidación de la sociedad de gananciales en -los-aspectos patrimoniales. Es de esperarse que, si no existe acuerdo, las partes interesadas en reclamar alguna participación en los bienes adquiridos durante la convivencia deberán aportar las pruebas (no solo del concubinato, que veremos después) de su contribución a la adquisición de tales bienes. Tal contribución, por lo demás, no implica siempre y necesariamente acreditar la entrega de dinero (que es la mejor prueba) para talo cual compra o inversión. También deben valorarse aspectos como la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar y crianza de los hijos, su renuncia a participar en el mercado laboral y oportunidades de desarrollo profesional y personal como una prueba de la contribución al esfuerzo común, al ahorro o a dejar al consorte en la posibilidad de que se dedique a labores fuera de la casa. La entrega al tr-abajo doméstico es valiosa por sí misma. No descarto casos en los cuales se acredite que los aportes respondan a proporciones no idénticas, en cuyo caso el juez deberá evaluar las variantes que he comentado, de modo complementario.

Si no existen mayores pautas que den lugar a que el juez establezca cuotas de participación diversa, es claro que los bienes adquiridos (en ausencia de pactos, por cierto) serán reputados como adjudicarles a cada conviviente en una proporción similar. Así lo ha resuelto la Corte Suprema mediante sentencia del 21 de mayo de 1998, fallo en el cual el Tribunal, en un caso de cese por decisión unilateral de uno de los convivientes, decidió reconocer que a cada concubino correspondía la mitad del inmueble adquirido durante la convivencia. Sin embargo, no se debe olvidar que para ello las Cortes Superiores, mediante acuerdo NQ 8 del Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1998, entienden que previamente a la liquidación debe encontrarse acreditada-(en previo proceso) la convivencia.

Por otro lado, retomando el artículo 291, en lo que respecta a su segundo párrafo, es evidente que si se pretendiera hacer extensivo a la unión de hecho, se advierte la carencia de justificación, pues si uno de los convivientes abandona sin razón el hogar común concluye la convivencia y se liquidarán los bienes comunes, que es la misma solución que se debe seguir en caso se pretenda aplicar el artículo 324 del Código Civil (PLÁCIDO).

Mayor dificultad presenta la solución prevista en el numeral 326 cuando la cohabitación cesa por decisión unilateral de uno de los convivientes. En este caso, la ley establece que, sin perjuicio de los derechos que resulten de la aplicación de las normas sobre el régimen de la sociedad de gananciales, el concubino abandonado tiene derecho a una indemnización o a una pensión alimenticia.

Respecto de la indemnización, la escasa doctrina es bastante concisa. Mientras CORNEJO CHÁVEZ no dice nada, PLÁCIDO señala que tal reparación se ordena como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de sentimientos, etc. Parece que PLÁCIDO encuentra como fundamento de dicha indemnización la mitigación del daño a la persona o del daño moral. Creo que la norma va más allá. En efecto, la disolución por ruptura unilateral-sin perjuicio de la liquidación de la comunidad de bienes- no solo causa perjuicios personales o morales. Y aquí me quiero servir de la llamada indemnización compensatoria de la legislación española, tanto del Código Civil hispano como de la legislación autonómica de Cataluña sobre parejas estables (ZAMBRANO). La ley catalana de 1998 establece una interesante compensación económica al término de la convivencia a favor de aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, cuyo fin es atender una eventual situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y, además (creo), para poder subvenir los requerimientos de quien carece de una fuente de ingresos. La idea me parece fascinante debido a que no siempre, al momento de liquidar la comunidad de bienes, los jueces considerarán que la dedicación de uno de los cónyuges al hogar le significará una pérdida de oportunidades que podría tener consecuencias negativas al momento en que el abandonado ya no cuente con los ingresos de quien aportaba al hogar de hecho. Además, encaja, en mi opinión, con el sentido que debe tener la indemnización a la que se refiere el artículo 326 pues, siendo una alternativa a la pensión alimenticia, no se la debe limitar a la simple reparación del daño personal o del daño moral. Pero siempre dentro de la causa del cese de la unión: el abandono, que no es el supuesto de las leyes españolas antes referidas.

El problema que suscita, en todo caso, tiene que ver con el quantum. Y ello resulta de especial interés por cuanto deben apuntalarse dos criterios que los jueces deberían considerar. En primer lugar, que no puede tratarse de una suma que asfixie al demandado pues ello podría atentar contra su libertad de constituir una nueva familia. En segundo lugar, la indemnización no puede tener como objeto garantizar de por vida la colmación de las necesidades del abandonado.

Con relación a la pensión alimenticia, explica CORNEJO CHÁVEZ que esa no fue la propuesta que formuló como miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, pues la concesión de tal pensión le parece excesiva porque implica una modificación del artículo 474 del Código vigente, va más allá de la Constitución y consolida una forma de vida que para él no es merecedora de estímulo. En rigor, el derecho a una pensión alimenticia en caso de abandono fue introducido por la Comisión Revisora (que estudió las propuestas de la Comisión Reformadora).

Sobre el particular, SIGIO, que integró la Comisión Revisora, comenta que durante los debates de esta parte del numeral, el Dr. Carlos Montoya Anguerri, entonces Vocal de la Corte Superior de Lima, propuso a dicha Comisión que el derecho a pedir alimentos no solo debía ser exigible entre personas que tuvieran vínculo de parentesco o de familia. Montoya expresó que consideraba

justo que a quienes habían vivido como marido y mujer sin estar casados, si se les reconocía derecho a los bienes, con mayor razón debían, en caso de abandono, tener dere

cho a alimentos. Además, señaló que el derecho a pedir alimentos tiene una vía expeditiva mucho más rápida que la acción indemnizatoria y otorga al interesado una asignación provisional de alimentos. SIGIO apoyó la propuesta dada la frecuencia del concubinato en el país. Otro miembro de la Comisión Revisora, el Dr. Haya de la Torre, manifestó que en muchos casos la pensión alimentaria podía ser más justa y necesaria que una indemnización, que por recibirse una sola vez podía ser administrada de forma inapropiada por el interesado.

La concesión de una pensión de alimentos me parece curiosa y exige que nos detengamos por unos instantes sobre lo que, a mi parecer, deberían ser sus alcances.

Creo que si las partes hubieran celebrado algún pacto para regular la prestación alimentaria a cargo de quien decide retirarse del hogar, habrá que estar, de preferencia, a lo acordado por los propios interesados, inclusive cuando determinen el contenido de la obligación, los presupuestos para su nacimiento, el modo y plazo de cumplimiento, las causas de extinción y todas aquellas circunstancias que afecten a la misma (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ). En esa medida, la norma que impone la obligación de indemnizar o de pagar una pensión alimenticia debería ser de aplicación supletoria, en caso de ausencia de pacto entre los convivientes.

Si no media acuerdo alguno entre los consortes, y el juez, a elección del abandonado, decide una pensión alimenticia, es claro que tendrá sustentó normativo para fijarla y ordenar su pago. Sin embargo, es aquí donde surgen las paradojas y contradicciones derivadas de la deficiente regulación del concubinato y del apresuramiento de la Comisión Revisora sobre este tema.

Empecemos por decir que cuando se termina la unión de hecho que motiva el abandono, los afectos concluyeron pero eso no inhibe ni deja de hacer exigible un mínimo deber de solidaridad de quien deja el hogar. Pero el juez deberá valerse de argumentos concretos, sólidos, que superen la dimensión moral del deber de solidaridad, basándose, al efecto, de la comprobación de las reales necesidades del abandonado y de la capacidad económica del concubino que puso fin a la unión.

Pero el tema no queda allí. ¿Cuánto tiempo va a ser exigible esa pensión alimenticia entre convivientes? Recordemos que el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil establece que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Sin embargo, el segundo párrafo de esta norma prescribe que si el divorcio se declara por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte del culpable. Éste es el criterio que parece haber seguido la Corte Suprema en la sentencia del 7 de junio 1993 que comentamos en precedencia, en lo que respecta al monto y a que la convivencia había tenido más de treinta años, pues era claro que la conviviente a la cual no se le daba más la atención y asistencia que tuvo (pese

a que los concubinos seguían viviendo juntos) posiblemente no estaba en condiciones de valerse por sí misma.

Y es que, dado que estamos analizando la imposición de una pensión a quien abandona el hogar de hecho, es fácil advertir que seguimos razonando en términos de culpabilidad, pero que no oculta las reales necesidades del abandonado. Por ende, creo que para determinar el monto y la propia duración de la pensión en el tiempo, es útil recurrir al artículo 350 del Código.

Si el abandonado no acredita ninguna de las situaciones referidas en el numeral 350, la pensión debería ser simbólica y muy limitada en el tiempo. Si las acredita, pero el obligado demuestra que el beneficiario de la pensión ya no la requiere se debe ordenar la extinción de la obligación sin la posibilidad de que se active de nuevo. Es conveniente recurrir, en este caso, al primer párrafo del artículo 483 del Código Civil. Y ello es así, con mayor razón en la medida de que no estamos ante cónyuges sino ex convivientes.

También debe extinguirse la obligación cuando el ex concubino abandonado contrae nupcias o mantiene una nueva relación de hecho, pues será el nuevo consorte quien deberá asumir tal deber. Distinta solución se podrá obtener si quien se casa o forma un nuevo hogar convivencial es quien abandonó a su anterior compañero (a), pues si éste (a) todavía requiere de asistencia la obligación perseguirá al antiguo concubino, pudiendo afectar la sociedad de gananciales que tenga el abandonante con tercero~ o sus bienes propios si optó por el régimen de separación de patrimonios (PLACIDO).

5. prueba del concubinato. La necesaria eficacia retroactiva.

Efectos entre los convivientes y ante terceros

Un tema que suscita cierta perplejidad es el de la prueba del concubinato. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 326, la posesión constante de estado (de convivientes) a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

Explica CORNEJO CHÁVEZ que la fórmula adoptada por el Código, aunque de alguna manera es posible que haya tenido en cuenta los intereses de terceros, resulta obligando a los concubinos, en todo caso y para todos los efectos, a probar dentro de un juicio su condición de tales. Pero la ley exige un principio de prueba escrita.

La necesidad de un principio de prueba escrita resulta, como bien dice PLÁCIDO, excesiva, debido a que, como precisa este autor, la posesión constante es una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, siendo la prueba testimonial la que asume mayor relevancia. Por ello, considera que tal requerimiento debería eliminarse.

SIGIO enumera supuestos de aquello que podría considerarse como un indicio y no una prueba plena: correspondencia, instrumentos privados, escritura pública, recibos de pago de materiales para la construcción de una casa edificada por ambos, cheques, recibos de servicios profesionales prestados al otro concubina, etc.

Como fuere, convengo con PLÁCIDO en que el principio de prueba escrita resulta excesivo y hasta contrario al hecho mismo de la posesión de estado. La exigencia traiciona el sentido mismo de ese permanente discurrir ante el otro y los demás, públicamente, como pareja; le quita significado.

. Es cierto que en ello puede haber existido, de parte del legislador, temores o desconfianza a la prueba testimonial! que, a decir verdad, en los últimos tiempos ha perdido credibilidad. Pero ello no puede condenar a los concubinas a documentar su relación para que sea admitida por el derecho.

Pasando a otro aspecto de singular importancia, es necesario que la convivencia se pruebe ante el juez y que éste la reconozca. Solo bajo esta pobraza se podrán alegar y exigir los derechos que la ley contempla para los concubinas. Ahora bien, los efectos de la sentencia deben ser retroactivos a fin de cautelar de manera adecuada los derechos de los concubinas durante el plazo que han vivido juntos y adquirido bienes. No pueden regir únicamente para el futuro, deben ser necesariamente retroactivos.

PITTÍ ha precisado que los efectos retroactivos podemos situarlos fundamentalmente en relación a la presunción de paternidad y en lo referente al régimen económico, no así en lo que atañe a los derechos personales. Por otro lado, jurisprudencia y doctrina han convenido en desdoblarse la oportunidad de la pobraza en un proceso, según se trate de efectos entre los concubinas o frente a terceros. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido lo uniforme que se esperaba.

Respecto de derechos personales, como es el caso de la pensión alimenticia o del pago de la indemnización en caso de cese de la unión por decisión unilateral, la prueba se puede llevar a cabo en el mismo proceso en el que se ejerzan tales pretensiones. Ejemplo de ello lo constituye la sentencia de la Corte Suprema del 7 de junio de 1993 a la que antes me he referido.

En el caso de los derechos patrimoniales entre convivientes y de efectos frente a terceros, se sostiene que es necesario acreditar en un proceso previo y específico la convivencia y reclamar tales derechos patrimoniales en un segundo proceso. El énfasis recae de manera particular en el caso de ejercerse alguna pretensión ante los terceros a fin de que éstos cuenten con seguridad (PLÁCIDO) y, por ello, no basta que en un juicio en el que se ve involucrado un tercero los convivientes, sin haber acreditado en un proceso previo la cohabitación, convengan en que son pareja no casada.

Con relación a la necesidad de un juicio previo para ejercer una pretensión de orden económico por uno de los convivientes ante el otro, se ha pronunciado la

Corte Suprema mediante sentencia de 1 de julio de 1996, en un caso en que se demandó la partición de un bien inmueble adquirido por los concubinas. Sin embargo, no siguió el mismo criterio en la causa 3952-97 resuelta el 21 de mayo de 1998, en la que en el mismo proceso en que se probó la cohabitación se ordenó la división y partición de un inmueble. En relación a los efectos frente a terceros la misma Corte ha afirmado la necesidad de un proceso previo en el que se declare la existencia del concubinato; así lo ha resuelto mediante fallos de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999.

Debo confesar mi desacuerdo con la exigencia, proveniente de doctrina Y jurisprudencia, en relación al proceso previo en el caso en que uno de los consortes reclame al otro derechos de naturaleza patrimonial. Al parecer se ha perdido la brújula de aquel principio de la economía procesal. Si de lo que se trata es de ejercer una pretensión de tal naturaleza y en el mismo litigio es posible acreditar la existencia de un concubinato, no entiendo por cuál razón atendible se posterga la necesidad de tutela de los justiciables. Bajo este argumento, que no traduce ninguna necesidad de seguridad o garantía del conviviente emplazado, se genera una innecesaria y viciosa duplicidad de juicios, de pleitos, de gastos, de esfuerzo, de pérdida de tiempo que puede conducir a que el concubina que pretenda ser astuto disponga, en el entretanto, del bien o bienes, con un grave perjuicio del otro. Este criterio jurisprudencial debe ser prontamente abandonado, pues nada justifica esa insólita distinción en la relación de la pareja.

En el caso de terceros es comprensible que en un proceso en que alguien ajeno a la familia no casada reclame a uno de los miembros de ésta un derecho no baste que su pretensión se pueda ver afectada con la alegación de un tercero procesal (el concubina no emplazado). Sin embargo, esta solución es una ilusión. Si alguien contrata con uno de los consortes y luego el otro reclama, pese a que cuente con un pronunciamiento judicial previo, el tercer adquirente se verá protegido por los artículos 948 o 2014 del Código Civil, según se trate de bienes muebles o inmuebles. Basta para ello revisar lo resuelto por la Corte Suprema en la causa 1620-98 mediante sentencia del 10 de marzo de 1999. La exigencia de juicio previo para oponer derechos a terceros es ociosa, a no ser que se le dé adecuada publicidad. De allí que resulte de sumo interés lo señalado en el quinto considerando de la sentencia del 12 de setiembre de 1996 del Tribunal Supremo (causa 688-95), en el que se dijo textualmente:

"Quinto. - Que, en ese sentido el doctor Cornejo Chávez indicaba que el medio que tienen los concubinos para dar a conocer a los terceros la existencia de la unión, es hacer que el juez ante quien han acreditado su unión, notifique con dicha sentencia a los terceros que ellos indiquen, finalidad que también se consigue inscribiendo dicha resolución registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes".

No obstante, sin una adecuada publicidad toda exigencia de juicio previo es inútil.

6. ¿Tienen los convivientes otros derechos?

Conviene ahora preguntarse si los convivientes tienen otros derechos. La respuesta, claro está, es negativa. Pero nos preguntamos si, habida cuenta de la realidad familiar que constituyen debería reconocérseles algunos otros. Inclusive, derechos que no necesariamente se vinculen con la situación familiar propiamente dicha sino con el fundamento de la prerrogativa que hoy en día les viene negada.

Veamos, brevemente, si es posible o no llegar a alguna conclusión. a)  
Derechos sucesorios

El tema no presentaba, hasta hace poco, ningún cuestionamiento. Era unánime señalar, dentro de la escasa doctrina, que los convivientes no heredan. De manera imprevisible, cuando ningún civilista se había detenido a pensar sobre la materia, la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, a la cual se le había encomendado elaborar un Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución, publicó, en abril del año 2002 su propuesta para el debate y generó un par de opiniones opuestas que vale la pena repasar.

En efecto, en el artículo 21 de dicho Anteproyecto, la referida Comisión propuso el siguiente texto:

"Artículo 21. - Uniones de pareja

La unión estable de varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, genera derechos hereditarios y alimentarios así como da lugar a una comunidad de bienes, de conformidad con la ley".

No me voy a detener en la deficiente redacción, pero creo que es evidente. Preocupado por la inclusión de los derechos hereditarios, LOHMANN se despachó en contra de dicha propuesta. Sostuvo LOHMANN que la Constitución actual, en su artículo 2.16, confunde herencia con sucesión patrimonial por causa de muerte. La sucesión en los bienes, derechos y obligaciones puede ser a título de herencia o de legado. Aclara que el ordenamiento peruano distingue cuatro calidades hereditarias: a) heredero legal, hasta el cuarto grado de consanguinidad (en ausencia de testamento); b) heredero testamentario, que puede ser o no legitimario; c) heredero voluntario, designado en testamento y no necesariamente legitimario; d) legitimario, el acreedor de la legítima (ascendientes, descendientes y cónyuge).

Para LOHMANN, el Código reconoce al cónyuge sobreviviente los mismos derechos de legítima que a los ascendientes y descendientes con el objeto de reforzar la institución matrimonial. Por ello, estima que reconocer derechos hereditarios al concubino suscita una serie de problemas.

Entre tales inconvenientes, el autor entiende que con la propuesta se contradice el reconocimiento de la familia y del matrimonio. Para el jurista no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues a los desiguales hay que tratarlos desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, añade, tampoco se puede obligar a los efectos hereditarios propios del matrimonio. y lo que la ley quiere -indica- es favorecer el matrimonio.



Considera que reconocer una comunidad de bienes no significa que deba reconocerse, también, efectos hereditarios, dado que la regulación de la comunidad patrimonial en cuestión tiende a evitar el empobrecimiento de alguno de los convivientes cuando hubo de por medio un esfuerzo y sacrificio común. Distinto es, dice, regular derechos sucesorios, cuyo fin no es evitar un empobrecimiento injusto sino, más bien, un posible enriquecimiento.

Además, se pregunta qué ocurrirá con la aplicación de instituciones como la desheredación, Y cuál sería el tratamiento de un varón que hubiera tenido varias uniones. O el caso de quien luego se casa. Sobre ello alega que no sería razonable que el cónyuge supérstite tenga derechos iguales que el ex concubino, concluyendo que, en su opinión, la propuesta deforma todo el Derecho Sucesorio.

La propuesta, mientras se publicaba la opinión de LOHMANN, fue suprimida en la última versión del Proyecto de reforma constitucional. Pese a ello, JUAN ESPINOZA, en la misma publicación, salió en defensa de la propuesta original. En efecto, ESPINOZA cuestiona que se haya suprimido la inclusión de "derechos hereditarios y alimentarios" sugerida por la Comisión. Para este autor, la protección de la familia debe englobar todo tipo de familia, sea matrimonial o no. Anota que, en medios como los nuestros, la decisión de no casarse tiene más que ver con motivos culturales o económicos, antes que en un simple deseo de evitar el matrimonio.

Para este autor la ley debería desarrollar pormenorizadamente la equiparación de los derechos existencia les entre matrimonios y uniones de hecho, entre los cuales considera que se encuentran comprendidos los alimentarios y hereditarios.

Maticemos este asunto. Creo, siguiendo la opinión de MARTÍN PÉREZ, que no existe impedimento alguno para que en la sucesión testamentaria uno de los convivientes atribuya, dentro de los límites de la cuota de libre disposición, parte de su patrimonio al concubino, inclusive en caso de estar casado. Comparto la opinión del jurista español en el sentido de que tal disposición no puede considerarse contraria al orden público ni a las buenas costumbres.

El primer problema se presenta a nivel de la legítima, pues la ley solo reconoce al cónyuge como legitimario; no así al conviviente. La decisión de incluirlo o no responde, en mi concepto, a una cuestión de política jurídica sobre el tópico y de los fundamentos que se le quiera dar. Si la legítima del cónyuge se sustenta en el matrimonio -como lo hace PANTALEÓN- es evidente que los consortes no casados no tendrán condición de legitimarios. Pero si, en cambio, como dice MARTÍN PÉREZ, la legítima no regula propiamente ningún elemento de la institución matrimonial, sino, a un nivel más general, el cumplimiento de una obligación legal de favorecimiento de los miembros de la familia que mantenían una relación de dependencia o de especial vínculo de afecto con el causante, las cosas cambian.

Para MARTÍN PÉREZ cabe ver en la legítima un deber de asistencia pecuniaria mutua que la sangre y el afecto imponen a los más próximos miembros de la

familia, fundado en el officium pietatis, que se manifiesta, en vida, a través de los alimentos, y post mortem, en las legítimas. Por ello, postula que la legítima no se funda en el matrimonio sino en la comunidad de vida y en el afecto. Otra cosa es el quantum y con quiénes concurre.

Como decía, la decisión es una cuestión de política jurídica. Y si de ello se trata, me siento más inclinado a la fundamentación de MARTÍN PÉREZ que a la vinculación de la legítima con el matrimonio, como lo hacen LOHMANN y PANTALEÓN. Solo dos ejemplos: Bolivia y Ecuador reconocen derechos sucesorios a los concubinas. Si algo ya se ha avanzado en materia alimentaria, no veo razón para no repensar la legítima e incluir a los convivientes. De no ser así, habría que preguntarse -en sentido inverso a las dudas de LOHMANN- si es justo que la conviviente (o el concubina) se vea privada de participar en los bienes que adquirió con su pareja, con sumo sacrificio, y que ellos sean heredados por la esposa con la que no vivía hacía muchos años el causante, dejándole una ridícula acción residual de enriquecimiento indebido como único medio de tutela de sus intereses. Aquí lo que prima son los papeles y no la comunidad de vida.

Ello nos conduce al segundo problema que tiene que ver con la sucesión intestada y que da lugar a la repartición de los bienes del de cuius sobre la base de la presunción de la voluntad típica del causante medio. Pero esa presunción legal bien podría envolver una pura ficción que, de haber tenido el concubina que fallece la oportunidad de ordenar su patrimonio para después de la muerte en un testamento, termine inventando una voluntad contraria a los deseos y afectos del causante.

Reitero que resulta necesario repensar la inclusión de derechos hereditarios a favor del conviviente, quién sabe si bajo determinadas condiciones más seguras que la del plazo de los dos años que la ley prevé para la comunidad de bienes, estableciendo reglas seguras para quien dedicó su vida a un hogar que luego se verá privado de soporte material por la muerte de su compañero (a).

#### b) Derecho a la adopción

La ley tampoco reconoce el derecho a la adopción por parte de concubinas. Apenas se limita a señalar que nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges (artículo 382 del Código Civil). El prejuicio legislativo es evidente, pues lo que se ha querido evitar, entre otras cosas, es que un hijo consanguíneo de padres casados pase a ser adoptado por varón y mujer que conviven sin matrimonio (CORNEJO CHÁVEZ).

Una vez más creo que hemos perdido de vista el fundamento de la adopción. Si bien la ley pretende que se asimile al adoptado a una familia para que tenga un mejor desarrollo y un ambiente más cálido, dándole protección, afecto y cuidados, no existe ningún argumento que atente contra la finalidad de la institución cuando se incorpore al hijo adoptivo a una familia no casada. La teleología de adopción no puede ser entendida bajo la clave del matrimonio. Ello constituye una ceguera (ASTONE).

Es cierto que algunos alegarán que los hogares de hecho son precarios, inestables y efímeros y que, por tal razón, resulta de mayor seguridad acoger al adoptado en una familia matrimonial. Pero como bien dice el psiquiatra español RAFAEL MANRIQUE, "conyugalidad" no significa calidad de la relación. Un hogar matrimonial también puede llegar a su fin y con ello se puede afectar al hijo al cual se dio cabida a través de la adopción.

#### c) Derecho a la continuación en el arrendamiento

También en esta materia conviene utilizar como clave de entendimiento la relación de arrendamiento y no la relación matrimonial o la calidad de heredero. Y señalo esto porque el artículo 1710 del Código Civil sanciona la continuación en el arrendamiento únicamente a favor de los herederos que no expresen su voluntad de extinguir el contrato cuando fallece su antecesor que era quien tenía la condición de arrendatario.

Decía que es menester indagar por la finalidad de la norma. Ella no es, como es fácil entender, proteger al heredero en cuanto tal (ascendientes, descendientes, cónyuge y, si se quiere ser más concesivo, dado que la norma no establece la calidad del heredero, tíos, sobrinos, etc., y cuanto heredero legal resulte viviendo en la misma casa), sino, por el contrario, lo que garantiza es el derecho a permanecer en la vivienda, resolver el problema del techo bajo el cual habitan quienes convivieron con el causante. Si ello es así, y no creo equivocarme, el mismo derecho debe hacerse extensivo al concubino supérstite.

En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional, mediante sentencia N° 404/88, afrontó la cuestión y declaró inconstitucional el artículo 6 de la Ley N° 392/78 por contrastar con el artículo 3 de la Constitución, en la parte que no incluyó entre los sucesores del contrato de locación al cónyuge de hecho.

En España, el artículo 12 de la Ley de arrendamientos urbanos (LAU), gracias a la reforma del año 1994, permite a la persona que hubiera convivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual (se refiere a los homosexuales) durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, continuar en el bien. Y, en el caso de fallecimiento, el antiguo artículo 58 del Texto Refundido de la LAU de 1964, que excluyó al conviviente de las personas autorizadas a subrogarse en caso de fallecimiento del arrendatario, fue declarado inconstitucional por el Supremo Tribunal mediante sentencia del 11 de setiembre de 1992. Por tal razón, el artículo 16.1 de la LAU de 1994 incluyó al concubina hetero u homosexual a permanecer en la vivienda si moría el arrendatario con quien convivía, exigiendo dos años de relación afectiva.

En Francia, el mismo derecho fue consagrado mediante Ley 89-462 del 6 de julio de 1989, que ahora han sido modificados por la Ley sobre el Pacto Civil de Solidaridad (PACS) del 15 de noviembre de 1999, que incluye a las parejas del mismo sexo.

Urge, por ello, modificar el artículo 1710 de nuestro Código.

#### d) Derecho a la indemnización por muerte del concubina

Comentan MÉCARY y LEVOY-FORGEOT que en 1937, la Cámara Civil de la Corte de Casación francesa rechazó la demanda de indemnización de una concubina que había emplazado al responsable de la muerte de su compañero.

La Corte consideró que era indispensable exhibir un interés legítimo jurídicamente protegido para obtener la reparación, cuestión que no se había dado, pues la actora vivía fuera de matrimonio (único modelo legitimador de la familia, como hemos dicho). Después de más de veinte años, en 1959, la Cámara Penal (o Criminal) de la misma Corte admitió la indemnización siempre que el concubinato fuera estable y no adulterino.

Fue necesario esperar hasta el 27 de enero de 1970 para que la Cámara Mixta de la Corte de Casación (lo que en el Perú sería un Pleno Casatorio) unificara los criterios de ambas Salas, admitiendo la indemnización a favor del conviviente supérstite por la pérdida de su consorte aun cuando éste hubiere estado casado.

En Italia el panorama es similar, pues en este país la Corte de Casación, mediante fallo del 27 de octubre de 1994, ha considerado que: "Dado que el daño sufrido por el tercero [daño moral] es excepcionalmente resarcible bajo el único presupuesto de haber sido 'causado' por un hecho ilícito penalmente calificado, la tutela resarcitoria debe fundarse en una relación de interés del tercero con el bien protegido con la norma incriminatoria, argumentable, en vía de inferencia empírica, en base a un estrecho vínculo familiar (o parafamiliar, como la convivencia *more uxoris*).

En nuestro medio, ESPINOZA ha reclamado el mismo derecho a favor del concubina, bajo la argumentación de que la conviviente, ante tal lesión, es titular de un interés legítimo que no puede quedar desamparado, basándose en el artículo 4 de la Constitución, que protege a la familia sin distingamos basados en el vínculo matrimonial.

En todo caso, deben tenerse presentes dos cuestiones: a) no solo se debe reparar el daño moral sino también la privación del sustento del conviviente de modo que no quede desamparado y, b) para ello será indispensable modificar el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil que limita la acción sustentada en el interés moral (no así el económico, y ello es ya bastante para reclamar el resarcimiento por la pérdida de los ingresos del concubina muerto) al agente (actor) y a SU familia, dentro de la cual el Código no incluye a los convivientes.

#### e) Otros derechos

Para terminar, considero que, siguiendo la misma orientación, deben replantearse los fundamentos de instituciones como el patrimonio familiar, la curatela, la protección del honor e intimidad del consorte fallecido, así como en

la legislación de trasplantes de órganos para dar lugar o cabida a los convivientes, siempre que cumplan las condiciones del artículo 326 del Código Civil.

## **DOCTRINA**

ADEZATI, Giovanni. Nuove unioni e nuovi status. En: Matrimonio, matrimonii, a cura di Brunetta d'Usseaux, Francesca y D'Angelo, Antonino. Giuffré. Milano, 2000; ALAGNA, Sergio. Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancario En: 11 Diritto di famiglia e delle persone. Fasc. 1. Giuffré. Milano, 2001; ALPA, Guido. Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Traducción a cura de Juan Espinoza. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; ALVES MARTINS, Flávio. O casamento e outras formas de constitu9ao da familia. Lumen Juris. Río de Janeiro, 2001; ARECHEDERRA, Ignacio. El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo). En: Diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas. Tomo 11. Universidad de Lima. w'G. Editor. Lima, 1995; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS SCHREIBER M., Angela y PIÁCIDO, Alex. Exégesis. Derecho de Familia. Tomo VII. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; ASTONE, María. Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive. En: 11 Diritto di famiglia e delle persone. Fasc. 4, Giuffré. Milano, 1999; BECKER, Gary S. A Treatise on the family, (enlarged edition). Harvard University Press, 1993; BIGIO CHREM, Jack. El concubinato en el Código Civil de 1984. En: Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor. Cultural Cuzco. Lima, 1992; BILE, F. La famiglia di fatto: profili patrimoniali. En: La famiglia di falto, Atti del Convegno Nazionale di Pontremoli. Montereeggio, 1977; BORGONOVO, Oscar. El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia. Hammurabi. Buenos Aires, 1987; CARBONNIER, Jean. Ensayos sobre las leyes. Traducción de Luis Díez-Picazo. Civitas. Madrid, 1998; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. El servinakuy. En: Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem. Cultural Cuzco. Lima, 1986; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Gaceta Jurídica. Lima, 1999; DE TRAIEGNIES GRANDA, Fernando. La familia, ¿un espejismo jurídico? En: La familia en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992; DE VITA, Anna. Note per una comparazione. En: Matrimonio, matrimonii, a cura di Brunetta d'Usseaux, Francesca y D'Angelo, Antonino. Giuffré. Milano, 2000; DEL DOTTO, Brunella. Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio. En: 11 Diritto di famiglia e delle persbne. fasc. 2-3. Giuffré. Milano, 1999; DÍAL MORENO, José M@, S.J. Las familias de hecho: aproximación a su vertiente ético-canónica. En: Uniones de hecho. Una aproximación plural. AAVV. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1999; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio. En: Legal Express. Año 2. NQ 19. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, julio del 2002; FERRANDO, Gilda. Convivenze e modelli di disciplina. En: Matrimonio, matrimonii, a cura di Brunetta d'Usseaux, Francesca y D'Angelo, Antonino. Giuffré. Milano, 2000; GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. Uniones de hecho y derecho a la adopción. En: Uniones de hecho. XI Jornad Jurídiques. J. M. Martinell y M~ T. Areces Piñol (Eds.). Depart~ment de Dret Priv de Facultat de Dret i Economia, Universitat di Lleida, 1998; HERNANDEZ

RODRÍGUEZ Gerardo. Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho. En: Las uniones de hecho. Una aproximación plural. AAVV. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1999; LENSEL Denis y LAFOND, Jacques. La famille a venir. Une réalité menacé mais nécessaire. Economica. Paris, 2000; LOHMANN Guillermo. ¿Derechos hereditarios para convivientes? En: Legal Express. Año 2. N° 19' Gaceta Jurídica. Lima, julio del 2002; LOPEZ HERRERA, Francisco. Estudios sObr~ Derecho de Familia. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1998; LORENZETTI Ricardo. Teoría general del Derecho de Familia: el conflicto entre los incentivos indivi~ duales y grupales. En: Actualidad Jurídica. Publicación mensual de Gaceta Jurídica. Tomo 87-febrero. Lima. 2001; MANGIONE MURO, Mirta H. Concubinato. FAS. Rosario 1999; MARTIN PEREZ. José Antonio. Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite. En: Uniones de hecho. XI Jornades Jurídiques. J. M. Martinell y M~ T. Areces Piñol (Eds.) Departament de Dret Privat. Facultat de Dret i Economia. Universitat di Lleida, 1998; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos? En: Uniones de hecho. XI Jornades Jurídiques. J.M. Martinell y M~ T. Areces Piñol (Eds.). Departament de Dret Privat. Facultat de Dret i Economia. Universitat di Lleida, 1998; MARTINIC, Dora y WEINSTEIN, Graciela. Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho. En: El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas (Aída Kemelmajer de Carlucci, Coordinadora). Tomo 111. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2000; MÉCARY, Caroline, y LEVOY-FORGEOT, Flora. Le Pacs, Presses Universitaires de France, Que sais-je? Paris, 2000; NAVARRO VALS, Rafael. Matrimonio y derecho. Tecnos. Madrid, 1995; P ALAZZANI, Laura. La famiglia "di fatto" e giustificabile giuridicamente? En: 11 Diritto di famiglia e delle persone, fase. 1, Giuffré. Milano, 2000; PANTALEÓN, Fernando. ¿Derechos sucesorios "ab intestato" del compañero o compañera en la Compilación del Derecho civil de Cataluña? En: La reforma de la Compilació: el sistema sucesori. Terceras Jornades de Dret Catala a Tossa. Tossa del Mar, 1984; PLÁCIDO V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; PLÁCIDO, Alex. Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; PLÁCIDO V., Alex. Divorcio. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto. Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles. Edisofer. Madrid, 2000; PITTÍ G., Ulises. Las uniones de hecho (sus nuevos paradigmas). En: El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas (Aída Kemelmajer de Carlucci, Coordinadora). Tomo 111. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2000; POSNER, Richard. Sex and reason. Harvard University Press, 1992; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999; SILVEIRA RAMOS. Familia sem casamento: de relar;áo existencial de fato a realidade jurídica. Renovar. Rio do Janeiro, 2000; TUBERT, Silvia. Introducción, Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones. En: Revista de Occidente. NQ 199. Madrid, diciembre de 1997; VEGA MERE, Yuri. ¿Qué familia le espera al Derecho en el siglo XXI? En: Diálogo con la Jurisprudencia. NQ 23. Lima, mayo 2001; VEGA MERE, Yuri. La familia por venir: entre lo público y lo privado; entre la tradición Y la modernidad (o lo disparatado). En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo, junio 2002; VEGA MERE, Yuri. La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales.

En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Trujillo, agosto 2002; ZAMBRAN7'. Virginia. Parejas no casadas e tutela del convivente. L'esperienza spagnola e la L el Catalana 10/1998. En: Matrimonio, matrimonii, a cura di Brunetta d'Usseaux, Francesca y D'Angelo, Antonino. Giuffré. Milano, 2000.

## **JURISPRUDENCIA**

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

"La decisión unilateral de uno de los convivientes de terminar la unión de hecho, faculta al juez conceder a elección del abandonado una cantidad-eJe dinero por indemnización o una pensión de alimentos".  
(Exp. N° 081-93-Lima, Gaceta Jurídica N° 34, p.14-A)

"La convivencia como una sociedad de hecho, voluntariamente realizada por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se asemeja al régimen de sociedad de gananciales".  
(Exp. N° 081-93-Lima, Gaceta Jurídica N° 34, p. 16-A)

"Si mediante sentencia ejecutoria da se ha establecido la existencia de una unión de hecho sujeta al régimen de sociedad de gananciales, dejando a salvo el derecho de solicitar la división y partición correspondiente, en el proceso en que se ventila estéLPJetensión no puede discutirse nuevamente la calificación de concubinato".  
(Cas. N° 312-94, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 160)

"La acción de enriquecimiento sin causa tiene como finalidad la de proteger los abusos y apropiaciones ilícitas de uno de los convivientes sobre el otro. En tal sentido, se ampara el derecho del conviviente sobre un inmueble adquirido cuando las partes tenían una unión de hecho, aunque ésta no genere una sociedad de gananciales".  
(Cas. N° 5-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 160)

"Solo dan lugar a la sociedad de bienes a la que se refiere el artículo 326 del Código Civil, la unión de hecho de dos personas sin impedimento matrimonial".  
(Cas. N° 297-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p.

"Si no se acredita la preexistencia del matrimonio con la partida respectiva no puede alegarse que la mujer tenga impedimento matrimonial para consumar la unión de hecho.

No resultan de aplicación los artículos 272 y 273 del código material sobre la prueba que acredita la existencia del matrimonio si se acredita que uno de los cónyuges convivía con persona distinta de quien se le reputaba como cónyuge".

(Cas. N° 547-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 160)

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

(Cas. N° 1824-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 160)

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

(Cas. N° 1620-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 161)

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

(Cas. N° 2623-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 161)

"Luego del fin del régimen patrimonial de sociedad de gananciales con sentencia firme que establece la separación de cuerpos, si los cónyuges se han reconciliado y han ostentado la posesión constante de casados, los bienes adquiridos durante ese lapso deben sujetarse al régimen de sociedad de gananciales. En este caso no debe exigirse que los concubinos se encuentren libres de impedimento matrimonial".

(Cas. N° 2732-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 161)

## **PLENO JURISDICCIONAL PLENO JURISDICCIONAL 1998**

### **ACUERDO N° 8: UNION DE HECHO: EJERCICIO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE ESTA RELACION**

8.1. ¿Entre los con vivientes ¿se requiere declaración judicial previa de la unión de hecho para iniciar juicio de alimentos o solicitar indemnización?



## CONSIDERANDO:

- Que, el otorgamiento de la pensión alimenticia se funda en un estado de necesidad, que deviene en impostergable, que de otro lado la naturaleza de la obligación alimentaria resulta indistinta tanto en una unión de hecho como en el matrimonio y su basamento reside en la imposibilidad del alimentista de atender por sí mismo su subsistencia; por lo que remitiéndonos al artículo 326 del Código Civil, en la unión de hecho solo debe requerirse principio de prueba escrita para su concesión.

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

## **EL PLENO: POR CONSENSO ACUERDA:**

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

8.2. ¿Se requiere declaración judicial de reconocimiento de la unión de hecho, para que uno de los concubinos solicite la liquidación de gananciales, o para hacer valer sus derechos ante terceros?

## CONSIDERANDO:

- Que, al respecto es necesario señalar que debe requerirse el reconocimiento judicial de la unión de hecho, a efectos de poder solicitar la liquidación de la sociedad de gananciales y ésta se efectúa por seguridad jurídica, dado que en la mayoría de los casos, la convivencia resulta precaria, por lo que la declaración de unión de hecho contribuiría a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros; verbigracia: el otorgamiento de un préstamo bancario, la constitución en prenda o hipoteca de un bien mueble o inmueble su afectación por una medida cautelar, etc., requieren necesariamente de una sentencia declarativa dictada por el órgano jurisdiccional competente, a través de la cual se declare el derecho en cuestión y puedan determinarse a cabalidad los supuestos a que hace referencía el acotado artículo 326 del Código Civil.

- Que, en cuanto a la liquidación de gananciales, debe tenerse presente que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión

unilateral, por lo que es menester precisar la fecha de inicio y de su fin, para determinar qué bienes son los que van a inventariarse para una ulterior liquidación de los mismos, y evitar que sean incluidos posibles bienes propios de los convivientes.

**EL PLENO: POR CONSENSO ACUERDA:**

Que para la relación con terceros y respecto de la liquidación de gananciales, sí es exigible el reconocimiento judicial previo de la unión de hecho.

## CAPÍTULO TERCERO

### SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

#### CARACTERES DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

##### ARTICULO 327

En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes.

##### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 295, 299, 890, 923  
D.S.001.97-TR arto 5~

##### Comentario

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca*

El régimen de separación de patrimonios, también denominado "régimen de separación de bienes", se constituye en un régimen general y autónomo, "que se gobierna por el principio de la independencia entre los cónyuges en la titularidad de los bienes y en la gestión de los mismos" (ARIAS-SCHREIBER). Se caracteriza este régimen, pues, por regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges partiendo de que no existe entre ellos una masa patrimonial común, de tal forma que no hay unión o confusión de patrimonios del esposo y la esposa, porque los mismos están escindidos o separados entre sí (PERALTA), teniendo cada uno de los esposos patrimonio propio, como si fueran solteros.

Si bien se ha hecho uso escaso de este régimen -incluido como régimen alternativo en 1984-, progresivamente la decisión por esta opción ha ido incrementándose en los últimos años, debido a los cambios producidos en la sociedad. Al respecto, se ha afirmado q:..Je "en los países latinos, hay un sector de población que se interesa por esta forma matrimonial; es el sector compuesto por quienes van a un segundo matrimonio. Pensemos que quienes pasaron ya por un divorcio tienen tal vez hijos de la unión anterior, tiene él su almacén de la esquina y ella su tienda de ropa de mujeres, y se casan, no a los 24 o a los 25 años en el maravilloso desorden del romanticismo donde no se piensa en nada, sino que se casan con la prudencia que impone una primera frustración y con las responsabilidades de lo que ha quedado del primer matrimonio, los chicos y los bienes que durante diez o veinte años han ido reuniendo; este sector de segundos matrimonios es el que, en los países latinos, elige particularmente el régimen de separación de bienes. En Francia prefieren este régimen los comerciantes y los industriales con negocios en marcha, particularmente cuando se casan pasada cierta edad; en Francia, el

85% de la población es asalariada y es la que compone la inmensa mayoría de población que no hacen convenciones matrimoniales; en el resto, particularmente entre empresarios, comerciantes, industriales, es donde se hace convención y, generalmente, se elige el régimen de separación de bienes (BOSSERT).

Ahora bien, es conveniente precisar que la referida independencia es absoluta respecto de la titularidad de los bienes, los cuales ingresan al patrimonio exclusivo de cada uno de los cónyuges, no existiendo bienes comunes, pues no hay sociedad de gananciales. Esto significa que pertenecen a cada cónyuge los bienes que ya tuviese en el momento de iniciarse el régimen patrimonial, y los que adquiriese después con recursos propios o sustitución, así como los frutos y productos de éstos.

No hay comunidad, pero nada obsta a que sí podría haber copropiedad, donde cada uno de los copropietarios es titular único y exclusivo de su cuota ideal sobre el bien.

En relación a la facultad de administración y disposición o gravamen de sus bienes propios, la independencia del cónyuge titular del bien -o bienes- por la cual éste goza a plenitud las potestades de administración, sin que el otro cónyuge pueda interferir en dicho manejo, esta facultad tiene algunas limitaciones que se fundamentan en la afectación de la vida familiar -la familia entendida como padres e hijos comunes, incluyendo los que ambos hayan adoptado-, pues la regla general aplicable es que las cargas y necesidades familiares (el sostenimiento del hogar) serán atendidas (artículo 300) por ambos cónyuges de acuerdo a sus posibilidades (ver comentario al artículo 300).

El sostenimiento del hogar incluye gastos tales como los de alquiler del inmueble que se utiliza de vivienda, arbitrios municipales, energía eléctrica, agua, gas, teléfono del domicilio, artículos de limpieza, pago al servicio doméstico, guardianía, mantenimiento en general. También, por cierto, los gastos de alimentación, salud Y asistencia de los cónyuges, y los gastos provenientes de las obligaciones que genera la patria potestad, como el sostenimiento, protección, salud, educación Y formación de los hijos (artículos 235, 287 Y 423).

En síntesis, ambos cónyuges responden de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, siendo el interés familiar el principio rector para la administración de los bienes, en función del cual se restringe o suprime algún acto de gestión de los bienes que lo perjudica o se impone la realización de un acto que demanda.

"Así como el ejercicio de la propiedad debe realizarse en armonía con el interés social, la gestión de los bienes en el matrimonio debe responder al interés familiar. Éste se impone como un límite natural a la administración y disposición de bienes propios y sociales; se constituye, pues, en la medida pécesaria para afectar patrimonial mente a la familia y que, de hecho, los cónyuges utilizan en un matrimonio normal" (PLÁCIDO).

Por ello, no cabe la independencia absoluta en cuanto a los actos de administración o disposición, pues siempre estará moderada o atenuada por estas obligaciones.

Es importante señalar que cualquiera de los cónyuges, voluntariamente, puede encomendar o encargar la administración de sus bienes al otro cónyuge, e inclusive a un tercero, mediante poder con facultades generales o especiales.

Al fenecer el régimen de separación de patrimonios, deben entregarse a su propietario los bienes que estuviesen en poder del otro cónyuge, a menos que medie alguna eventualidad que autorice el derecho de retención, por ser éste acreedor de aquél y su crédito no está suficientemente garantizado (PLÁCIDO). Resulta conveniente recordar que, a diferencia del régimen de gananciales, el de separación de patrimonios requiere ser inscrito en el Registro Personal, tanto si es elegido antes del matrimonio como si se opta por él durante el transcurso de éste.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Derecho de Familia. Tomo VII. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, 1: Familia. 9ª edición. Perrot. Buenos Aires, 1993; BOSSERT, Gustavo A. Regímenes de bienes en el matrimonio y en la unión de hecho. En: Código Civil peruano: Diez Años. balance y perspectivas. Congreso Internacional. Tomo 1. Universidad de Lima. Lima, 1994; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, I. 6ª edición. Studium Lima, 1987; DÍAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. 10ª edición. Lima, s/e, 1998; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo VI. Editorial Trivium S.A. Madrid, 1997; LEON BARANDIARAN, José. Tratado de Derecho Civil, VII/: Régimen patrimonial del matrimonio. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, y D'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia, O. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 1994; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2ª edición. IDEMSA. Lima, 1996; PLACIDO V., Alex. Efectos Patrimoniales del Matrimonio. En: SCRIBAS. Revista de Derecho. Año 11. NQ 3. INDEJ. Arequipa, 1997; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de familia, 1.3ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"La separación de patrimonios produce el efecto de que cada uno de los cónyuges recupere en toda su plenitud el dominio y administración de su patrimonio".

(Exp. N° 081-93-Lima, Gaceta Jurídica N° 34, p. 16-A)

## DEUDAS PERSONALES

### ARTICULO 328

Cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes.

#### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 302, 303, 307, 308, 309

#### Comentario

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca*

En esencia, el régimen de separación de patrimonios se caracteriza porque dentro de él cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros, y le pertenecen los frutos y productos de dichos bienes (CORNEJO), pues aquí no existe entre los esposos una masa patrimonial común, teniendo cada uno de ellos patrimonio propio, como si fueran solteros, con las limitaciones señaladas en el artículo 300, concordado con el artículo 325, fundamentadas éstas en la afectación de la vida familiar, ya comentadas (ver comentarios a los artículos 300 y 327).

Según el caso pues, el régimen-de separación de patrimonios puede ser optado originariamente o con posterioridad a la celebración del matrimonio (ya sea por decisión voluntaria o en los casos especiales, como la proveniente de demanda de separación de patrimonios por uno de los cónyuges cuando el otro ha abusado de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa, o la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges) -en cuyo caso habrá que efectuar la liquidación y partición del régimen de comunidad-, el patrimonio de cada cónyuge queda constituido con los bienes que eran propios, con los gananciales que le fueron adjudicados en la partición (ex gananciales) y con los bienes que sigan incorporándose a su patrimonio después de la disolución de la sociedad de gananciales (MÉNDEZ COSTA).

Como manifestación de esta autonomía patrimonial de los cónyuges, de la misma manera como son titulares del activo también lo son del pasivo que les afecte; por lo tanto, las obligaciones que contraigan por sí solos serán atendidas con sus bienes propios (ARIAS-SCHREIBER).

Sin embargo, es necesario efectuar una precisión en este punto. Es menester distinguir el tipo de obligación que contrae el cónyuge, en el sentido de si es en su propio beneficio, o en beneficio de la familia.

#### 1. Deudas propias de los cónyuges

Las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad, las asume él solo, y el acreedor no puede perseguir el patrimonio privativo del otro cónyuge. Todas estas deudas son, pues, personales de quien las contrajo o quedó sujeto a ellas en virtud de acto ilícito

o de la ley, y por ellas son ejecutables todos sus bienes sin distinción, de acuerdo a los principios generales.

Este régimen patrimonial es frecuente en los casos en que uno de los cónyuges desempeña actividades empresariales que de por sí entrañan riesgo, por lo que los cónyuges optan por deslindar su eventual resultado negativo del patrimonio del otro cónyuge, a fin de no afectar la esfera patrimonial de éste, en atención fundamentalmente a la necesidad de preservar cierta seguridad al sostenimiento de la familia.

## 2. Deudas asumidas para el sostenimiento de la familia (en virtud de la potestad doméstica)

No es lo mismo que uno de los esposos adquiera para su uso personal un automóvil y se obligue a pagarlo en cuotas, lo que sin duda será deuda propia y por tanto responderá únicamente él con sus bienes propios ante un eventual incumplimiento, que contraiga una obligación -proviniente, por ejemplo, de un préstamo o mutuo de dinero- para pagar las cuotas de los estudios escolares de los hijos, o para gastos de enfermedad de uno de ellos, o para cumplir con el pago de las mensualidades que adeuda al arrendador del inmueble donde habita la familia.

Estos últimos casos deberán ser motivo de cuidadoso análisis por el juzgador, en caso de seguir el acreedor un proceso para el pago de dichas obligaciones, ya que podría ser que los bienes propios del deudor no alcancen para la satisfacción del crédito, pero considerando los bienes del cónyuge no deudor sí podría cumplirse.

Podrá argumentarse que el acreedor debió haber sido diligente y tomado sus precauciones al momento de celebrar el contrato, verificando los bienes propios que el deudor tenía a su nombre, y solicitando una garantía o, de no haberla solicitado y habiendo conocido la existencia de tales bienes, interponer la acción pauliana o revocatoria por fraude a acreedores, en caso el deudor hubiese dispuesto de ellos. Ciertamente éste, como todo acreedor, tiene a su alcance las acciones y/o medidas que la ley le faculta, pero ello no obsta para que el sistema proteja a los acreedores de los posibles incumplimientos, máxime si hay una sociedad conyugal de por medio -no confundir sociedad conyugal con el régimen patrimonial de gananciales o comunidad-, que ha sido beneficiada con el crédito.

Además, podría darse el caso de que el acreedor hubiese verificado, antes de otorgar el préstamo -o, peor aún, el propio cónyuge se lo indicó-, la existencia, de algún bien del futuro deudor, bien que a su juicio era suficiente, pero no exigió el otorgamiento de garantía, en aras de la confianza y de la buena fe -buena fe objetiva, llamada también buena fe lealtad- que todo contratante honesto debe observar, siendo que dicho bien fue posteriormente gravado, ejecutado o dispuesto por su propietario para el pago de otra deuda anterior, con lo que la acreencia podía verse amenazada de quedar impaga. Sin embargo, el acreedor constata que el otro cónyuge tiene patrimonio propio suficiente para cubrir la obligación.

Siguiendo la lógica de la relativa independencia de ambos cónyuges en el régimen de separación de patrimonios, relatividad que se da en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, por ser el interés familiar el principio rector para la administración de los bienes, ambos cónyuges deberán responder por ellas, con sus bienes propios, independientemente de cuál de ellos la asumió directamente con el acreedor.

Esta noción encuentra sustento, además de lo dispuesto por el artículo 300, en lo establecido por el artículo 307, que señala que las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor. Esta norma, si bien se refiere a la sociedad de gananciales, regula el pago de deudas contraídas por cada futuro cónyuge, cuando cada uno tenía un patrimonio independiente del otro, por haber sido contraídas en beneficio de la familia ("futuro hogar"), constituyendo, por tanto, deuda de la comunidad. Asimismo, el artículo 308 dispone que los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro, aménos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

Evidentemente, el cónyuge no deudor habrá de responder con sus bienes subsidiariamente la proporción de sus respectivos recursos económicos (LASARTE), lo cual en doctrina ha suscitado no pocas opiniones. Así, se sostiene que "en cuanto a los hijos, las deudas contraídas para su asistencia integral y educación son personales del progenitor que las contrajo, pero se supone el consentimiento tácito del otro (...) ...es razonable estimar que la deuda resulta así una deuda de sujeto plural simplemente mancomunada (el contratante obró en nombre propio y en representación de su consorte). Esta caracterización determina que uno y otro progenitor puedan ser demandados por la mitad del monto de la deuda y que respondan con la totalidad de sus bienes. Por el contrario, Rébora opina que el cónyuge no contratante puede, en principio, sustraerse a la responsabilidad respecto del acreedor, sin perjuicio de estar sujeto al deber de contribución hacia su cónyuge, y Belluscio, que el no contratante responde solo con los frutos de sus bienes..." (MÉNDEZ COSTA y D'ANTONIO).

Deudas asumidas conjuntamente por los cónyuges.

Finalmente, es posible que los cónyuges adquieran conjuntamente un bien y, en consecuencia, serán copropietarios del mismo, rigiendo entre ellos el régimen de copropiedad, siendo de aplicación en este caso las reglas del artículo 969 y siguientes y no las del artículo 301 y siguientes, por lo que cada uno será propietario absoluto de su cuota ideal, respondiendo con ella por sus obligaciones propias.

Igualmente, es posible que ambos cónyuges asuman obligaciones comunes en forma mancomunada o solidaria, según como se originen, para lo cual será de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 1182 y siguientes; o dependiendo del tipo de prestación, serán divisibles o indivisibles, correspondiéndoles la regulación del artículo 1172 y siguientes.



## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, 1: Familia. 91 edición. Perrot. Buenos Aires, 1993; BOSSERT, Gustavo A. Regímenes de bienes en el matrimonio y en la unión de hecho. En: Código Civil Peruano: Diez años. Balance y perspectivas. Congreso Internacional. Tomo 1. Universidad de Lima. Lima, 1994; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, I. 61 edición. Studium. Lima, 1987; DÍAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. 101 edición. Lima, sle, 1998; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo VI. Editorial Trivium, SA Madrid, 1997; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, VIII: Régimen patrimonial del matrimonio. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, y D'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia, 11. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 1994; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. IDEMSA. Lima, 1996; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de familia. 1. 31 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## SUSTITUCIÓN JUDICIAL DEL RÉGIMEN

### ARTICULO 329

Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, aS( como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. II, 295, 296, 297, 313, 318, 1318 yss.; 1318, 1319 yss.; 1969 y SS.; 2030 inc. 7)  
C.P.C. arts. 573, 575  
LEY 26497 art. 44 inc. j)  
D.S.O15-98-PCM art. 3 inc. r)

### Comentario

***Alex Plácido Vilcachagua***

En nuestro Código Civil, se han previsto los mecanismos de la variabilidad con aprobación judicial y por ministerio de la ley. En estas dos últimas circunstancias solo se permite la modificación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Esto responde al criterio de eliminar los mayores perjuicios económicos entre los cónyuges, que subsistirían si continuase la comunidad de adquisiciones a título oneroso.

La sustitución judicial se producirá cuando, a pedido del cónyuge agraviado, el juez considere que se ha acreditado abuso de facultades, dolo o culpa en la gestión de los bienes, imputable al otro.

Obsérvese la incongruencia que existe entre los artículos 297 y 329 del Código Civil sobre la legitimación activa. Mientras que el primero establece que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar esta pretensión; el segundo reserva el ejercicio de la pretensión a favor del cónyuge agraviado. La evidente deficiencia legislativa se resuelve considerando que la sustitución judicial solo permite la modificación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios con el propósito de eliminar los mayores perjuicios económicos entre los cónyuges, por la inconducta de uno de ellos; de lo que se concluye que la legitimidad para obrar únicamente corresponde al consorte agraviado.

De otra parte, deben considerarse los siguientes criterios para configurar las causas anotadas:

- a) El abuso de facultades se presenta cuando uno de los cónyuges en el ejercicio de aquéllas relativas a la gestión patrimonial, se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con el interés familiar, que es la finalidad institucional y la función social en razón de la cual se han reconocido las respectivas facultades.
- b) El dolo en la gestión de los bienes se produce cuando uno de los cónyuges realiza por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude o grave daño o peligro para los derechos del otro o de la sociedad, o genera la destrucción de bienes propios del otro o de la sociedad; así como, también, en forma reiterada incumple el deber de informar sobre los rendimientos de la administración unilateral que se le ha transferido.
- c) La culpa en la gestión patrimonial se presenta cuando uno de los cónyuges con su negligente administración pone en peligro o provoca la pérdida de bienes propios del otro o bienes sociales.

Como se ha explicado al comentar el artículo 297, se constata que en nuestro Código Civil rige un criterio muy restrictivo para la variación del régimen con aprobación judicial. Si a ello se añade la dificultad probatoria que importa demostrar aspectos tan subjetivos como son el dolo o la culpa, o inclusive el abuso de facultades, en la gestión de los bienes, comprobamos que prácticamente se hace inoperable este mecanismo y se mantiene una situación intolerable para el cónyuge perjudicado.

Por ello, se debe optar por un sistema con causales objetivas que respondan a situaciones de inhabilitación de uno de los cónyuges para la gestión de los bienes, por un lado, ya situaciones de incumplimiento de deberes conyugales con repercusión patrimonial, por el otro.

En las primeras, deben comprenderse los supuestos de la desaparición por más de un año de un cónyuge y la declaración de su interdicción por cualquier motivo de incapacidad de ejercicio, absoluta o relativa.

~ En los segundos, deben comprenderse los casos en que un cónyuge realiza por sí solo actos de administración o de disposición patrimonial que entrañen fraude o grave peligro para los derechos del otro; cuando no cumpla con rendir las cuentas de su administración sobre bienes sociales o propios del otro; cuando sea condenado por delito de omisión de asistencia familiar; cuando haya abandonado el hogar por más de un año o medie acuerdo de separación de hecho por el mismo tiempo; y cuando se embargue su parte correspondiente en los bienes sociales por deudas propias.

Con relación a las providencias concernientes a la seguridad de los intereses del cónyuge perjudicado, las principales medidas cautelares que se pueden adoptar sobre los bienes son:

- a) Inventario: Como una medida de conservación de los bienes del matrimonio, procede la realización de un inventario, esencialmente útil para determinar la composición de los gananciales. Cuando se ha de comprender a una empresa, el inventario puede ser complementado o sustituido por la designación de un contador (perito contable) que practique un balance. En cambio, no procede la valorización de los bienes, porque no cumpliría finalidad alguna con medida cautelar.
- b) Embargo: Como otra medida de conservación de los bienes del matrimonio procede el embargo especialmente práctico, para evitar enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes del matrimonio. Por consiguiente,

pueden embargarse todos los bienes propios del accionante en poder del demandado y el 50% de los bienes sociales, si fuere el caso. Esto último, en razón a la previsión del artículo 646 del Código Procesal Civil y porque, como se considera fenecida la sociedad de gananciales, entre los cónyuges desde la notificación de la demanda, ha surgido un estado de indivisión postcomunitaria al que se aplican las reglas de copropiedad.

El embargo procedería en forma de depósito y secuestro, de inscripción, de retención, de intervención en información, etc.

c) Prohibición de innovar: La prohibición de innovar -medida destinada a impedir que durante el proceso se altere la situación de hecho de los bienes en el litigio para evitar que la sentencia se haga inócua o de cumplimiento imposible- también es admisible como una medida de conservación de los bienes del matrimonio. Puede ser útil para evitar actos materiales que pudieran disminuir el patrimonio, como la demolición de construcciones. También cabe la prohibición de contratar, para impedir la celebración de actos jurídicos relativos a los bienes sociales que afecten o dificulten la concreción de los derechos del otro cónyuge en la división de la sociedad conyugal. Puede tener por objeto, por ejemplo, impedir al demandado que alquile un inmueble social.

d) Remoción de la administración: De conformidad con el artículo 680 del Código Procesal Civil y las normas del Código Civil, procede la directa administración de los bienes del matrimonio cuando uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro; y cuando uno de los cónyuges faculta al otro para que asuma exclusivamente la administración respecto de todos o de algunos de los bienes sociales.

Dichas medidas deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, tomo 111. Madrid, Reus, 1941; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, vol. IV. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo. Sociedad conyugal. Buenos Aires, Astrea, 1977; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Régimen patrimonial del matrimonio. Buenos Aires, Ediar, 1968; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Los regímenes matrimoniales, tomo III, vol. I. Buenos Aires, Ejea, 1951; LEÓN

BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, tomo VIII. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; TEDESCHI, Guido. El régimen patrimonial de la familia. Buenos Aires, Ejea, 1.954; TOBIAS, José W. Actos de administración y actos de disposición, en Derecho de Familia. Libro homenaje a María Josefa Mendez Costa. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1990; VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, Astrea, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Las exigencias legales que contiene el artículo 329 del Código Civil, no se prueban con /a existencia de un juicio de alimentos ni con los supuestos ma/tratos que el demandado infería a su esposa, pues éstos pueden dar lugar a una acción de divorcio por sevicia, pero no a una separación de patrimonio".  
(Exp. N9933-91-Lima, Gaceta Jurídica N9 11, p. 7-A)

## **SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES POR DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA**

### **ARTICULO 330**

La declaración de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio a Solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado.

No obstante lo anterior, en el supuesto de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia respecto de la sociedad conyugal que integra, no se producirá la consecuencia prevista en el párrafo precedente en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento. (\*)

### **CONCORDANCIAS:**

C.C.	arts. 297, 2030 incs. 7) y 8); 2031 y ss.
C.P.C.	arto 703
LEY26497	arto 44 inc. j)
LEY 27809	arts. 14, 24

### **Comentario**

***Roxana Jiménez Vargas-Machuca***

El presupuesto básico de este artículo es la situación deudora de uno de los integrantes de la sociedad conyugal, frente a uno o más acreedores, siendo que su patrimonio personal (bienes propios) no alcance para cubrir tales deudas, o que carezca por completo de patrimonio, o que existan dudas acerca de la calidad de bienes propios o sociales (de la sociedad de gananciales).

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley 27809 de 8-08-2002.

Es preciso indicar que no basta con que objetivamente las deudas a que se refiere este numeral hayan sido contraídas por uno solo de los cónyuges, sino que sean realmente deudas privativas de él, es decir, que sean relacionadas con su interés propio y exclusivo (LÓPEZ PÉREZ). Ejemplos de este tipo de deudas con las que se hubiesen contraído antes del matrimonio (en beneficio propio y no del futuro hogar): las hereditarias, las que provengan de la adquisición de bienes propios que escapen a los gananciales (por ejemplo, los libros, instrumentos o útiles para el ejercicio de la profesión o el trabajo), las provenientes de responsabilidad extracontractual, las deudas de juego no moderado, las que se contraigan por la conservación de bienes propios.

Esta precisión resulta relevante, por cuanto es posible que uno solo de los cónyuges se endeude pero no en beneficio propio sino en el de la familia, y en

estos casos responderán los bienes sociales, considerándose deudora, por ende, a la sociedad conyugal, evidentemente si esto se ha acreditado. El artículo bajo comentario se circunscribe a las deudas privativas, exclusivas, de uno de los cónyuges de una sociedad conyugal regida por el régimen patrimonial de sociedad de gananciales o comunidad.

En estos casos, es indispensable que la situación patrimonial del deudor sea clara y determinada, y que los acreedores sepan con exactitud cuáles son los bienes que pueden ejecutar para satisfacer sus acreencias(1), por lo que en principio se trata de una norma de protección a los acreedores frente a posibles abusos cometidos por el deudor(2) o inclusive por la sociedad conyugal(3); asimismo, la norma también se justifica en la búsqueda de protección al cónyuge no deudor frente a posibles abusos por parte del cónyuge deudor(4), dejando a salvo la parte

(1) "El patrimonio en crisis es el que se somete a concurso y el que asume las consecuencias de las decisiones adoptadas en el mismo. La importancia de definir sin lugar a dudas cuál es el patrimonio sometido a concurso por la necesidad de garantizar las expectativas de cobro de los acreedores involucrados. Es un concepto central del Derecho Civil que los bienes de un deudor responden por sus obligaciones. En el Derecho Concursal dichos bienes integrantes del patrimonio concursado responden ante las decisiones de los acreedores en el procedimiento". (ROJAS LEO, Juan Francisco. Comentarios a la Ley General del Sistema Concursat Lima, ARA Editores, 2002, p. 66).

(2) Como enfáticamente señala Héctor Lama More, "resulta justo tener en cuenta la situación difícil que se coló?~ al acreedor, quien observa impotente que su acreencia se le va como agua entre las manos, sin tener posl~lidad real de poder recuperar su crédito". (LAMA MORE, Héctor. El Bien Social y el Cónyuge Deudor. En: Revista de la Corte de Lima.

(3) Lamentablemente, no es infrecuente que ocurra que la sociedad conyugal se beneficie de un negocio en el que uno solo de sus miembros actúe como parte contratante, y que haya bienes que figuren como propiedad ex~lusiva de él (por ejemplo, la tarjeta de propiedad de un vehículo automóvil, un inmueble, etc.) y que la información de su documento de identidad lo describa como soltero, por lo que el acreedor desprevenido puede tener razones para considerar que puede confiar, y se celebra el negocio jurídico. Posteriormente, sin embargo,

Cuando la deuda es exigible, se encuentra con que el/los bienes que creía propios y exclusivos de esa persona, pertenecen en realidad a la sociedad de gananciales. Aquí el derecho continuamente se ha encontrado ante la disyuntiva de proteger a los acreedores o a la familia.

(4) Es, asimismo. moneda corriente que uno de los cónyuges, de manera irresponsable, temeraria o inclu~o con mala fe, realice transferencias y celebre negocios que ponen en riesgo o perjudican al patrimonio social, en desmedro de su familia. que le corresponda de los bienes sociales, evitando que la

declaración de insolvencia del otro le alcance en su patrimonio, conformado por sus bienes propios y la parte de los de la sociedad que le corresponda luego de la liquidación.

No es requisito que existan bienes o algún patrimonio de la sociedad conyugal para llevar a cabo la disposición de este artículo, pues si con posterioridad el cónyuge no deudor quisiera adquirir algún bien, podrá hacerlo y tal bien tendrá la calidad de propio, sin que exista una posibilidad de embargo sobre él ni incertidumbre alguna.

Es por ello que, independientemente de la situación concreta del patrimonio de la sociedad conyugal, es decir, ya tenga o no en su haber -ctivos -bienes y/o derechos-, en el momento en que se produzca la situación prevista en el artículo bajo comentario, surgirá la obligación de liquidar la sociedad de gananciales y, previo pago de deudas sociales, adjudicar o asignar bienes a los cónyuges, los cuales tendrán la calidad de propios, así como los que adquiera cada cual una vez instaurado el nuevo régimen patrimonial.

Como se ve, éste es un caso en que el régimen de separación de patrimonios sustituye al régimen de comunidad -sociedad de gananciales- ípso jure, es decir, por ministerio de la ley (ARIAS-SCHREIBER), prescindiendo absolutamente de la voluntad de las partes.

Ahora bien, es indispensable efectuar algunas precisiones.

El Decreto Legislativo N° 45, que modificó el artículo 330 del Código Civil bajo comentario, fue derogado por la Ley N° 27809 (Ley General del Sistema Concursal).

Bajo el marco normativo anterior (D. Leg. N° 845) existía una declaración de insolvencia previa al procedimiento de reestructuración o liquidación, según el caso, operando de pleno, para el caso de personas naturales casadas que se encuentren en régimen de comunidad (sociedad de gananciales), la obligación de sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios.

En el régimen actual (Ley N° 27809), se ha dejado de lado la declaración de insolvencia, lo que no significa que el artículo bajo comentario deje de ser aplicable. La nueva ley, que ya no se denomina de Reestructuración Patrimonial, sino Ley General del Sistema Concursal, pues este término es más amplio y adecuado a las alternativas que ofrece la ley, ha obviado el paso de la declaración de insolvencia por varias razones: no en todos los casos va a existir una situación de insolvencia (caso en que la persona ingresa al procedimiento en forma voluntaria, como se verá más adelante); también por razón de economía y celeridad; e inclusive se ha señalado que la calificación de "insolvente" resulta denigrante e innecesaria.

En todo caso, de acuerdo con la nueva ley, existen dos posibilidades: el procedimiento concursal preventivo y el procedimiento concursal ordinario; asimismo este último puede ser a solicitud de los acreedores o a pedido del propio deudor:



La Ley N° 27809 prevé todos los casos, otorgándoles el mismo requisito: la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios.

#### 1. Procedimiento concursal preventivo (solo a solicitud del deudor)

Este procedimiento es la convocatoria a los acreedores con el propósito de lograr una reprogramación en el pago de las deudas, la cual sea uniformemente oponible a todos, con la finalidad de afrontar la situación de crisis coyuntural, que el patrimonio del deudor enfrenta, y que solo requiere algunos correctivos temporales para superarla, además del incentivo que significa el apoyo del ente administrativo, el cual le proporcionará los beneficios (inexigibilidad de las obligaciones y suspensión de la ejecución del patrimonio). Para poder acogerse a este procedimiento, el deudor no debe tener vencidas e impagas más de un tercio del total de sus obligaciones por un período mayor a treinta días calendario y haber variado el régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de la separación de patrimonios. Éstos son requisitos de admisibilidad de la solicitud.

#### 2. Procedimiento concursal ordinario, cuando sea el propio deudor quien se someta en forma voluntaria al procedimiento concursal

El artículo 14.2 establece que "el deudor cuyo patrimonio se encuentre sujeto al régimen de sociedad de gananciales deberá sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios, lo que permita la identificación exacta de los bienes que integrarán su patrimonio comprendido en el procedimiento. Para tal efecto, el deudor procederá a variar el régimen de sociedad de gananciales por la separación de patrimonios de conformidad con las exigencias y formalidades previstas en el Código Civil. Esta condición constituye requisito de admisibilidad para el caso del deudor que pretenda su sometimiento al régimen concursal previsto en esta Ley".

Se establece así la obligación de que el deudor miembro de una sociedad conyugal que tenga como régimen patrimonial la sociedad de gananciales, varíe su régimen patrimonial al de separación de patrimonios, como requisito o condición previa para admitir a trámite su solicitud de acogimiento a concurso. Asimismo, para acogerse a este procedimiento, el deudor debe tener vencidas e impagas, durante un período mayor a treinta días calendario, más de un tercio del total de SUS obligaciones (artículo 24.1 de la ley), y al menos cumplir uno de los dos siguientes supuestos: (a) que más del 50% de sus ingresos se deriven del ejercicio de una actividad económica desarrollada directamente y en nombre propio, o (b) que más de las dos terceras partes (2/3) de sus obligaciones se hayan originado en la actividad empresarial desarrollada por el deudor y/o por terceras personas, respecto de las cuales aquél haya asumido el deber de pago de las mismas, incluyéndose para estos efectos las indemnizaciones y reparaciones por responsabilidad civil generadas con el ejercicio de la referida actividad (en este caso se trata de excluir el concurso sustentado en deudas de tipo familiar como salud, educación, alimentos). Estos requisitos se impusieron para facilitar los mecanismos del sistema a las personas naturales, sociedades conyugales o sucesiones indivisas, siempre y cuando sea indubitable que realicen una actividad empresarial.

#### 3. procedimiento concursal ordinario, cuando sea emplazado el deudor sujeto al régimen de sociedad de gananciales

El artículo 14.3 dispone que el deudor que hubiese sido emplazado y se declarase su acogimiento al régimen concursal, deberá variar el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios -de conformidad con las exigencias y formalidades previstas en el Código Civil- "de manera previa a la convocatoria a la junta de acreedores que disponga la Comisión. Durante la tramitación de este procedimiento y en tanto la exigencia no se satisfaga, los plazos quedarán suspendidos y no será de aplicación la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio, regulados en los artículos 17 Y 18 de la ley".

Para poder solicitar el inicio de este procedimiento concursal, el o los acreedores deberán tener créditos exigibles -vencidos- e impagos durante treinta días siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta unidades impositivas tributarias (50 UIT) vigentes a la fecha de presentación.

En el caso de que se le emplace y se declarase su acogimiento, el deudor deberá efectuar el cambio de régimen patrimonial al de separación de patrimonios antes de convocarse a su junta de acreedores, y mientras no lo haga, no se beneficiará con la protección de su patrimonio.

De la misma forma, si el deudor es emplazado y se opone, si finalmente dicha oposición resulta infundada o improcedente, se iniciará el proceso concursal, y desde ese momento surge la obligatoriedad de liquidar la sociedad de gananciales y sustituirla por el régimen de separación de patrimonios. Es importante al menos reseñar el marco de protección legal del patrimonio sometido a concurso, a fin de comprender la razón por la que es beneficioso para un deudor -y un incentivo para los acreedores- someterse al concurso y tener la Posibilidad de sanear de esa manera su situación patrimonial.

En suma, podría decirse que es la inmovilización de los bienes, derechos y obligaciones del deudor concursado, a fin de que ellos respondan a las consecuencias que se deriven del concurso, evitando de esta forma el cobro individual de los créditos con afectación del patrimonio del deudor, lo que se denomina la "canibalización del patrimonio", ya que este patrimonio podría resultar esencial para un proceso de reflotamiento. De no ser éste el caso, el patrimonio deberá responder en orden legal de prelación frente a todos los acreedores existentes.

El inicio de este proceso y su conseéuente inmovilización se inicia en la fecha de publicación en el Diario Oficial El Peruano de la situación de concurso del patrimonio en crisis. A partir de este momento objetivo, la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, medida que afecte su patrimonio y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas o ejecutarlas. Si se trata de medidas cautelares pasibles de registro u otra que no signifique la des posesión de bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio -como por ejemplo la anotación de demanda o un embargo en forma de inscripción-, no rige dicha prohibición,

pero no podrán ser materia de ejecución forzada; en cambio, tratándose de otras medidas cautelares -por ejemplo, alguna medida innovativa, o un embargo en forma de intervención en recaudación, o en forma de retención, o un secuestro-, si ya han sido trabadas, se ordenará su levantamiento y la devolución de los bienes involucrados en la medida cautelar a quien ejerza la administración del patrimonio del deudor.

#### 4. Liquidación en caso de inexistencia de concurso

En el caso en que el deudor que integre una sociedad de gananciales sea parte demandada en un proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero, y al expedirse la sentencia en primera instancia, el ejecutante desconociera la existencia de bienes de propiedad del deudor, la norma procesal (artículo 703 del Código Procesal Civil) dispone que dicho ejecutante "solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse de disolución y liquidación. Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal. El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo".

Si en este supuesto se verificase la inexistencia de concurso, que es cuando no se presenta otro acreedor distinto del propio ejecutante en el proceso judicial, la Comisión designará de oficio un liquidador, quien seguirá las reglas del artículo 97 de la ley, efectuando todos los actos tendientes a la realización de activos que encontrase, así como un informe final de liquidación, previo a la presentación de la solicitud de declaración judicial de quiebra. Se ha considerado que ésta es una decisión justa para el ejecutante y también para todos los demás acreedores que pudieran tener algún interés de definir la situación de sus créditos (ROJAS LEO, p. 129).

Es importante reiterar que en cualquier caso en que se inicie ya sea el concurso o la liquidación sin concurso, debe entenderse la norma del Código Civil bajo comentario, en concordancia con las correspondientes a la Ley NQ 27809, como la obligación legal de liquidar la sociedad de gananciales, que es la única posibilidad de ingresar al régimen de separación de patrimonios, efectuada de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil: artículos 320 (inventario), 321 (bienes excluidos), 322 (pago de deudas sociales y cargas, y reintegro a cada cónyuge de sus bienes propios que quedaren), 323 (gananciales divididos por mitad entre los cónyuges). Lo que surge de pleno derecho no es, pues, el régimen de separación de patrimonios, sino la obligación de liquidar la sociedad de gananciales para determinar con certeza el patrimonio del deudor.

Finalmente, es conveniente señalar que este artículo está íntimamente relacionado con la posibilidad de embargar bienes sociales por parte de los acreedores de uno de los cónyuges, cuando los bienes propios resulten insuficientes. Como se ha señalado en el comentario al artículo 301 del Código Civil, este punto ha suscitado arduo debate, debido a que enfrenta los intereses y derechos de la sociedad conyugal contra los de los acreedores, existiendo, en términos básicos, dos posiciones contrapuestas: una, para la que los acreedores de uno de los cónyuges pueden dirigirse contra los bienes sociales y solicitar el embargo sobre tales bienes, pero quedando en suspenso la efectividad del embargo hasta cuando se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales, posición aceptada por parte de la jurisprudencia nacional y por el Tribunal Registral de Lima. Ya se ha señalado que, en principio, el régimen patrimonial solo podrá ser cambiado por la voluntad de los esposos, salvo que el deudor casado se encuentre en la situación particular a que se refiere este artículo (330) bajo comentario, norma que recién con la nueva Ley General del Sistema Concursal es de adaptación más viable. La otra posición es que por tratarse de un patrimonio autónomo e indivisible, en el que no existen cuotas ideales, pues se desconoce el resultado de su liquidación, un embargo resulta impensable.

#### 5. A modo de comparación

En el sistema español, para el caso de insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor, se establece la subsidiariedad de la responsabilidad del patrimonio ganancial, la que "se concreta en la facultad de cualquier acreedor de solicitar el embargo de bienes gananciales, pero una vez instado el cónyuge no deudor ostenta la iniciativa en la materia, pues puede optar por cualquiera de las dos siguientes eventualidades:

a) Soportar que la satisfacción de la deuda propia de haga a cargo de bienes gananciales. Para tal supuesto, el artículo 1.373.2 ordena 'que si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal'. La regla, pues, es de mero ajuste contable o de reintegro.

b) Sustituir el embargo de bienes gananciales concretos (los elegidos por el acreedor, que en general serán los más fáciles de ejecutar) por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, lo que obviamente implica la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y que el acreedor habrá de esperar a su realización para agredir los bienes que le sean adjudicados al cónyuge deudor" (LASARTE).

En el sistema argentino, por su parte, el auto de apertura del concurso configura la causal para el cambio de régimen patrimonial por el de separación de patrimonios (artículo 1294 del Código Civil argentino). Según MÉNDEZ COSTA y D'ANTONIO, un razonamiento válido para fundarla es la desaparición de restricciones al poder de disposición del cónyuge no concursado, lo que implica su plena libertad para administrar y disponer los ex gananciales que le

sean adjudicados en la partición y los bienes que adquiriera en el futuro, con la única exclusión del hogar conyugal (MÉNDEZ COSTA, y D'ANTONIO, pp. 206-207).

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Curso de Derecho Civil, IV. 5ª edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Los Bienes de la Familia. En: La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. PUCP.Lima, 1992; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de derecho de familia, 11. 3ª edición actualizada. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. La sociedad de gananciales frente a las acreencias ante terceros derivadas de deudas propias de los cónyuges: ¿pueden los bienes sociales responder por dichas obligaciones? En: Revista Jurídica del Perú. Año LI. NQ 22. Editora Normas Legales. Trujillo, Perú, mayo 2001; CARREÓN ROMERO, Francisco. Los problemas en la relación del acreedor con la Sociedad de Gananciales. En: Themis, revista de Derecho. Segunda Época. W 32.1995; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, I. 6ª edición. Studium. Lima, 1987; DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURIO. Más vale prevenir que lamentar. El Concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana. En: Ius et veritas, revista de Derecho. PUCP. Año X. NQ 20. Lima, 2000; ESTRAOA OÍAZ, Juan José. Familia: Inembargabilidad de Bienes de la Sociedad de Gananciales. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVI. NQ 2. Abril-junio. Trujillo, 1996; LAMA MORE, Héctor. El Bien Social y el Cónyuge Deudor. En: Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima. Año 1998/1999; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo VI. Editorial Trivium S.A. Madrid, 1997; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, y O'ANTONIO, Hugo. Derecho de Familia, 11. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1994; MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La mala administración y el concurso o quiebra de un cónyuge como causales de disolución de la sociedad conyugal. En: Revista del Notariado. 744-1895 y ss. ROJAS LEO, Juan Francisco. Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal I. Ara Editores. Lima, octubre 2002; ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de familia, I. 3ra edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998; ZANNONI, Eduardo A. Reflexiones en torno a la separación judicial de bienes de la sociedad conyugal por mala administración o concurso del marido. En: La Ley (LL) 127-259 Y ss.

## **JURISPRUDENCIA**

"El acreedor que tiene un derecho de crédito frente a uno de los miembros de la sociedad conyugal puede solicitar la declaración de ineficacia de la constitución de patrimonio familiar respecto de un bien social, pues se puede trabar embargo sobre los derechos expectaticios de un cónyuge en la sociedad de gananciales, a la espera de su liquidación que puede producirse, entre otros casos, por declaración de insolvencia".

(Cas. N° 2150-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 162)

"La sociedad conyugal ha sido considerada como un patrimonio autónomo, igual calificación corresponde a una situación de copropiedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del Código Procesal Civil.

Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, por eso el artículo 330 del Código sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación. Sin embargo, además es preciso señalar, que no se debe confundir la medida cautelar de embargo con la ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que se produzca la separación de patrimonios".

(Cas. N° 938-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 162)

"Esta Corte Suprema tiene establecido que es procedente el embargo de los derechos y acciones que tiene el cónyuge deudor sobre los bienes sociales.

El artículo 301 del Código Civil establece que en el régimen de la sociedad de gananciales hay bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad. De acuerdo a lo normado por los artículos 303 y 307 del Código acotado; los bienes propios son administrados y dispuestos en forma independiente y responden de las obligaciones particulares de cada cónyuge; en cambio, los bienes sociales deben ser administrados y dispuestos en forma mancomunada por ambos cónyuges, conforme a lo dispuesto por los artículos 313 y 315 del Código Sustantivo.

La sociedad conyugal ha sido considerada como patrimonio autónomo por el artículo 65 del Código adjetivo, para efectos de su representación en juicio, lo que no determina que sus bienes sean inembargables.

Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación; por eso el artículo 330 del Código sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución de régimen patrimonial, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le correspondería en caso de liquidación. Además, no se debe confundir la medida cautelar de embargo con la ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que no se produzca la separación de patrimonios".

(Cas. N° 1718-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 162)

## PLENO JURISDICCIONAL

### PLENO JURISDICCIONAL DE FAMILIA 1998.

#### TEMA N° 7: EMBARGABILIDAD DE LOS DERECHOS Y ACCIONES DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

"7.1. ¿Pueden ser embargados los derechos y acciones de uno de los cónyuges por deudas alimentarias del otro?

#### MOTIVACIÓN:

Estos regímenes patrimoniales en el matrimonio, según el artículo 295 y siguientes, del Código Civil son como ya se tiene conocimiento el de separación de patrimonios y el de sociedad de gananciales, este último constituido por bienes propios y bienes sociales.

Como resulta obvio, el tema propuesto debe entenderse en relación al régimen de sociedad de gananciales.

Ahora bien, las deudas contraídas por los cónyuges tienen el siguiente tratamiento:

a) Las contraídas antes del matrimonio: según el artículo 307 del C.C. serán pagadas con los bienes propios del cónyuge que las contrajo, a menos que lo hayan sido a favor del futuro hogar.

b) Las contraídas durante la vigencia del matrimonio:

- Por deudas de ambos cónyuges, responden los bienes sociales, artículo 317 del C.C.

- Deudas personales: Si han sido en beneficio de la familia, responden los bienes sociales, en analogía con el caso anterior. Si lo han sido en beneficio propio, contrario sensu, no responden los bienes sociales, menos aún los bienes propios del otro cónyuge.

Con estos antecedentes, cabe formular la siguiente interrogante: ¿Son embargables los derechos y acciones de uno de los cónyuges para responder por sus deudas personales?

Para responder a esta interrogante es necesario analizar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales:

a) Existe un sector de la Doctrina que sostiene que debe asimilarse al régimen de la copropiedad, para quienes es posible embargar la cuota del cónyuge deudor. Este ha sido el criterio preponderante de la Jurisprudencia Nacional en defensa del acreedor; sin embargo, debe reservarse el remate del bien hasta el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

b) El otro sector, de mayor raigambre jurídica en los últimos tiempos, sostiene que se trata más bien de un "patrimonio autónomo" e indivisible, integrado por un universo de bienes, en el que no existen cuotas ideales. Desde esta perspectiva no serían embargables tales derechos y acciones".

(11 Pleno Jurisdiccional, Acuerdo NS! 7, Cajamarca, 1998)

## FENECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

### ARTICULO 331

El régimen de separación de patrimonios fenece en los casos del artículo 318, incisos 1,3,5 Y 6.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 296 y ss., 318 y ss., 348 y ss.

### Comentario

*Jorge Echeandía Cevallos*

Las causales de fenecimiento de la sociedad de gananciales señaladas en el artículo 318 del presente Código, aplicables también al fenecimiento del régimen de separación de patrimonios, son las siguientes: invalidación del matrimonio (inciso 1); divorcio (inciso 3); muerte de uno de los cónyuges (inciso 5); y cambio de régimen patrimonial (inciso 6).

Como se sabe, la invalidez del matrimonio por las causal es que la ley establece, deja insubsistente el vínculo matrimonial, por lo cual queda sin efecto el régimen patrimonial que se mantuvo vigente mientras duró del matrimonio.

Por su parte el divorcio extingue el vínculo matrimonial y, en consecuencia, queda sin efecto la causa que originó el surgimiento del régimen patrimonial bajo el cual se rigieron los cónyuges durante la vigencia de la relación conyugal.

De otro lado, al considerar a la muerte como causal de fenecimiento del régimen de separación de patrimonios, la ley no hace distinciones entre la muerte física y la muerte presunta. Por ello, esta última será considerada igualmente como una causal válida para efectos del fenecimiento del mencionado régimen patrimonial.

Respecto a este punto se ha señalado que "por el reconocimiento de existencia del declarado muerto presunto, el matrimonio no se reconstituye; por ser la disolución del vínculo un efecto de la declaración de muerte presunta. Siendo así, menos aún se restablece el régimen de sociedad de gananciales" (PLACIDO). De igual forma y atendiendo a la razón expuesta, consideramos que tampoco se restablecerá el régimen de separación de patrimonios, si fuera el caso, en el supuesto que se produzca el reconocimiento de existencia del muerto presunto.

Con relación al cambio de régimen patrimonial no cabe mayor comentario; evidentemente una vez que los cónyuges han sustituido su régimen de separación de patrimonios por el de sociedad de gananciales, fenecerá el primero, eliminándose además la anotación registral impuesta en su momento. Es pertinente agregar que, a diferencia del artículo 318 referido al fenecimiento de la sociedad de gananciales, no se consideran causales para la terminación del régimen de separación de patrimonios la separación de cuerpos y la declaración de ausencia. Al respecto apunta Echeopar que "la razón de esta



diferencia es que, en cuanto a la separación de cuerpos, ésta lleva consigo la separación de patrimonios, Y en lo referente a la declaración de ausencia ella es perfectamente compatible con el régimen de separación de patrimonios en que todos los bienes son administrados por sus respectivos dueños, lo que no ocurre en el caso del régimen de sociedad de gananciales en el que los bienes sociales son administrados por ambos cónyuges" (ECHECOPAR).

Por último, la doctrina ha señalado que "de ocurrir el feneamiento de este régimen, simplemente debe entregarse a su propietario los bienes que estuviesen en poder del otro cónyuge; salvo que medie alguna eventualidad que autorice el derecho de retención, por ser éste acreedor de aquél y su crédito no esté suficientemente garantizado" (PLÁCIDO).

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET!-Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERa, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Régimen legal de bienes en el matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 1999; PLÁCIDO V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Lima, Gaceta Jurídica, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.

# **CAPÍTULO PRIMERO**

## **SEPARACIÓN DE CUERPOS**

### **DEFINICIÓN DE SEPARACIÓN DE CUERPOS**

#### **ARTICULO 332**

La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

#### **CONCORDANCIAS:**

c.	art.4
c.c.	arts. 289, 301 Y ss.
c.p.c.	arts. 480 y ss., 546 inc. 2);
LEY 26497	573, 677, 680 arto 44 inc. i)
D.S.015-98-PCM	art. 3 inc. q)

#### **Comentario**

***Carola Bustamante Rosales***

#### **1. .Separación de cuerpos**

La separación de cuerpos es una institución del Derecho de Familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión judicial que suspende los deberes relativos al lecho y habitación, y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales (PERALTA ANOÍA).

En el sistema jurídico argentino la separación personal, que no disuelve el vínculo matrimonial, y el divorcio vincular constituyen situaciones que la ley prevé frente al conflicto matrimonial. La separación personal se limita a autorizar a los cónyuges a vivir separados, sin que ninguno de ellos readquiera la aptitud nupcial' en tanto, tras el divorcio vincular los cónyuges pueden volver a contraer nuevo matrimonio (ZANNONI).

Del mismo modo, la doctrina moderna considera a la separación de cuerpos como una institución absolutamente independiente de la figura del divorcio. En la separación de cuerpos solo se produce el decaimiento conyugal y no precisamente su terminación o disolución, por eso podría ser tomado como una causa de divorcio, es decir, como un medio para llegar a él, pero no como el divorcio mismo.

Debe tenerse en cuenta que la institucionalización de la unión intersexual, es decir, la unión entre un hombre y una mujer que llamamos matrimonio, se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales (BOSSERT y ZANNONI). Al producirse la unión matrimonial, nacen deberes y derechos para

los cónyuges, los cuales se quebrantan cuando se produce la separación de cuerpos.

En nuestro ordenamiento civil, la separación de cuerpos ha sido regulada independientemente del divorcio, por consiguiente ya no es posible referirse al divorcio relativo (decaimiento matrimonial) y al divorcio absoluto (disolución del vínculo conyugal) como a las dos caras de una misma moneda (PERALTA ANDÍA).

Antes de seguir analizando la norma se debe diferenciar la separación de cuerpos declarada judicialmente de la simple separación de hecho, que se da cuando los cónyuges dejan de hacer vida en común pero no cuentan para ello con ninguna decisión judicial que declare dicha situación. Para que se declare judicialmente la separación de cuerpos es necesario que quien inicie el proceso acredite cualquiera de las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil o que ambos cónyuges soliciten la separación convencional.

## 2. Efectos de la separación de cuerpos

Como consecuencia de la separación de cuerpos se producen determinados efectos en las relaciones personales y económicas de los cónyuges. La norma comentada establece que dichos efectos son los siguientes:

- Suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación. En consecuencia, al producirse la separación de cuerpos, cada uno de los cónyuges establecerá su propio domicilio, lo que a su vez implica la suspensión del débito conyugal que es el derecho del cónyuge a que el otro consorte sostenga relaciones sexuales con él.
- Subsistencia del vínculo matrimonial. Si bien como consecuencia de la separación de cuerpos cesa la obligación de hacer vida en común, los cónyuges se encuentran impedidos de contraer nuevas nupcias debido a que el vínculo matrimonial se mantiene vigente, lo que implica a su vez que subsiste el deber recíproco de la fidelidad.

En efecto, el deber de fidelidad previsto en el artículo 288 del Código Civil no cesa como consecuencia de la separación de cuerpos, por lo que aun cuando los cónyuges vivan en domicilios separados deben respetar la continencia sexual, que es el deber del cónyuge de abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceras personas.

Fin del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales. Tanto la norma comentada como el numeral 2) del artículo 318 del Código Civil disponen que el régimen de sociedad de gananciales fenece por la separación de cuerpos. Como consecuencia de ello, se procederá a la liquidación del indicado régimen patrimonial de conformidad con las reglas contenidas en los artículos 320 al 324 del Código Sustantivo, quedando los cónyuges bajo el régimen de separación de patrimonios.

Si bien la norma no señala expresamente que la separación de cuerpos conlleve otros efectos, además de los explicados precedentemente, existen consecuencias que se desprenden de la separación de cuerpos tales como:

- La obligación de pagar una pensión alimenticia, cuyo monto será fijado por el juez atendiendo a las circunstancias de ambos cónyuges o acogiendo lo propuesto por aquellos en caso de que la separación de cuerpos sea convencional. En efecto, por disposición expresa del artículo 483 del Código Procesal Civil, a la pretensión de separación de cuerpos deben acumularse, entre otros, las pretensiones relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges, tales como la de alimentos; en tal virtud, el juez para fijar la cuantía de la pensión alimenticia deberá analizar las posibilidades y necesidades de las partes.

En cambio, tratándose de una separación de cuerpos convencional, el ordenamiento procesal dispone que los cónyuges deben anexar a la demanda la propuesta de convenio que regule, entre otros, el régimen de alimentos. No obstante, para que rija lo convenido por las partes es necesario que el juzgador acoja el convenio propuesto por aquéllas en la sentencia.

- Pérdida de los derechos hereditarios. Esta circunstancia se presenta únicamente cuando la separación de cuerpos no es convencional pues solo pierde los derechos hereditarios el cónyuge separado por culpa suya.

- En cuanto a los hijos, la sentencia que declare la separación de cuerpos también debe regular los aspectos concernientes a los alimentos, tenencia, régimen de visitas y el ejercicio de la patria potestad. Para ello se tendrá en cuenta la causal de separación o el convenio presentado por los cónyuges en caso de separación convencional.

### 3. Fin de la separación de cuerpos

El estado de separación de cuerpos, legalmente establecido por la sentencia respectiva, puede terminar de dos modos: por la completa ruptura del vínculo o por la renormalización de la vida conyugal (CORNEJO CHAVEZ). En el primer caso, estamos ante el divorcio, el cual disuelve el vínculo matrimonial. '

En el segundo caso, si los cónyuges se reconcilian, cesan los efectos de la separación de cuerpos. Ahora bien, el momento en que se lleve a cabo la reconciliación determinará que el proceso correspondiente no continúe, si aún no se ha expedido sentencia, o que la reconciliación deba ser inscrita en el registro personal, si es que aquella ocurre después de ejecutoriada la sentencia que declara la separación de cuerpos.

No obstante, en caso de que la sociedad de gananciales ya haya sido liquidada, los cónyuges reconciliados deberán optar nuevamente por uno de los regímenes patrimoniales que establece nuestro ordenamiento civil: sociedad de gananciales o separación de patrimonios.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; PLÁCIDO V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque al estudio del Derecho de Familia. 2ª edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2002; PERALTA ANDÍA, Javier.

Derecho de Familia en el Código Civil. 1ª edición. Idemsa. Lima, 1993; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 8ª edición. Librería Studium. Lima, 1991; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. 5ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 2000.

## CAUSALES DE SEPARACIÓN DE CUERPOS

### ARTICULO 333

Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9. La homosexualidad sobreviviente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio. (\*)

(.) La parte introductoria y los rubros 1 al 6 de estos comentarios han sido elaborados por el Dr. Alex Plácido V., con excepción del apartado 1) del rubro 6 (sobre la causal de separación de hecho) que ha sido desarrollado por la Dra. Carmen Julia Cabello.

### CONCORDANCIAS:

- C. arto 4
- C.C. art5. 243 ¶ne. 3), 294 ¶ne. 3), 336, 337, 338, 339, 347, 349, 354, 465, 586, 588, 687, 746, 783, 786
- C.p. arto 28
- C.P.C. art5. 480 y 55., 573

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley 27495 del 7-07-2001.

### Comentario

**Alex Plácido Vilcachagua**  
**Carmen Julia Cabello Matamaltf**

El matrimonio válido termina generalmente con la muerte física de uno o ambos cónyuges, por estar destinada a perdurar hasta ese instante. Pero su decaimiento y disolución puede ser anticipada. Situaciones de hecho determinadas adquieren relevancia jurídica para provocar esa anticipación.

La separación personal, que no disuelve el vínculo matrimonial, y el divorcio vincular constituyen situaciones que la ley prevé, frente al conflicto matrimonial. La separación personal se limita a autorizar a los cónyuges a vivir separados sin que ninguno de ellos readquiera la aptitud nupcial, en tanto que tras el divorcio vincular los cónyuges pueden volver a contraer nuevo matrimonio.

Como soluciones que brinda la ley ante situaciones de conflicto matrimonial la separación personal y el divorcio vincular pueden aparecer como soluciones alternativas o autónomas, o, finalmente ser la separación de cuerpos una solución previa al divorcio vincular.

En el Derecho Comparado, en la actualidad, es mayoritaria la tendencia a legislar autónomamente la separación de cuerpos y el divorcio, y, simultáneamente, prever la conversión de la separación personal en divorcio vincular. La separación, institución heredada del Derecho Canónico medieval como remedio a los matrimonios rotos sin llegar a la disolución del vínculo, se ha mantenido en los diversos Códigos por el prestigio que ejerció el Código Civil francés que ha influido en todas ellas, y por la necesidad de conceder una solución para los matrimonios en dificultades cuando los esposos tienen escrúpulos de conciencia para acudir al divorcio.

En el Derecho de Familia, al menos dentro de lo que podemos llamar la tradición liberal, se ha profundizado un carácter no autoritario de la legislación, que no se manifiesta sólo en la eliminación de las relaciones de subordinación entre los miembros del grupo familiar, sino también en la renuncia a imponer a los ciudadanos, diferentes en ideas y creencias, un modelo único de moral familiar, más allá de las estrictas exigencias del orden público. Es previsible, pues, que algunas personas estén dispuestas a separarse personalmente, pero no acepten inicialmente una petición de divorcio vincular. De ahí que se conserve la mera separación personal como alternativa posible, aunque la separación de cuerpos en cuanto impone un celibato a quienes ya han vivido en matrimonio, pueda convertirse en una situación poco frecuente.

Nuestro Código Civil, regula la separación de cuerpos y el divorcio en forma independiente, admitiendo la conversión de la separación personal en divorcio vincular; pero impone la separación de cuerpos como un paso previo y obligatorio al divorcio, cuando se invoca la causal de separación convencional.

1. La separación personal y el divorcio vincular como sanción (por culpa) y como remedio (objetivo)

Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por ley, como adulterio, abandono, injurias graves, etc. Si los hechos no fueren probados, el juez debe

desestimar la demanda, aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. En síntesis: la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc.

La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables: la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por esto, se acepta la separación personal o el divorcio vincular por petición conjunta de los esposos, en la que ellos están dispensados de poner de manifiesto las causas que motivan su petición.

La concepción del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquél se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges, que se traduce en la frustración de la finalidad del matrimonio, por lo que el otro cuenta con interés legítimo para demandar; si no le fuera dable imputarle alguno de los incumplimientos aludidos que la ley denomina como "causales" faltaría el sustento mismo de la acción. La concepción del divorcio como remedio se sustenta en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar.

La diferencia sustancial entre la concepción del divorcio sanción y del divorcio remedio, reside en que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio; mientras que la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto. Al respecto, se sostiene que "la doctrina del divorcio-sanción atraviesa en la actualidad por serios aprietos. Los conceptos de "culpable" e "inocente", son a todas luces insuficientes para comprender las crisis de las parejas desavenidas. No logra la aplicación de estas categorías tradicionales otra cosa que agudizar los conflictos sin resolverlos, pues, instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que sacarán a relucir las miserias del otro, o, terminarán inventándolas para conseguir el divorcio.

Este problema se agrava con la forma adversarial y litigiosa como está diseñado el proceso civil, en cuya atmósfera los interesados representan nada más que partes contendientes" (RAMOS NÚÑEZ, p. 76).

De otra parte, se afirma que "la consagración del divorcio-remedio, altera radicalmente el fundamento de la institución del divorcio y representa una idea nueva del matrimonio y de la familia. En la práctica asistimos al derrumbe del sistema del divorcio-sanción por causas específicas y bien determinadas. Sistema que está en tránsito de abandonar numerosos países. Predomina la



tendencia a la liberalización del divorcio que se traduce en la adopción del divorcio-quebra o por causas objetivas descritas por ley, sin perjuicio de la custodia de los intereses sociales, de los cónyuges y de los hijos" (RAMOS NÚÑEZ, p. 79).

También debe observarse que la regulación del divorcio por mutuo consentimiento no responde a una concepción contractualista del matrimonio, se trata de una solución al conflicto conyugal que no recibe adecuada respuesta a través del régimen del divorcio como sanción, por cuanto no necesariamente debe mediar la comisión de hechos inculpatorios para que surja el conflicto conyugal.

## 2. Los sistemas de separación personal y divorcio vincular.

Los sistemas legislativos que siguen la tesis del divorcio como sanción, que requiere la existencia de causas legales de inculpación de un cónyuge frente al otro, regulan las denominadas causas subjetivas o culpables en forma taxativa; de tal forma que, la pretensión de divorcio comprende la causal invocada. Los sistemas legislativos que siguen la concepción del divorcio como remedio, que aprecian la frustración de la finalidad del matrimonio, admiten el acuerdo de los cónyuges evitando toda inculpación y, de otra parte, el propio hecho de la separación efectiva o cese de la convivencia, sin indagar sus motivaciones; tratando, entonces, las llamadas causas objetivas.

Caben así dos sistemas: subjetivo, o de la culpa de un cónyuge, y objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial, constatada a través del mutuo acuerdo de los propios cónyuges o del cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo.

Estos dos sistemas tan opuestos, cuya filosofía es contradictoria en un plano ontológico, son también combinables y pueden informar a la vez una determinada ley, dando lugar a sistemas mixtos; aunque en ellos parece quebrarse su propia filosofía. Sin embargo, por razones sociológicas, son frecuentes estos sistemas mixtos.

Los sistemas mixtos son, a su vez, complejos, en los que se conserva la posibilidad tradicional de la inculpación, con la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente Y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconvenional; y, se prevé causas no inculpatorias, con la consecuencia que cualquiera de los cónyuges está legitimado para demandar al otro. De otro lado, los efectos personales y patrimoniales del divorcio-sanción, pueden ser aplicables a quienes acuden a las causal es no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo de ese sistema.

## 3. Los sistemas legislativos en materia de regulación de las causas de separación personal y divorcio vincular

También se distinguen dos sistemas legislativos en materia de regulación de las causas de separación personal y divorcio vincular. Son ellos el de la determinación y el de la indeterminación de causas. El primero consiste en la enunciación legislativa de los hechos que pueden dar causa a la separación personal y al divorcio vincular; con ello se excluye todo otro motivo

para el mismo, y la enumeración legal tiene, en general, carácter taxativo; en caso contrario, se estaría en presencia de un sistema que podría denominarse determinatorio atenuado.

El sistema no determinatorio o de indeterminación de causas valora como causales de separación personal y divorcio vincular a todos los hechos que, a criterio del juzgador, deben conducir a la declaración del mismo, y en principio, admite también el divorcio por consentimiento.

Se contemplan dos sistemas: el de causas determinadas, en el que -a nivel legislativo- se señalan los hechos que pueden dar lugar a la separación personal y al divorcio vincular, quedando excluidos cualquier otro supuesto; y, el de indeterminación de causas en el que -a nivel legislativo- se precisa genéricamente que todo hecho que suponga la infracción grave o reiterada de los deberes conyugales puede dar lugar a la separación personal y al divorcio vincular.

La implantación del sistema del divorcio por causas determinadas responde a las ideas acerca del matrimonio como institución perpetua por naturaleza, que sólo admiten el divorcio en casos excepcionales, como solución a situaciones irremediables.

Con ese criterio las leyes enumeran una serie de motivos que constituyen la base para la pretensión y luego el fundamento para la sentencia. En ese sentido, se subraya el carácter taxativo de la enumeración legal para desechar cualquier otro motivo susceptible de ser invocado para poner en ejercicio la acción respectiva. Conforme con ese criterio riguroso se ha declarado que no puede concederse el divorcio por causales distintas a las enunciadas en la ley civil.

Sin embargo, no pueden desconocerse las decisiones jurisprudenciales que se esfuerzan por completar el cuadro que el legislador ha dejado con muchas lagunas, en virtud de que los motivos enunciados en la ley no agotan, ni mucho, la totalidad de posibilidades que la realidad ofrece. Ello ha ocurrido, eventualmente en el Derecho peruano y, con mayor incidencia, en el comparado. Es decir que, pesar del propósito de reunir en la ley todos los principios que deban regir la separación personal y el divorcio, la regla de la determinación sufre atenuaciones por efecto de la labor de los magistrados que procuran morigerar los efectos inconvenientes de una excesiva limitación.

Parece un poco temeraria una afirmación como la referida a la necesaria limitación, si se tiene en cuenta la amplitud del concepto de injuria grave y, ahora con la reforma de la Ley N° 27495, de imposibilidad de hacer vida común. Y es que las distintas causales de divorcio que la ley distingue no son más que otras tantas variantes de una sola y fundamental: la injuria grave; y que, todas ellas, determinan, en última instancia, la imposibilidad de hacer vida común. Si a pesar del carácter que se adjudica a la enumeración de la ley, se reconoce que ella no hace sino caracterizar supuestos distintos de un concepto omnicompreensivo, puede admitirse sin violencias la orientación jurisprudencial que admite como causales de separación personal o de divorcio hechos que no

están específicamente determinados en la ley, pero que reúnen todos los requisitos de las causales enunciadas en cuanto a violación de los deberes conyugales, ofensa a la dignidad del cónyuge e imposibilidad de continuación de la convivencia.

¿Quiere ello decir que la enumeración legal de las causas de divorcio resulta desprovista de toda utilidad? La respuesta es, indudablemente, negativa. La enumeración tiene la ventaja de no permitir discusión cuando se encuentra probada en autos la configuración de alguna de las causal es mencionadas; si se reúnen elementos de juicio como para establecer la existencia de cualquiera de los motivos que cita la ley, el juzgador deberá decretar la separación personal o el divorcio, según se demande. Quedan reservados, entonces, al criterio judicial la calificación de todos los innumerables hechos que pueden ser invocados como motivos de separación personal o de divorcio, que no admiten una calificación categórica conforme a la ley, y que sin embargo, deben ser considerados suficientes para decretarlo, especialmente cuando se trate de hechos comprendidos en el amplio rubro de la injuria grave, ahora desplazada por el de imposibilidad de hacer vida común.

#### 4. El sistema del Derecho peruano de separación personal y de divorcio vincular

Nuestro Código Civil de 1984 -puesto de manifiesto más aún, con la reforma introducida por la Ley N° 27495- sigue un sistema mixto, en que caben diversas vías para obtener la separación personal y el divorcio vincular. Admite el mutuo consentimiento (separación convencional) únicamente para invocar la separación personal o de cuerpos, la que puede convertirse después en divorcio vincular; contempla causas de inculpación (incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales) de un cónyuge frente al otro, que pueden ser alegadas tanto para demandar la separación personal o de cuerpos, como el divorcio vincular, conjuntamente con causas no inculpatorias (separación de hecho y separación convencional); y, permite el divorcio ulterior cuando se declara la separación de cuerpos por causas inculpatorias.

Además, es un sistema complejo, por cuanto contempla causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del "divorcio-sanción" (artículo 333, incisos 1 al 11, del Código Civil), con la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconventional; y, también, causal es no inculpatorias de la separación de hecho y del acuerdo de los cónyuges, del sistema del "divorcio-remedio" (artículo 333, incisos 12 y 13, del Código Civil), con la consecuencia que cualquiera de los cónyuges está legitimado para demandar al otro. Evidenciándose, también, en los efectos personales y patrimoniales, cuando se extienden los del divorcio-sanción a quienes acuden a las causales no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo del sistema de divorcio-remedio.

#### 5. El concepto de causa y los caracteres de los hechos que pueden dar causa a la separación personal y al divorcio vincular

Para determinar el concepto de causa de separación personal o de divorcio vincular es necesario delimitar las nociones de hecho y de causa. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que la causa de separación personal o de divorcio vincular, jurídicamente relevante, no es sino el marbete o etiqueta destinada a colocarse sobre cierto tipo de acciones perturbadoras del orden conyugal.

Los hechos constitutivos de la causa determinante de la separación personal o del divorcio vincular son acciones u omisiones cometidas por uno o ambos cónyuges que revelan el incumplimiento de los deberes conyugales o la violación de ellos, y en consecuencia configuran la causa de separación personal o de divorcio vincular.

Las causas de separación personal o de divorcio vincular son supuestos de hecho que, en definitiva, implican una grave violación de los deberes del matrimonio.

Ello ha permitido afirmar que "todas las causal es no son sino variantes de una sola y fundamental: la injuria grave, que vendría así a ser la causal única de divorcio que subsume a las demás, las cuales no serían sino casos particulares de ella" (BELLUSCIO, p. 396); debiéndose agregar que, para el caso peruano, la causal de imposibilidad de hacer vida común queda reservada para los hechos violatorios de deberes matrimoniales que no encuadren en alguna de las demás causales, por lo que se trata ahora de la causal residual -en cuanto incluye hechos agraviantes no comprendidos en las demás- pero no de una causal genérica.

Los hechos que pueden dar causa al divorcio tienen los siguientes requisitos comunes:

a) Gravedad, esto es, que los hechos producidos deben crear entre los cónyuges una situación imposible de ser sobrellevada con dignidad, atentando contra la convivencia conyugal de modo tal que excedan el margen de tolerancia humana. Debe ser de tal gravedad que hagan imposible moral o materialmente la vida en común de los consortes. De no ser así, no se justificaría una solución de importancia tal como la separación personal o el divorcio vincular.

b) Imputabilidad, esto es, que los hechos producidos deben ser resultado de una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen, lo que supone un comportamiento consciente y responsable. Por consiguiente, si uno de los cónyuges comete actos que constituyen causal es de divorcio en estado de enajenación mental u otro estado de conciencia equiparable, el otro no puede invocarlos para demandar el divorcio. Lo mismo ocurre si fueron ejecutados bajo el imperio de una coacción irresistible; pero no si la irresponsabilidad resulta de hechos imputables al acusado, como en caso de embriaguez alcohólica o intoxicación con estupefacientes voluntarias. Es, pues, necesario tener en cuenta si la conducta culpable está dentro de la esfera de los actos o hechos voluntarios.

e) Invocabilidad, esto es, que los hechos producidos sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió. Los hechos constitutivos de causas de separación personal y de divorcio vincular sólo pueden ser invocados por el cónyuge perjudicado, es decir por aquél cuyos derechos hayan sido menoscabados. El cónyuge culpable no puede demandar por divorcio: es una consecuencia del principio general de que nadie puede alegar su propia torpeza; ello, respecto de las causas inculatorias.

Tratándose de las causas no inculatorias, cualquiera de los cónyuges está legitimado para invocar los hechos que configuran la causal por cuanto la permanencia en el tiempo del quiebre del matrimonio es la demostración de una definitiva ruptura de la vida en común y un fracaso del matrimonio que queda evidenciado de manera objetiva. En tal sentido, resulta éticamente permitido que cualquiera de los cónyuges -y, por tanto, también el culpable- alegue la causal no inculatoria cuando no quiere permanecer vinculado; lo que constituye la clara exteriorización de que ello es definitivo y desvanece cualquier esperanza de reanudación de la vida conyugal.

d) posterioridad al matrimonio, esto es, que los hechos producidos deben haberse realizado después de celebrado el matrimonio, sin perjuicio de que los anteriores puedan ser tenidos en cuenta como antecedentes, o cuando se trata de actos de inconducta ocultados o revelados después del matrimonio en condiciones afrentosas para el cónyuge. De otra manera, los hechos anteriores, o bien configuran causales de invalidez del matrimonio, o bien son irrelevantes.

Además, los hechos constitutivos de causales de separación personal o divorcio vincular, alegados para iniciar la acción, debe ser probados en el juicio. Ello es consecuencia de la exclusión, en nuestra legislación, del divorcio por mutuo consentimiento. Pueden ser probados por todos los medios de prueba admitidos.

## 6. Las causas de la separación de cuerpos

### a) El adulterio

En términos generales se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge.

Se trata, por ello, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad (continencia sexual conyugal) recíproco que se deben los esposos.

A los efectos de la separación personal o el divorcio, el adulterio no queda tipificado de modo distinto para la mujer y para el marido. Como todo acto ilícito, el adulterio requiere no sólo el elemento material constituido por la unión sexual fuera del lecho conyugal, sino la imputabilidad del cónyuge que determina la atribución de culpabilidad. Por tanto, no incurriría en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con un hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible -supuesto de violación- o en el singular caso de que tuviera relaciones con quien cree que es su marido sin serio. "Es sólo en la concurrencia de ambos elementos, de naturaleza objetiva

uno (cópula sexual) y subjetiva el otro (intencionalidad), que puede configurarse el adulterio" (CABELLO, p. 59).

El adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente. Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre, p. ej" con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de éste, la prueba del concubinato público, etc. En todo caso, si ellas no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán para configurar la causal de injuria grave, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo con las circunstancias del caso.

Sobre esta causal debe considerarse que es improcedente su invocación si el cónyuge que la imputa provocó, consintió o perdonó el adulterio. La misma consecuencia se produce si media cohabitación entre los cónyuges con posterioridad al conocimiento del adulterio, lo que también impide proseguir con el proceso (artículo 336 del Código Civil).

De otra parte, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por la causal de divorcio caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida (artículo 339 del Código Civil). A este respecto, debe observarse que el plazo máximo de cinco años establece el límite temporal mayor para ejercer la pretensión, dentro del cual debe tomarse conocimiento de la causa por el ofendido. No obstante, la pretensión siempre estará expedita mientras subsista el adulterio (caso del adulterio continuado, como ocurre cuando se tiene una vigente y actual relación de convivencia extramatrimonial-unión de hecho impropia-), por cuanto no han concluido los efectos del mismo para considerarlo un hecho producido -supuesto a que se refiere expresamente la norma citada-.

b) La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias

El texto original del inciso 2 del artículo 333 del Código Civil, denominaba esta causal como sevicia; la que consistía en los actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir material o moralmente a un cónyuge. La reforma legislativa introducida por el Código Procesal Civil, no sólo eliminaba la incertidumbre y grandes dificultades que se presentaban sobre la probanza del propósito de hacer sufrir y la crueldad en la ejecución del acto; sino que, además y de manera objetiva, resalta como elementos constitutivos a la fuerza irresistible y las consecuencias que ella provoca, sean corporales o psicológicas.

La denominada violencia física está referida a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro.

La consideración de esta causal es independiente del juzgamiento que procedería realizar en sede penal por las lesiones sufridas, sea por configurar

un delito o una falta; por lo que el juez de familia puede resolver la demanda de divorcio por esta causal si llega al convencimiento de la prueba del hecho imputado, lo que evitará la existencia de sentencias contradictorias. La probanza de esta causal consistirá en el examen del estado físico del cónyuge afectado.

La llamada violencia psicológica está referida a los daños síquicos que se aflige a un cónyuge por la conducta del otro.

El daño síquico consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo, de carácter patológico, del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y de reconocida magnitud. Este daño puede originar desde la relativa pérdida de autonomía negocial hasta limitaciones de diversa magnitud en el disfrute de la vida, sin dejar de mencionar las dificultades o la imposibilidad para acceder al trabajo, la pérdida de capacidad de la persona para valerse por sí misma, la perturbación experimentada en la vida de relación familiar y social, la repercusión en los afectos y en la creatividad, las depresiones e inhibiciones en general. El daño psicológico genera, por consiguiente, una alteración de la personalidad del cónyuge, de su manera de proyectarse en la familia y en sociedad.

En cuanto a la probanza del daño síquico, debe considerarse que éste puede provenir de un preexistente daño físico o puede, contrariamente, ser autónomo, es decir, que no reconozca, al menos en forma primitiva, la existencia de un daño orgánico. De ahí que para evaluar el daño síquico debe analizarse previamente el estado físico de la persona a fin de determinar si el daño síquico es autónomo. Ello tiene por objeto determinar si el daño físico es la causa primaria del daño síquico o si, tan sólo, ha agravado un estado preexistente de menoscabo o desequilibrio síquico de naturaleza patológica en el cual se hallaba sumida la persona con anterioridad al daño sufrido.

De otra parte, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de producida la causa. Téngase presente lo expuesto al tratar la causal de adulterio, para el caso de las violencias continuas.

### c) El atentado contra la vida del cónyuge

Desde el punto de vista penal, la tentativa se caracteriza por el comienzo de ejecución de un delito.

En este caso, se trata del intento de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro, sean o no comunes, y fuese el cónyuge el autor principal, cómplice o instigador.

Como la calificación de la tentativa por el juez del divorcio no está sujeta a previo juzgamiento en sede penal, se ha planteado la cuestión de determinar si los actos preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista penal, pueden ser considerados como tentativa a los efectos del divorcio. Se ha sostenido que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituya causal de divorcio.

En sentido contrario, se ha dicho que si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituiría el presupuesto de la causal que estudiamos, sin perjuicio de que los hechos configuren injuria grave.

Nos parece preferible esta segunda posición, ya que aun cuando los actos preparatorios no sean punibles según el Derecho Penal, nada obsta a que constituyan injuria grave, y, en su caso, sean causal de divorcio.

De otra parte, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida

d) La injuria grave, que haga insoportable la vida en común

El artículo 2 de la Ley N° 27495 ha variado el inciso 4 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente tenor: "La injuria grave, que haga insoportable la vida en común". Se incorpora el elemento referido a la intolerancia de la convivencia marital.

A primera vista, pareciera intrascendente la reforma; por cuanto, es el elemento "gravedad" -la que se califica en función de circunstancias subjetivas, inherentes a las personas de los cónyuges, su contexto familiar, social y cultural- de la causal de injuria el que legitima la imposibilidad del cónyuge agraviado de continuar o reanudar su vida conyugal. Así, nuestra jurisprudencia ha establecido que "la injuria grave consiste en toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común" (Ejecutoria Suprema del 7-08-1992, citada por CABELLO, p. 145).

En todo caso, el cambio reafirma el criterio para evaluar la gravedad de la ofensa: el reiterado desprecio o menoscabo de un cónyuge hacia el otro, que hace insoportable la vida común.

No basta, para poder afirmar que existe una conducta injuriosa y vejatoria, alguna leve agresión o pequeña violencia que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro; no es, pues, suficiente sólo apreciar el resultado injurioso o vejatorio del comportamiento para la dignidad del consorte. Se requiere de la nota de gravedad que se aprecia en el reiterado desprecio, hábito perverso o ultraje hacia el cónyuge ofendido; lo que, en última instancia, hace insoportable la vida en común. Cabe señalar que el artículo 337 del Código Civil establece que la injuria grave es apreciada "por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges". Recuérdese que este criterio sigue vigente respecto de esta causal, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 018-96-lfTC.

Sin embargo y por la incorporación legislativa de la causal de "imposibilidad de hacer vida común", la injuria grave ha dejado de ser la causal residual.



Recuérdese la evolución que se ha producido en el concepto de injuria grave, primeramente apreciado en el Derecho francés. Originalmente, estuvo referida a los términos despectivos dirigidos por uno de los cónyuges contra el otro. Pero luego, fue ampliada -quizás como resultado de la evidencia de situaciones imputables a uno de los cónyuges que debían razonablemente fundar el divorcio sin poder ser encasilladas en una interpretación estricta de las causas legales- hasta hacer entrar en él todo acto que pudiese constituir una ofensa para el otro cónyuge. De tal modo, que se consideraba injuria grave a todas las violaciones de los derechos del otro cónyuge, o toda inejecución de las obligaciones derivadas del matrimonio, o bien los actos contrarios a las obligaciones legales de los consortes o a la dignidad del cónyuge; todo lo cual, imposibilita continuar o reanudar la vida común. En este sentido, las otras causas enumeradas en el artículo 333 del Código Civil implican, no sólo una injuria al cónyuge que la sufre, sino además y en última instancia, la imposibilidad de hacer vida común. Antes de la reforma introducida por la Ley 27495, hemos sostenido que "las demás causas enumeradas en el artículo 333 implican además, Y siempre, una injuria al cónyuge que la sufre" (PLÁCIDO, p. 199).

Por eso, la causal de "imposibilidad de hacer vida común" es ahora la causal omnímoda; resumiéndose la "injuria grave" a su concepción tradicional o inicial. De otra parte, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de producida la causa.

e) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

El artículo 333, inc. 5°, del Código Civil, establece que es causal para demandar la separación de cuerpos o el divorcio, el abandono injustificado de la casa conyugal.

Esta causal está referida al incumplimiento sin causa justa del deber de cohabitación.

Para su configuración el demandante deberá actuar: a) la prueba de la existencia domicilio conyugal constituido; y, b) la prueba del alejamiento unilateral del domicilio conyugal constituido, por un período mayor a dos años continuos o alternados; resultando necesario, además de invocar no haber dado motivos para ese alejamiento unilateral, acreditar el cumplimiento de los deberes-derechos paternofiliales para con los hijos. Por su parte el demandado deberá acreditar las causas que justifican su alejamiento, como podrían ser los supuestos de cese de la cohabitación por razones ajenas a su voluntad -p. ej., tratamiento por una enfermedad, para cumplir un trabajo o un estudio temporal, que resulta justificado- o que el abandono se debe a conductas del otro cónyuge -p. ej., actos de violencia física o psicológica, impedirle el ingreso al domicilio conyugal o expulsarlo de éste, etc.- Todo ello se sustenta en el criterio de quien ha hecho abandono de la convivencia, tendrá a su cargo probar las causas que lo justifican.

Téngase presente que el Código Civil de 1936 sustentó los criterios jurisprudenciales -que, lamentablemente, todavía subsisten- según los cuales corresponde al demandante acreditar las causas del alejamiento por parte del demandado; lo que, por lo general, importaba el requerir previamente alimentos

al abandonante. Ello era sí, por calificarse la causal como el abandono malicioso del hogar conyugal. Como la mala fe no se presume sino debe acreditarse, corresponde a quien la alega; en estos casos, la carga probatoria era del demandante. De otra parte, la malicia era apreciada en cuanto el abandono importara la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones familiares' por ello, se demandaba previamente una pensión de alimentos. Todas estas apreciaciones han quedado sin efecto al derogarse el mencionado Código Civil de 1936 y calificarse actualmente la causal como abandono injustificado de la casa conyugal.

Al respecto, Carmen Julia Cabello señala: "...el criterio judicial no es uniforme respecto de la apreciación del elemento subjetivo de la causal, un sector sostiene que el cambio de términos en su formulación ha conducido a la inversión de la carga de la prueba, afectando supuestos que antes se veían librados de sanción legal, como el apartamiento de la cónyuge que se dirigía a vivir con sus hijos a la casa de sus padres, en tanto no justifique las razones de tal comportamiento, mientras que la otra posición continúa requiriendo que el pretensor pruebe este elemento" (CABELLO, p. 228).

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan (artículo 339 del Código Civil).

f) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común

Dentro de la generalidad de la fórmula legal del inciso 6 del artículo 333 del Código Civil, se comprende una multiplicidad de hechos y situaciones que la realidad puede presentar y que escapan a toda posibilidad de enumeración.

No obstante la genérica redacción, debe apreciarse que concurren los dos extremos que establece la ley: si la conducta del cónyuge demandado es realmente deshonrosa, y si en efecto torna insoportable la convivencia; no siendo necesario requerir la "vida común" como condición de la misma.

Así, se considera que configura esta causal el dedicarse a la prostitución, al proxenetismo, a la delincuencia, a la comercialización de drogas, el despilfarrar bienes del matrimonio afectando la armónica convivencia, la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad menor a dos años, etc.

Téngase presente que el término "que haga insoportable la vida en común" debe ser comprendida extensivamente: sea que imposibilite la continuación de la convivencia o su reanudación. En el primer caso, los cónyuges todavía cohabitan en un mismo domicilio conyugal. En el segundo supuesto, "un cónyuge desde fuera del hogar le procura -al otro- deshonor y/o maledicencia en su ámbito social, profesional, etc." (CABELLO, p. 261).

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

g) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.

El artículo 2 de la Ley 27495 ha variado el inciso 7 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente texto: "El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347".

La calificación legal está referida al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. Se trata de una dependencia crónica a sustancias psicoactivas, como los estupefacientes (el opio y sus derivados conocidos como alcaloides narcóticos -la morfina, la heroína y la codeína-; la coca y sus derivados); los psicotrópicos (psicolépticos -hipnóticos o barbitúricos, sedativos ansiolíticos y neurolépticos-; psicoanalépticos -anfetamina-; y, psicodislépticos -marihuana, LSD, mescalina, psilocibina-); y, los inhalantes volátiles. También está considerado el alcoholismo.

Desde el punto de vista médico-legal, la drogadicción es una afección que conduce a situaciones de inimputabilidad derivadas de estados persistentes que, aunque no fueren psicóticos, denotan deterioros graves de las funciones volitivas e intelectivas del enfermo. Para su consideración como causal de divorcio, esa afección debe hacer imposible la vida en común.

Esto es así, por cuanto, si bien en el origen de la drogadicción existe de un modo u otro un acto libre e imputable al que lo padece, no debe perderse de vista que, como lo señala la toxicología moderna, esta afección reconoce factores etiológicos tanto endógenos (o individuales), vinculados a la personalidad del alcohólico o drogadicto, como exógenos (o ambientales). De ahí que se considere que clínicamente la drogadicción constituye en sí mismos personalidades anormales patológicas que, aunque no se califiquen de psicóticas, provocan desviaciones de conducta y peligrosidad socioambiental, proclividad al delito, y culpas, en formas de demencia -así, v. gr., las llamadas psicosis alucinógena; delirios paranoia alucinatoria, esclerosis cortical, y otras-; todo lo cual provoca trastornos de conducta que impiden la vida en común e, inclusive, la del cónyuge drogadicto con los hijos. Dichos trastornos son, también, de carácter permanente debido a la subordinación física y psíquica que experimenta la persona a la ingestión o uso periódico del alcohol o la droga.

Se ha introducido la excepción referida al citado artículo 347 del Código Civil que dispone "en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales".

Esta modificación resulta ser, en primer lugar, innecesaria; por cuanto, en la calificación legal de la causal ya se descarta la ingestión por razones terapéuticas o por prescripción médica. Así, se exige que el uso sea habitual e injustificado.

Pero, además y lo más grave, es que la reforma es inexcusable; ya que, por ser una norma de excepción, invita a interpretar restrictivamente que el consumo sólo está justificado cuando se la prescribe únicamente para los

casos de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges. Con ello, se descarta el carácter justificado de la ingestión en los supuestos de: aplicación de sedantes analgésicos, estimulantes e hipnóticos, que constituyen medicinas legales y que pueden ser y son usadas, en forma circunstancial o permanente, para otras dolencias físicas y síquicas; el uso recreacional de las drogas de tipo social, como son el alcohol y el tabaco; y, el uso circunstancial o permanente de inhalantes y drogas folklóricas, asociadas a las tradiciones culturales y costumbres del Perú.

Es por ello, que se demanda la inmediata corrección legislativa con la supresión de la aludida norma de excepción. Sin embargo, no debe perderse de vista que la falta de concurrencia del elemento gravedad-común a todas las causales determina que en tales supuestos no se configure la presente causal. La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

h) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio

El artículo 2 de la Ley N° 27495 ha variado el inciso 8 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente tenor: "La enfermedad grave de transmisión sexual eontraída después de la celebración del matrimonio". El texto anterior se refería a la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.

La reforma coincide con el criterio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que, en el año 1975, estableció la denominación de enfermedades de transmisión sexual (ETS) para las enfermedades que se adquieren por contacto sexual directo, independientemente que existen pocos casos adquiridos por otras vías (como heridas, instrumentos quirúrgicos, sangre, etc.), y que se diferencian de otras enfermedades infecciosas y parasitarias por la presencia del elemento sexual.

Entre ellas se consideran, inicialmente, a la sífilis, la blenorragia o gonorrea, el chancro blando, el linfogranuloma venéreo, el granuloma inguinal. En la actualidad, también se consideran la tricomoniasis, la moniliasis, el herpes genital, la uretritis no gonocócica, el condiloma acuminado, la escabiasis o sarna genital, la tiña inguinal, la pediculosis pubis y recientemente, se ha incluido el SIDA.

Si bien el fundamento de la causal se aprecia en el peligro significativo que, para la salud del cónyuge sano y su descendencia, constituye la enfermedad de transmisión sexual sufrida por el otro consorte; no se debe desconsiderar que la causal se circunscribe dentro del sistema del divorcio sanción y que, por ello, se exige acreditar la imputabilidad del cónyuge enfermo.

En consecuencia, no basta la prueba objetiva de haberse contraído la enfermedad de transmisión sexual después de celebrado el matrimonio; sino y sobretodo, debe acreditarse también que el contagio supone una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen. Debe recordarse que las

causas de divorcio culpable tienen como característica y requisito común la imputabilidad, esto es, que los hechos producidos deben ser resultado de una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen, lo que supone un comportamiento consciente y responsable.

Por ello y si bien la norma "no distingue entre enfermedad contraída mediante trato sexual o por medio extrasexual (que excepcionalmente también puede darse)", procede tal consideración en atención a las características del sistema subjetivo o de divorcio sanción al que pertenece esta causal. Ello se sustenta, además, en el deber de asistencia recíproca que impone el matrimonio y exige la debida atención al cónyuge enfermo inimputable. Así lo sostiene Carmen Julia Cabello, agregando que la causal no sanciona la infidelidad del cónyuge, que puede ser vista como adulterio u homosexualidad, según el caso (CABELLO, p. 281).

En tal sentido, no se configura la causal si el contagio es producto, por ejemplo, de una relación sexual no consentida o por la transfusión de sangre contaminada.

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan. En ese sentido, la recuperación del enfermo supone la insubsistencia de la causal.

#### i) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio

La homosexualidad se caracteriza porque el individuo siente atracción sexual por otra persona de su mismo sexo, por lo que puede ser masculina o femenina (lesbianismo).

Sobre esta materia, no debe perderse de vista que la causal legal no se configura solamente con la probanza de la conducta homosexual en el campo sexual, como el practicar el coito anal, friccionar el pene entre los muslos de la pareja, la masturbación recíproca y el contacto orogenital. Ello es así, por las diferentes variantes que puede adoptar esta variación de la sexualidad.

Las variantes que pueden presentarse en la homosexualidad van desde el aspecto y modales homosexuales; la bisexualidad, referida a individuos que sienten atracción sexual hacia ambos sexos; el travestismo, que se caracteriza porque el individuo experimenta una necesidad compulsiva de vestirse con ropa del otro sexo; y, el transexualismo, en el que existe pérdida de la identidad de género, el individuo siente que se encuentra dentro de un cuerpo del otro sexo, por lo que se comporta y viste de acuerdo al sexo que quiere tener, sometiéndose a tratamiento hormonal y quirúrgico para obtener un cuerpo adecuado a su identidad sexual.

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida.

#### j) La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Esta causal no va ligada a ningún hecho contrario al cónyuge que invoca la sentencia condenatoria como causal de separación de cuerpos o de divorcio. La motivación puede fundarse, bien desde la perspectiva del hecho de la separación fáctica que impone la privación de libertad, bien por contemplación de una conducta moral reprobable causante de la pena.

No puede invocar esta causal el cónyuge que conoció el delito antes de casarse. La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida.

k) La imposibilidad de hacer vida común, debidamente probada en proceso judicial

El artículo 2 de la Ley N° 27495 ha variado el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente texto: "La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial".

Se trata de la recepción legislativa, en nuestro sistema jurídico, de la tesis del matrimonio desquiciado o dislocado; vale decir, la consideración al grado que la desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado y, por ello, no puede alentarse esperanza alguna de reconstrucción del hogar. Se sustenta en la falta de interés social de mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos.

Antes de la reforma, la atención a esta tesis implicaba desconocer el régimen de divorcio sanción y enrolarse abiertamente en el de divorcio remedio, al admitir que situaciones objetivas diesen lugar al divorcio sin la prueba de la culpa de uno de los cónyuges. No obstante, la jurisprudencia de algunos países reaccionó luego para apreciar con menor severidad la prueba de la existencia de las causales legales de divorcio, teniendo en cuenta como elemento de juicio el dislocamiento del hogar. Tal es el caso de Argentina, en donde numerosos fallos, especialmente entre los años 1920 y 1940, marcaron una orientación jurisprudencial al apartarse de la limitación legal de las causales de divorcio al admitir éste en los casos en que no estaba acreditada ninguna de ellas pero surgía de la prueba que el matrimonio se hallaba "desquiciado" o "dislocado" (BELLUSCIO, p. 397).

Sin embargo, la innovación no implica haberse admitido la causal como puramente objetiva. Esto se aprecia en la vigencia, para esta causal, del principio de la invocabilidad contemplado en el artículo 335 del Código Civil: los hechos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida común y, por tanto, a obtener el divorcio sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió.

Ello responde al sistema mixto y complejo que sigue nuestro sistema jurídico, ya expuesto. Se trata de una nueva causal inculpatoria. En consecuencia, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida común y

quien los provocó a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio, al cónyuge culpable o inocente, según corresponda.

Recuérdese que, como toda causal de divorcio culpable -pues así ha sido regulada por la Ley N° 27495-, la imposibilidad de hacer vida común importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y, su imputabilidad al otro consorte; quien, con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio. Téngase presente que la imputabilidad no necesariamente significa la concurrencia de un propósito -animus- de provocar la frustración del fin del matrimonio -hacer vida común, artículo 234-; basta que los hechos importen errores de conducta de los que se tiene o debe tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales.

A pesar que la ratio legislatoris Jue la de identificar y encasillar esta nueva causal con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades -así lo exponía el congresista Aldo Estrada Pérez, en su condición de presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la República y uno de los autores de la iniciativa legislativa, en las entrevistas concedidas a los medios de comunicación-, se comprueba que ella nopuede ser invocada de esa manera por cuanto los factores que determinan tal incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino, por el contrario, de la pareja. En ese sentido, quien así la presenta, violenta el principio del artículo 335 del Código Civil: está fundando su demanda en un hecho propio.

Por eso y por tratarse de una causal inculpatoria, deben exponerse los hechos que, imputados al otro consorte, provocan la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común.

Una enumeración completa de los hechos que pueden configurar la causal de imposibilidad de hacer vida común es imposible, pues la variedad de circunstancias que puede presentar la vida real es tan grande, que siempre pueden producirse situaciones nuevas. A título ejemplificativo, pueden señalarse los siguientes casos:

a) Abusos de uno de los cónyuges contra el otro: como no permitirle la entrada al hogar; internarlo innecesariamente en un sanatorio para enfermos mentales; introducir clandestinamente en el hogar a personas ajenas a la familia.

b) Acciones judiciales: como la promoción de ciertas acciones judiciales infundadas como la de nulidad del matrimonio por existencia de otro anterior del esposo que no se acredita o por impotencia del marido no probada; la tramitación en el extranjero de una acción de divorcio vincular a espaldas del cónyuge; la promoción infundada y maliciosa de juicio de interdicción civil por insania.

c) Actitudes impropias de la condición de casado: como las salidas o viajes sin dar a conocer el paradero ni prevenir al otro cónyuge; la llegada habitual al hogar a altas horas de la noche, sus ausencias periódicas sin ánimo de abandonar el hogar común; la ocultación del estado de casados.

d) Cuestiones patrimoniales: como la promoción de una serie de demandas de divorcio desistidas con el fin de mantener una situación de pleito permanente para conseguir objetivos económicos; el apoderamiento de los muebles del hogar, trasladados a otro lugar so pretexto de mudanza; la venta simulada de un bien social para sustraerlo de la sociedad de gananciales; los repetidos requerimientos de dinero en préstamo a espaldas del otro cónyuge, unidos a la entrega de títulos valores falsificando la firma de éste.

e) Cuestiones sexuales: como la pretensión de que el cónyuge acceda a prácticas sexuales antinaturales o aberrantes; la negativa a consumir el matrimonio; el inmotivado incumplimiento del débito conyugal; la imposición de prácticas anticoncepcionales por uno de los cónyuges contra la voluntad del otro; el propósito reiterado de abortar; el ocultamiento de la esterilización practicada después del matrimonio.

f) Deficiencias de carácter: como el carácter fuerte y nervioso de uno de los cónyuges que produce incidentes a diario a pesar del buen trato del otro, que trataba de calmarlo; la intemperancia de un consorte en el trato conyugal; el carácter taciturno y poco comunicativo de un cónyuge que permanece muchos meses en silencio y sin dirigir la palabra al otro; el trato desconsiderado y manifiestamente grosero y la asunción de una actitud de superioridad frente al otro; el obligar a callarse, darle órdenes perentorias y hacerle recriminaciones ante terceros; la total indiferencia de uno de los cónyuges hacia el otro; las reiteradas amenazas de muerte.

g) Falta de aseo: como el grado extraordinario de falta de aseo y de observancia de las más elementales reglas de higiene; el descuido y desaliño extremos a pesar de la posición desahogada de la familia.

h) Incumplimiento de deberes derivados del matrimonio: como la falta de contribución al sostenimiento económico del hogar por parte de un cónyuge a pesar de tener medios para hacerlo, o cuando no los obtiene por su holgazanería, falta de apego al trabajo o desprecio de las oportunidades que se le presentan de obtener ocupación; la desatención de las tareas del hogar por un cónyuge o la realización de gastos personales por encima de las posibilidades económicas de la familia; la abstinencia de visitar al cónyuge internado por enfermedad o bien cuando media un total distanciamiento imputable a un cónyuge, que priva al otro del cumplimiento de su deber espiritual de comunicación de sentimientos y afectos; las relaciones equívocas o sospechosas con una persona del otro sexo; la afición al juego, cuando va acompañada de desatención de los deberes conyugales o pone en peligro la estabilidad económica del hogar.

i) Relaciones con parientes: como la actitud de un cónyuge que lleva al otro a vivir a la casa de su familia, donde se le hace la vida insoportable o no se le da el lugar que le corresponde como consorte; la conducta desconsiderada o irrespetuosa de un cónyuge hacia los parientes del otro; la negativa injustificada de permitir la visita de los padres o parientes próximos del otro; la exclusión del hogar del hijo de uno de los cónyuges, por la acción del otro.



Todas las circunstancias descritas precedentemente -que de ordinario pueden producirse viviendo o no los cónyuges bajo el mismo techo- deben ser acreditadas por cualquier medio probatorio admitido en nuestra legislación procesal civil; debiendo el juzgador valorar en conjunto la prueba actuada a fin de llegar al convencimiento que el hecho comprobado efectivamente hace imposible continuar o reanudar la vida común, según el caso. Por ello, la frase "debidamente probada en proceso judicial" resulta ser una redundancia innecesaria.

1) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 (\*)

-Introducción.- Las discusiones legislativas precedentes, su lucha en el tiempo por introducir el sistema legislativo nacional y una lectura literal de la fórmula empleada en el inc. 12 del artículo en estudio, puede inducirnos a pensar que se trata de una típica causal objetiva propia del sistema divorcio remedio.

Al respecto, cabe señalar que si bien, el carácter mixto de nuestro sistema, evidentemente se ha flexibilizado favoreciendo el divorcio, la gran pregunta a plantearse es si la actual legislación, tal y como su complejidad la presenta, permite su comprensión tendiente al divorcio remedio pleno, conduciéndonos a puntos cercanos al otro extremo del péndulo divorcista. Preliminarmente pensamos que ello es discutible, máxime si el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales, ha adicionado esta causal, que si bien posibilita la invocación del hecho propio, al no distinguir responsables de la ruptura factual de la relación matrimonial, regula de modo reparatorio los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo, así como ha incorporado la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal con caracteres un tanto inculpativos.

El análisis e impacto de las nuevas causales será materia en gran medida de la comprensión que de ellas haga la judicatura, a quien le corresponderá fijar los criterios y alcances para su configuración, en el caso de la separación de hecho frente a una objetividad que se proclama, pero cuyo denominado "requisito de admisibilidad", supuesto de improcedencia y rigurosidad de la probanza por sus efectos también patrimoniales, la alejan de enfoques, remedios clásicos y de una perspectiva facilista del divorcio.

Definición.- El inc. 12 del artículo 333 del Código Civil, contempla la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años si no tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen.

Es necesario distinguir en la causal de separación de hecho, el tratamiento legislativo dual que ha merecido, en su comprensión o mejor aún difusión como causal objetiva remedio para efectos de la declaración de divorcio y de su tratamiento evidentemente inculpativo para la regulación de sus efectos, tales como indemnización, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación de un cónyuge perjudicado, a quien el juez por

mandato de ley deberá proteger, pero que antes tendrá que reconocer en el proceso, pero no a partir de un acto de buena voluntad sino que procesalmente requiere reconvencción y debate probatorio que determinen al perjudicado ¿inocente?, el perjuicio y la reparación en su quantum y forma.

. Elementos de la causal

- Elemento objetivo: Cese efectivo de la vida conyugal, Alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación.

- Elemento subjetivo: Aunque resulte discutible que se contemple en una causal de carácter objetivo la presencia del elemento intencional; nuestra legislación al acotar en su tercera disposición complementaria el supuesto ¿supuestos? de improcedencia, permite la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose por tanto a contrario, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación.

- Elemento temporal: Se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

Si bien, al igual que en la causal de abandono injustificado de la casa conyugal se configuran tres elementos constitutivos de la misma, éstos difieren sustancialmente:

Con relación al primero, somos de opinión que respecto al cónyuge que puede invocarla, puede indistintamente cualquiera de los cónyuges demandarla, ya sea a pedido de quien se encuentra en la casa común porque ha sido víctima del retiro del consorte, o que ha permanecido en ésta por acuerdo con su cónyuge, como también se admite su invocación por el responsable de la separación, esto es por quien se fue, radicando en este aspecto tal vez su mayor nota distintiva de causal objetiva de divorcio remedio.

Creemos que otro aspecto que se distingue en el elemento material de la causal objetiva, se ubica en la no necesidad de acreditar el domicilio conyugal y que si es imprescindible para efectos de la causal inculpatória de abandono, razón por la cual, el eventual aunque existente caso de los cónyuges que por diversos motivos no habían constituido casa conyugal, porque siempre habían vivido separados por razones económicas, estudios, viaje, etc. En la causal subjetiva son declaradas improcedentes. Hoy, la sola separación de hecho de los cónyuges con prescindencia de la probanza de la casa conyugal permite la configuración de este elemento para la configuración de la causal. Aspecto distinto será el vinculado a los efectos patrimoniales que requieran la verificación del cónyuge perjudicado, para lo cual resulta fundamental entre otros, identificar la casa conyugal, a efecto de reconocer al cónyuge abandonado, y en consecuencia quien puede válidamente invocar el perjuicio.

En cuanto al elemento subjetivo, las divergentes posiciones judiciales en cuanto a la probanza o la inversión de la carga de la prueba de la intención deliberada de sustraerse de las obligaciones conyugales en el abandono injustificado de la casa conyugal, que conduce al cónyuge emplazado a

acreditar las razones que justifican su apartamiento, y el no hacerlo, permite presumir la intención de transgredir las obligaciones conyugales, deberían quedar postergadas en la nueva causal, ante la comprensión legal de que la tolerancia por parte de ambos cónyuges de la situación de hecho pone de manifiesto su falta de voluntad para hacer vida en común, y por lo tanto para efectos de la disolución del vínculo, hay una suerte de consentimiento tácito o expreso para admitir una nueva situación conyugal.

No obstante, lo expresado como característica propia de una causal objetiva como lo sería la separación de hecho, como ya se mencionara la ley en su tercera disposición complementaria y transitoria, señala que para los efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333 del Código Civil no se considerará separación de hecho y por tanto es causal de improcedencia de la causal, que la separación se haya producido por causas laborales, exigiéndose en dicho supuesto el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges.

Hay varios aspectos que ameritan comentarse en esta norma complementaria. El primero es el relativo a la posibilidad de que en un proceso por esta causal se debatan las razones que motivaron el apartamiento, lo que distorsiona su tan anunciado carácter objetivo, que puede hacerlo el emplazado en los dos supuestos que se encuentre, ya sea porque es el cónyuge que se fue y como si se tratara del demandado de la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, Ventilaría las razones del mismo, por lo que desde esa perspectiva, el cónyuge que permaneció en la casa común estaría en una situación semejante en ambas causales, y de otro lado, si quien invocando hecho propio encuentra un cónyuge emplazado que se niega a divorciarse precisamente al argumentar que él cónyuge demandante se retiró de la casa común por razones laborales y que ha venido cumpliendo satisfactoriamente sus obligaciones alimentarias, acogándose en este extremo al supuesto de improcedencia consignado en la ley, defensa que resultaría impicante con la admisión de la invocación del hecho propio.

Otro aspecto que llama la atención, si es que se ha pretendido desobjetivizar la causal es que no se ha contemplado en los supuestos de improcedencia, las razones de salud, honor o peligro de la vida, igualmente comprensibles para la noconfiguración de la causal, es de esperarse que ello en aplicación del artículo 289 del Código Civil sea resuelto al interpretarse en la práctica judicial. Con relación al elemento temporal, difiere de la causal culposa no sólo en los plazos en razón de la existencia de hijos menores de edad, sino también en la exigencia de continuidad en la separación, por cuanto en lo ininterrumpido del plazo se evidencia la ruptura de hecho con carácter permanente de la relación conyugal.

. ¿Requisito de admisibilidad de la demanda?- Para invocar la causal, la ley establece que es necesaria la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si es comprendida tal exigencia como requisito de admisibilidad, las pruebas del cumplimiento de dicha obligación deberán recaudarse a la demanda, tales como consignaciones, retenciones, documentos privados como recibos, gastos diversos a favor de los acreedores alimentarios, etc. La expresión acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones

alimentarias u otras, supone que se verifique el cumplimiento de ésta durante todo el periodo de separación invocado para efectos de la demanda o la probanza del periodo correspondiente al plazo legal mínimo aplicable o el periodo próximo a la demanda.

Establecer ello en la práctica judicial será importante, más aún si consideramos otras posibilidades que hay que calificar, como que el demandante no cuente con pruebas del cumplimiento de la prestación, porque no ha requerido ser emplazado judicialmente y no ha tenido la precaución de acopiar los comprobantes de la satisfacción de la obligación y pretenda cumplir el requisito de admisibilidad con su sola afirmación, corroborada con la declaración de parte del emplazado o el testimonio de los otros acreedores alimentarios o incluso no tenga que cumplir prestación alimentaria alguna por ser la condición económica de su cónyuge más favorable y no tener estado de necesidad.

Exigir que el cumplimiento de la obligación alimentaria sea contemplado como requisito de admisibilidad al momento de calificar la demanda, en casos como los descritos, simplemente constituiría un limitante al ejercicio del derecho de acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, por ello resulta más razonable su comprensión como requisito de procedencia que posibilite la declaración de divorcio por esta causal. Por lo mismo, si durante el proceso se verifica que el peticionante del divorcio adeuda pensiones alimenticias devengadas o ha incumplido con acuerdos convencionales, carecería del derecho para que se le ampare la demanda.

. Indemnización o adjudicación de bien social al cónyuge perjudicado por el divorcio.- Aspecto de particular importancia resulta ser la determinación del cónyuge perjudicado, particularmente si consideramos la trascendencia de la fijación de los efectos personales y patrimoniales de la disolución, máxime si tenemos en cuenta que el perjudicado no necesariamente ha de coincidir con la persona del cónyuge emplazado, podrá serlo si éste es el consorte abandonado en contra de su voluntad, más no lo será si la separación de 105 cónyuges se ha producido por propio acuerdo; e incluso el demandante podría ser calificado como perjudicado, si no es el abandonante y prefiere invocar el retiro del otro consorte en esta causal y no en la de abandono injustificado de la casa conyugal, causal para la cual, de acuerdo a un criterio no le requerirán que pruebe lo injustificado del abandono, comprendiéndose la inversión de la carga de la prueba de este elemento, mientras que según el otro criterio, se le exigirá que acredite este extremo de lo afirmado. optando de este modo por facilitar su causal.

Al respecto, si bien el texto legal señala literalmente que le corresponde al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, para lo cual se deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiese corresponder, interpretar que su señalamiento debe ser de oficio, resulta contrario a principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los

puntos controvertidos, respecto a los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio. Por ello consideramos que, tanto la indemnización o adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o en su caso en la reconvenición.

Respecto a la adjudicación preferente de bienes sociales, se plantean varias inquietudes a formular, de acuerdo al literal de la norma se propone una suerte de elección entre la indemnización o adjudicación preferente de bienes sociales, por lo tanto el cónyuge perjudicado deberá decidir cuál de los derechos hará efectivo. Otro aspecto que resulta de interés es determinar si la adjudicación preferente es onerosa o gratuita, aunque no se ha señalado expresamente, el hecho de que se propongan como derechos excluyentes, conduce razonablemente a considerar que dicha adjudicación debe ser en principio gratuita, guardando la proporcionalidad al daño producido y seguridad que se desea legalmente brindar al perjudicado.

. Alimentos.- En la causal de separación de hecho si bien no se habla de cónyuge inocente, se trata de identificar al cónyuge perjudicado a quien se le protegerá entre otros con una pensión de alimentos, al respecto su fijación debe considerar como en el caso de las otras causales lo dispuesto por el artículo 350 del Código Civil, cesando la obligación alimentaria por el divorcio, salvo que el perjudicado no tuviera los bienes propios, gananciales suficientes, o esté imposibilitado de trabajar; perjuicio y condiciones de necesidad que deberán ser invocados por el acreedor alimentario y establecidas en la sentencia de divorcio, luego del debate probatorio correspondiente. En el caso de los hijos menores de edad, la lógica varía sustancialmente por cuanto, recordemos, su estado de necesidad se presume.

. Patria potestad.- En el caso de la separación de hecho, el dispositivo modificadorio aunque deficientemente debemos entender, da un tratamiento de carácter remedio a lo concerniente al ejercicio de la patria potestad. Se dispone modificar el artículo 345 del Código Civil y señala que resultan aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341, las mismas que refieren que el padre o madre a quien se haya confiado los hijos, ejerce la patria potestad respecto de ellos, quedando el otro, suspendido en el ejercicio. Olvidó el legislador que a la fecha de la dación de la norma de divorcio se encontraba vigente la modificación del Código de los Niños y Adolescentes, que ya distinguía en los artículos 75 y 76 los supuestos de divorcio y separación de cuerpos por causal específica de la separación convencional, sancionando en el primer caso a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad, mientras que en el otro, establece que ambos padres ejercen la patria potestad, siendo encargada sólo la tenencia a uno de ellos. Teniendo en cuenta la ratio legis del dispositivo modificadorio que pretende equiparar para efectos de las relaciones paterno filiales como causales de divorcio remedio a la separación convencional y la separación de hecho, resulta de aplicación del acotado artículo 76 vigente y que ha modificado lo contenido por el artículo 34 del

Código Civil. Por tanto, en la causal de separación de hecho al igual que en la separación convencional y divorcio ulterior, ambos padres conservan la patria potestad, encargándosele la tenencia, como uno de sus atributos a uno de los padres, conservando el otro los demás derechos y atribuciones de cuidado, asistencia, orientación, vigilancia personal y patrimonial inherentes al ejercicio de la patria potestad.

. Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 319 del Código Civil modificado, relativo al fenecimiento de la sociedad de gananciales, se establece que en los casos previstos en los incisos 5 Y 12 del artículo 333, esto es, la causal de abandono injustificado de la casa conyugal y la separación de hecho de los cónyuges, se considera que la sociedad de gananciales fenecce desde el momento en que se produce la separación de hecho, apartándose de este modo de la regla general aplicable en la materia cual es que el fenecimiento se produce desde la fecha de la notificación de la demanda.

Cambio importante que genera más de una preocupación, que hace requerible una mayor exigencia en la probanza de la causal de separación de hecho y que nos hace dudar seriamente de que por ejemplo la denuncia policial y su subsiguiente constatación pueda tener mayor repercusión como prueba única al igual como ocurre en la causal culposa, ello teniendo en cuenta, que la probanza no sólo va a implicar la verificación de la causal sino además, la determinación de la fecha cierta de fenecimiento de la sociedad de gananciales, y todo lo que ello patrimonialmente involucra, que en casos de esta naturaleza resultan particularmente relevantes, si tenemos en cuenta adicional mente que ya era muy frecuente en los procesos por abandono injustificado de la casa conyugal que el cónyuge demandante desconozca o afirme desconocer el domicilio del otro consorte y por tanto se continúe el proceso con un curador procesal, situación que no sería extraña, se repita en la causal de separación de hecho.

Si la preocupación era que durante la separación de hecho de los cónyuges no se beneficiara indebidamente al cónyuge que no aporta con su trabajo o cuidado al hogar, retornando solo a buscar productos en los cuales no contribuyó, para tal efecto ya existía la norma que lo impedía, la prevista en el artículo 324 del Código Civil, que no ha sido derogada y que no comprendemos cómo va a ser en adelante aplicada, si dispone que en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación, de lo que se deduce que el inocente u abandonado no los perdería, lo que es incompatible con el actual texto del artículo 319, que sin distinguir entre inocentes y culpables dispone la conclusión del régimen de sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho.

Tal vez lo más saludable si se quería clarificar los alcances y reglas del régimen patrimonial, hubiera sido incorporar como causal de fenecimiento de la sociedad de gananciales en el artículo 318 la separación de hecho de los cónyuges señalando un plazo legal razonable.

. Conversión a divorcio.- La legislación contempla la separación de hecho entre los cónyuges como una causal por la cual puede demandarse la disolución del

vínculo matrimonial o su decaimiento. En ese aspecto difiere de la separación convencional por la que no puede solicitarse directamente el divorcio.

En los casos en los que se pretenda en primer término, la separación de cuerpos por separación de hecho, transcurridos seis meses de su declaración, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la conversión a divorcio.

Es conveniente recordar que sólo se eleva en consulta al superior jerárquico la sentencia que declara la separación de cuerpos por separación de hecho, mas no la que dispone la separación de cuerpos.

. Caducidad.- De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 339 del Código Civil en atención a la naturaleza de la causal, ésta se encuentra vigente, en tanto subsista la separación de hecho entre los cónyuges, por lo que resulta importante al considerar la causal, no sólo acreditar la separación por dos o cuatro años en su caso, sino verificar que continúa a la fecha de la interposición de la demanda.

. Costas y costos.- En materia de divorcio, por excepción, considerando que la ley en esta causal ha autorizado al cónyuge ofensor a invocar su hecho propio como causal, declarando la disolución en contra incluso de la voluntad del otro, en aplicación del artículo 412 del Código Procesal Civil, procede la declaración judicial expresa de exoneración de costas y costos de la parte "vencida".

m) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio

Los actuales sistemas legislativos admiten el mutuo consentimiento, tanto en la separación personal o de cuerpos como en el divorcio vincular. De esta manera se evita la inculpación recíproca de los cónyuges, real o fingida, para obtener la sentencia. En lo procesal, contemplan un procedimiento más sencillo y, por tanto, menos costoso. Finalmente, en cuanto a los efectos de la sentencia de separación, el acuerdo de los cónyuges permite regular de mejor modo lo referente a los hijos y bienes del matrimonio.

Este último aspecto es decisivo y condiciona la obtención de una sentencia de separación. El juez debe examinar si las condiciones estipuladas por los cónyuges son aceptables desde el punto de vista del interés familiar; especialmente respecto de los hijos menores. Debe poder rechazar el convenio y negar su homologación si esas condiciones no son aceptables para que los cónyuges presenten otras distintas a la vista de sus observaciones.

Otro requisito habilitante de la separación consensual suele ser la exigencia de un plazo mínimo de duración del matrimonio para poder solicitar la separación.

Nuestra legislación en esta materia sigue las orientaciones generales expuestas precedentemente, pero admitiendo la separación convencional como causal de separación de cuerpos previa al divorcio.

Así, el Código Civil y el Código Procesal Civil señalan los requisitos siguientes:

a) Transcurso de los dos primeros años del matrimonio. El inciso 11 del artículo 333 del Código Civil -ahora inciso 13 del citado artículo con la modificación

introducida por la Ley N° 27495- exige que para invocar esta causal deben haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio. Se constituye como una garantía de la seriedad del propósito de separación y sirve como período de reflexión a los cónyuges frente a apresuradas decisiones cuando, después de celebrado el matrimonio, surgen inmediatamente desavenencias o problemas conyugales.

b) Consentimiento inicial de ambos cónyuges. Con la modificación introducida a la denominación de la causal, antes llamada "mutuo disenso", se confirma que el consentimiento recíproco, que sugiere el término "separación convencional", debe manifestarse con la presentación de la demanda en forma conjunta. Nuestro sistema no admite la modalidad de la presentación de la demanda por uno de los cónyuges y la posterior adhesión del otro. No obstante y a pesar de su ratificación en la audiencia respectiva, permite que cualquiera de los cónyuges revoque el consentimiento inicialmente prestado, dentro de los treinta días calendario posteriores a esa audiencia (artículo 344 del Código Civil, concordado con el artículo 578 del Código Procesal Civil).

c) Presentación con la demanda de la propuesta de convenio regulador de los regímenes familiares de los cónyuges. La propuesta de convenio regulador es exigida como un requisito especial para la admisibilidad de la demanda (artículo 575 del Código Procesal Civil). El contenido mínimo de este convenio está referido a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales.

d) Aprobación judicial de la separación convencional. La sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los derechos inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces (artículo 579 del Código Procesal Civil). La sentencia de separación de cuerpos por esta causal no es objeto de consulta.

e) Sometimiento a la vía del proceso sumarísimo. La separación convencional se sujeta al trámite del proceso sumarísimo (artículo 573 del Código Procesal Civil).

La conversión de la separación personal aprobada por el juez en divorcio, es decir el divorcio ulterior, puede ser solicitada por cualquiera de los cónyuges luego de transcurridos seis meses desde la notificación de la sentencia de separación (artículo 354 del Código Civil). El juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte sobre el pedido formulado (artículo 580 del Código Procesal Civil), y declarará disuelto el vínculo matrimonial si comprueba los presupuestos para su procedencia: la legitimidad para obrar del solicitante y el transcurso del plazo mínimo legal de seis meses. Procede la consulta de la sentencia que declara el divorcio ulterior, si ésta no es apelada (artículo 359 del Código Civil).

De otro lado, el artículo 482 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 357 del Código Civil, establece que en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos; ello como es natural en el deseo social de conservar la institución del matrimonio.



Es evidente que habiéndose demandado el divorcio por causal, la pretensión puede ser variada por una de separación de cuerpos por causal. Sin embargo, la jurisprudencia -con cierta frecuencia- viene admitiendo que también se puede variar a una separación de cuerpos de carácter convencional. Se afirma que esta práctica judicial, de alguna manera evita se agudicere aún más los conflictos de pareja y de familia a través de un proceso judicial altamente controvertido. No obstante, tal práctica judicial es improcedente, no sólo por tratarse de derechos indisponibles, sino y sobretodo por afectarse el debido proceso al "sumarisar" un proceso que es de conocimiento y desconocer que la pretensión de divorcio por causal involucra a ésta, por lo que la conversión sólo puede ser en una separación de cuerpos por causal. Además, la referida práctica judicial implica un corolario de dispensa de la falta cometida por el cónyuge culpable.

La aludida práctica judicial ha demostrado su mayor problema cuando, producida tal variación, uno de los cónyuges se desiste dentro del plazo señalado en el artículo 578 del Código Procesal Civil. La respuesta mayormente aceptada ha sido la de anular lo actuado en lo convencional y reponer la causa al estado previo a la solicitud de variación; aunque también se ha declarado la conclusión del proceso de acuerdo con la citada disposición adjetiva y asimismo, se ha señalado la improcedencia de la revocación por tratarse de un ejercicio abusivo del derecho.

Los cuestionamientos precedentes, evidencian -en última instancia- que la mentada práctica judicial es contraria a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil: las normas procesales contenidas en el Código adjetivo son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Sobre este último aspecto, recuérdese que la Segunda Disposición Complementaria Y Transitoria de la Ley N° 27495 ha dispuesto expresamente que "en los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causal es establecidas en los incisos del 1 al 13 del artículo 333 del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando las causales establecidas en los incisos 11 y 12 del referido artículo en un plazo no mayor de treinta días, contados a partir de la vigencia de la presente ley, no siendo aplicable por excepción, lo dispuesto en el artículo 428 del Código Procesal Civil. El juez adecuará el trámite de la demanda según la vía procedimental correspondiente".

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VI/. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARZA, Antonio. Remedios jurídicos a los matrimonios rotos. Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1982; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 2 Tomos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI,

Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CABELLO, Carmen Julia. Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, Tea, 1953; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; DOMINGO AZNAR, Antonio. Evolución histórica de la separación de hecho, con especial referencia al Derecho español. Madrid, 1996; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; EspÍN CÁNOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Vol. IV. Familia. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982; FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. México, Uthea, 1947; GOROSTOLA, Aránzazu y LAINEZ, Francisco. Matrimonio, convivencia y separación. Madrid, 1996; GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Buenos Aires, Ediar, 1965; HERNANDO COLLAZOS, Isabel. Causas de divorcio. Bilbao, 1989; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Separación de hecho entre cónyuges. Buenos Aires, Astrea, 1978; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco. Elementos de Derecho Civil, tomo IV. Derecho de Familia. Barcelona, 1982; LAFAILLE, Héctor. Curso de Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Divorcio. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Acerca del divorcio. Lima, Gráfica Espinal EIRL, 1990; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho civil. Tomo 1/, Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1990; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"La se vicia implica la comisión de actos vejatorios y tratos crueles realizados por uno de los cónyuges al otro, con el propósito de causarle sufrimiento y que revelan inclinaciones que exceden los límites del respeto mutuo que requiere la vida en común".

(Exp. N° 427-87-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia Civil, tomo IV, p. 117)

"Las injurias para dar lugar al divorcio deben ser inmotivadas o importar una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo, un ultraje humillante que haga imposible la vida en común, no constituyendo la causal de divorcio las expresiones que aunque injuriosas no demuestran la existencia en el que las vierte de un hábito perverso ni la intención que la ofensa trascienda fuera del hogar".

(Exp. N° 626-93, Gaceta Jurídica N° 53, p. 17-A)

"No se trata de un abandono injustificado de la casa conyugal cuando la esposa que hace la denuncia policial se retira al hogar de sus padres por los

continuos maltratos que le infiere su esposo, quien se negaba a pasarle los alimentos para sus hijos". .

(Exp. N° 645-86-Lima, Gaceta Jurídica Nil 10, p. 6-A)

"La declaración de la madre casada imputando la paternidad del hijo que declara a un tercero, no modifica la filiación matrimonial del mismo, pero sí constituye prueba del adulterio".

(Exp. N° 2357-90-Callao, Normas Legales N° 221, p. J-7)

"El abandono debe darse con el propósito deliberado del cónyuge ofensor de sustraerse intencionalmente de sus obligaciones conyugales, esto es, con la malicia o astucia debida para ausentarse u omitir en forma deliberada su presencia en la casa común".

(Exp. N° 906-92-La Libertad, Normas Legales N° 200, p.317)

"Para que el abandono injustificado del hogar conyugal sea considerado causal de divorcio, se requiere que, además de injustificado, exista la voluntad manifiesta de sustraerse a los deberes propios del matrimonio".

(Exp. N° 1312-87-Lima, Normas Legales N° 198, p. 35)

"Resulta insuficiente para acreditar la injuria grave el solo mérito de las declaraciones testimoniales prestadas con arreglo a los pliegos interrogatorios, si se tiene en cuenta que dichas declaraciones no están referidas a hechos concretos protagonizados por las partes".

(Res. de la Primera Sala Civil de la Corte Suprema, Diálogo con la Jurisprudencia N° 6, p. 129)

"La causal de violencia física o psicológica debe ser valorada teniendo en consideración su naturaleza y racionalidad, y el contexto en la que se expresa, de manera tal que la prueba normalmente debe ser inferida o deducida de los indicios y el conjunto probatorio que las partes hayan ofrecido".

(Exp. N° 817-98, Resolución del 6105198, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

"En cuanto a la causal de conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, ésta consiste en la realización de hechos carentes de honestidad y que atentan contra la estimación y el respeto mutuo entre los cónyuges alterando la armonía del hogar".

(Exp. N° 571-98, Resolución del 25/05/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

"Si es que no existe en autos, prueba que acredite que la accionante tuvo conocimiento del adulterio, corresponde aplicar el término de cinco años para el cómputo de la caducidad contados desde el nacimiento del hijo extramatrimonial".

(Cas. NSI 373-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 164)

"La acción de separación de cuerpos por causal de adulterio caduca, en todo caso, a los cinco años de producida. En tal caso, el cómputo del citado plazo

debe iniciarse desde la fecha de nacimiento del último hijo extramatrimonial del demandado",  
(Cas. NSI 611-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 164)

"El nacimiento del hijo extramatrimonial en lugar distinto al del domicilio conyugal constituye el indicativo de un ocultamiento intencional de la conducta adulterina del demandado",  
(Cas. N° 421-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 164)

"La causal de violencia física que contempla el inciso segundo del artículo 333 del Código sustantivo, se entiende como el trato reiterado, excesivamente cruel, de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultraja de hecho a su consorte y salva así los límites del recíproco respeto que ambos se deben".  
(Cas. N° 1992-T-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 164)

"Conducta deshonrosa significa dirigir sus acciones causando vergüenza y deshonor en la otra parte por algún hecho y que la persona que actúa de esta manera lo hace atentando contra su fama, su honor, su estima y respeto de la dignidad, entendiéndose el honor como la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos".  
(Cas. N° 447-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 164)

"El Código sustantivo no establece como requisito para interponer la acción de divorcio por abandono injustificado que previamente tenga que existir la declaración de ausencia del cónyuge culpable, cuando el abandono dura más de dos años continuos y no se conoce el paradero del demandado".  
(Cas. N° 1486-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 165)

"La causal de violencia física y psicológica no sólo prevé actos de crueldad física, por ello resulta erróneo requerir la reiterancia (sic) y la gravedad para acreditar la existencia de la causal aludida.  
La violencia física es la de fuerza intencional que un cónyuge ejerce sobre el otro, causándole un daño objetivamente demostrable y que determine la imposibilidad de la vida en común".  
(Cas. N° 2241-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 165)

"El abandono consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales, y debe reunir tres elementos: el objetivo, el subjetivo y el temporal, entendiéndose por el primero, la dejación material o física del hogar conyugal; por el segundo, que el cónyuge ofensor se sustraiga intencionalmente al cumplimiento de sus deberes conyugales, es decir en

forma voluntaria, intencional y libre; y por el tercero, que transcurra un determinado período de tiempo, que en sede nacional es de dos años continuos o que la duración sumada de los períodos exceda a dicho plazo; en consecuencia el simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causal de divorcio".

(Cas. Nº 577-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 165)

"La causal de sevicia se configura con un hecho intencional, objetivamente constatable, de una acción de fuerza de un cónyuge sobre el otro, que le cause un daño y que determine la imposibilidad de la vida en común que impone el matrimonio; en consecuencia, para que se configure tal causal no se requiere de una pluralidad de agresiones".

(Cas. Nº 675-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 165)

"Constituye injuria grave el ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro, y para apreciar si el ultraje justifica la drástica medida de la separación, es menester que el juzgador tome en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

Para que se configure la causal de conducta deshonrosa no se requiere que los esposos hagan vida en común, sino que se acredite que la conducta es realmente deshonrosa y que como tal tomaría insoportable la convivencia".

"Para determinar la existencia de la conducta deshonrosa se requiere que la persona que la cometa proceda de forma tal que habitualmente deje de observar las reglas de moral o las reglas sociales. Es por ello que esta causal no se configura por un hecho determinado, sino por un constante proceder, razón por la que no procede aplicarse analógicamente la norma contenida en el artículo 336 del acotado, pues tal norma se refiere a un acto determinado, el de adulterio cometido por uno de los cónyuges, mientras que en el caso de la conducta deshonrosa es la sucesión de actos que apreciados en su conjunto configura la causal y justamente en base a ello harían insoportable la vida en común".

(Cas. Nº 1431-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 165)

"La injuria debe entenderse como toda ofensa dirigida a afectar el honor del otro cónyuge, lo que quiere decir que no se trata de cualquier ofensa sino que ésta debe ser de tal magnitud que haga imposible la vida en común, y si los cónyuges se hallan separados, ésta dificulte o imposibilite que se vuelvan a unir, no siendo necesaria la reiterancia (sic) de la injuria, por cuanto el Código Civil no lo exige y porque para afectar el honor de una persona no se requiere que existan ofensas sucesivas. La injuria grave tiene dos elementos: uno objetivo que está dado por la exteriorización de la ofensa y otro subjetivo que está tipificado por la intención deliberada de ofender al otro cónyuge".

(Cas. Nº 1-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 166)

"El nacimiento del menor y el posterior reconocimiento de paternidad ~on solo consecuencias del acto de la concepción, que es el acto que constituye el

adulterio por excelencia, y por tanto son considerados como medios de prueba que en su conjunto prueban la causal mencionada".

(Cas. N° 1643-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 166)

"De acuerdo a la normatividad actual, en la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, el abandono debe tener como base insoslayable, el alejamiento de la casa conyugal, del recinto fijado para la vida común, lo que conlleva desde luego, incumplimiento de todas las demás obligaciones conyugales determinadas en los artículos 287, 288, 290 que se resume, en alimentos para los hijos, asistencia y fidelidad mutuas, apoyo, compañía, participar en el gobierno del hogar; además, de acuerdo con nuestro Código actual ese alejamiento debe ser injustificado -empleando este término más propio en lugar del malicioso Código anterior-lo que propiamente significa, que debe ser intencional y voluntario, sin que exista causal real o moral para ello; razonablemente entendido ese carácter de injustificado podía desaparecer y desaparece si ambos cónyuges acuerdan vivir separados o viviendo en la misma casa conviene variar el cumplimiento de sus obligaciones conyugales; por lo que el que invoca la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, no sólo debe acreditar la naturaleza indicada del abandono sino que sea de carácter injustificado".

(Cas. N° 528-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 166)

## TITULARES DE LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN

### ARTICULO 334

La acción de separación corresponde a los cónyuges. Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica. A faltá de ellos el curador especial representa al incapaz.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 44, 45, 47, 49, 565, 569, 597, 606

C.P.C.arts. 58, 59, 424

D.LEG. 052 arts. 85 jne. 1), 89 jne. 1), 96 jne. 1)

### Comentario

*Javier Pazos Hayashida*

#### 1. Legitimados a iniciar la acción de separación de cuerpos

El artículo bajo análisis nos indica que la acción de separación de cuerpos corresponde directamente a los cónyuges. Es claro que ellos son los que cuentan con legítimo interés para obrar en esta materia porque, precisamente, como integrantes de la sociedad conyugal, son quienes conocen de mejor manera las circunstancias que los llevan a tomar una decisión que afectará su esfera personal y familiar. Se entiende que ellos son los únicos que pueden apreciar de manera integral la necesidad, conveniencia y, en general, todos los costos y beneficios de iniciar una acción cuya finalidad es el decaimiento de su vínculo matrimonial.

Conforme a lo anterior, se entiende que no es viable que terceros pretendan afectar la unidad familiar, planteando, desde ya, un conflicto, más aún cuando la configuración de la causal que justificaría el inicio de la acción dependería, en muchos casos, de la coyuntura propia e íntima de los cónyuges. Nadie más que éstos podrían irrogarse el derecho de introducir en la sociedad conyugal un conjunto de perturbaciones que podrían llevar al decaimiento absoluto del vínculo (CORNEJO CHÁVEZ).

#### 2. Facultad de los ascendientes y del curador para iniciar el proceso.

Sin perjuicio de lo antes indicado, el legislador plantea la hipótesis en que el cónyuge no pueda interponer la acción de separación correspondiente en los casos en que medie una causal específica. En estos casos otorgaría, de manera excepcional, la facultad de interponer la acción a los ascendientes del perjudicado y, a falta de éstos al curador especial del incapaz. Sin embargo, este supuesto, como veremos, no queda claro.

#### 3. La incapacidad del cónyuge

El primer error que encontramos en el artículo bajo análisis radica en que se ha equiparado la problemática de la incapacidad de ejercicio, específicamente para el caso de enfermedad mental, con el fenómeno jurídico de la ausencia. La redacción en cuestión solo sería entendible en un sistema en el que se establezca, equivocadamente, el fenómeno de la ausencia como una causal de incapacidad (tal era el caso del Código Civil de 1936). Dicha situación es ajena a nuestro actual sistema civil (BECERRA).

La capacidad de ejercicio, como sabemos, es una atribución conferida por el ordenamiento que permite que las personas ejerciten por sí mismas los derechos a los que tienen capacidad de goce (RUBIO). Como contraposición, la incapacidad es la carencia de dicha aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. La capacidad y la incapacidad de ejercicio son reguladas en el Título V, Sección Primera del Libro Primero del Código.

Por otro lado, el fenómeno de la ausencia en nuestro sistema jurídico, sistemáticamente, tiene dos manifestaciones: la desaparición y la declaración de ausencia (ya que la tercera manifestación de la ausencia, la declaración de muerte presunta, es regulada en otra sección del Código). La desaparición viene a ser un hecho jurídico que se configura cuando la persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero. La declaración de ausencia se plasma cuando transcurren dos años desde que se tuvieron las últimas noticias del desaparecido. Estos fenómenos se regulan en el Título VI, Sección Primera del Libro Primero del Código.

Como podemos apreciar no solo por sistemática nos encontramos ante dos instituciones distintas. La ausencia no tiene implicancias sobre la capacidad de la persona. Simplemente está referida a la falta de presencia de ésta en el lugar de su domicilio. Así, una persona que se encuentra ausente, en sentido lato, no necesariamente es incapaz. Hay un claro error que debe ser tenido en cuenta (cfr. CORNEJO CHÁVEZ).

Otro tema a considerar es que el artículo bajo comentario solo se pone en el Dupuesto de incapacidad por enfermedad mental como única causal que permitiría otorgar la facultad a los ascendientes o al curador, de interponer la acción de separación. Es claro que nos encontramos ante una norma de excepción que no se podría aplicar por analogía a otros casos de incapacidad, conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código.

Consideramos que lo anterior es equivocado, por cuanto no se justifica que solo en el caso de incapacidad por enfermedad mental se permita que los ascendientes o el curador puedan interponer la acción y se excluyan supuestos como el del sordomudo, ciegosordo y ciegomudo que no puedan manifestar su voluntad de manera indubitable ni tampoco a todos los demás casos en que por cualquier causa la persona se encuentre privada de discernimiento.

Una mejor redacción hubiese incluido todos los casos de incapacidad aplicables excluyéndolos, por supuesto, del caso de la ausencia que, a nuestro



entender, incluye tanto el supuesto de desaparición como el de declaración judicial de ausencia.

#### 4. Existencia de causal específica

El presente artículo otorga la facultad de iniciar la acción de separación a los ascendientes del incapaz por enfermedad mental o del ausente (o al curador del incapaz), solo en la medida en que haya de por medio una causal específica, entendiendo por ésta cualquiera de las expresadas en el artículo 333 del Código.

Debemos precisar que no es intención del legislador facultar a los ascendientes o al curador a interponer la acción amparado en la mera declaración de una causal determinada, lo que podría ser entendido como la interposición basada en una causal específica. Lo que se busca es que, ya que el propio cónyuge, el llamado a conocer e identificar plenamente la crisis matrimonial, está incapacitado o se encuentra ausente, se hace necesario, como un medio de garantía de sus intereses, que aquellos que interpongan la acción de separación lo hagan solo en aquellos casos en que manifiestamente se ha configurado una causal, excluyendo todos los casos en que pueda haber duda de ello, más aún cuando eventualmente el otro cónyuge pudo haber consentido el actuar de su pareja.

#### 5. Precisiones respecto al curador facultado a interponer la acción

La mención que hace el artículo a la facultad del curador especial, en caso de incapacidad por enfermedad mental o de ausencia parece incluir los casos en que se nombra curador no solo para los casos de incapaces sino también de desaparecidos o ausentes, lo que generaría un gran problema. Pero esto no es así.

En el caso de desaparición lo que se nombra es un curador interino de los bienes del desaparecido, esto es, dicho curador, en principio, no contaría con otras facultades que las propias de su naturaleza, conforme a los artículos 47 Y 48 del Código.

Por su parte, al declararse la ausencia, la curatela de bienes se extingue al otorgarse la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos conforme al artículo 50. La curatela interina de bienes solo se mantiene en caso de que no hubiera persona con dicha calidad. Pero, aun manteniéndose la referida curatela, consideramos que ésta solo otorga facultades respecto de los bienes del declarado ausente.

Conforme a lo anterior entendemos que, dada la naturaleza de las referidas instituciones, el curador de bienes que surge a partir de ellas no se encuentra facultado a interponer la acción de separación. Esto se fundamenta, además, en el hecho de que la propia norma nos dice que el curador especial representa al incapaz. Como hemos visto el fenómeno de la ausencia no tiene relación con la incapacidad, por lo que el mismo Código está manifestando que es solo el curador del incapaz el que se podrá irrogar la facultad en cuestión.

## 6. Consideración final

Cabe indicar que este artículo se pone en la hipótesis en que alguno de los cónyuges sea incapaz por enfermedad mental o esté ausente (desaparecido o declarado ausente), por lo que es importante reparar en que tanto el cónyuge que incurre en la causal como el otro pueden estar en dichas situaciones.

Esto puede tener su justificación en la medida que los cónyuges, al interior del proceso, tienen, según sea el caso, el derecho de acción o de contradicción. Así, el artículo no solo se referiría al supuesto en que el cónyuge afectado por la causal sea incapaz por enfermedad mental o se encuentre ausente, sino también al supuesto contrario, en que sea el cónyuge que incurre en la causal el que es incapaz o se encuentra ausente.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO. Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984. En: Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; La ausencia y sus efectos en relación con la familia. En: La Familia en el Derecho Peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990; CABANELLAS. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Heliasta. Buenos Aires, 1989; CABELLO. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995; CORNEJO CHÁVEZ. Derecho Familiar Peruano. Studium. Lima, 1991; DíEZ-PICAZO y GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA. Derecho de las Personas. Lima, Huallaga, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Universidad de Lima. Lima, 1990; Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. En: Código Civil, Exposición de motivos y comentarios. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; Derecho de las Personas. Grijley. Lima, 1996; RUBIO. El ser humano como persona natural; Título Preliminar. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

## HECHO PROPIO

### ARTICULO 335

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.

CONCORDANCIA:

C.C. arts. VI, 333 num. 12

### Comentario

*Javier Pazos Hayashida*

Es claro que el sistema jurídico no puede fomentar la generación de fraude al mismo, cuando éste exista manifiestamente. En el caso, no se puede tolerar la posibilidad de que uno de los cónyuges fragüe una causal determinada con la clara intención de iniciar un procedimiento de separación de cuerpos o, eventualmente uno de divorcio.

En este sentido, el legislador busca sancionar el actuar del cónyuge que ha incurrido en la causal. Se sanciona de esta manera la intención de perjudicar al otro cónyuge mediante una argucia a fin de obtener un beneficio propio como es la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial (CABANELLAS). De este modo no se permite que el cónyuge fundamente su demanda en una causal en la que él mismo ha incurrido.

Cabe preguntarse acerca de aquellos supuestos en que no hay una actitud dolosa de por medio ni, en estricto, hay una intención del agente de perjudicar a su cónyuge al interponer la acción de separación sino todo lo contrario. Así, por ejemplo, tenemos el caso de la enfermedad grave de transmisión sexual. Cabe la posibilidad que uno de los cónyuges durante una intervención quirúrgica haya contraído una enfermedad que también es de transmisión sexual. Puede, en este caso, el respeto y cariño por el otro cónyuge llevar al contagiado a pretender una separación o un divorcio a fin de minimizar el perjuicio a la pareja.

Consideramos que casos como el anterior estarán excluidos de la prohibición por cuanto no estaremos ante causales generadas por hechos propios del cónyuge, sino ante circunstancias fortuitas que han generado la situación particular. No podríamos aceptar que la redacción del presente artículo incluya no solo los casos en que hay un actuar doloso de por medio, sino también aquellos en los que no hay atisbo de fraude y, mucho menos, una inmoralidad.

Debemos precisar, finalmente, que lo normado en este artículo no se aplicación el caso de la causal contemplada en el numeral 12 del artículo 333 por propia indicación de este último. El especial criterio para regular la separación de hecho en nuestro sistema jurídico a partir de la modificación efectuada con la Ley N° 27495, determina que cualquiera de los cónyuges separados de hecho durante un período ininterrumpido de dos años (o de

cuatro, según el caso), pueda interponer la acción de separación de cuerpos fundamentada en dicha causal.

### **DOCTRINA**

ALBALADEJO. Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; CABANELLAS. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Heliasta. Buenos Aires, 1989; CABELLO. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995; CORNEJOCHÁVEZ. Derecho Familiar Peruano. Studium. Lima, 1991; DíEZPICAZO y GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; ENNECCERUS. Tratado de Derecho Civil. Bosh. Barcelona, 1953; TRAZEGNIES. La familia en el Derecho Peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

## ACCIÓN FUNDADA EN ADULTERIO

### ARTICULO 336

No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 333 inc. 1),339,349,355

### Comentario

*Javier Pazos Hayashida*

El presente artículo establece un límite al ejercicio de la acción de separación fundada en la causal de adulterio. De este modo, no podrá interponer la referida acción, basada en la causal indicada, el cónyuge que la provocó, consintió o perdonó.

Debemos tener presente para el efecto que el adulterio surge a partir de la violación de una obligación esencial del matrimonio: la fidelidad. En nuestro sistema jurídico se ha entendido que se configura mediante el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona (CORNEJO CHÁVEZ).

#### 1. Provocación del hecho

El legislador considera que en los casos en que el acceso carnal ha sido provocado por el otro cónyuge no podría intentarse la acción.

Nos encontramos ante casos en que el cónyuge que no comete la causal (no podemos llamarlo inocente) ha ordenado su ejecución o ha inducido a ella. En otras palabras, se provoca el adulterio si uno de los cónyuges, obviamente de manera consciente, coloca al otro en circunstancias propicias para la generación de la causal (CABELLO).

Hay infinidad de ejemplos de provocación. Así se dará si uno de los cónyuges se convierte en proxeneta del otro. Así mismo, se configurará cuando se promuevan actos inmorales como la contratación de un tercero con el fin de mantener contacto sexual con el otro cónyuge.

#### 2. Consentimiento del hecho

El segundo caso en que no puede intentarse la separación de cuerpos basada en la causal de adulterio es cuando el mismo ha sido consentido.

En esta medida, el consentimiento determina la aceptación de la conducta indebida por parte del otro cónyuge. Dicho consentimiento, por propia definición, se manifiesta al mismo tiempo que la violación del deber de fidelidad. Esto es lo que lo diferencia del perdón, que se da necesariamente con posterioridad al mismo.

#### 3. perdón del adulterio

Tampoco puede intentarse la separación de cuerpos basada en la causal de adulterio con posterioridad a que éste haya sido perdonado.

El perdón es un acto unilateral por el cual el cónyuge agraviado renuncia al derecho de invocar la causal que ha dispensado. Se diferencia de la reconciliación en cuanto esta última se configura a partir de la conjunción de la voluntad de ambos cónyuges (CABELLO).

El perdón se manifiesta a partir de una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita. El primero puede expresarse por escrito o de palabra, el segundo por actos. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio determina el perdón del mismo, impidiendo hincar o proseguir la acción.

#### 4. Alcances

Se debe precisar que la causal de adulterio se configura en un solo acto. En este sentido, la provocación, el consentimiento, o el perdón solo abarcarán los actos materia de cada uno. De este modo, por ejemplo, el consentimiento de una relación con un tercero no determina la anuencia del cónyuge a la realización de actos similares posteriores. Lo mismo ocurre con el perdón que determina la dispensa exclusivamente de aquellos actos que han sido incluidos en él.

#### **DOCTRINA**

ALBALADEJO. Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; CABANELLAS. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Heliasta. Buenos Aires, 1989; CABELLO. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995; CORNEJOCHÁVEZ. Derecho Familiar Peruano. Studium. Lima, 1991; DíEZPICAZO y GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; ENNECCERUS. Tratado de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1953; TRAZEGNIES. La Familia en el Derecho Peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

#### **JURISPRUDENCIA**

"Caduca el derecho a solicitar el divorcio cuando existe cohabitación con posterioridad a la fecha en que el cónyuge inocente conoció el adulterio". (Cas. Ng 1146-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 167)

## APRECIACIÓN DE LAS CAUSALES

### ARTICULO 337

La se vicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.  
(\* )

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 333 (incs. 2), 4) Y 6), 349

### Comentario

*Javier Pazos Hayashida*

Aparentemente, la intención del legislador al elaborar este artículo fue otorgar al juez, dada la multiplicidad sociocultural del país, un marco lo suficientemente amplio para poder valorar los diferentes casos que se presentasen.

Mediante la Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 018-96-TC/I, publicada el 13 de mayo de 1997, se declaró la inconstitucionalidad de parte de este artículo manteniendo vigente el texto del articulado solo en lo referente a la injuria grave.

#### 1. Inconstitucionalidad del artículo 337

Es importante precisar que la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo se fundamentó en que el artículo violaba el derecho fundam~tal a la igualdad ante la ley estableciéndose que si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el artículo es legítima, no deben sacrificarse otras finalidades también legítimas y constitucionales referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana.

La resolución en cuestión aclaró que el término original "sevicia" debía entenderse sustituido por el de "violencia física y psicológica" (esto a partir de la modificación generada por el Código Procesal Civil). El Tribunal Constitucional consideró que la violencia entre los cónyuges, sin importar en qué lugar ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de derechos constitucionales que, finalmente, protegen a todos los seres humanos.

(\* ) De acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 337 (Exp. 018-96-IfTC), la referencia a la apreciación por el juez de la sevicia y la conducta deshonrosa, atendiendo a la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, ha quedado derogada; manteniéndose vigente dicha apreciación judicial solo en relación a la injuria grave (ver sentencia del Tribunal Constitucional publicada en El Peruano de 13-05-97, pág. 149160).

Por su parte, en relación con la injuria grave se consideró que la gravedad de la misma depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima, Y que la intensidad de ese sentimiento depende a su vez del sentido

de honor que ella tenga de sí misma. Por lo anterior, se consideró que la gravedad de la injuria para convertir a ésta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia física o psicológica, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja. En este sentido, se precisó que la indagación del juez debe referirse al honor interno de la víctima y a la relación con su pareja, sin que sea gravitante el estrato social o cultural al que pertenezca.

Finalmente, para el caso de la conducta deshonrosa se consideró que en dicha causal debe apreciarse por el juzgador no solo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre la conducta deshonrosa de su cónyuge. El Tribunal Constitucional consideró, además, que el requisito adicional de que la conducta haga insoportable la vida en común para constituir causal, la hace incidir sobre valores y derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución, por lo que su defensa no debería quedar al mero arbitrio del juez.

Teniendo en cuenta todo lo anterior se declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el presente artículo, en lo relativo a que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges. Esa parte del artículo quedó derogada. Respecto a la injuria grave la acción de inconstitucionalidad se declaró infundada por lo que a partir de entonces la norma se entiende referida de manera exclusiva a esta última. Este ítem pretende ser un resumen de la resolución en cuestión. Recomendamos revisar la misma para tener una visión más profunda del tema.

## 2. Facultad del juez para apreciar la injuria grave

En la actualidad, la facultad del juez para apreciar estas causales teniendo en cuenta la educación, cultura, y conducta de ambos cónyuges, como hemos visto, está limitada a la causal de injuria grave. El Tribunal Constitucional, en mayoría, consideró que este supuesto no tenía carácter inconstitucional. Debemos tener en cuenta que, para el caso de la injuria grave el contexto que rodea a los cónyuges justifica la valoración diferente, no discriminatoria, que puede efectuar el juez. En un contexto determinado las palabras o actos pueden constituir una injuria. Para una pareja acostumbrada a un trato particular, las mismas palabras y los mismos actos pueden no conllevar ofensa alguna.

La situación está por demás justificada, dado que tanto la percepción de la ofensa como el grado de perjuicio que puede producir en cada cual, tendrá matices diferentes de acuerdo a las condiciones personales y socio-culturales de los cónyuges (CABELLO).

Como sabemos la gravedad de la injuria es una condición determinante para que se pueda constituir la causal. Los jueces estarán facultados para medir y



valorar la gravedad de la ofensa, teniendo en cuenta los criterios contemplados en este artículo y apreciando de manera particular cada caso.

En general el artículo permite diferenciar entre las personas, ya que no todos actuamos de igual forma, debido principalmente a nuestra variada educación o cultura. A esto se suman las costumbres particulares de los cónyuges o las costumbres propias de la región de donde éstos proceden o residen. No consideramos que esto conlleve ningún tipo de discriminación.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO. Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; CABANELLAS. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Heliasta. Buenos Aires, 1989; CABELLO. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995; CORNEJOCHÁVEZ. Derecho Familiar Peruano. Studium. Lima, 1991; DíEZPICAZO y GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; ENN ECCERUS. Tratado de Derecho Civil. Bosh. Barcelona, 1953; DE TRAZEGNIES. La Familia en el Derecho Peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

## **JURISPRUDENCIA**

"La causal de injuria grave debe ser apreciada por el juzgador en su sentido humano, esto es atendiendo a las condiciones de educación, costumbre y conducta de los cónyuges".

(Exp. N° 1337-89-Lima, Segunda Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostroza Minguez, Alberto} Jurisprudencia Civil, tomo IV, p. 120)

"Se entiende a la violencia física o psicológica como el trato reiterado y cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho o psicológicamente a su consorte, salvando los límites del recíproco respeto que supone la vida en común".

(Cas. N° 207- T-97-Lambayeque, El Peruano, 3/04198, p. 600)

"Constituye injuria grave el ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro, y para apreciar si el ultraje justifica la drástica medida de la separación es menester que el juzgador tome en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges".

(Cas. NS! 1285-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 167)

## IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR DELITO CONOCIDO

### ARTICULO 338

No puede invocar la causal a que se refiere el inciso 10 del artículo 333, quien conoció el delito antes de casarse.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 333 inc. 10), 339

### Comentario

*Javier Pazos Hayashida*

La causal en el caso del numeral 1 O del artículo 333 del Código es determinada a partir de la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años que ha sido impuesta después de la celebración del matrimonio. Como se aprecia dicho artículo no hace referencia al momento de la comisión del delito, por lo que el mismo pudo haberse generado durante la vigencia del matrimonio e incluso antes.

El supuesto en que se pone el legislador en el artículo bajo comentario es que el futuro cónyuge haya cometido un delito antes de la celebración del matrimonio y que el mismo haya sido conocido por el otro. En estos casos se considera que al tener el cónyuge conocimiento de dicha situación y al no haber sido ésta obstáculo para la celebración del matrimonio, no sería válido que se le otorgue la facultad de disolver el matrimonio cuando, desde el inicio, no tuvo reparo en celebrarlo.

Lo que justifica la causal, como sabemos, no es meramente el hecho de la comisión del delito sino que es la ofensa y desprestigio social de la pareja generada por la condena de uno de los cónyuges por delito doloso, lo que tornaría insoportable la vida en común. En este sentido, lo que rompe la armonía del matrimonio es la dishonra que acompaña a una conducta gravemente delictuosa (CORNEJO CHAVEZ).

Debemos tener en cuenta que en el supuesto en que se pone este artículo el cónyuge se casó a sabiendas del hecho delictuoso, por lo que no consideró a tal como injurioso y determinante en su decisión de contraer nupcias o, considerándolo así, lo perdonó.

Con lo anterior se busca evitar supuestos de abuso en la interposición de acciones fundamentadas en esta causal en los casos en que el otro cónyuge conoció la comisión del acto delictuoso, ya sea por su propia cuenta o porque fue informado por su pareja o terceros de su existencia, y aun así contrajo matrimonio.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO. Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; CABANELLAS. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Heliasta. Buenos Aires, 1989; CABELLO. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995; CORNEJO CHÁ VEZ. Derecho Familiar Peruano. Studium. Lima, 1991; DIEZPICAZO y GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1983; ENNECCERUS. Tratado de Derecho Civil. Bosh. Barcelona, 1953; DE TRAZEGNIES. La Familia en el Derecho Peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

## **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.**

### **ARTICULO 339**

La acción basada en el artículo 333, incisos 1,3,9 Y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.

La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa.

En los demás casos, la acción está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

### **CONCORDANCIAS:**

C. arls. 2 inc. 1), 7); 7

C.C. arls. 333 incs. 1),2),3),4),9), 10); 334; 335

### **Comentario**

***Patricia Taya Rutti***

#### 1. Premisa

El Derecho de Familia nos presenta una serie de situaciones que cuentan con un tratamiento favorable que tiende a la protección de la familia en sí, por ejemplo la existencia de derechos irrenunciables e intransferibles, como el derecho de alimentos, situaciones irrevocables como el reconocimiento, etc. El presente artículo señala una aplicación de los efectos del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas ante situaciones especiales que el legislador ha considerado necesario sancionar con la caducidad.

#### 2. Efectos de la caducidad

El tiempo es un hecho jurídico cuyo transcurso trasciende directamente en las relaciones jurídicas, en este sentido la prescripción y la caducidad son instituciones de derecho que dan muestra de ello. En tanto que la primera extingue) la acción, la segunda extingue el derecho mismo. Para los procesalistas la prescripción es un medio de extinción de las acciones, en tanto que la caducidad o decadencia afecta al derecho mismo (ALZAMORA VALDEZ).

Así, la caducidad o la decadencia, como es denominada la caducidad en la doctrina italiana, se refiere a la pérdida de un derecho debido a que en un determina'do término de tiempo señalado por la ley, un derecho no ha sido ejercido o de ser ejercido, lo es fuera de dicho término (MESSINEO).

En el presente artículo se señala que las acciones basadas en los supuestos de separación de cuerpos, caducan en razón de un transcurso de tiempo señalado por la ley, el mismo que ha sido considerado por el legislador como

prudencial para que la parte afectada pueda recurrir al órgano jurisdiccional a fin de cesar los deberes de cohabitación ante dichos supuestos.

En cuanto a la legitimidad para obrar, en principio y como respuesta a la lógica, en el caso de la separación de cuerpos, la acción corresponde al cónyuge directamente afectado, ya que el causante o culpable no podrá demandar basándose en sus propios actos; sin embargo también podrá accionar cualquiera de sus ascendientes según lo señala el artículo 334.

### 3. Los incisos 1, 3, 9, 10 Y 2, 4 del artículo 333

Estos incisos se refieren a las causales de la separación de cuerpos, la característica de estas causales específicas es que responden directamente a la culpa de uno de los cónyuges.

Para el caso de los incisos 1, 3, 9 Y 10 del artículo 333, la acción basada en las mismas caduca a los seis meses de tener conocimiento de éstas o a los cinco años de producidos dichos hechos.

Los mencionados incisos señalan las causales del adulterio, el atentado contra la vida del cónyuge, la homosexualidad sobreviniente y la condena privativa de libertad mayor de dos años. Estos casos se refieren a hechos concretos y determinados desde un solo acto por así decirlo, el adulterio se configurará desde el encuentro sexual con una persona distinta al cónyuge; el atentado contra la vida, con la realización de un acto con el que se agrede al cónyuge, de igual manera los dos supuestos restantes. Es decir, se presentan hechos desde los cuales el término de caducidad podrá darse inicio.

Sin embargo, las otras causales de sevicia e injuria grave, que también cuentan con un término de caducidad de seis meses de producida la causa, no cuentan como en los casos anteriores con hechos puntuales, es así que pensamos que la acción basada en estos supuestos debería ser imprescriptible, ya que la violencia tanto física como psicológica no se determina necesariamente en un solo acto sino puede ser toda una secuencia de hechos que violenten los mismos que dependerán de muchos factores, como el entorno social, las costumbres, entre otros.

### 4. Imprescriptibilidad de los otros supuestos del artículo 333

Es así que para las otras causales específicas del artículo 333, las del abandono injustificado, la conducta deshonrosa, la toxicomanía, la enfermedad venérea, la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, la separación de hecho y la convencional, la ley no señala periodo de caducidad, por lo que debe entenderse que la acción existe en tanto que dichos hechos persistan.

Al respecto debemos diferenciar los hechos, así los supuestos específicos del abandono injustificado, la conducta deshonrosa, la toxicomanía y la enfermedad venérea contraída después de la celebración del matrimonio, supone la culpabilidad del cónyuge. Así estas causales responden a hechos que suponen una continuidad en su realización y que solo ante la intolerancia de los mismos el perjudicado podrá accionar teniendo como único

condicionante la subsistencia de los hechos en que se base la causal de separación (ARIAS-SCHREIBER).

En tanto que en los otros supuestos, la imposibilidad de hacer vida en común, la separación de hecho y la convencional, la culpabilidad de uno de los cónyuges o de ambos no se materializa presentándose en todos los que lo que algunos denominan una culpabilidad concurrente simultánea debido a que ambos cónyuges resuelven y consuman la separación (MÉNDEZ), con lo que al estar estos supuestos condicionados al libre albedrío de las partes, es imposible señalarles un término de caducidad.

## 5. Conclusiones

Por lo expuesto, entendemos que el legislador ha querido ser prudente en otorgar términos de caducidad para el accionar del cónyuge afectado; recordemos que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda de separación en hecho propio, con la finalidad de obtener la suspensión de los deberes al lecho y habitación y, consecuentemente poner fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Sin embargo, como lo hemos señalado, causal es como la sevicia y la injuria grave no deberían estar bajo un término de caducidad tan corto ya que al tratarse de situaciones indeterminables en un solo acto, significaría una limitación, en la vía civil, de accionar frente a la presencia de tales situaciones.

## **DOCTRINA**

ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del Derecho. 1 Q! edición. Editorial y distribuidora de Libros SA 1987; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica. Lima, 1997; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar peruano. 1 Q! edición. Gaceta Jurídica editores, Lima, Perú; 1999; COSSÍO y CORRAI, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Madrid, España, Civitas, 1988; MÉNDEZ COSTA, María Josefa y otros. Derecho de Familia, Tomo 1. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores. Santa Fe, 1982; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo 11. Doctrinas generales. 1954; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. 8! edición. Nápoli, 1988.

## **JURISPRUDENCIA**

"Lo que el Código Civil regula a través de esta norma, es la caducidad y no la prescripción para extinguir el derecho y la acción en los juicios de divorcio por causal".

(Exp. N° 2397-86, Corte Superior de Justicia de Lima. Jurisprudencia Civil, p. 119)

"La acción de divorcio por la causal de adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida".

(Cas. N° 421-96-Cajamarca, El Peruano, 23/04/98, p. 754)

"Si es que no existe en autos prueba que acredite que la accionante tuvo conocimiento del adulterio, corresponde aplicar el término de cinco años para el cómputo de la caducidad contados desde el nacimiento del hijo extramatrimonial".

(Cas. N° 373-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 167)

"La acción de separación de cuerpos por causal de adulterio caduca, en todo caso, a los cinco años de producta. En tal caso, el cómputo del citado plazo debe iniciarse desde la fecha de nacimiento del último hijo extramatrimonial del demandado".

(Cas. N° 611-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 168)

"La norma contenida en el artículo 339 del Código Civil es de naturaleza procesal; por lo tanto no es procedente denunciar su interpretación errónea a través de la causal contenida en el inciso primero del artículo 286 del Código Procesal Civil".

(Cas. N° 309-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 168)

"Al no haberse establecido antes de los cinco años del nacimiento del menor en qué tiempo, momento o fecha tuvo conocimiento de la existencia del hijo extramatrimonial el otro cónyuge, el plazo de caducidad debe empezarse a computar desde el momento de la concepción, que es la causa de adulterio".

(Cas. N° 1643-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 168)

"Cuando se trata de un divorcio por causal de injuria grave, para poder determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad, lo que debe establecerse es cuál es a juicio de la demandante -y no del juzgador- el hecho que ultraja sus sentimientos y su dignidad, pues se trata de una calificación eminentemente subjetiva y de orden moral que -a diferencia de la se vicia- no deja huella objetiva y que solo puede ser calificada por el cónyuge agraviado.

Cuando la cónyuge inocente considera que el acto injurioso está constituido por la denuncia penal que le formuló su cónyuge, habiendo sido absuelta del delito imputado, se desprende que la causa se originó en la absolución de los cargos; y por ende el plazo de caducidad se computa desde que quedó ejecutoriada la sentencia penal absolutoria".

(Cas. N° 1232-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 168)

"La norma contenida en la primera parte del artículo 340 del Código Civil responde al criterio establecido por el legislador de considerar las causales de separación de cuerpos así como las de divorcio, como una sanción, en la que se imputa al cónyuge culpable la causa de separación, por ende, merecedor de ciertas restricciones punitivas como el de suspenderle el ejercicio de la patria potestad de los hijos. Debido a la naturaleza imperativa de dicha norma no puede oponerse a ella ningún acuerdo de conciliación celebrada entre los cónyuges".

(Cas. N° 719-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 168)

"La tenencia de un menor a cargo de su progenitor es por naturaleza de carácter provisoria, supeditada a la buena formación, enseñanza, educación y buenos modales que se le implanta, y como tal no causa cosa juzgada".

(Cas. Ng 1909-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 169)



## EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

### ARTICULO 340

Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

### CONCORDANCIAS:

C. arto 2 incs. 1) Y 7)  
C.C. arts. 333 íncs. 1) al 10); 345, 355, 419, 420, 422, 466, 470, 502,  
506  
C.N.A. arts.,76, 78, 79  
C.P.C art 579

### Comentario

***Patricia Taya Rutti***

#### 1. Premisa

En principio, para el caso de la separación convencional, el régimen de la patria potestad será regulado por el convenio firmado por ambos cónyuges, presentado con la demanda, teniendo eficacia jurídica con la sola expedición del auto admisorio. Por lo que el presente artículo desarrolla el tema de la patria potestad para el caso de la separación de cónyuges por causas específicas, regulando los efectos de la eminente separación en relación a los hijos comunes de los cónyuges a separarse; es aquí donde el juez puede incidir e incluso decidir sobre el régimen de la patria potestad.

#### 2. De la patria potestad

La patria potestad es el derecho y el deber de los padres en cuidar de la persona y los bienes de sus hijos (artículo 418), cuidado que se manifiesta básicamente con la representación legal de los hijos en las relaciones jurídicas necesarias para la subsistencia y desarrollo en tanto que aquellos sean menores de edad.

### 3. Suspensión de la patria potestad

En principio, la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio; sin embargo en caso de separación de cuerpos aquélla será ejercida por el cónyuge a quien se confían los hijos mediante la sentencia por lo que el otro cónyuge quedará suspendido en el ejercicio de la misma (artículos 419 y 420).

Dicha suspensión no es indefinida ya que podrá ser reasumida de pleno derecho ante la muerte del cónyuge a quien fue designada o ante la declaración de impedimento legal del mismo, por ejemplo ante la declaración de interdicción. Esto responde a que, como hemos señalado, la patria potestad se refiere básicamente a la representación legal de los hijos, por lo que el representante solo puede ser una persona capaz, así ante la incapacidad sobreviniente del cónyuge que la ejerce, será el otro cónyuge quien la asuma. Por otro lado, debido a la necesidad del menor de edad de ser representado en las relaciones jurídicas en las que participa, el presente artículo señala que ante la existencia de una causa grave que perjudica al desarrollo de los hijos, la patria potestad podrá ser ejercida incluso por un tercero, por lo que para este caso el juez podrá nombrar al menor un tutor que cuide de su persona y de sus bienes, pudiendo desempeñar dicho cargo los abuelos y otros ascendientes prefiriéndose el pariente más próximo al más remoto o al más idóneo, en igualdad de grado de parentesco (artículos 502 y 506).

### 4. Conclusiones

Una vez más se demuestra el sentido proteccionista del legislador en relación a los hijos menores de edad; si bien es cierto los actos jurídicos en que éstos participan adolecen de nulidad, si son menores de dieciséis, o de anulabilidad, si están entre los dieciséis y los dieciocho, éstos podrían realizar válidamente actos jurídicos necesarios para su subsistencia. El espíritu de la ley en relación al tema de la separación de cuerpos, se basa en que aun ante los problemas conyugales que pudieran existir entre los cónyuges, los hijos deben contar con la protección del sistema en beneficio de los mismos.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano, Derecho de Familia. Lima. Gaceta Jurídica; 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 101 edición. Gaceta Jurídica editores. Lima, Perú; 1999; COSSÍO y CORRAZ, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Madrid, España. Civitas, 1988; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. 81 edición. Nápoli, 1988.

### **JURISPRUDENCIA**

"Esta norma sólo es aplicable a los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, mas no en los casos de disolución del vínculo por mutuo acuerdo".

(Cas. N° 2096-97-Lima, El Peruano, 16/01/99, p. 2481)

A tenor de lo dispuesto por los artículos 340 y 466 del Código Civil, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causal específica, quedando suspendido el otro en el ejercicio de la patria potestad".

(Exp. N° 571-98, Resolución del 25/05/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

## PROVIDENCIAS JUDICIALES EN BENEFICIO DE LOS HIJOS

### ARTICULO 341

En cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos.

### CONCORDANCIAS:

C. art.2 incs. 1) Y 7)  
C.C. arts. 345, 422  
C.N.A.arto 80

### Comentario

*Patricia Taya Rutti*

#### 1. Premisa

El juez como representante del Estado cumple una suerte de rol protector de los miembros de la familia más "débiles" o desprotegidos, los hijos. Es así que el legislador otorga al juez las herramientas necesarias para poder brindar el bienestar de los mismos y protegerlos.

#### 2. Naturaleza de las resoluciones en Derecho de Familia

Al señalarse en el presente artículo que el juez "en cualquier tiempo" puede dictar las providencias necesarias, indica una excepción a las reglas generales del Derecho respecto a las resoluciones judiciales, no hay cosa juzgada en temas referidos al Derecho de Familia, en especial al régimen de la patria potestad.

La naturaleza del Derecho de Familia, y en especial en el tema de la patria potestad, responde a un tratamiento especial donde los hechos emergentes no solo podrán tener incidencia patrimonial sino, y lo más importante, influirán en la convivencia armónica y aceptación de los sujetos que intervienen.

Es así que el legislador cree necesario facultar al juez para que ante la presencia de hechos que afecten el bienestar de los hijos y ante la solicitud de los padres, los hermanos mayores o, incluso, del consejo de familia, para que modifique lo resuelto, siempre bajo la existencia de hechos nuevos y que signifique un beneficio para los hijos.

#### 3. Sentido proteccionista del sistema

Una vez más el sistema se hace presente como protector de la familia y de los miembros que la constituyen. Así, ante situaciones desventajosas resueltas sobre hechos pasados, cabe la posibilidad de que se pronuncie basándose en nuevos hechos Y siempre en beneficio de los hijos.

#### 4. conclusiones

En el tema de la patria potestad, la institución de la cosa juzgada no tiene los efectos como los tiene en situaciones de índole patrimonial, lo que no significa una inseguridad jurídica en el sistema, sino más bien una manifestación de preocupación ante situaciones peculiares y de suma importancia, como es la del bienestar de los hijos ante una situación de por sí incómoda cual es la separación de los padres.

### **DOCTRINA**

ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del Derecho. 1ª edición; Editorial y distribuidora de Libros S.A. 1987; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano, Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 1ª edición. Gaceta Jurídica editores. Lima, Perú. 1999; COSSÍO y CORRAL, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Civitas. Madrid, España, 1988; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. 8ª edición. Nápoli, 1988.

## DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

### ARTICULO 342

El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa.

### CONCORDANCIAS:

C. arto 2 incs. 1) Y 7)  
C.C. arts. 287, 345, 463, 350, 482, 474, 475  
C.P.C.arto 579  
C.N.A.arto 80

### Comentario

*Patricia Taya Rutti*

#### 1. Premisa

Una vez más el poder discrecional del juez en nuestro sistema puede incidir y decidir en las relaciones familiares, es más, el presente artículo demuestra la decisión del mismo en una de las más importantes relaciones, el derecho al alimento. Es aquí donde el derecho fundamental se vuelve en un derecho de crédito donde el obligado será señalado por el juez en sentencia, teniendo ésta la calidad de un título ejecutivo como una obligación cierta, expresa, exigible, líquida y de inmediata ejecución.

#### 2. De la pensión alimenticia

La pensión alimenticia es constitucionalmente reconocida como el derecho y el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (Const., artículo 6). En este sentido, el alimento es un derecho personalísimo, intransmisible, intransigible, inembargable e irrenunciable.

Los hijos y los cónyuges son los únicos, en principio, que gozan de este derecho y deber entre sí debido al vínculo existente entre ellos. Al señalarse al derecho de alimento como un derecho personalísimo e intransmisible, quiere decir que un hijo no podrá transmitir su derecho de alimento a un tercero, ya que ese derecho le corresponde por su estatus de ser hijo.

"por otro lado, la importancia y esencia de este deber y derecho se demuestra en el hecho de que, ante una demanda por alimentos, la ejecución de la sentencia es anticipada, los efectos de la misma surtirán inmediatamente, aun cuando la misma haya sido apelada (artículo 566 del Código Procesal Civil). Situación que se justifica por la misma finalidad de la acción de alimentos; la subsistencia de los hijos o del cónyuge solicitante no podrá esperar a que se resuelva al respecto, sin embargo la demanda declarada infundada tendrá efectos retroactivos que implicarán la devolución de lo recibido bajo ese concepto.

### 3. De los deberes y derechos de los padres para con los hijos

El deber-derecho del alimento viene a ser entendido como un imperativo legal a realizar en última instancia, pero básicamente responde a una situación peculiar como consecuencia de la relación existente entre padres e hijos. Ahora bien, este deber de asistencia no solo se presenta de los padres para con los hijos sino también entre los cónyuges mismos.

Si bien es cierto el derecho de alimento es considerado como una carga social (artículo 316) cuando uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar alimentos a otras personas, el presente artículo hace referencia al deber común de los padres, y no a la carga social, por el hecho de que los alimentados conviven con los alimentantes en el hogar familiar (MÉNDEZ), es decir se trata básicamente de los hijos matrimoniales, más aún concluimos en esto cuando la propia legislación da un tratamiento especial a otras situaciones como es el caso de los denominados hijos alimentistas.

### 4. Situación de la mujer en el derecho alimentario

Anteriormente la idea del derecho alimentario se presentaba en la situación en que el hombre era el único que aportaba económicamente al hogar y, consecuentemente ante una separación de cuerpos, era también el único que estaba obligado a prestar alimento a la cónyuge.

En los últimos tiempos en que la mujer ocupa un lugar importante en la sociedad y en el desarrollo económico, ante una separación de cuerpos, la mujer también podrá estar obligada a brindar alimento al cónyuge varón, siempre en observancia a los ingresos y al tipo de vida que tenga cada uno de ellos.

### 5. Conclusiones

El derecho alimentario no solo está referido al alimento como sustento vital sino también engloba a los elementos imprescindibles para el desarrollo del ser humano, como son el vestido y la educación. El derecho al alimento como obligación impuesta por una sentencia es personal debido a, como lo hemos señalado, la relación especial existente entre los sujetos que intervienen: el alimentista y el alimentante, obligación que debido a su naturaleza y finalidad podrá afectar los ingresos de este último, sus actividades e incluso sus bienes directamente.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano, Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 1º edición. Gaceta Jurídica editores. Lima, Perú; 1999; COSSIO.Y CORRAZ Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Madrid, España. Civitas, 1988; MÉNDEZ COSTA, María Josefa y OTROS. Derecho de Familia. Tomo 1. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores. Santa Fe, 1982; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. 8ª edición. Nápoli, 1988.

## **JURISPRUDENCIA**

"La obligación de pagar una pensión alimenticia entre los cónyuges implica el cumplimiento del deber de asistencia de aquellos, el cual se encuentra establecido en el artículo 282 del Código Civil. Asimismo ante la falta de pago voluntario, quien tenga derecho para solicitarlo puede pedir la determinación judicial de dicha pensión, al amparo del artículo 342 del Código acotado".  
(Cas. N° 3065-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 169)

### **PLENO JURISDICCIONAL**

#### **PLENO JURISDICCIONAL 1998**

#### **ACUERDO N° 9: FIJACIÓN DE OFICIO DE ALIMENTOS A LA CÓNYUGE EN PROCESOS DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO**

Se dan dos supuestos:

##### **A. PARA LA SEPARACIÓN DE CUERPOS CONVENCIONAL**

9.1. ¿Puede el juez declarar de oficio los alimentos, si los cónyuges no lo han acordado?

##### **CONSIDERANDO:**

- Que, en principio la separación convencional resulta una separación de consumo, en la que uno de los requisitos de la acción, consiste en acompañar el convenio correspondiente, siendo en este convenio en donde se fija el régimen de los alimentos, tenencia de los hijos, régimen de visitas, etc.; por lo que estando el acuerdo de voluntades plasmado en él, éste no puede ser afectado por intervención de un tercero (el Estado), por lo que el juez no podría ir más allá de lo que las partes han fijado en dicho convenio; de viniendo en aplicable el principio procesal contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por el cual "el juez no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

- Que, de otro lado, debe tenerse en cuenta que la fijación de alimentos de oficio para la cónyuge, en procesos de separación de cuerpos o divorcio, atentaría contra el espíritu de la ley, por cuanto está prescrito que por el divorcio cesa la obligación de prestar alimentos, y en la práctica vemos que si los cónyuges no han señalado régimen alimenticio entre sí, ello responde a su capacidad económica.

- Por consiguiente, se exige, por parte del juez, un estudio prolijo de los casos a fin de establecer si las partes en el convenio adjuntado a la demanda, han fijado el régimen alimenticio que les concierne.



## **EL PLENO: POR MAYORÍA ACUERDA:**

Por mayoría de 26 votos contra 5, se aprobó que el juez no puede declarar de oficio los alimentos para la cónyuge, si los cónyuges no lo han acordado.

## **B. PARA EL DIVORCIO:**

9.2. En los procesos de divorcio por causal, ¿puede el juez declarar de oficio los alimentos?

## **COMENTARIO:**

Al respecto, esta circunstancia debe ser una excepción, fundada en el supuesto de que el cónyuge inocente no tenga medios para subsistir; en este sentido la aplicación del acotado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, exige una limitación, que puede ejercitarse cuando no afecta ni el derecho de la defensa, ni el principio contradictorio, vale decir cuando no altera en nada las pretensiones planteadas por las partes ni los hechos alegados sometidos a probanza. De lo expuesto, debemos tener en cuenta que la finalidad del proceso es lograr la paz social en justicia, por lo que no resultaría equitativo que luego de un proceso de divorcio en el que la parte emplazada si bien mantenga el hogar y cuente con los medios económicos suficientes, a la vez que se resuelva la disolución del vínculo matrimonial, ello pueda conllevar a la extinción de la obligación alimentaria para con su cónyuge, máxime si este último no cuenta con los medios económicos suficientes para subsistir (dado que se dedicó al cuidado de los hijos y del hogar, lo que la sitúa en una posición de desventaja), por lo que a fin de no mermar el derecho del cónyuge inocente, el juzgador debe necesariamente emitir una declaración respecto al derecho alimentaria del mismo, a fin de que se le permita llevar una vida decorosa.

## **EL PLENO: POR MAYORÍA ACUERDA:**

Por mayoría de 23 votos contra 10, se aprobó que el juez sí puede declarar de oficio los alimentos de la cónyuge.

## **PÉRDIDA DE DERECHOS HEREDITARIOS**

### **ARTICULO 343**

El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden.

### **CONCORDANCIAS:**

- C. arto 2 incs. 1) Y 7)
- C.C. arts. 353, 724, 735 Y ss.

### **Comentario**

***Patricia Taya Rutti***

#### 1. Premisa

La denominación de "culpable" puede considerarse retrógrada o conservadora. Sin embargo para el presente caso es una suerte de determinante para señalar cuál de los cónyuges debe ser "castigado" por ser quien haya "originado" la separación.

#### 2. Situación del cónyuge culpable de la separación

En el desarrollo normal de una relación marital, uno de los cónyuges es quien en algún momento tiende a incurrir en hechos que para la legislación constituye una causa que dañe la relación marital, por lo que el cónyuge afectado está legitimado para solicitar la separación de cuerpos para una posterior disolución del vínculo matrimonial en una futura acción de divorcio.

Sin embargo, si bien es cierto, ambos cónyuges serán emplazados en el proceso de separación de cuerpos, uno de ellos, quien incurrió en la causal que motivará la acción, será quien asuma las consecuencias de sus actos.

Así que el término de "culpabilidad" nos lleva a la idea, más que intencionalidad, de responsabilidad. En estos casos en que la separación es fundada en la realización de actos determinados (adulterio, homosexualidad sobreviniente, etc.), la responsabilidad del cónyuge ejecutante de dichos actos no solo originará el término de los deberes de convivencia sino también el término de los deberes Y derechos patrimoniales, en principio con el fin del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales.

#### 3. De los derechos hereditarios entre los cónyuges

Dentro de la clasificación de los herederos, los cónyuges son herederos legales (porque la ley lo señala), forzosos (porque están obligados a recoger la herencia) teniendo como legítimas las dos terceras partes de la masa de la herencia de su cónyuge (FERRERO).

Sin embargo, en el Derecho de Sucesiones se contempla la posibilidad de privar a un heredero forzoso para que, al incurrir en alguna de las causales que señala expresamente la ley, no goce de dicha posición, produciéndose la desheredación del mismo. En tal sentido, para el caso de los cónyuges, el artículo 746 expresa que son causales de desheredación las previstas en el artículo 333 incisos 1 a 6, que corresponden a las causales de separación de cuerpos desarrolladas en el presente Libro del Código Civil.

Al respecto, compartimos la posición de Ferrero al precisar que el resto de causal es de separación de cuerpos deberían ser también causales de desheredación, más aún cuando están referidas situaciones en que la vida en común entre los cónyuges se hace insoportable.

#### 4. Sobre los efectos de la separación de cuerpos

El efecto patrimonial principal de la separación de cuerpos es el fin de la sociedad de gananciales; sin embargo no es el único, el otro efecto patrimonial es la prohibición de la participación del cónyuge culpable de la separación en la masa hereditaria del cónyuge afectado, en otras palabras, la ya referida desheredación.

Esto evita pues que se llegue a casos extremos, como por ejemplo en el adulterio que el hijo extramatrimonial del adúltero participe directamente de la masa hereditaria del cónyuge afectado.

#### 5. Conclusiones

Las consecuencias de la separación de cuerpos son claras y no es necesario esperar a la disolución del vínculo del matrimonio, es decir no es necesaria la declaración del divorcio para que de por sí los efectos patrimoniales de la sola separación surtan.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano, Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 1ª edición. Gaceta Jurídica editores. Lima, Perú, 1999; COSSÍO y CORRAZ, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Madrid, España. Civitas, 1988; FERRERO, Augusto. Manual de derecho de sucesiones. 2ª edición. Grijley. 1999; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. 8ª edición. Nápoli, 1988.

# REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL

## ARTICULO 344

Cuando se solicite la separación convencional, cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento dentro de los treinta días naturales siguientes a la audiencia. (\*)

### CONCORDANCIAS:

- e. arto 2 incs. 1) Y 7)
- e.e. arts. 333 inc. 11), 345, 349
- e.p.e. arts. 573. 579

### Comentario

*Patricia Taya Rutti*

#### 1. Premisa

La intervención del Estado en las relaciones matrimoniales es permanente, es así que en todo momento la finalidad del mismo es la de evitar que un hogar se disgregue; la posibilidad de la reconciliación está presente a lo largo de la legislación.

#### 2. Solicitud de la separación convencional

Para interponer una demanda judicial se debe considerar, entre otros requisitos, la legitimidad y el interés para obrar. En el presente caso quienes están legitimados para interponer la demanda de separación convencional serán, como en los casos anteriores, los propios cónyuges.

Lo peculiar es que en este caso ambos cónyuges están de acuerdo en llevar a cabo la separación porque simple y llanamente la convivencia es insoportable, lo que demuestra la libertad de las partes de poder "decidir" poner fin a la convivencia; sin embargo este acuerdo debe contar con la homologación judicial a fin de obtener los efectos legales de la separación de cuerpos (RESCIGNO).

La separación convencional se fundamenta en un hecho objetivo: la imposibilidad de la convivencia entre los cónyuges, aquí no importa la búsqueda por parte del juez de la culpa de quien haya incurrido en alguna de las causales señaladas

(°) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768) cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. 010-93-JUS de 23-04-93 por la ley; asimismo se pierde el carácter sancionador sobre quien tendría la culpa o responsabilidad de aquella (RESCIGNO).

#### 3. De la naturaleza de la revocación

La revocación significa la renuncia de la acción iniciada, esta oportunidad demuestra el interés del Estado frente a las relaciones matrimoniales: el mantener a la familia como núcleo de la sociedad otorgando en todo momento las facilidades para que desistan de la decisión de separación.

Sin embargo, como lo señala Arias-Schreiber, lo criticado es dejar la posibilidad de que la separación acordada pueda ser revocada por la voluntad de uno de los cónyuges. Lo lógico sería que dicha revocación debería ser procedente solo con la concurrencia de las voluntades de ambos cónyuges (ARIAS-SCHREIBER).

#### 4. Conclusiones

Es claro que cada caso de separación de cuerpos guardará en sí sus propias características y razones. El Estado, una vez más como interventor en las relaciones jurídicas de las personas, tiene el deber de crear las condiciones adecuadas para el desarrollo de los mismos, en un principio en el desarrollo personal e individual del sujeto para posteriormente hacer idónea la convivencia del sujeto en un núcleo familiar; sin embargo, así como la manifestación de voluntad para contraer matrimonio es conjuntamente la del varón y la mujer, la decisión de la separación de cuerpos por mutuo disenso es la misma, una manifestación conjunta bajo una serie de condiciones, por lo que no es aceptable que la revocación de tal decisión pueda darse con la manifestación de voluntad de una sola de las partes implicadas en dicha situación.

La revocación de la acción de separación convencional debería ser 'con la concurrencia de voluntades de ambos cónyuges.

#### **DOCTRINA**

ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del Derecho. 101 edición. Editorial y distribuidora de Libros S,A, 1987; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano, Derecho de Familia. Gaceta Jurídica, Lima, 1997; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 101 edición. Gaceta Jurídica editores. LimaPerú, 1999; COSSÍO y CORRAL, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Civitas. Madrid-España, 1988; ZANONI, Eduardo. Derecho de Familia. 21 edición actualizada. Buenos Aires, 1989; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. 81 edición. Nápoli, 1988.

#### **JURISPRUDENCIA**

"Dentro de los treinta días posteriores a la diligencia de comparendo, cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento".

(Exp. N!!3103-86, Corte Superior de Justicia de Lima. Ejecutorias Civiles, p. 37)

## **PATRIA POTESTAD POR SEPARACIÓN CONVENCIONAL**

### **ARTICULO 345**

En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341. (\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley 27495 del 7-07-2001 .

### **CONCORDANCIAS:**

C. art 2 inc. 1) y 7)  
C.C. arts.333 inc.11), 340, 341, 342, 350  
C.P.C. arts. 573, 575, 578  
C.N.A. arts. 76, 80

### **Comentario**

***Patricia Taya Rutti***

#### **1. Premisa**

En este caso la separación convencional y la separación de hecho suponen el acuerdo en común de los cónyuges de poner fin a las relaciones personales y patrimoniales entre ellos.

#### **2. Del poder discrecional del juez**

En principio, dado que nos encontramos en la separación convencional, es requisito indispensable que la demanda contenga el acuerdo de los cónyuges sobre el régimen de patria potestad, los alimentos y de la liquidación de la sociedad de gananciales, dicho convenio debe estar firmado por ambos cónyuges.

En principio, el juez tendrá en cuenta lo acordado por las partes siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes en relación a la patria potestad y el bienestar de los menores y los incapaces. Por lo que cabe la posibilidad de que el juez decida sobre estos temas.

#### **3. Normas procesales al respecto**

Dentro de las normas procesales, conocemos de los efectos de las medidas cautelares cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de la sentencia final, por lo que sus características principales son la provisionalidad y la inmediatez:

Para el caso de la separación convencional y precisamente sobre el régimen de la patria potestad y de los alimentos, debido a la importancia y necesidad de dichos temas, el legislador señala propicia, sin perjuicio de las medidas cautelares que se puedan interponer, la anticipación de la tutela de los mismos; así bastará la expedición del auto admisorio de la demanda para que los acuerdos sobre la patria potestad y los alimentos surtan sus efectos.

#### 4. Conclusiones

El Estado protege a la familia desde su formación por medio de la regulación de la celebración del matrimonio, la duración de la misma con la regulación de los regímenes patrimoniales y las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos, sin embargo su preocupación trasciende hasta la regulación de los términos para finalizarla.

La decisión de la separación convencional atañe a ambos cónyuges, éstos deben prever bajo qué condiciones se da término a sus relaciones, en especial el cuidado y protección de los hijos menores de la familia así como de los incapaces. La idea es que el Estado acepte en principio los acuerdos a los que los cónyuges lleguen, pero puede intervenir en la regulación de los mismos ante la posible desventaja que uno de los cónyuges podría tener.

#### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano, Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 1ra edición. Gaceta Jurídica editores. Lima-Perú, 1999; COSSÍO y CORRAZ, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Civitas. Madrid-España, 1988.

#### **JURISPRUDENCIA**

"En el caso de separación de cuerpos por mutuo disenso, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos, abreviando en 'CUanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerdan'.  
(Exp. N° 255-87, Corte Superior de Justicia de Lima. Ejecutorias Civiles, p. 36)

## SEPARACIÓN DE HECHO E INDEMNIZACIÓN EN CASO DE PERJUICIO

### ARTICULO 345-A

Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 Y 352, en cuanto sean pertinentes. (\*)

(\*) Artículo adicionado por la Ley 27495 del 7-07-2001.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 323, 324, 333 inc. 12), 342, 343, 351, 352

### Comentario

**Manuel Muro Rojo**  
**Alfonso Rebaza Gonzales**

#### 1. Consideraciones Generales ~n torno a la separación de hecho

La norma bajo comentario fue introducida al Código Civil mediante la Ley N° 27495, publicada el 7 de julio de 2001. El primer párrafo del artículo 345-A remite a la causal de separación de cuerpos recogida por el inciso 12 del artículo 333 del Código, referida al supuesto de separación de hecho por dos años, o por cuatro si hubiesen hijos menores de edad.

El objeto de esta parte del artículo en comentario, es establecer la acreditación del pago de las obligaciones alimentarias como requisito para invocar la causal de separación de hecho citada. En este sentido, a efectos de entender el contexto de la norma, es preciso traer a colación algunos conceptos referidos a la separación de hecho.

Así, la separación de hecho debe cumplir con dos elementos, a saber (PLÁCIDO, p. 206; ZANNONI, p. 117):

- Un primer elemento objetivo o material, consistente en la evidencia del quebrantamiento definitivo y permanente, sin solución de continuidad de la convivencia.

- Un segundo elemento subjetivo o psíquico, determinado por la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de los cónyuges de no continuar viviendo juntos. Este elemento permite distinguir los supuestos en que la separación obedece a circunstancias involuntarias (guerras, prisión, etc.).

La separación de hecho es frecuentemente confundida con el abandono, tipificado como causal de separación de cuerpos (o divorcio) en el inciso 5 del



artículo 333 del Código Civil. A efectos de distinguir entre estos dos conceptos, es preciso traer a colación un ejemplo: dos socios integrantes de una sociedad resuelven separarse. En este supuesto, aun cuando esta separación obedezca a motivos que justifiquen la salida por renuncia o culpa, en tanto ambos coincidan en la disolución y la practiquen convencionalmente, no podrá interpretarse que la disolución se produce por causal, debiendo entenderse que ella ocurre por mutuo consentimiento (FASSI, p. 382).

En este sentido, debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados (CARBONELL, pp. 286 Y 287).

Conforme hemos indicado, la norma bajo análisis añade al elemento temporal de la separación de hecho, el requisito de la acreditación del pago de las obligaciones alimentarias. Este nuevo requisito es desarrollado a continuación.

## 2. La obligación de pago de los alimentos

Una vez configurada la situación descrita en el acápite precedente, es materia pacífica que, en principio, el cónyuge que no sea culpable del rompimiento de la convivencia puede invocar la separación de hecho. No obstante, cabe advertir que esta facultad podría ser ampliada al cónyuge culpable. En efecto, "la permanencia en el tiempo de una separación de hecho es la demostración de una definitiva ruptura de la vida en común y un fracaso del matrimonio que queda evidenciado de manera objetiva. En tal sentido, resulta ética mente permitido que cualquiera de los cónyuges -y por tanto, también el culpable- alegue la separación de hecho cuando no quiere permanecer vinculado; lo que constituye la clara exteriorización de que ello es definitiva y desvanece cualquier esperanza de la vida conyugal" (PLÁCIDO, p. 207).

Entre los criterios para el otorgamiento de alimentos, es preciso tener en cuenta que "no es necesario que la mujer carezca absolutamente de recursos, sino que basta con que los que posee no sean suficientes. No se requiere tampoco que no le sea posible adquirirlos con su trabajo, pues subsiste la obligación del marido de sostenerla; ni está la mujer obligada a utilizar su capital propio antes de pedir alimentos al marido, pues los medios propios de que habla el artículo son los frutos de los capitales, o del trabajo o profesión, pero no los capitales mismos" (BELLUSCIO, p. 462). Las mismas consideraciones resultan aplicables para el caso en que la mujer resulta obligada al pago de alimentos a favor de su marido.

Los alimentos a que se refiere la norma bajo comentario deben entenderse como aquellos a los cuales los cónyuges están obligados de manera normal, como si la separación no se hubiese producido. No obstante, la promoción de la separación altera significativamente la prestación alimentaria. En efecto, resulta evidente que la obligación de otorgar alimentos experimenta una modificación una vez decretada la separación de hecho (CORNEJO, p. 369). Así, "aunque no haya convenio sobre la separación, si la separación de hecho

existe, no es posible entender desde el punto de vista jurídico que nada ha cambiado en el matrimonio y que deben aplicarse entre los cónyuges las mismas reglas que en los casos normales de la vida común" (DIEZ-PICAZA, p. 113).

Una vez iniciada la acción, los recursos económicos que reclame uno de los cónyuges, estarán determinados por la carencia de medios propios suficientes. Ello obedece a que dichos alimentos ya no se encuentran dirigidos a la manutención del hogar, entendido como institución unitaria o integrada, proyectada desde la convivencia, sino a la asistencia económica del cónyuge necesitado (ZANNONI, p. 194).

### 3. La indemnización de los daños y perjuicios

El Código peruano consagra de manera expresa la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados tanto de la separación de hecho como del divorcio. No obstante, existe un sector de la doctrina que rechaza esta posibilidad, pues se estima que implicaría lucrar con la deshonra, en especial en el caso de adulterio.

Esta posición ha sido contestada bajo el argumento de que los hechos que pueden dar lugar a la separación, pueden ser circunstancias que se han generado por violar obligaciones derivadas del matrimonio. En este sentido, si estos hechos, además de ser ilícitos ocasionan un daño al otro cónyuge, dan lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar. Bajo este razonamiento, debe tenerse presente que tal reparación no tiene nada de inmoral, pues no se trata de obtener un beneficio a costa de un hecho que resulta contrario al ordenamiento, sino de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, o indirectamente como consecuencia del divorcio (BELLUSCIO, p. 464). Estos fundamentos sirven de base a la opción asumida por el Código nacional.

En adición a lo expuesto, es preciso tener en cuenta los siguientes aspectos (RIVERA, p. 290):

En primer lugar, los cónyuges tienen derecho a la indemnización de los daños, tanto materiales como morales, en la medida en que guarden relación de causalidad con los eventos que dieron origen a la separación.

- Asimismo, la indemnización se otorga como resultado de la responsabilidad civil en que hubiere incurrido alguno de los cónyuges. En este sentido, no procede la indemnización en los supuestos en que la separación se hubiese producido de mutuo acuerdo, o cuando aquella tenga su origen en el hecho de un tercero (el mandato del juez, por ejemplo).

De otro lado, debe tenerse presente que la responsabilidad a que venimos aludiendo es de naturaleza eminentemente extracontractual, aun cuando se tratara de la indemnización derivada de la disolución anticipada de la sociedad conyugal.

Debe descartarse la posibilidad de que la indemnización constituya un efecto de producción obligatoria en las separaciones con atribución de culpa a uno de los cónyuges. Ello obedece a que las sanciones que se pudieran imponer al

cónyuge que originó la separación, no excluyen la indemnización de los daños y perjuicios, habida cuenta que dicha sanción tiene naturaleza sancionatoria, mientras que la indemnización es de naturaleza reparatoria.

- Finalmente, debe tenerse en cuenta que el pedido de separación por causales objetivas no constituye un hecho antijurídico; por tanto, no genera obligación de reparación.

#### 4. Remisión a normas sancionatorias

Finalmente, la norma bajo comentario, siempre con la finalidad de proteger al cónyuge que hubiera resultado desfavorecido por la separación, dispone el otorgamiento de los siguientes beneficios a su favor:

a) La preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera. Esta disposición resulta aplicable en virtud de lo establecido por el artículo 323 del Código Civil.

b) Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 324 del precitado Código, el cónyuge culpable pierde los gananciales proporcionalmente a la duración de la separación de hecho. La remisión a esta norma resulta pacífica en el supuesto en que el cónyuge inocente sea al mismo tiempo el cónyuge que resulte más perjudicado por la separación. De ser el caso, en concordancia con la finalidad protectora de la norma bajo comentario, el buen sentido nos indica que los gananciales deberán entenderse perdidos en beneficio del cónyuge no culpable.

No obstante, resulta controvertido aplicar dicha sanción en el supuesto en que el cónyuge culpable de la separación resulte siendo, adicionalmente, el cónyuge más perjudicado. En este supuesto, consideramos que el beneficio de la norma bajo comentario debe ceder ante la sanción que impone el artículo 324. Por ende, el cónyuge culpable (que circunstancialmente es también el más perjudicado) debería perder los gananciales en beneficio del cónyuge inocente, aun cuando aquél sea el más perjudicado con la separación.

Sin perjuicio de lo expuesto, atendiendo a la obligación del juez de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulta más perjudicado por la separación, podría admitirse una interpretación en el sentido de que la sanción prevista por el artículo 324 no resulte aplicable. En consecuencia, de acuerdo con este criterio, en el supuesto de que en cabeza de uno de los cónyuges coincidan las condiciones de culpable y perjudicado por la separación, su tratamiento deberá efectuarse como si estas condiciones no existieran, esto es, sin aplicarse la sanción, pero tampoco el beneficio.

c) Por su parte, la remisión al artículo 342 resulta concordante con lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma bajo comentario, reiterándose de este modo la obligación del juez que decreta la separación de cuerpos de fijar una pensión alimenticia a favor del cónyuge que resulte más perjudicado como consecuencia de la separación.

d) De otro lado, la norma bajo análisis nos remite al artículo 343 del Código Civil, el cual sanciona al cónyuge culpable con la pérdida de los derechos hereditarios que le corresponden.

e) Adicionalmente, el artículo 351 establece la concesión de un monto indemnizatorio por concepto de daño moral a favor del cónyuge inocente cuyos intereses hubieran sido gravemente comprometidos por la separación.

f) Finalmente, el artículo 352 dispone que el cónyuge culpable pierde los gananciales que procedieran de los bienes del otro cónyuge.

Conforme a lo expresado en el literal b), la aplicación de las sanciones mencionadas en los literales d), e) y f) no presenta mayores inconvenientes cuando las condiciones de culpable y menos perjudicado por la separación coinciden en uno de los cónyuges. No obstante, la controversia se presenta en el supuesto en que el cónyuge más perjudicado por la separación, resulte ser además, el culpable de la ruptura.

En este supuesto se presentan dos alternativas. La primera, que la sanción de los artículos a que nos remite la norma bajo análisis, prevalezca frente al principio de favorecer al cónyuge más perjudicado: En consecuencia, la sanción al culpable de la separación será aplicable aun cuando éste sea el más desfavorecido. Bajo este razonamiento, el beneficio de la norma resultará aplicable solo en la medida en que el cónyuge menos favorecido no resulte ser el culpable de la separación.

No obstante, cabría la posibilidad de entender que los preceptos contrapuestos de ambas normas deben ser entendidos de manera sistemática. Por tanto, el cónyuge más perjudicado que haya originado la separación, no sufrirá las sanciones que establecen los artículos a que se nos remite, no obstante, tampoco podrá gozar de los beneficios que le otorga la norma bajo comentario.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 2 Tomos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981; CARBONELL, Fernando. Divorcio y separación personal. Lima, Ediciones Jurídicas, 1998; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; FASSI, Santiago. Estudio de Derecho de Familia. La Plata, Editorial Platense, 1962; PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; RIVERA, Julio César. Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio. En: Diálogo con la Jurisprudencia, Año 111, Número 5, Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN

### ARTICULO 346

Cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriere después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso.

Tanto la sentencia como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal.

Reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación solo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas.

### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 332, 356, 358, 2030 inc. 6)
c.p.c.	arts. 323, 325
LEY 26497	artículo 44 inc. i)
D.S.015-98-PCM	artículo 3 inc. q)

### Comentario

***Manuel Muro Rojo***  
***Alfonso Rebaza Gonzales***

#### 1. Apreciación general

De acuerdo a lo expresado por Díez-Picazo "la reconciliación puede definirse como el negocio jurídico en virtud del cual los cónyuges libre y voluntariamente hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia" (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, p. 106).

La reconciliación pone fin a la separación de cuerpos. Esto jurídicamente consiste en que el cónyuge ofendido perdona la falta o causal cometida por el cónyuge culpable, trayendo como consecuencia la reanudación de la vida en común (TARAMONA, p. 141).

En efecto, de acuerdo al texto del artículo en comentario, el resultado de gran relevancia de la reconciliación es que hace cesar todos los efectos de la separación. Esta norma es complementada por lo dispuesto en el artículo 289 del Código. De acuerdo a esta norma, una vez reconciliados los esposos, es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal, así como también tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

Asimismo, a ambos cónyuges compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar (artículo 290). En suma, la reconciliación de los cónyuges revive los deberes ..j derechos que nacen del matrimonio, entre los cuales, además de los ya

indicados, resalta el deber de alimentarse recíprocamente (artículo 474, inciso 1), la representación legal de la sociedad conyugal (artículo 292), el deber recíproco de fidelidad y asistencia (artículo 288), entre otros.

## 2. Diferencia entre perdón y reconciliación

El perdón supone un acto unilateral, por el cual el cónyuge agraviado renuncia al derecho de invocar culpas que ha dispensado. En cambio, tratándose de la reconciliación, ésta implica una concurrencia de voluntades, la del inocente que perdona, y la del culpable que acepta ese perdón, con el fin de reanudar la vida en común; en ese sentido es un acto bilateral. De ahí que se pueda señalar que la reconciliación incorpora siempre el perdón, mientras que éste no necesariamente es seguido de aquélla.

En cuanto a sus efectos, el perdón solo dispensa aquellos hechos que fueron materia del hecho agravante, mientras que la reconciliación borra toda falta producida y conocida hasta ese momento, en tanto es la expresión de una voluntad común que desea reanudar la vida conyugal, por lo que habrán de entenderse superadas las dificultades que existieron (CABELLO, p. 84).

## 3. Forma de la reconciliación

En cuanto a la forma de la reconciliación, ésta puede ser expresa, tácita (BORDA, p. 253), o derivada de hechos concluyentes.

a) Reconciliación expresa.- En lo referente a esta modalidad, la forma común consiste en que la reconciliación se expresa o consigna en un escrito que es presentado al juez ante el cual se sigue el proceso de separación o de divorcio; documento en el que las partes manifiestan su propósito de perdonar los agravios que se hubiesen irrogado entre sí.

Como hemos señalado, la reconciliación expresa suele ser seguida de la reanudación del deber de hacer vida en común en el domicilio conyugal; sin embargo, éste no es un requisito indispensable, habida cuenta que la voluntad de perdonar surte efectos aunque no haya cohabitación posterior, puesto que, el juez puede suspender este deber, por ejemplo, cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

En salvaguarda de lo expuesto, la voluntad de perdonar debe ser clara y transparente. No basta, por tanto, un escrito de desistimiento de la acción de divorcio, ni la exteriorización de un sentimiento conciliatorio, con miras de tolerancia o consideración social. Tampoco basta la tentativa de reconciliación que no ha sido aceptada por el otro cónyuge.

b) Reconciliación tácita.- Siguiendo a Borda, la forma típica de la reconciliación tácita es la cohabitación de los esposos después de la separación de hecho. Dicho autor entiende por cohabitación la unión sexual; es decir, no basta que se siga viviendo bajo el mismo techo si la actitud de los cónyuges revela el

rompimiento. En este sentido, es comprensible que los cónyuges hayan separado habitaciones (BORDA, p. 253).

En efecto, la reconciliación tácita supone hechos que demuestren una voluntad seria y deliberada de rehacer la vida en común, como por ejemplo, procrear a un hijo después de declarada la separación de cuerpos. No obstante, cabe tener presente que un encuentro sexual, como un hecho aislado, puede ser una atracción de los sentidos, independiente de todo pensamiento racional. Más aún, Jemolo (citado por BORDA, p. 254) sostiene que la vida, mucho más fecunda que la fantasía de un novelista, presenta casos rarísimos de cónyuges que, habiendo intentado inútilmente una convivencia pacífica, se separan y, luego, siguen tratándose como amantes; y agrega que, inclusive, la reconciliación no estaría configurada por la convivencia durante una temporada veraniega o en otra situación similar, porque no hay nada que se oponga a que los cónyuges intenten nuevamente por vía de experimento la convivencia, sin que ello signifique hacer desaparecer los efectos de la sentencia.

Nuestro Código advierte dos supuestos de reconciliación: uno que se produce durante el juicio, según el cual el juez mandaría inmediatamente a cortar el proceso; y, el segundo supuesto, el que se produce después de la sentencia ejecutoriada, necesitándose en este caso que los cónyuges se reconcilien frente al juez y éste haga valer dicha decisión dentro del mismo proceso. En nuestro ordenamiento entonces, la existencia de una reconciliación, siendo ésta posterior a la sentencia ejecutoriada, haría desaparecer los efectos de la sentencia. Asimismo, y de forma enfática, el artº 170 bajo análisis, en su párrafo final advierte claramente que reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación solo por causas nuevas o recién sabidas. Es decir, en este nuevo proceso no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas.

Compartimos la observación de Borda de no atribuir a las relaciones sexuales la intrascendencia que se desprende de la concepción de Jemolo, ni creemos que esa valoración corresponda al sentimiento moral de nuestra sociedad. Consideramos que, cuando uno de los cónyuges se entrega al que lo había agraviado, es porque lo ha perdonado. En efecto, basta que se haya producido una sola vez la unión, a menos que las circunstancias del caso revelen que uno de los cónyuges fue impulsado por la conducta engañosa del otro.

En este sentido, debe tenerse presente que la cohabitación tiene que ser posterior a la separación y que no basta la que es solo posterior a los agravios que dieron lugar al divorcio. Sucede, en efecto, que uno de los cónyuges tolera hechos graves que le darían derecho a pedir la separación, con la esperanza de una enmienda. Pero cuando ésta no se produce y, por el contrario, las faltas se hacen más frecuentes o graves, recién se decide a iniciar el juicio. En este orden de ideas, reiniciar la vida en común significa volver a cohabitar después que aquélla se ha interrumpido.

c) Reconciliación derivada de hechos concluyentes.- Esta forma de reconciliación presenta una diferencia muy sutil con la anterior, en tanto la

reconciliación derivada de hechos concluyentes tiene que ver básicamente con hechos que, a la luz de los demás, den certeza que se ha producido la reconciliación entre los cónyuges sujetos a una separación; tal sería por ejemplo, que la cónyuge conciba después del inicio del proceso de separación.

Al respecto, comentando la Ejecutoria Suprema del 2 de noviembre de 1982, Cabello señala que "la reanudación de la vida en común, re: Sasa los alcances de un simple perdón; la reconciliación se ha hecho manifiesta mediante la procreación, ya que como señala Planiol, generalmente el nacimiento de un hijo legítimo, hace presumir la reconciliación con tal que la fecha de concepción sea posterior al momento en que fueron conocidos los agravios".

En este sentido, para la autora citada "la cohabitación posterior al conocimiento del acto adúltero denota su perdón, razón por la que nuestra ley establece que no se puede iniciar o proseguir la acción de divorcio por esta causal; el mismo hecho de convivir, iniciada una acción por adulterio, puede denotar también la voluntad de reconciliación proyectando el perdón de esta causa a las otras faltas" (CABELLO, p. 85).

#### 4. Efectos de la reconciliación

Para Borda, la reconciliación se presenta en dos supuestos (BORDA, pp. 255 Y 256):

a) Separación ya decretada.- En este supuesto, con la reconciliación se restituye todo al estado anterior de la demanda. Es decir, una vez reconciliados los cónyuges frente al juez, dicho acuerdo deja sin efecto todos los efectos de la separación, reasumiendo los cónyuges todos sus derechos y deberes de forma normal. No obstante, respecto al régimen patrimonial, en el supuesto que se hubiesen transmitido derechos a favor de terceros, los actos que originaron tales supuestos se mantendrán firmes, pues no sería justo que aquéllos se vieran perjudicados por las consecuencias de una reconciliación a la que son ajenos.

b) Acción de separación.- Tal como contempla el artículo 346, una vez reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación solo por causas nuevas o recién sabidas; es decir, con la reconciliación se extingue el derecho a accionar la separación de cuerpos por las causales que se hubieren invocado en un proceso anterior.

Por tanto, si quien fue culpable anteriormente no vuelve a reincidir en hechos capaces de originar la separación, el otro cónyuge no puede invocar aquéllos que fueron perdonados. En ese sentido, si persiste en su conducta culpable, los hechos pasados no reviven y solo serán tomados en consideración los hechos surgidos con posterioridad a la reconciliación decretada, como causales de un nuevo proceso de separación.



## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO V. Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. 2 Tomos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CABELLO, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; RODRÍGUEZ ITURRI, Rogar. El derecho a amar y el derecho a morir. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; TARAMONA H., José R. Derecho de Familia. Lima, Editorial Triunfaremos, 1992.

## **JURISPRUDENCIA**

"Acreditada la reconciliación de los cónyuges, con la procreación de un hijo, después de declarada la separación de cuerpos, ya no procede pedir su conversión en divorcio".

(En: Taramona, José. Derecho de Familia, p. 205)

"Al interponer nueva demanda por la misma causal y en atención a las mismas relaciones extramatrimoniales de su cónyuge con la misma mujer, después de consentir en tal hecho irregular, no es dable que renueve la misma demanda por hechos perdonados, los que sí pueden ser apreciados en una nueva acción por otra u otras causales".

(En: Cabello, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú, p. 86)

"La sentencia de vista de la causa, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, establece que si bien se ha acreditado la conducta adulterina de ella por medio de las partidas de nacimiento que corren en autos, los cónyuges procrearon un hijo con posterioridad; lo que implica que se produjo el perdón; (...) Del adulterio queda enervado, que la conducta deshonrosa no se halla acreditada mientras que el abandono maliciosos sí está debidamente configurado, por lo que revoca la apelación declarando improcedente el pronunciamiento sobre adulterio por haberse producido el tácito perdón y fundada la demanda solo por la causal de abandono maliciosos del hogar conyugal.

La Corte Suprema considerando que con posterioridad a la demanda ambos cónyuges han procreado al menor... como se ve de la partida de nacimiento..., reconciliados los cónyuges resultan perdonados los hechos imputados por el demandante, y de conformidad con lo prescrito en el artículo 251 del C.C. [de

1936J, declararon Haber Nulidad en lo demás que contenía, por lo que declaró infundada la demanda en todos sus extremos".  
(En: Cabello, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú, p. 82)

## SUSPENSIÓN DEL DEBER DE COHABITACIÓN

### ARTICULO 347

En caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistente las demás obligaciones conyugales.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 289, 241 inc. 2); 333 inc. 8)

### Comentario

**Manuel Muro Rojo**  
**Alfonso Rebaza Gonzales**

#### 1. Apreciaciones éenerales

El artículo bajo comentario contempla dos causales de separación específicas de las que no tiene culpa ninguno de los cónyuges, cuyas definiciones se detallan a continuación (PERALTA, p. 245):

a) Enfermedad mental.- Esta causal equivale a la pérdida de las facultades mentales o la capacidad de discernimiento de uno de los cónyuges. Como es evidente, este supuesto pone a uno de los cónyuges en una situación imposible de hacer vida en común con el cónyuge afectado.

b) Enfermedad contagiosa.- Este segundo supuesto implica alteraciones en la salud de uno de los cónyuges, las mismas que requieren de una difícil curación, son de fácil contagio y de probable transmisión hereditaria, como por ejemplo, la enfermedad del Síndrome de Inmuna Deficiencia Adquirida (SIDA).

#### 2. Suspensión del deber de cohabitar

En el supuesto de decretarse una suspensión del deber de cohabitar, se produce además una separación de hecho. En este sentido cabe hacer las siguientes precisiones:

a) Deber de cohabitar de los cónyuges.- Uno de los efectos del matrimonio es el deber de cohabitar o la obligación de vivir juntos. A decir de Díez-Picazo, la obligación de vivir juntos normalmente significa unidad de techo, de lecho y de mesa (thorum et mens et cohabítio), pues solo de este modo la función que el matrimonio cumple se puede realizar. No obstante, dicho concepto no debe entenderse de modo absoluto, pues ello impediría que los cónyuges puedan establecer períodos de separación temporal por mutuo acuerdo. En efecto, de asumir una concepción absoluta, el pacto de separación convencional constituiría un supuesto de abandono del hogar conyugal con las respectivas consecuencias (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, p. 100).

El deber de cohabitación es recíproco<sup>90</sup> y permanente, lo que no significa que pueda cesar. Este es el supuesto contemplado en el artículo comentado, el cual permite a uno de los cónyuges solicitar la suspensión de hacer vida en común en caso de enfermedad mental o contagiosa del otro.

Es de resaltar que la dispensa judicial del deber de hacer vida en común de la norma indicada puede aplicarse a los supuestos en que medien las causal es de divorcio establecidas en el artículo 333; con la salvedad de que en el supuesto de la norma que comentamos, la dispensa judicial solo se produce en dos circunstancias objetivamente declaradas, esto es, la enfermedad mental y la enfermedad contagiosa.

b) Separación de hecho.- La separación de hecho, separación de cuerpos o separación personal es la relación "en la que subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones" (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, p. 101).

Se sabe que la separación de cuerpos tiene sus antecedentes en el Derecho antiguo, en el llamado divorcio *quo ad torum*, es decir, del tálamo, esto es, la simple separación de cuerpos. Además, mientras el divorcio en la antigüedad resultaba de la sola voluntad de los esposos, la separación de cuerpos tenía que ser pronunciada en justicia, siendo por tanto de competencia canónica (PERALTA, p. 241).

Nuestro Código Civil regula la separación de cuerpos como una institución independiente del divorcio. Así, el artículo 332 establece que la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo patrimonial.

Asimismo, según el inciso 8) del artículo 333 del acotado cuerpo legal, es causa de separación de cuerpos: la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.

Esta norma citada contempla que la grave alteración de la conducta sexual de uno de los cónyuges no solo suspende la obligación de hacer vida en común, sino también pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Por su parte, el artículo bajo comentario solo exime del deber de cohabitar cuando existe una de las dos causas que autorizan la separación, éstas son la enfermedad mental y enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges; mas no se suspenden las otras obligaciones que asisten a toda relación conyugal. En este sentido, se mantienen el deber de alimentos, los derechos hereditarios y la sociedad de gananciales. En cuanto a los hijos, se mantiene el ejercicio de la patria potestad y la obligación alimentaria.

Cabe señalar que en el supuesto del artículo 333 se entiende que los actos que ocasionan la separación de cuerpos son posteriores a la celebración al acto del matrimonio. En cambio, respecto a los supuestos del artículo comentado, éste debe entenderse aplicable a hechos ocurridos tanto *ex ante* como *ex post* al matrimonio. No obstante, cabe advertir que la suspensión de cohabitar se debe

no solo a causas objetivas imputables a uno de los cónyuges, sino además por razones totalmente ajenas a éstos, como podría ser el caso de demencia sobrevenida o el caso de una enfermedad como el SIDA, la misma que pudo haber sido contagiada mediante una transfusión sanguínea, por ejemplo, sin perjuicio de la responsabilidad civil que se genere.

Debe destacarse que el elemento a considerar para la viabilidad de la demanda de suspensión de la obligación de cohabitar es el trastorno de la conducta, obviamente producto de la enfermedad mental. Ello conlleva la necesidad de probar en juicio la verificación de la causal invocada.

### 3. La suspensión del deber de cohabitar según el artículo 347

a) Suspensión de cohabitar por alteración o enfermedad mental de uno de los cónyuges.- Debe adoptarse como premisa en este punto que no pueden considerarse injuriosas las actitudes de uno de los cónyuges contra el otro, como consecuencia de una enfermedad mental; pues su estado lo hace irresponsable o lo convierte en inimputable de los actos que pudiera cometer. En ese sentido, tomando en cuenta que no existe el animus injuriandi del presunto actor, es decir no existe voluntariedad de cometer ilícito alguno, sus actos son considerados no injuriosos y, por ende, lo libran de responsabilidad civil o penal alguna.

El supuesto del artículo permite que el cónyuge sano solicite al juez que se suspenda la obligación de hacer vida común. Al respecto, debemos manifestar nuestro desacuerdo de la posición asumida por el Código, habida cuenta que resulta por demás injusto y absurdo facultar al cónyuge sano de que accione solicitando la suspensión del deber de cohabitación, a fin de que se le permita alejarse de su pareja en un momento crítico, en que más necesita de su apoyo. Queda claro que el legislador no tuvo en cuenta que "la dolencia de un cónyuge acrecienta la asistencia que debe el cónyuge sano, de ahí que la enfermedad mental de la mujer -por tan solo referimos a alguno de ellos- no justifica el abandono del marido; por el contrario, su alejamiento del hogar conyugal reviste mayor gravedad, puesto que debe extremar las medidas necesarias para lograr el adecuado tratamiento, y no dejarlo librado a sus propias fuerzas retirándose del hogar" (VIDAL, p. 150).

Esto, además, porque "incurre en injurias graves la esposa o el esposo que se sustrae al deber de socorro, de ayuda y de consagrar todos sus esfuerzos a mejorar la situación de su cónyuge enfermo, con lo cual por el contrario contribuiría a agravar su situación, resultando agravante que un cónyuge impute al otro desequilibrios mentales por más que se analice psiquiátricamente" (VIDAL, p. 150).

En este sentido, el legislador pecó de negligencia al no tomar en cuenta que "cada tipo de alienación mental desencadena síntomas somáticos y psíquicos precisos que caracterizan la clase de enfermedad que aqueja a la persona. Lo mismo ocurre con todas las variedades de las personalidades anormales patológicas no psicóticas" (VIDAL, p. 157).

b) Suspensión de cohabitar por enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges.- En este caso es pertinente mencionar que el supuesto del artículo 347 se encuentra parcialmente contemplado en el inciso 8) del artículo 333. En efecto, dicha norma permite a uno de los cónyuges plantear la separación de cuerpos por enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.

No obstante esta semejanza, cabe señalar que la diferencia entre ambos supuestos (el del artículo 333 inciso 8) y el del artículo 347) estriba en lo que respecta a los efectos, los mismos que se ven incrementados en la causal del inciso 8) del artículo 333. Ello obedece a que, de acuerdo con esta norma, se suspende incluso el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales.

Hecha esta precisión, cabe señalar que discrepamos parcialmente de lo establecido en el artículo bajo comentario. Si bien la alteración en la salud de cualquiera de los cónyuges influye de manera determinante y contundente en los propósitos matrimoniales, ésta solo debería sancionarse, siempre y cuando fuera muy grave y sobre todo cuando mediara culpa del cónyuge afectado, mas no cuando éste ha contraído la enfermedad por razones totalmente ajenas a su voluntad; es decir, el supuesto del artículo 347 solo debería estar referido a enfermedades contagiosas anteriores al acto matrimonial; el inciso 8) del artículo 333, en cambio, debe generalizarse para todos los supuestos de haber contraído enfermedad contagiosa posteriormente al acto matrimonial.

En ese sentido, "en caso de enfermedad de un cónyuge, sea ella somática, funcional o psíquica, es obligación del otro, extremar no solo cuidados, sino también su tino y paciencia, porque una de las obligaciones primordiales de los cónyuges es la recíproca asistencia en caso de enfermedad, pero no se deja de advertir que cuando ésta, por sus características, provoca actitudes agresivas, injuriosas e intolerables hacia el cónyuge sano, éste no está obligado a soportarlas" (ZANNONI, p. 365 Y ss.; VIDAL, p. 151). En nuestro ordenamiento, la demanda por estas causales se encuentra prevista en el artículo 333.

En efecto, frente al valor asistencia y solidaridad que los cónyuges se deben como base de la comunidad de vida que impone el matrimonio, la ley antepone el interés del cónyuge sano, quien será árbitro de la situación, porque él decidirá si soporta o no las consecuencias de una enfermedad contagiosa (oo.), conformando un régimen insuficiente por permitir que el cónyuge sano deje librado a su suerte al enfermo, a pesar de que éste resulte inimputable (ZANNONI, p. 367 Y ss.).

#### 4. Comentario final

Por último, quisiéramos agregar que discrepamos de lo establecido en el artículo en comentario cuando legitima únicamente al cónyuge sano para peticionar la suspensión del deber de cohabitar, por las dos causales objetivas. En efecto, el cónyuge declarado insano no podría corresponder al comportamiento altruista y solidario demostrado por su compañero(a) frente a una situación en la que podría comprometer la salud de éste, solicitando él la

suspensión del deber de cohabitación, porque la norma se lo impide. Esto, como es obvio, resulta injusto y arbitrario.

Asimismo, es de advertirse que al mantenerse una norma como la comentada, se estaría obligando al cónyuge declarado insano a un cese efectivo de su relación marital o, por qué no decirlo, a aceptar una separación, declarada judicialmente.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PERALTA ANDÍA, Javier.. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. El derecho a amar y el derecho a morir. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; TARAMONA H., José R. Derecho de Familia. Lima, Editorial Triunfaremos, 1992; VIDAL TAQUINI, Carlos. Las causales objetivas de separación personal y divorcio. En: Libro homenaje a María Josefa Méndez Costa. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1991; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

# CAPÍTULO SEGUNDO

## DIVORCIO

### CONCEPTO DE DIVORCIO

#### ARTICULO 348

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

#### CONCORDANCIAS:

C.	art.4.
C.C.	arts. 237, 332, 333, 2030 inc. 6)
C.P.C.	arts. 480 y 55., 580, 677, 680
LEY 26497	arto 44 inc. j)
D.LEG. 052	arts. 85 inc. 1), 89 inc. 1), 96 inc. 1)
D.S.015-98-PCM	arto 3 inc. q)

#### Comentario

*Manuel Muro Rojo  
Alfonso Rebaza Gonzales*

#### 1. Generalidades

La palabra divorcio tiene sus raíces en el término latino *divortium*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado (PERALTA ANOÍA, p. 254). Cabe precisar que, si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. Hecha esta salvedad, en lo sucesivo, la referencia a divorcio deberá entenderse efectuada únicamente a la destrucción del vínculo conyugal.

#### 2. Tesis antidivorcista

Se plantea como objeción al divorcio, que "el divorcio engendra divorcio". En efecto, cuando dos personas saben que se van a unir de manera definitiva, sin posibilidad de separación, están preparadas psicológicamente para luchar contra las dificultades inevitables del matrimonio, lo cual aumenta el espíritu de tolerancia. Sin embargo, si el divorcio es permitido, ¿por qué tolerarlo? En las regulaciones divorcistas, los matrimonios se contraen desaprensivamente, pues los contrayentes saben que si cometen un error, podrán remediarlo fácilmente.



El matrimonio se convierte entonces en un simple ensayo de felicidad, en el cual, el divorcio se encuentra planteado desde un primer momento. Si no se encuentra el bienestar con una pareja, existen incentivos para buscar rápidamente otra, sin advertir que la paz y armonía conyugal no son el fruto de ensayos reiterados, sino de un perseverante espíritu de sacrificio. No menos grave es el problema de los hijos, habida cuenta que la proliferación del divorcio multiplica la cantidad de huérfanos con padres vivos (BORDA, pp. 263 Y 264).

En efecto, es materia pacífica que la destrucción de una familia no afecta a la sociedad y a los cónyuges tanto como a los hijos. Las distorsiones psicológicas y afectivas que se generan en éstos son -qué duda cabe- elementos que marcan su carácter de modo definitivo.

De otro lado, esta posición según la cual se afirma que la prohibición del divorcio no necesariamente atenta contra la libertad individual, sino que más bien la protege. En efecto, los cónyuges ejercitan su libertad al momento de casarse, pero una vez casados, el matrimonio se convierte en un problema de responsabilidad. Entender la libertad como la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial a voluntad "es profundamente inhumana, peligrosa y pesimista, pues desconoce la capacidad del hombre para atarse libremente, siendo fiel a las opciones que ha elegido. (oo.) Cuando una persona decide ser infiel a sus compromisos matrimoniales no está ejerciendo su libertad, sino atacándola, al violar lo que libremente ha prometido" (RODRÍGUEZ ITURRI, p. 71).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe advertir que, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la prohibición absoluta del divorcio, como toda prohibición, generaría un mercado negro de divorcios. En efecto, cuando la vida común se torna insostenible y hasta nociva, la prohibición legal del divorcio no constituye óbice para que los cónyuges destruyan el vínculo. No obstante, el acceso al divorcio devendrá complicado y mucho más oneroso.

Así, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, cuando el divorcio se encontraba prohibido, las parejas que deseaban destruir el vínculo, se divorciaban por las leyes de otros ordenamientos, solicitando posteriormente el reconocimiento de la sentencia de divorcio en el ordenamiento italiano. Lo propio ocurre en Chile, cuyo ordenamiento aún mantiene la prohibición absoluta del divorcio. En este país, con la finalidad de no incurrir en los gastos que conlleva divorciarse en el extranjero y luego iniciar el proceso de reconocimiento de sentencia, los contrayentes, de manera deliberada, celebran el matrimonio ante una autoridad incompetente, de tal modo que si en algún momento decidieran destruir el vínculo, no resultaría necesario demandar el divorcio, sino que bastaría con alegar la nulidad del matrimonio. Como se aprecia, en la práctica, resulta iluso pensar que la prohibición del divorcio constituye una barrera suficientemente sólida como para evitar la disolución del vínculo, sobre todo cuando la vida en común ya no tiene sentido. Así, bien señala Rageot (citado por BORDA) que todas las excitaciones de las épocas fiebriles debilitan los nervios de la sociedad y nos vuelven incapaces del rudo esfuerzo de vivir.

### 3. Tesis divorcista

Esta posición se sustenta en el hecho de que "las circunstancias suelen transformar a los cónyuges en enemigos; es cruel mantener unidos a seres que se desprecian o aborrecen, porque entonces sería transformar el matrimonio en una cadena de forzados" (BORDA, p. 261).

Desde el punto de vista social, "la sociedad no puede tener interés en la permanencia de uniones desdichadas, que no constituyen un aliciente para la institución del matrimonio, sino que contribuyen más bien a desacreditarla ante la opinión pública. Tampoco se puede hablar del interés de los hijos, pues no pueden educarse éstos en peor escuela que con un matrimonio desquiciado por el odio" (BORDA, p. 261). Según esta tesis, el divorcio es considerado como un "mal necesario".

En idéntico sentido, Cruzado Belalcázar sostiene que "cuando la justicia interviene para romper los lazos de un matrimonio ya aniquilado por los mismos cónyuges, cuando después de un serio examen de su situación y con absoluta imparcialidad, declara el divorcio no produce la desunión de los casados: se limita a constatarla; no es la mano de la ley la que rompe el matrimonio, es la justicia la que sanciona una ruptura ya consumada: sustituye la realidad a la ficción; declara la verdad, para evitar el engaño" (citado por ARIAS-SCHREIBER, p. 145).

a) Divorcio sanción.- Se formula como el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio. Esta doctrina presenta como requisito la culpabilidad de uno de los cónyuges, la tipificación de causales que dan lugar al divorcio y el carácter penalizador del divorcio para el cónyuge culpable (PERALTA ANDÍA, p. 256).

No obstante, se cuestiona esta posición atendiendo a la dificultad que representa determinar que talo cual comportamiento de los cónyuges merezca un premio o una sanción, lo cual podría conllevar a que la sentencia que declare el divorcio termine por constituir un premio al culpable y un castigo para el inocente.

Asimismo, este tipo de divorcio no hace más que agudizar los conflictos, sin resolverlos, pues "instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que sacarán a relucir las miserias del otro, o terminarán inventándolas para conseguir el divorcio" (PLÁCIDO, p. 35).

b) Divorcio remedio.- Esta corriente tiene como iniciador al jurista alemán Khal, quien propone como pauta para apreciar la procedencia del divorcio, la determinación de si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo a la esencia del matrimonio.

De acuerdo con esta tesis, los requisitos para que se configure la causal de divorcio serían: la desavenencia grave y objetivamente determinable, el fracaso matrimonial como única causal y la convicción de que la sentencia de divorcio es el único remedio para solucionar el conflicto. De este modo, una pareja puede divorciarse cuando el juez compruebe que el matrimonio perdió su

sentido para los esposos, los hijos y, por ende, para la sociedad (PERALTA ANDIA, p. 257).

La tesis de la frustración matrimonial admite el divorcio "cuando se ha producido un fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes Socialmente, en tales casos es preferible levantar acta de la definitiva frustración" (DÍEZ-PICAZO, p. 116).

c) Sistema mixto.- Hemos esbozado hasta ahora los fundamentos de los dos principales sistemas de regulación del divorcio; por un lado el divorcio sanción, basado en un sistema subjetivo o de culpa del cónyuge; y por otro, el divorcio remedio, sustentado de modo objetivo en la ruptura de la vida matrimonial. Sin perjuicio del carácter antagónico de estos dos sistemas es preciso señalar que su combinación es posible, derivando en sistemas mixtos.

Estos sistemas mixtos son a su vez complejos, habida cuenta que mantienen la posibilidad tradicional de la conse~uencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconventional; y, adicionalmente, se admiten causales no inculpatorias, lo que determina que cualquiera de los cónyuges esté legitimado para demandar al otro. Asimismo, los efectos personales y patrimoniales del divorcio sanción pueden ser aplicables a quienes incurrir en causales no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo de dicho sistema (PLÁCIDO, p. 37).

#### 4. Sistema adoptado por el Código Civil

Nuestro Código Civil se adhiere a la tesis divorcista y dentro de ella opta por combinar el divorcio sanción y el divorcio remedio, derivando en un sistema mixto.

Ello se ha hecho aún más notorio con la reforma introducida mediante Ley N° 27495. En efecto, se admite el mutuo consentimiento (separación convencional) junto con causales de inculpación de un cónyuge frente a otro; así como causal es no inculpatorias (separación de hecho o convencional).

Hasta antes de la dación de la Ley NQ 27495, se creía que los legisladores de nuestro Código, habían perdido una valiosa oportunidad de consagrar legislativamente la doctrina del divorcio remedio, la cual se ajusta más a nuestra realidad, pues suele suceder que el alejamiento enJre marido y mujer es el resultado de un largo proceso de desavenencias, incompatibilidad de caracteres y desajustes sexuales y emocionales (PERALTA ANDIA, p. 257).

La referida ley representa la reivindicación de la corriente de frustración del matrimonio, al combinar de manera más o menos equilibrada las bondades del divorcio remedio, en tanto se aplica para el supuesto en que la vida en común deviene insostenible; y las del divorcio sanción, en tanto atenúa el carácter frío y objetivo de la doctrina de la frustración del matrimonio, permitiendo distribuir entre los cónyuges la carga que importa la disolución del vínculo matrimonial.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Luces y sombras del Código Civil, tomo I. Lima, Librería Studium Editores, 1991; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Divorcio. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. El derecho a amar y el derecho a morir. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, y con la cual se pone fin a los deberes conyugales ya la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial".

(Cas. N° 01-99, El Peruano, 31 de agosto de 1999)

## CAUSALES DE DIVORCIO

### ARTICULO 349

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12. (\*)

### CONCORDANCIAS:

- e. arto 4
- e.e. arts. 333 incs. 1) a 10); 334, a 342, 347, 354, 355, 588,746, 783
- e.p.e. arto 481

### Comentario

*Jorge Echeandía Cevallos*

Conforme lo señala el presente artículo, para interponer la demanda de divorcio -en forma directa y sin recurrir en primer lugar a la separación de cuerpos- el cónyuge inocente puede recurrir a las mismas causal es establecidas para la separación de cuerpos tipificadas en los diversos incisos del artículo 333, salvo la consignada en el inciso 13).

Asimismo, de acuerdo con lo enunciado en el artículo 355 del Código Civil, son aplicables al divorcio las reglas contenidas en los artículos 334 (titularidad de la acción de divorcio), 335 (improcedencia de la demanda fundada en hecho propio), 336 (acción fundada en adulterio consentido o perdonado), 337 (apreciación de las causales), 338 (improcedencia de la acción por delito conocido), 339 (caducidad de la acción), 340 (ejercicio de la patria potestad), 341 (providencias judiciales en beneficio de los hijos) y 342 (determinación judicial de la pensión alimenticia); en lo que fuere pertinente.

En materia procesal el artículo 480 del Código adjetivo estipula que "las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por causales señaladas en los incisos 1) a112) del artículo 333 del Código Civil se sujetan al trámite del proceso de conocimiento (oo.)"; mientras que por su parte, el proceso de separación convencional (y divorcio ulterior), a que se contrae el inciso 13) del artículo 333 del Código sustantivo, se tramita en la vía del proceso sumarísimo (artículo 573 del Código Procesal Civil), en consideración a la naturaleza de la litis y al consentimiento de ambas partes.

Respecto de la separación convencional, debemos destacar que a tenor de lo previsto por el artículo 354 del Código Civil "si se ha obtenido la separación de cuerpos por decisión convencional, podrá posteriormente accederse al divorcio absoluto luego de transcurridos seis meses. Lo mismo ocurrirá tratándose de la separación por causal específica, en cuyo caso el cónyuge inocente podrá solicitar el divorcio, transcurrido igual período" (ARIAS-SCHREIBER).

Por otro lado, Cornejo critica el hecho de que las mismas causal es previstas en la separación de cuerpos sean aplicables al divorcio, tal como lo dispone el

artículo 349; al respecto expone que ciertos hechos "pueden no ser bastante graves para destruir el matrimonio y arrastrar el interés social al campo de enconadas rencillas domésticas, pero pueden serlo para impedir una convivencia normal entre los cónyuges" (CORNEJO CHÁVEZ).

Arias-Schreiber discrepa de la opinión vertida por el autor antes citado, sosteniendo que "a nuestro parecer, si bien es cierto que el divorcio acarrea consecuencias sociales no deseables -especialmente para los hijos-, también es verdad que nadie mejor que los cónyuges para determinar si la ofensa infringida les resulta tan insoportable como para poner fin al vínculo matrimonial; o por el contrario, si solo quieren la separación de cuerpos bien sea por motivos religiosos o por no estar seguros de querer poner fin al matrimonio".

Compartimos la posición de Arias-Schreiber, pues se comprende que cada cónyuge, en ejercicio absoluto de su libertad, podrá plantear una demanda de divorcio o una de separación de cuerpos, según su conveniencia, cuando su pareja haya incurrido en alguna de las causas previstas en el artículo 333. Desde luego, esto no significa que se haya dado por terminada la relación matrimonial, toda vez que existe la posibilidad de reconciliación y, en el caso de haberse accionado por divorcio, cabe la posibilidad de modificar la demanda por una de separación de cuerpos. Además, si como expresa Cornejo, las causas no son lo suficientemente graves para quebrantar el vínculo matrimonial, el juez declarará infundada la demanda o, en su defecto, ordenará únicamente la separación de cuerpos.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; PLÁCIDO V., Alex F. Divorcio. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica,

## **JURISPRUDENCIA**

"Esta norma establece como causal de divorcio la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común".  
(Cas. N° 83-96-Cono Norte-Lima, El Peruano, 30/12/97, p. 200)

"Si es que no existe en autos prueba que acredite que la accionante tuvo conocimiento del adulterio, corresponde aplicar el término de cinco años para el cómputo de la caducidad contados desde el nacimiento del hijo extramatrimonial".  
(Cas. N° 373-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 171)

"La acción de separación de cuerpos por causal de adulterio caduca, en todo caso, a los cinco años de producida. En tal caso, el cómputo del citado plazo debe iniciarse desde la fecha de nacimiento del último hijo extramatrimonial del demandado".

(Cas. N° 611-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 171)

"El nacimiento del hijo extramatrimonial en lugar distinto al del domicilio conyugal constituye el indicativo de un ocultamiento intencional de la conducta adulterina del demandado",

(Cas. N° 421-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 171)

"La causal de violencia física que contempla el inciso segundo del artículo 333 del Código sustantivo, se entiende como el trato reiterado, excesivamente cruel, de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultraja de hecho a su consorte y salva así los límites del recíproco respeto que ambos se deben".

(Cas. N° 1992-T-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 171)

"Conducta deshonrosa significa dirigir sus acciones causando vergüenza y deshonra en la otra parte por algún hecho, y que la persona que actúa de esta manera, lo hace atentando contra su fama, su honor, su estima y respeto de la dignidad, entendiéndose el honor como la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos".

(Cas. N° 447-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 171)

"El Código sustantivo no establece como requisito para interponer la acción de divorcio por abandono injustificado que previamente tenga que existir la declaración de ausencia del cónyuge culpable, cuando el abandono dura más de dos años continuos y no se conoce el paradero del demandado".

(Cas. N° 1486-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 171)

"La causal de violencia física y psicológica no solo prevé actos de crueldad física, por ello resulta erróneo requerir para acreditar la existencia de la causal aludida: la reiterancia y la gravedad.

La violencia física es la de fuerza intencional, que un cónyuge ejerce sobre el otro, causándole un daño objetivamente demostrable y que determina la imposibilidad de la vida en común".

(Cas. N° 2241-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 171)

"El abandono consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales, y debe reunir tres elementos: el objetivo, el subjetivo y el temporal, entendiéndose por el primero, la dejación material o física del

hogar conyugal; por el segundo, que el cónyuge ofensor se sustraiga intencionalmente al cumplimiento de sus deberes conyugales, es decir en forma voluntaria, intencional y libre; y por el tercero, que transcurra un determinado período de tiempo, que en sede nacional es de dos años continuos, o que la duración sumada de los períodos exceda a dicho plazo; en consecuencia el simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación, no basta para constituir abandono como causal de divorcio".

(Cas. N° 577-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 172)

"La causal de sevicia se configura con un hecho intencional, objetivamente constatable, de una acción de fuerza de un cónyuge sobre el otro, que le cause un daño y que determine la imposibilidad de la vida en común que impone el matrimonio. En consecuencia, para que se configura tal causal no se requiere de una pluralidad de agresiones". )

(Cas. N° 675-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 172)

"Para que se configure la causal de conducta deshonrosa no se requiere que los esposos hagan vida en común, sino que se acredite que la conducta es 'lealmente deshonrosa y que como tal tornaría insoportable la convivencia. Constituye injuria grave el ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro, y para apreciar si el ultraje justifica la drástica medida de la separación, es menester que el juzgador tome en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges".

(Cas. N° 1285-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 172)

"Para determinar la existencia de la conducta deshonrosa se requiere que la persona que la cometa proceda de forma tal que habitualmente deje de observar las reglas de moral o las reglas sociales. Es por ello que esta causal no se configura por un hecho determinado, sino por un constante proceder, razón por la que no procede aplicarse analógicamente la norma contenida en el artículo 336 del acotado, pues tal norma se refiere a un acto determinado, el de adulterio cometido por uno de los cónyuges, mientras que en el caso de la conducta deshonrosa es la sucesión de actos que, apreciados en su conjunto, configuran la causal y justamente en base a ello harían insoportable la vida en común".

(Cas. N° 1431-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 172)

"La injuria debe entenderse como toda ofensa dirigida a afectar el honor del otro cónyuge, lo que quiere decir que no se trata de cualquier ofensa sino que ésta debe ser de tal magnitud que haga imposible la vida en común, y si los cónyuges se hallan separados, ésta dificulte o imposibilite que se vuelvan a unir, no siendo necesaria la reiterancia de la injuria, por cuanto el Código Civil no lo exige y porque para afectar el honor de una persona no se requiere que existan ofensas sucesivas. La injuria grave tiene dos elementos, uno objetivo que está dado por la exteriorización de la ofensa y otro subjetivo que está tipificado por la intención deliberada de ofender al otro cónyuge".



(Cas. N° 1-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 172)

"El nacimiento del menor y el posterior reconocimiento de paternidad son solo consecuencias del acto de la concepción, que es el acto que constituye el adulterio por excelencia, y por tanto son considerados como medios de prueba que en su conjunto prueban la causahñencionada".

(Cas. N°1643-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 173)

"Cuando se trata de un divorcio por causal de injuria grave, para poder determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad, lo que debe establecerse es cuál es a juicio de la demandante -y no del juzgador- el hecho que ultraja sus sentimientos y su dignidad, pues se trata de una calificación eminentemente subjetiva y de orden moral que -a diferencia de la se vicia- no deja huella objetiva y que solo puede ser calificada por el cónyuge agraviado.

Cuando la cónyuge inocente considera que el acto injurioso está constituido por la denuncia penal que le formuló su cónyuge, habiendo sido absuelta del delito imputado, se desprende que la causa se originó en la absolución de los cargos, y por ende el plazo de caducidad se computa desde que quedó ejecutoriada la sentencia penal absolutoria".

(Cas. N° 1232-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 173)

## **EFECTOS DEL DIVORCIO**

### **ARTICULO 350**

Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

El ex cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hu. biere dado motivos para el divorcio.

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

### **CONCORDANCIA:**

C.c. arts. 481, 482

### **Comentario**

***Carmen Julia Cabello Matamala***

Eduardo Ignacio Fanzolato sostiene que el derecho-deber de alimentos entre marido y mujer se origina y fundamenta en el vínculo matrimonial que los emplaza en el estado de familia de cónyuges (FANZOLATO, p.12). El artículo en comentario regula por excepción la relación alimentaria que pudiera subsistir entre ex cónyuges. El tratamiento de esta temática va a abordarse en dos estadios: desde la demanda hasta la emisión del fallo que declara la disolución y a posteriori de la declaración de divorcio.

#### **1. Durante el proceso de divorcio**

En relación al primer tema resulta pertinente preguntarnos en principio si es jurídicamente posible que la o el cónyuge puede renunciar a su derecho alimentario, al incoar su demanda de separación de cuerpos convencional o de divorcio por causal; derecho que como tal es irrenunciable, personalísimo, imprescriptible, incompensable, intransigible. Al respecto, consideramos que esta expresión judicial y forense continuamente utilizada, de ser empleada debe referirse única y exclusivamente a la renuncia de la prestación alimentaria, que en todo caso no afecta al derecho alimentario en sí, que subsiste por mandato legal, para los cónyuges durante el matrimonio, y por tanto durante el proceso que dé lugar a la disolución y que éstos son libres de ejercitarlo o no, de acuerdo con su estado de necesidad.

Consideramos que es necesario distinguir en materia alimentaria, su invocación en los procesos de divorcio y separación por causal y los de separación de cuerpos convencional y ulterior divorcio.

En los casos de acciones por causal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 483 del Código Procesal Civil, "deben" acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, entre otros. Por lo que la legislación procesal requiere la petición expresa y acumulada de alimentos, facultada la procedencia de medidas cautelares en esta materia, como lo es la asignación provisional de alimentos durante el proceso. Es más, en la audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, deben consignarse como puntos de controversia independientes del referido a la, o las, causales objeto de debate judicial, los vinculados a la fijación del monto o porcentaje de la prestación alimentaria solicitada, a fin de que se admitan los medios probatorios vinculados a esta materia, en particular los que contribuyan a ilustrar el criterio del juez, y que muchas veces en los procesos de divorcio son postergados por las partes, en la vorágine probatoria que atrae el debate judicial de las causal es de divorcio o separación, dificultándose la tarea del juzgador al momento de fijar el quantum de la pensión alimentaria.

De no accionar los cónyuges en este aspecto, y como el artículo 342 del Código Civil conmina al juez a que en la sentencia de divorcio o separación de cuerpos señale la pensión de alimentos que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer, o viceversa; tratándose de menores de edad, en los que su estado de necesidad se presume y en aras del interés superior del niño y del adolescente, consagrado por el artículo 8 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el juez de familia ha de considerar el petitorio incompleto, ordenando la subsanación del defecto, en salvaguarda del derecho alimentario de éstos. En el caso de los cónyuges es distinto, se trata de sujetos capaces, por lo que sería conveniente, en todo caso, dejar constancia en la audiencia correspondiente de que el demandante no peticiona pensión de alimentos a su favor, no pudiendo el a-qua, señalar pensión alimenticia que no ha sido materia de petitorio. En todo caso, ha considerarse que el derecho alimentario del cónyuge cuya separación o divorcio se está ventilando, subsiste en tanto se mantenga el vínculo matrimonial, encontrándose expedito su derecho a ejercitarlo judicialmente, correspondiéndole acreditar sus necesidades como solicitante y las posibilidades del obligado.

De otro lado, en los casos de separación convencional, es fundamental la propuesta del convenio, firmada por los cónyuges que regulan, entre otros, el régimen de alimentos de éstos y de hijos menores de edad.

El juez no acogerá el contenido del convenio si éste no asegura adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores e incapaces. En ese entendido, bien pueden los cónyuges expresar su voluntad de no desear percibir pensión de alimentos del otro cónyuge, como también podrán omitirlo, no regulándolo expresamente, y ello constituye el ejercicio libre del derecho, de no ejercitar un

derecho. En ese sentido, el juez no puede compeler a dos sujetos capaces para que uno de ellos sea acreedor de una pensión alimenticia que no necesita o, en última instancia, no desea, y que en todo caso, de necesitarla o quererla, tiene expeditos los procedimientos legales para hacerla valer, por lo que consideramos que, a la luz del sistema alimentario vigente entre cónyuges, no es posible la fijación de oficio de una pensión alimentaria en favor de uno de los cónyuges que no ha sido peticionada o materia de convenio.

Otro aspecto que creemos resulta aún más preocupante en la práctica, son los términos en los cuales se propone el régimen de alimentos en el aludido convenio, que por lo general se limita a señalar un monto o porcentaje en favor de uno de los cónyuges y de los hijos menores, en algunos casos distinguiendo las asignaciones por alimentista, y en otros fijando un monto o porcentaje global para la prestación.

En este aspecto es importante considerar que durante el período comprendido entre la demanda y la declaración<sup>1</sup>é la disolución del vínculo, los alimentos entre cónyuges son obligatorios y tienen su fuente obligacional en la ley, las partes en el convenio tan solo están regulando su cumplimiento, pero luego de la disolución, por mandato también de ley, artículo 350 del Código Civil, se establece como regla que los ex cónyuges no se deben alimentos entre sí, excepto dos supuestos específicos que se tratarán más adelante; por tanto, como puede comprenderse, resulta de particular importancia el texto del convenio entre los cónyuges que puede dirigirse a regular tres situaciones:

- . La no fijación de pensión alimenticia a favor de los cónyuges.
- . Establecer la pensión de alimentos que uno de ellos prestará al otro mientras sea su cónyuge.
- . Fijar un régimen de alimentos a favor de uno de ellos, para el período que dure el proceso, y que se prolongará luego de la disolución del vínculo.

En este último caso, ya no es la fuente legal sino la convencional la que establece la subsistencia de la pensión alimenticia pese a la disolución del vínculo. Si éste es el propósito de las partes, primero debe hacerse explícito en el convenio y, como es natural, regularse claramente los montos, incrementos, porcentajes y demás condiciones en las que deba cumplirse la prestación, luego del divorcio.

En los casos en que se establezca pensión de alimentos a favor de varios alimentistas, deben discriminarse sus asignaciones de un modo individual, a fin de evitar problemas y procesos innecesarios a futuro, cuando cese, se extinga o se configure algún supuesto de exoneración de la obligación alimentaria contra alguno de ellos.

Suele advertirse, en la práctica forense, que los cónyuges acuerdan una pensión de alimentos a favor de uno de ellos, en términos puros y simples, sin añadir ningún tipo de aclaración en el convenio anexo a la demanda de separación de cuerpos, luego, éste es acogido por la sentencia que declara la separación. Posteriormente, a los seis meses de solicitada la conversión, la sentencia de divorcio dispone, asimismo, que subsistan los acuerdos materia de convenio incorporados en la sentencia de separación, finalmente, este fallo en consulta es aprobado por el Tribunal Superior. Se trata, pues, de una

práctica judicial ancestral, que mantiene una pensión de alimentos luego del divorcio, por el solo hecho de que fue mencionada en el convenio anexo a la demanda de separación.

Exigir términos explícitos al momento de evaluar el convenio que será objeto de aprobación judicial, es una forma más equitativa, si éste es el propósito, de proteger a la eventual parte débil de esta relación que, confiada en una práctica tradicional, puede considerar que se encuentran debidamente aseguradas sus futuras pensiones alimenticias, que pudieron ser acordadas verbalmente, o comprendidas así silenciosamente durante un proceso, que incluso son incorporadas en su fallo de divorcio, para luego estas expectativas desvanecerse cuando en cualquier momento después del divorcio, y como una suerte de espada de Damocles, la contraparte invocando legalmente el artículo 350 del Código Civil lograra el cese de esta obligación.

Luego del divorcio, no será la ley de modo general, sino la convención como en este caso, o la autonomía de la voluntad de uno de los ex cónyuges si se diera esa liberalidad, la fuente sustentadora de la "pensión alimenticia" a brindarse. Por lo que el tratamiento a posteriori de la eventual exoneración no se sujetaría estrictamente a la reglas del derecho alimentario, sino contemplaría además las que regulan las obligaciones civiles.

## 2. Luego del divorcio

El artículo 350 del Código Civil preceptúa, como principio general, que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los ex cónyuges, aunque dispone, excepcionalmente, que:

Cuando el divorcio es declarado por culpa de uno de los cónyuges, el inocente tendrá derecho a percibir alimentos, siempre que concurra alguno de estos requisitos:

. Que carezca de bienes propios o gananciales suficientes. . Que esté imposibilitado de trabajar.

. Que no pueda subvenir a sus necesidades por otro medio.

El monto de la pensión alimenticia será fijado por el juez, no debiendo exceder a la tercera parte de la renta del obligado.

La naturaleza jurídica de los alimentos que pueda percibir el cónyuge inocente del divorcio, y allí estamos diferenciándolos de los que provienen de los procesos convencionales, se ha sometido a dos opiniones doctrinarias: Una que sostiene su carácter estrictamente alimentario, mientras que la otra lo considera indemnizatorio.

"La pensión alimenticia que se concede al esposo vencedor en el pleito es la reparación de un perjuicio injustamente sufrido" (CAPITANT y COLIN, p. 734).

Eduardo Fanzolato precisará aún más: "Con la disolución del connubio, el amplio derecho alimentario jure coniugii se torna imposible, porque los divorciados ya no son cónyuges; pero, como la imposibilidad de que subsista el derecho es imputable a la conducta antijurídica del que dio causa al divorcio, los alimentos conyugales se trasustancian en una prestación compensatoria en favor del inocente que experimenta el perjuicio (...). Así, por obra del divorcio se

pasa del campo del derecho matrimonial a la esfera jurídica patrimonial del resarcimiento, ya que si estamos frente a una reparación \_@~daños causados por un proceder reprochable, la prestación no tiene naturaleza asistencial sino que es substancialmente compensatoria, aunque tenga la "forma" periódica de una renta alimentaria" (FANZO LATO , pp. 31-32).

Según este criterio, lo que se pretendería entonces sería indemnizar al cónyuge que, sin culpa, se ve desprotegido ante la desaparición del deber de socorro. Beneficio que no impide a la víctima solicitar, además, la reparación del daño causado por los hechos que dieron lugar al divorcio.

De otro lado, los que le atribuyen un carácter estrictamente alimentario afirman que "el precepto no permite autorizar ninguna pensión más que en cuanto el esposo inocente no pueda vivir con los bienes que posea o con los productos que perciba de la liquidación del régimen matrimonial, de donde se ve que la pensión tiene carácter de alimentos" (ENNECCERUS, KIPP y WOLF, p. 243).

En ese entendido, es el estado de necesidad el que haría justificable su prestación; desaparecido éste, no tendría lugar la obligación, que cesaría también con la muerte del ex cónyuge obligado.

Nuestro sistema consagra la naturaleza asistencial de la prestación alimentaria entre los ex cónyuges, en los casos excepcionales regulados por el artículo 350 del Código Civil, que exige para la fijación extraordinaria de alimentos los dos requisitos clásicos de una pretensión alimentaria: necesidad de quién los pide y posibilidad de quien debe prestarlos.

En relación a la concurrencia del requerimiento asistencial con la inocencia del cónyuge solicitante, interesantes inquietudes proponen la inclusión de las causales de separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, por cuanto si tenemos en cuenta que ambas causales corresponderían al sistema divorcio remedio, una en su modalidad de causal objetiva y otra de "divorcio quiebre", no resulta muy comprensible que se mantenga en estos casos tal exigencia. en tanto por su naturaleza, resuelven un conflicto y no sancionan al culpable de éste. No obstante nuestra ley civil no ha alterado el tratamiento del régimen alimentario de los ex consortes, lo que confirma el tratamiento mixto dado a las causales para su configuración y el de sus efectos. Regulación que permite colegir que en materia alimentaria, aún en estas causales se mantiene un tratamiento asistencialista sancionador, requiriéndose la inocencia o perjuicio en el abandonado o en el cónyuge a quien se le imputa la imposibilidad de hacer vida en común, en su comprensión de causal inculpatoria genérica y no de divorcio remedio.

De otro lado, el mismo dispositivo señala que el ex cónyuge que se encuentre en estado de indigencia, incluso aquél al que le sea imputable el divorcio, podrá solicitar la prestación de alimentos a quien fue su consorte, medida razonable por cuanto a pesar de lo acaecido, no pueden ser indiferentes a la miseria que padezca uno de ellos.

La obligación alimentaria cesa automáticamente cuando el alimentista contrae nuevo matrimonio, similar supuesto contenía el artículo 268 del Código Civil de 1936, cuando en su vigencia la jurisprudencia lo interpretó extensivamente,

señalando que: "Aunque la ley no ha previsto la situación de la mujer divorciada que contrae relaciones sexuales con otros hombres, es indudable que las disposiciones contenidas en el citado artículo 268 se hacen extensivas a tales casos" (resolución suprema del 6 de octubre de 1949).

De lo expuesto puede establecerse que el régimen alimentario entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio es una obligación legal, recíproca,) y eminentemente asistencialista, mientras que una vez disuelto el vínculo matrimonial, desaparece tal obligación legal excepto los dos casos mencionados por el artículo 350 del Código Civil, concluyendo la obligación alimentaria con la declaración de divorcio, excepto que de modo expreso los cónyuges convengan que se asigne a uno de ellos una pensión alimenticia que rija también a posteriori de la disolución matrimonial o por un acto de liberalidad de parte del cónyuge que cumple la prestación.

Finalmente en este aspecto cabe reflexionar respecto a desde cuándo se hace efectivo el cese de la obligación alimentaria, si ésta debe ser declarada de oficio por el juez como una consecuencia legal del divorcio, o si debe ser pretendida accesoriamente al divorcio, para ser por tanto materia de pronunciamiento expreso. Posiciones divergentes se postulan en este tema, los menos consideran atendiendo al literal del artículo 350 que con el divorcio debe declararse el cese de los alimentos, mientras que la posición mayoritaria sostiene que el cese debe ser peticionado expresamente, con el divorcio o posteriormente vía acción, particularmente si existe mandato judicial precedente a la disolución que dispone una pensión alimenticia. Aspecto importante a resolver si tenemos en cuenta el supuesto de devolución de prestaciones indebidamente prestadas y la aplicación del artículo 1275 del Código Civil relativo a la no repetición de lo pagado para el cumplimiento de deberes morales.

## **DOCTRINA**

CAPITANT, Henry y COLIN, Ambroise. Curso elemental de Derecho Civil, tomo I. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1941; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil, tomo VI, vol. 1. Barcelona, Editorial Bosch, 1953; FANZOLATO, Eduardo. Alimentos y reparaciones en la separación y divorcio. Buenos Aires, Depalma, 1991.

## **JURISPRUDENCIA**

"El artículo 350 del Código Civil, establece como regla general que el divorcio pone fin a la relación alimentaria existente entre los cónyuges, constituyendo excepciones a dicha regla los supuestos contenidos en el segundo y cuarto párrafo de la norma acotada, no configurándose la primera de ellas cuando el que solicita alimentos es el cónyuge culpable, ni la segunda cuando las instancias de mérito han concluido que no se ha acreditado que la solicitante se encuentre en estado de indigencia ni en estado de necesidad, no siendo materia de casación el reexamen probatorio sobre tal conclusión".

(Cas. N9 1673-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 173) a pesar de haber quedado disuelto el vínculo matrimonial, deberá fijarse una pensión alimenticia si no se ha acreditado que la ex cónyuge trabaje o subvenga a sus necesidades".

(Exp. N92398-87, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Corte Superior de Justicia de Lima, Jurisprudencia Civil, p. 58)

"Habiéndose establecido como hechos probados que la demandante no se dedica de modo exclusivo a las actividades de atención al hogar, sino que está dedicada a actividades mercantiles, y que el demandado con su remuneración laboral provee lo necesario para el sustento de sus hijos que viven a su lado ya quienes educa, no resulta debidamente aplicado el artículo 350 del Código Civil".

(Cas. N° 772-98-Cusco, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano del 14/10/98, p. 1904)

## **PLENO JURISDICCIONAL**

### **PLENO JURISDICCIONAL 1998**

**ACUERDO N° 9: FIJACIÓN DE OFICIO DE ALIMENTOS A LA CÓNUGE EN PROCESOS DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO** Se dan dos supuestos:

#### **A. PARA LA SEPARACIÓN DE CUERPOS CONVENCIONAL**

9.1. ¿Puede el juez declarar de oficio los alimentos, si los cónyuges no lo han acordado?

#### **CONSIDERANDO:**

- Que, en principio la separación convencional resulta una separación de consumo, en la que uno de los requisitos de la acción, consiste en acompañar el convenio correspondiente, siendo en este convenio en donde se fija el régimen de los alimentos, tenencia de los hijos, régimen de visitas, etc.; por lo que estando el acuerdo de voluntades plasmado en él, éste no puede ser afectado por intervención de un tercero (el Estado), por lo que el juez no podría ir más allá de lo que las partes han fijado en dicho convenio; de viniendo en aplicable el principio procesal contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por el cual "el juez no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

- Que, de otro lado, debe tenerse en cuenta que la fijación de alimentos de oficio para la cónyuge, en procesos de separación de cuerpos o divorcio, atentaría contra el espíritu de la ley, por cuanto está prescrito que por el divorcio cesa la obligación de prestar alimentos, y en la práctica vemos que si



los cónyuges no han señalado régimen alimenticio entre sí, ello responde a su capacidad económica. .

~or consiguiente, se exige, por parte del juez, un estudio prolijo de los casos a fin de establecer si las partes en el convenio adjuntado a la demanda, han fijado el régimen alimenticio que les concierne.

#### **EL PLENO: POR MAYORÍA ACUERDA:**

Por mayoría de 26 votos contra 5, se aprobó que el juez no puede declarar de oficio los alimentos para la cónyuge, si los cónyuges no lo han acordado.

#### **B. PARA EL DIVORCIO:**

9.2. En los procesos de divorcio por causal, ¿puede el juez declarar de oficio los alimentos?

#### **COMENTARIO:**

Al respecto, esta circunstancia debe ser una excepción, fundada en el supuesto que el cónyuge inocente no tenga medios para subsistir; en este sentido la aplicación del acotado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil exige una limitación, que puede ejercitarse cuando no afecta ni el derecho de la defensa, ni el principio contradictorio, vale decir cuando no altera en nada las pretensiones planteadas por las partes ni los hechos alegados sometidos a probranza. De lo expuesto, debemos tener en cuenta que la finalidad del proceso es lograr la paz social en justicia, por lo que no resultaría equitativo que luego de un proceso de divorcio en el que la parte emplazada, si bien mantenga el hogar y cuente con los medios económicos suficientes, a la vez que se resuelva la disolución del vínculo matrimonial, ello pueda conllevar a la extinción de la obligación alimentaria para con su cónyuge, máxime si este último no cuenta con los medios económicos suficientes para subsistir (dado que se dedicó al cuidado de los hijos y del hogar, lo que la sitúa en una posición de desventaja), por lo que a fin de no mermar el derecho del cónyuge inocente, el juzgador debe necesariamente emitir una declaración respecto al derecho alimentaría del mismo, a fin de que se le permita llevar una vida decorosa.

#### **EL PLENO: POR MAYORÍA ACUERDA:**

Por mayoría de 23 votos contra 10, se aprobó que el juez sí puede declarar de oficio los alimentos de la cónyuge.

(II Pleno Jurisdiccional, Acuerdo N° 9, Cajamarca, 1998)

## REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL AL CÓNYUGE INOCENTE

### ARTICULO 351

Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. VI, 1984,1985

### Comentario

*Emilia Bustamante Oyague*

La norma que contiene este artículo 351 de nuestro Código Civil, plantea el resarcimiento del daño moral que hubiera sufrido el cónyuge inocente como consecuencia de la conducta asumida quien es determinado judicialmente como el cónyuge culpable en el proceso de divorcio. Debiéndose entender que se le ha causado daño moral al afectarse al cónyuge inocente en sus bienes extrapatrimoniales como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente, si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge (PERALTA ANDÍA, p.267).

LLAMBÍAS ha definido el daño moral como el género que comprende a toda lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que alguien padece (citado en BELLUSCIO, p.33). Aplicado al divorcio, puede decirse que, el daño moral es el derivado de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, los que han sido causados por la conducta del cónyuge declarado culpable en dicho proceso, y que han perjudicado de forma directa en el honor, en la reputación social, en suma, en el interés personal del cónyuge inocente.

Sobre el monto de la indemnización que se entregue a la víctima a título de reparación, debe precisarse que ésta no implica una valoración económica del daño moral producido. Dicho dinero no está destinado a "reponer las cosas a su estado anterior" ni a eliminar el dolor o el sufrimiento. El dinero es sólo instrumental, representa el medio que permite a la víctima hallar, a través de su inversión, una determinada y hasta simbólica compensación del daño. Como acertadamente expresa Fernández Sessarego, el peculio que se transfiere a la persona que ha padecido un daño moral, tiene el exclusivo propósito de que le sea útil para encontrar cierto tipo de satisfacción espiritual, un gozo o un placer, algunas sensaciones agradables, placenteras, relajantes. El dinero recibido podrá ser empleado por la víctima para disipar, si es posible y en alguna medida, su dolor mediante entretenimientos o diversiones adecuados a su personalidad. Es evidente que existirán casos de dolor profundo donde no se obtendrá ninguno de los resultados propuestos. En estas situaciones, el dinero servirá al menos como sanción para el agresor. No es imaginable ni justo que el agente de un daño patrimonial sufra una merma económica mientras que el

que genera un daño moral quede impune (FERNÁNDEZ SESSAREGO, p. 213).

De la propia norma que comentamos aparece que el cónyuge "inocente" se encuentra legitimado para solicitar la indemnización por daño moral, ya que fue la parte demandante o reconviniendo en el proceso de divorcio por causal, en el que se llegó a declarar la disolución del vínculo matrimonial al haber quedado acreditada la causal o causales alegadas.

Tratándose de un proceso de divorcio por causal, en relación a las causal es que pueden originar daño moral, se dice que éste puede ocurrir en todo caso de divorcio, pero especialmente cuando la causal que le dio origen fue la injuria grave, la condena por delito, la conducta deshonrosa o el adulterio (CORNEJO CHÁ VEZ, p. 342).

Por otra parte, en cuanto a la ubicación de esta responsabilidad civil por daño moral entendemos que se ubica en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, en razón de que el matrimonio es una institución regulada por el Estado, así los cónyuges tienen a su cargo una serie de deberes impuestos por ley (tales como el deber de fidelidad, deber de cohabitación, deber de asistencia, etc.). En consecuencia, la inobservancia de alguno de estos deberes legales a cargo del cónyuge culpable, causante del divorcio, que llegan a determinar la presentación de alguna(s) causal(es) para que sea declarado el divorcio judicialmente y que haya afectado de modo grave el legítimo interés personal del cónyuge inocente, habrá producido un daño moral indemnizable que puede ser solicitado por el cónyuge inocente.

Un criterio importante en la valoración de la indemnización que debe fijar el juez cuando se invoque el artículo 351 será tener en cuenta la incidencia del mismo daño moral en la persona del cónyuge inocente y su familia. En ese sentido, el art.1984 del Código Civil prescribe que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Acerca de los daños que se infligen al cónyuge inocente, están las lesiones de los derechos subjetivos o intereses legítimos del inocente, como por ejemplo, en el adulterio se lesiona el derecho a la fidelidad; en el abandono voluntario del hogar, el derecho a la cohabitación y la asistencia mutua; en la injuria grave, el derecho al honor (ZANNONI, p. 229).

Es interesante, la ampliación de la determinación del daño moral que hace ZANNONI cuando refiere que en algunos casos, se lesionarán derechos subjetivos inherentes a la persona anteriores al matrimonio como el derecho a la vida, lo cual puede ocurrir por ejemplo en el caso de tentativa de homicidio (ZANNONI, p. 229).

Al respecto, el maestro CORNEJO CHÁVEZ plantea una visión diferente en cuanto a la posibilidad de invocar este artículo 351, pues según refiere, su aplicación solo será posible en los casos en que la ley no brinde la posibilidad de reparación del daño moral material, que puede ocurrir sobre todo en los

casos de sevicia [hoy causal de violencia física y psicológica], atentado contra la vida, abandono del hogar, uso de estupefacientes, enfermedad venérea grave y condena privativa de la libertad. Pues, a su entender, algunas veces esa reparación puede conseguirse en la vía penal, así como por el eventual derecho alimentario que subsana el daño material (por lo que asume un cierto carácter indemnizatorio); reconociéndose que no siempre es posible usar la vía penal, ni siempre que puede apelarse a ella desea hacerla el ex cónyuge, ni la pensión alimenticia se fija para cubrir directa y totalmente el daño material producido en uno de los cónyuges (CORNEJO CHÁVEZ, p. 342). Sin embargo, la apreciación que nos brinda CORNEJO CHÁVEZ, entendemos que parte de una asimilación del daño moral con el daño material, supuesto diferente, ya que como hemos indicado el daño moral es un daño extrapatrimonial, que afecta la esfera personal del honor, la valoración subjetiva, personalísima de las personas, y que de acuerdo con la norma contenida en este artículo 351, se concede al cónyuge inocente el derecho de solicitar una indemnización por la afectación a sus intereses personales, y no a las incidencias materiales que pudo producirle el cónyuge culpable durante la vigencia de su matrimonio. y es en este sentido que, en reiterada jurisprudencia casatoria expedida por nuestra Corte Suprema de Justicia se ha establecido que el daño moral es un daño extrapatrimonial e inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; que en cuanto a sus efectos es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

Con respecto a la determinación de la indemnización por daño moral, será necesario aplicar de forma sistemática lo dispuesto en el artículo 1985 de nuestro Código Civil en cuanto regula el contenido de la indemnización, el nexo de causalidad adecuada que debe existir entre el hecho y el daño producido, así como la mora aplicable al autor del daño establecida en que el monto fijado como indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En todo caso, las conductas del cónyuge que propició la causal son cuestiones de hechos, sujetos a probanza y a la apreciación del juez. Entonces, caso por caso deberán analizarse los hechos que determinaron el divorcio y que puedan ser considerados como causa de daño resarcible al haber afectado gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, entonces tales hechos serán fuente de resarcimiento en la medida en que hayan constituido lesión o menoscabo de derechos personalísimos (ZANNONI, p. 232).

En suma, la indemnización del daño moral al cónyuge inocente solo resultará amparable cuando exista daño moral resarcible producto del menoscabo de los intereses jurídicos del cónyuge inocente en su esfera de derechos de la personalidad, ocasionados por las acciones o conductas atribuibles al cónyuge culpable del divorcio.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Gaceta Jurídica Editores. Tomo VII. Lima, 1997; BELLUSCIO, Augusto. Manual

de derecho de familia. Tomo 11. 3~ edición actualizada. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979; BELLUSCIO, Augusto, y otros. Responsabilidad civil en el derecho de familia. Doctrina. Jurisprudencia. Hammurabi. Buenos Aires, 1983; BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Manual de Derecho de Familia. 4~ edición. Astrea. Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 1 O~ edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro Homenaje a José León Barandiarán. Cultural Cuzco S.A., editores. Lima, 1985; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2~ edición. Idemsa. Lima, 1996; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 3~ edición actuali~ada-y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Si bien se ha probado la causal de adulterio, no corresponde la reparación del daño moral del cónyuge inocente si no se ha aprobado de modo alguno que los hechos que han originado la disolución del matrimonio hayan comprometido gravemente su legítimo interés personal".

(Cas. N° 373-95 del 21-07-98. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, T.II, p. 354)

"A pesar de estar el artículo 351 del Código Civil dentro del Capítulo de Divorcio, también puede ser aplicado para establecer el daño moral que provoque el demandado a su cónyuge e hijo al haber promovido una desestimada acción de negación de paternidad de su hijo habido dentro del matrimonio".

(Exp. N° 1152-98, Resolución del 2/07/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, Muro Rojo, Manuel, Código Civil. Octava edición. p. 143)

1615

"Existe legítimo interés personal, como cónyuge inocente, por haber sido víctima precisamente de los actos de violencia que configuran una de las causales de divorcio previstas en la ley".

(Exp. N° 382-98, Resolución del 30/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima) ,

"A pesar de estar el artículo 351 del Código Civil dentro del capítulo de Divorcio, también puede ser aplicado para e\$tablecer el daño moral que provoque el demandado a su cónyuge e hijo al haber promovido una desestimada acción de negación de paternidad de su hijo habido dentro del matrimonio".

(Exp. N° 1152-98, Resolución del 2/07/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, Muro Rojo, Manuel, Código Civil. Octava edición. p. 143)

## **PÉRDIDA DE GANANCIALES POR EL CÓNYUGE CULPABLE**

### **ARTÍCULO 352**

El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 301, 302, 310, 323

### **Comentario**

*Emilia Bustamante Oyague*

La norma contenida en este artículo establece como uno de los efectos del divorcio, que el cónyuge culpable pierda los gananciales que procedan de los bienes del otro, más precisamente, del cónyuge inocente. Como presupuesto de esta sanción deberá entenderse que el matrimonio asumió como régimen patrimonial la sociedad de gananciales.

El carácter punitivo que reviste esta disposición se explica por sí solo. Como señala CORNEJO CHÁVEZ, sería irritante que el cónyuge culpable pretendiera obtener beneficio de los bienes del inocente, cuando no supo cumplir sus deberes morales y legales, esto es, cuando rompió con su conducta la íntima comunidad de vida e intereses sobre la que se funda el régimen de gananciales (CORNEJO CHÁVEZ, p. 343).

La sociedad de gananciales la conforman los bienes propios (artículo 301) y los bienes sociales (artículo 310), debiendo destacarse que se consideran como bienes sociales todos aquellos que los cónyuges adquieren por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos provenientes de todos los bienes propios y sociales, y las rentas de los derechos de autor e inventor.

Una consecuencia ineludible de la sentencia judicial de divorcio es la de extinguir el vínculo matrimonial, lo que a su vez conlleva a la finalización de la sociedad de gananciales. Efectuado el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, debemos tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 323, una vez canceladas las obligaciones sociales y las cargas de la sociedad, así como de haber efectuado el reintegro a cada cónyuge de los bienes propios, el legislador conceptúa como gananciales a esos bienes remanentes que quedan tras realizar estas operaciones propias de la terminación del régimen económico de la sociedad de gananciales.

Aquí debe hacerse una puntualización, los gananciales que pierde el cónyuge culpable por mandato imperativo del presente artículo 351 no son todos los considerados como tales en sentido amplio, sino tan solo la parte de los bienes remanentes o "gananciales" que se hubieran constituido por los frutos, productos y/o rentas generados de los bienes propios del cónyuge inocente durante la vigencia de la sociedad de gananciales, esto es, a partir de la celebración del matrimonio civil. Entonces, la sanción de pérdida de

gananciales no se aplicará con respecto a todos los gananciales obtenidos durante la vigencia del matrimonio, sino solo sobre aquellos gananciales que provengan de las ganancias generadas por los bienes propios del cónyuge inocente. no están comprendidas en esta sanción económica las ganancias que fueron generadas por los bienes sociales ni por los bienes propios del cónyuge culpable. Como se aprecia, ésta es una sanción limitada en cuanto a sus alcances, ya que está sujeta a la existencia de bienes propios del cónyuge inocente, de modo tal, que en caso de que no hubiera tales bienes, aun en el caso de que haya un cónyuge culpable, éste no perderá nada, pues siempre deberá recibir los gananciales que hayan producido los bienes propios suyos, como los bienes sociales del matrimonio.

Además, esta sanción económica, tal como se ha indicado, solo opera desde la celebración del matrimonio y no a partir de la fecha en que se realizó el hecho ilícito que le es imputado al cónyuge culpable, y que determinó el divorcio (PERALTA ANOÍA, p. 267).

No obstante el propósito punitivo de la norma, ARIAS-SCHREIBER indica que es innegable que en la práctica existirán muchos casos en los cuales será realmente difícil determinar cuáles son los bienes afectados por este precepto (ARIASSCHREIBER, pp. 301-302). Igual apreciación encontramos en CORNEJO CHÁ VEZ cuando se pregunta: ¿Cómo averiguar, en efecto, acaso después de muchos años de matrimonio, qué bienes fueron adquiridos con los frutos o rentas de los propios del cónyuge que un día habría de ser inocente del divorcio? (CORNEJO CHÁVEZ, p. 343).

Cabe indicar que la sanción de pérdida de gananciales que provengan de los bienes del cónyuge inocente, opera de pleno derecho, sin requerir pronunciamiento alguno del órgano jurisdiccional. Y su aplicación al caso concreto estará sujeta a la forma de liquidación de la sociedad de gananciales que se haga en el proceso de divorcio por causal, aunque también es posible que, luego del proceso de divorcio, en vía de acción, se solicite su determinación ya sea en un proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, o de división y partición, o de declaración de bien propio, trámite que deberá seguirse en sede judicial.

Finalmente, de forma concordante debe tenerse en cuenta que el artículo 324 sanciona que, en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho de gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. En este caso, estamos frente a la separación de hecho propiciada por el cónyuge culpable, lo cual se da ante la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, entonces la sanción establecida estará referida a la pérdida de los bienes gananciales que le pudieran corresponder al cónyuge culpable durante el tiempo que haya durado el abandono, comprendiéndose como aquellos a los derivados de los bienes sociales y de los bienes propios de ambos cónyuges. A esta sanción económica se unirá la pérdida de los bienes gananciales generados por los bienes propios del cónyuge inocente, de acuerdo con los términos expuestos en el presente comentario.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 102 edición A.ctualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 22 edición. Idemsa. Lima, 1996; VIDAL TAQUINI, Carlos. Derecho de Familia. Régimen de bienes en el matrimonio. 22 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1978.

## **JURISPRUDENCIA**

"Para efectos de solicitar la pérdida de los gananciales provenientes de los bienes propios del otro cónyuge, debe entenderse que el cónyuge culpable o divorciado por su culpa es aquel que con su conducta incurre en algunas de las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil. En materia de divorcio el concepto de culpa no es un juicio de reprochabilidad de la conducta sino simplemente el hecho de que el divorcio se produjo porque uno de los cónyuges incurrió en las causales que prevé la ley sustantiva".

(Cas. N° 836-96 del 30-1-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, T.II, p.p. 391-392)

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

(Cas. N° 1301-96 del 22-12-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, T./I, p.p. 338-339)

"Los bienes sociales que integran la sociedad conyugal no son gananciales para los efectos a los que se contrae el artículo 352 del Código Civil".

(Exp. N° 1270-89-Tacna, Ejecutoria Suprema del 16/11/90, SPIJ, Muro Rojo, Manuel, Código Civil. Octava edición, p. 143)



## **PÉRDIDA DEL DERECHO HEREDITARIO**

### **ARTICULO 353**

Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí'

#### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts.343, 724, 816, 822 a 827

#### **Comentario**

**Emilia Bustamante Oyague**

La sentencia de divorcio ocasiona la disolución de la sociedad de gananciales, lo cual trae a su vez la liquidación de ella, en la que les será adjudicada su cuota de gananciales a cada uno de los cónyuges, y con esto precluye todo derecho de carácter económico con relación a los bienes sociales. Disuelto el matrimonio, los cónyuges dejan de ser tales y pierden todo vínculo familiar entre sí, lo cual trae como consecuencia la pérdida de toda vocación hereditaria (SUÁREZ FRANCO, p. 226)

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la vocación hereditaria es llamamiento efectivo a la sucesión (DÍEZ-PICAZO, p. 335), encontrándose sustentada en la relación del parentesco (consanguíneo o adopción) o en el matrimonio civil. Durante la vigencia del matrimonio ambos cónyuges poseen el derecho hereditario de forma recíproca, habiéndose establecido en el artículo 724 al cónyuge como heredero forzoso; por ello, en principio, ante el fallecimiento de uno de los cónyuges, el que sobrevive (cónyuge supérstite) tendrá vocación hereditaria frente a la sucesión de aquél y podrá ser declarado heredero de aquél. Sin embargo, puede ocurrir que el cónyuge sobreviviente pierda su derecho a heredar, ya sea en los casos como el matrimonio in extremis, o que el cónyuge fuera declarado judicialmente excluido de la sucesión por indignidad, hubiera renunciado a la herencia o desheredado por el causante. )

Si se produce el divorcio, el efecto inmediato es la disolución del vínculo civil del matrimonio, y tal como declara la norma contenida en el artículo 353, los ex cónyuges carecen de derecho a heredarse entre sí; entonces se torna en irrelevante, para el caso, determinar si estamos ante el cónyuge culpable o inocente del proceso de divorcio, igual ninguno de ellos heredará al otro una vez declarado el dLvorcio. No siendo posible la sucesión hereditaria ab intestata o sucesión intestada.

En el caso de la sucesión testamentaria, debe anotarse que nuestro ordenamiento ha establecido una serie de normas que establecen la legítima, como parte de la masa hereditaria de naturaleza intangible y dispuesta para el goce de los herederos forzosos del causante. Por consiguiente, el testador no puede disponer libremente sobre la legítima cuando decide ordenar su sucesión de forma voluntaria mediante el testamento (artículo 723).

Por consiguiente, en la legítima se han reconocido los derechos hereditarios de los herederos forzosos, entre los cuales se comprende al cónyuge del causante. Más precisamente, el artículo 730 consagra la legítima del cónyuge como un derecho independiente de lo que pudiera corresponderle de la liquidación de la sociedad de gananciales conformada con el cónyuge causante. Una vez declarado el divorcio, al ex cónyuge no le asiste derecho alguno, pues pierde automáticamente sus derechos hereditarios que como heredero forzoso le reconoce la ley mientras tenga la calidad de cónyuge. Recuérdese que el cónyuge tiene calidad de heredero forzoso con derecho hereditario concurrente con los herederos del primer y segundo orden sucesorio (véase artículo 816). En efecto, en el primer orden sucesorio están los hijos y demás descendientes del causante, y en el segundo orden sucesorio se comprende a los padres y demás ascendientes.

Sin embargo, nada obsta para que uno de los cónyuges al expedir un testamento, establezca alguna porción hereditaria o legado a favor de su ex cónyuge, lo cual puede hacer en el ejercicio de sus facultades sobre la parte de libre disposición de sus bienes, de conformidad a lo que disponen los artículos 725, 726, 727 Y 756 Y ss. En cuyo caso, el ex cónyuge podrá ser comprendido como heredero voluntario siempre que no hubiera herederos forzosos del testador, o como legatario, en la parte de libre disposición.

En suma, en el caso de la sucesión intestada, que ocurre cuando el causante fallece sin haber dejado testamento, se entiende que la herencia corresponde a los herederos legales, entre los cuales no se encuentra el ex cónyuge. Asimismo, téngase en cuenta que también en el caso de separación de cuerpos, el Código establece en el artículo 343 que el cónyuge culpable pierde los derechos hereditarios que le correspondan.

El efecto del divorcio es ex nunc, éste surte efectos hacia delante; entonces, dado que la herencia de una persona solo se apertura a su fallecimiento, cuando éste ocurre ya no existe el vínculo matrimonial ni la calidad de heredero forzoso, pues solo se estará ante un ex cónyuge. Esta pérdida del derecho hereditario surte efectos de pleno derecho, sin requerir pronunciamiento alguno del órgano jurisdiccional.

## **DOCTRINA**

ALBADALEJO, Manuel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones. Tomo v: 4ª edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 10ma edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DiEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia: Derecho de sucesiones. Vol. IV. 7ª edición revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid 1998; FERNÁNDEZ ARCE, César y Verónica ZAMBRANO COPELLO. Derecho de Sucesiones. Materiales de enseñanza. PUCP, Facultad de Derecho. Lima, 1996; MAFFIA, Jorge O. Manual de derecho sucesorio. Tomo 1. 2ª edición actualizada y aumentada. Depalma. Buenos Aires, 1985, p. 74; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2ª edición. Idemsa. Lima, 1996; SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Régimen de Personas. Tomo 1. 7ª edición.

Temis. Santa Fe de Bogotá, 1998; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 3ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## PLAZO DE CONVERSIÓN

### ARTICULO 354

Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica. (\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley 27495 de 7-07-2001.

### CONCORDANCIAS:

C. arto 4

C.C. arts. 332, 333, 334, 335,346, 348, 349, 350,351, 353, 355, 356, 357

C.P.C.arts. 155, 157, 158, 480, 481, 482, 546 inc. 2), 573, 575, 580

### Comentario

**Saúl Suárez Gamarra**

A los efectos de analizar todas las normas del Libro de Familia de nuestro Código Civil, debe de tenerse como principio rector el artículo 4 de nuestra Constitución Política del Estado, el cual dispone textualmente:

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

En efecto, consideramos pertinente esta concordancia normativa por cuanto nos permite encontrar la ratio iuris de muchas normas como la que es objeto de comentario, donde la promoción del matrimonio como fuente primordial de la familia encuentra un sustento constitucional. No podemos dejar de señalar nuestra discordancia con el precepto constitucional en cuanto considera al matrimonio como un instituto natural. En efecto, el matrimonio es una categoría jurídica a diferencia de la familia que sí constituye un instituto natural y fundamental de la sociedad.

En esta línea de pensamiento constitucional, un sector de la doctrina nacional considera que resulta inconveniente todo aquello que reduzca las posibilidades de normalización de la vida matrimonial (CORNEJO CHÁVEZ). Sin embargo, esta concepción del matrimonio parece confundir, como si se tratasen de sinónimos, al matrimonio con la institución de la familia. Existen muchos casos en los cuales existe matrimonio -entendido como vínculo legal- pero no existe familia, por lo que la existencia de trabas legales para un sinceramiento legal de una situación fáctica existente contribuye solo al desprestigio innecesario

del sistema legal. Esto siempre ocurrirá, en cualquier plano del derecho, cuando exista divorcio entre la realidad y la norma.

En esta línea de pensamiento, la doctrina contemporánea sostiene que el derecho de familia no puede ignorar la existencia de "matrimonios rotos", sino que tiene que reconocer su existencia y regular el matrimonio en función de las situaciones reales de éste y de la familia. No tiene sentido, por tanto, la negativa del divorcio basada en la defensa de la familia. A la familia la deshace mucho antes el desamor, el abandono, el desamparo. El divorcio pretende dar una solución a aquellos matrimonios que hayan sufrido una quiebra irreparable en su existencia (PLÁCIDO).

En este contexto, debemos analizar el artículo 354 del Código Civil, para lo cual consideramos necesario efectuar el siguiente desagregado:

#### 1. Sobre la diferencia entre separación de cuerpos y divorcio

Siguiendo a PLÁCIDO, debemos decir que la principal diferencia radica en que la separación personal se limita a autorizar a los cónyuges a vivir separados sin que ninguno de ellos readquiera la aptitud nupcial (suspensión del deber de cohabitación); en tanto que, tras el divorcio vincular, los cónyuges pueden volver a contraer nuevo matrimonio.

Desarrollando la idea genérica que se ha citado, debemos decir que cuando se analiza la norma que permite la conversión de la separación de cuerpos a divorcio, se debe tener presente que lo que se está buscando es la disolución del vínculo matrimonial y, por lo tanto, el readquirir la posibilidad de volver a contraer matrimonio.

#### 2. Sobre los presupuestos de hecho de la norma

La norma presupone la existencia de una sentencia consentida o ejecutoriada que declare fundada una demanda de separación de cuerpos.

Esta sentencia debe encontrarse válidamente notificada a las partes intervinientes en el proceso. Las formas de notificación de resoluciones judiciales y los requisitos que deben cumplirse para su validez se encuentran regulados en los artículos 155 y siguientes del Código Procesal Civil.

#### 3. Facultados lealmente a solicitar la conversión

El artículo 333 del Código Civil enumera taxativamente las causas de la separación de cuerpos. Sobre la base del tipo de causa que sirva de sustento a la sentencia de separación de cuerpos es que se determina cuál de los cónyuges puede solicitar la conversión regulada por el artículo bajo comentario. Así tenemos:

a) Si la sentencia de separación de cuerpos se sustenta en un pedido de ambos cónyuges (separación convencional prevista por el inc. 13 del artículo 333 del Código Civil) o en una separación de hecho de los cónyuges (con las condiciones señaladas en el inc. 12 del artículo 333 del Código Civil), cualquiera de los cónyuges puede solicitar al juez la conversión de la separación de cuerpos a divorcio.

b) Si la sentencia de separación de cuerpos se sustenta en cualquiera de las causal es previstas entre los incisos 1 al 11 del Código Civil, solo podrá ser solicitada la conversión por el cónyuge inocente.

Debe señalarse que, existiendo una sentencia de separación de cuerpos y vencido el plazo de ley, el juez no puede disolver el vínculo matrimonial de oficio. La disolución del matrimonio, en el contexto del artículo comentado, debe ser un acto del juez que responda a un pedido expreso e indubitable de la parte facultada legalmente a solicitarlo.

#### 4. Sobre el plazo

Luego de seis meses de notificada la sentencia de separación de cuerpos, puede solicitarse la conversión de la separación de cuerpos a divorcio. Debemos resaltar el hecho de que el término inicial del plazo mínimo de seis meses fijado por la norma se computa desde que la sentencia es notificada válidamente y no desde que la sentencia es expedida por el juez.

Sobre el plazo, debemos señalar que el Código Civil de 1936 fijaba el plazo de un año para poder solicitar esta conversión. La doctrina que ha tratado este tema señala que la reducción del plazo a uno de seis meses no fue un acuerdo de la Comisión Reformadora del Código sino de la Comisión Revisora, y muestra su disconformidad por esta reducción, en razón a la idea genérica de rechazo a todo aquello que impida u obstruya la reconciliación matrimonial (CORNEJO CHÁVEZ).

. Este sector de la doctrina parece entender que, mientras más largo sea el plazo para pedir la conversión de la separación de cuerpos a divorcio, mayores son las posibilidades de reconciliación de los cónyuges.

Teniendo en cuenta que, salvo el supuesto previsto en el inc. 13 del artículo 333 del Código Civil, las causales de la separación de cuerpos son idénticas a las causal es de divorcio por así disponerlo el artículo 349 del citado código, consideramos razonable suponer que cuando un cónyuge inocente invoca una causal y solicita "sólo" la separación de cuerpos cuando bien pudo demandar directamente el divorcio, es porque mantiene todavía un interés en la supervivencia de la relación matrimonial. Sin embargo, aceptamos también la posibilidad de que, en algunos casos, el cónyuge inocente no tenga intención de demandar el divorcio directamente como consecuencia de una reacción emocional, teniendo por finalidad impedir que el cónyuge culpable readquiera la posibilidad de contraer nuevo matrimonio.

En este sentido y de acuerdo con nuestra tradición jurídica, consideramos que la existencia de un plazo de seis meses para la conversión de separación de cuerpos a divorcio es una exigencia legal que tiene justificación en tanto la sentencia de separación de cuerpos se deba a una de las causales previstas en los incisos 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil. Tema totalmente diferente resulta, en nuestra opinión, el caso de la separación convencional.

En efecto, cuando se trata de una separación convencional debe tenerse en cuenta que los cónyuges, superada la crisis matrimonial que por lo general deriva en una separación de hecho, han tenido la madurez y serenidad

necesaria para lograr limar sus asperezas y, luego de una serie de reuniones o conversaciones, han logrado acordar iniciar un proceso de separación convencional. Este acuerdo tiene que estar plasmado en una propuesta de convenio que debe anexarse a la demanda de separación. Los cónyuges deben concurrir a una audiencia judicial donde deben ratificar su común voluntad de separarse y rechazar la invocación del juez a una reconciliación. Deben dejar que transcurra un plazo de treinta días naturales luego de realizada esa audiencia judicial sin que ninguno de los dos se retracte en la voluntad de separarse y, finalmente, vencido ese plazo, cualquiera de ellos debe pedir expresamente al juez que expida la sentencia de separación de cuerpos.

En este escenario y luego de expedida la sentencia de separación de cuerpos, en nuestra opinión, no resulta acorde con los intereses de ambas partes consignar un plazo de seis meses para que recién luego pueda pedirse la conversión a divorcio. Si a todo esto se le agrega que cuando se expida la sentencia de divorcio, ésta deberá ser elevada en consulta a la Corte Superior para que sea aprobada, resulta en nuestra opinión en extremo excesivo todo este trámite. Consideramos que, en estos casos de separación convencional, donde se encuentra más que probada la voluntad de las partes por no seguir haciendo vida en común y en un sistema legal que no permite el que las partes, por un acuerdo expreso entre ellas, puedan divorciarse directamente sino que deban transitar primero por la separación de cuerpos, un plazo corto de dos meses para solicitar la conversión parecería ser apropiado. Debemos decir acá que todo plazo puede considerarse una arbitrariedad legal, pero que la idea de un plazo breve para la conversión puede cumplirse con el plazo propuesto.

## 5. Una reflexión final

En sistemas legales como el nuestro, los cambios en las tendencias predominantes suelen ser lentos, y si bien es cierto la realidad generalmente está un paso por delante de la norma, en nuestro caso, la diferencia parece ser mucho mayor. Parecen aún lejanos los días en los que los cónyuges puedan decidir divorciarse directamente sin la necesidad de transitar por los terrenos de la separación de cuerpos. Sin embargo, estamos seguros de que esta tendencia será la que, más tarde que temprano, se impondrá. No debiera tenerse temor a esta opción. No es sustento de esta posición la teoría contractualista del matrimonio por cuanto esta pretensión de disolución matrimonial no se desarrollaría en el ámbito privado, sino que se tramitaría en el contexto de un proceso judicial con intervención del Ministerio Público y donde se le otorgarían a la sociedad todas las garantías que permitiesen proteger el derecho de menores, en caso de haberlos, y el derecho de terceros. La protección de estos derechos sería condición esencial para que la demanda de divorcio sea amparada.

Nos permitimos transcribir lo señalado por el Consejo de Europa, el 27 de agosto de 1980 y que aparece citado por PLÁCIDO:

"Toda legislación en materia de divorcio debe tener por objeto reforzar y no debilitar la estabilidad del matrimonio y, en los casos en que el matrimonio ha fracasado, permitir que la cáscara legal vacía se disuelva con el máximo de

equidad, el mínimo de amargura, de tristeza! de humillación".

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Librería Studium, 1988; PLÁCIDO V., Alex F. Divorcio. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.

## **JURISPRUDENCIA**

"Si bien el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio tratándose de separación por causal específica, también es cierto que la norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido".

(Exp. N° 1025-93-Lima, Gaceta Jurídica N° 3, p. 17)

"El Juez no puede disolver el vínculo matrimonial sin que ninguno de los cónyuges lo haya solicitado".

(Exp. N° 345-98, Resolución del 14/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

"Habiendo transcurrido más de seis meses desde la sentencia de separación convencional y habiéndose concedido el divorcio mediante la sentencia respectiva, al ser elevada ésta en consulta, la Corte Superior sólo puede examinar si han transcurrido los seis meses-exigidos para declarar el divorcio".

(Cas. N° 606-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 175)

"El artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil contiene dos supuestos, el primero referido a los casos de separación convencional, en el que cualquiera de los cónyuges puede, basándose en la sentencia de separación, pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial transcurrido seis meses desde su notificación, supuesto que presupone la existencia de una demanda conjunta en la que los cónyuges expresen de mutuo acuerdo la decisión de separarse; y el segundo referido al derecho concedido al cónyuge inocente para que en los casos de separación por causal específica, pueda solicitar la disolución del referido vínculo, en consecuencia dicha norma no resulta aplicable al caso en el que exista una sentencia recaída dentro de un proceso en el que se ventilaba una pretensión de divorcio pro causal, que dispuso la separación de cuerpos entre los cónyuges atendiendo a una situación de hecho y no a la existencia de alguna de las causales contempladas en el artículo 333 del Código sustantivo".

(Cas. N° 1575-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 175)



## **NORMAS APLICABLES AL DIVORCIO**

### **ARTICULO 355**

Son aplicables al divorcio las reglas contenidas en los artículos 334 a 342, en cuanto sean pertinentes.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 334 a 342

### **Comentario**

***Federico Mesinas Montero***

#### 1. Premisa

El divorcio no solo se produce por las mismas causales de la separación de cuerpos, sino que además se rige por las mismas reglas, por lo menos por la mayoría de ellas. Así, pues, el artículo 355 del Código Civil estipula que son aplicables al divorcio los artículos 334 a 342 del Código Civil, en cuanto sean pertinentes.

Cabe aclarar esta afirmación: la separación y el divorcio tienen reglas propias, solo aplicables a cada una de estas figuras. En el caso de la separación, se tienen los artículos 343 al 347, además del 332 que define a la separación de cuerpos y el numeral 13 del artículo 333, sobre la causal de separación convencional. Por su parte, al divorcio lo regulan los artículos 348 a 354 y 356 a 359, aunque varias de estas normas tienen también alguna incidencia en la separación. Finalmente, hay una zona común para ambas figuras, que la configuran los numerales 1 al 12 del artículo 333, los artículos 334 al 342 y el 360.

El presente comentario tiene dos objetivos concretos: primero, fijar de qué forma le resultan aplicables al divorcio los artículos 334 a 342 del Código Civil; y, en segundo lugar, verificar brevemente qué reglas de la separación de cuerpos no son aplicables al divorcio y cuál es la razón de su exclusión.

#### 2. Artículos aplicables al divorcio

Como los artículos 334 al 342 del Código Civil resultan aplicables al divorcio solo en lo que fueran pertinentes, en este punto efectuaremos un análisis artículo por artículo para determinar la medida de dicha pertinencia.

En el caso del artículo 334, su aplicación al divorcio es perfecta. Se trata de una norma de corte procesal que define la legitimidad para obrar en la acción de separación, y señala que corresponde a los cónyuges. Precisa además que si alguno de los cónyuges es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción específica, y a falta de estos últimos la representación la ejercerá el

curador especial. No vemos problema alguno para que estas reglas de legitimidad se apliquen sin limitaciones a la acción de divorcio.

Igual sucede con el artículo 335, que tiene como fundamento la teoría de los actos propios. En efecto, conforme a esta norma, ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio. Esta regla vale por igual tanto para la separación como para el divorcio, pues en ningún caso un cónyuge debe apelar a su propia falta o incumplimiento conyugal para solicitar la separación de cuerpos o la extinción del vínculo matrimonial.

Luego, los artículos 336, 337 Y 338 establecen reglas específicas para algunas de las causal es de la separación de cuerpos. Toda 'tez que estas reglas se refieren a la configuración de cada causal en sí y no están condicionadas por la naturaleza de la figura de la separación, resultan perfectamente aplicables también al divorcio. Así, entonces: i) no puede intentarse el divorcio por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó, y la cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción; ii) la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges; y, iii) no se puede invocar la causal de condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, si se conoció del delito antes del matrimonio. Con relación a la caducidad de la acción, al no existir normas específicas de divorcio que se refieran a este tema y no mediando incompatibilidad alguna, debe entenderse que el artículo 339 es aplicable al divorcio sin mayores salvedades. Por consiguiente, la acción de divorcio que se sustente en las causales de los numerales 1, 3, 9 Y 10 del artículo 333 (adulterio, atentado contra la vida del cónyuge, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso) caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. Por otro lado, la que se funda en los numerales 2 y 4 (violencia física o psicológica, injuria grave) caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, cabe ejercer la acción de divorcio mientras subsistan los hechos que la motivan.

Tampoco vemos inconveniente para que, en iguales términos, se le apliquen al divorcio las reglas de la separación de cuerpos sobre la patria potestad contenidas en el artículo 340. En esencia, este dispositivo norma el cuidado de los hijos cuando los padres dejan de cohabitar al concurrir alguna de las causal es del artículo 333 del Código Civil, por lo cual puede ser consecuencia tanto de una separación de cuerpos como de un divorcio. En ese sentido, los hijos deben confiarse al cónyuge que obtuvo el divorcio por causa específica, a no ser que el juez crea preferible encargárselos al otro cónyuge o, si hay motivo grave, a un tercero.

Asimismo, el padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejerce la patria potestad y el otro queda suspendido en el ejercicio, salvo que el primero muera o resulte legalmente impedido.

De otro lado, al igual como sucede con la separación de cuerpos, en el caso de divorcio es razonable que, a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, el juez pueda dictar las providencias

requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos, en aplicación del artículo 341.

Finalmente, conforme al artículo 342, en la separación de cuerpos el juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa. En el caso del divorcio, esta norma se aplica sin mayores limitaciones en lo referido a los alimentos debidos a los hijos, mas no así a los que se dan entre los ex cónyuges, pues uno de los principales efectos del divorcio es precisamente el cese de la obligación alimenticia entre marido y mujer. Solo corresponderá fijar una pensión de alimentos entre los ex cónyuges si concurre alguno de los supuestos contenidos en el artículo 350, esto es, que el cónyuge no culpable careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio; o que cualquiera de los ex cónyuges sea indigente.

### 3. Artículos que no se aplican al divorcio.

Conviene revisar brevemente qué reglas de la separación de cuerpos quedan fuera del ámbito de aplicación al divorcio, precisándose el motivo de tal exclusión.

Pues bien, conforme al artículo 343 el cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden. Esta regla es innecesaria aplicarla al divorcio pues entre los divorciados no existe derecho hereditario alguno, dada la extinción del vínculo matrimonial.

Ahora, en aplicación del artículo 344, cuando se solicite la separación convencional cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento dentro de los treinta días naturales siguientes a la audiencia. Es evidente que esta norma no debe aplicarse al divorcio al no proceder éste directamente por vía convencional, sino como consecuencia de la previa separación convencional.

Con relación al artículo 345, primero hay que precisar que su actual redacción fue introducida por la Ley N° 27495, que incluyó la referencia a la separación de hecho. Así, pues, se señala que en caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Pues bien, teniendo en cuenta que en aplicación del artículo 349, la separación de hecho también es causal de divorcio, resulta obvio que el artículo 345 es aplicable también al divorcio, aun cuando el artículo 355 no haga dicha referencia. Por ello, creemos que el artículo 355 presenta una omisión al respecto.

Igual sucede con el artículo 345-A, adicionado al Código Civil por la Ley NQ 27495, que establece diversas reglas para la configuración de la causal de separación de hecho. Por la misma razón señalada en el párrafo anterior, esta norma interesa a los efectos de un proceso de divorcio.

Por lo mencionado, somos de la opinión de que se debe modificar el artículo 355 del Código Civil a efectos de que se precise que tanto el artículo 345 como el 345-A son aplicables en lo pertinente al divorcio.

De otro lado, conforme al artículo '346 cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso, y si ocurriere después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso. Pues bien, la totalidad de esta norma no se aplica al divorcio al tener esta figura un dispositivo específico que regula los efectos de la reconciliación. Así, el artículo 356 señala que durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian. Sin embargo, el artículo 356 precisa que a la reconciliación dentro de un proceso de divorcio es aplicable también el último párrafo del artículo 346, en virtud del cual una vez reconciliados los cónyuges puede demandarse nuevamente la separación solo por causas nuevas o recién sabidas.

Finalmente, el artículo 347 establece que en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales. Esta norma en realidad no se refiere a la separación de cuerpos, aun cuando se encuentre dentro de este capítulo del Código Civil. Constituye, más bien, una causal para suspender el deber de cohabitación sin que necesariamente se haya producido alguna de las causales del artículo 333 y, por tanto, sin que medie un proceso de separación o de divorcio.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERa, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano df! 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Divorcio. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.

## RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES

### ARTICULO 356

Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian.

Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346. Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud.

### CONCORDANCIAS:

e.e. arts. 346, 349, 354

e.p.c. arts. 323, 325, 424, 482, 546

LEY 26497 arto 44 inc. i)

### Comentario

#### Jorge Echeandía Cevallos

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú, 1 de 1993 reconoce a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. El matrimonio es el núcleo fundamental de la sociedad y, como tal, la comunidad es vigilante de su correcta formación y funcionamiento. Por su parte, la familia es una institución básica, pues a través de ella se instruyen la moral, las buenas costumbres, la educación y los valores religiosos.

Los legisladores del Código Civil vigente han tenido muy en cuenta los mecanismos más adecuados para la protección del matrimonio y de la familia, lo cual se revela, por ejemplo, en la gran cantidad de normas referidas a las formalidades para la celebración del matrimonio civil y también en las disposiciones relacionadas con la conservación del vínculo matrimonial, tales como los artículos 346 y 356, que tratan de la reconciliación de los cónyuges, la cual está regulada de forma tal que pueda ser admitida en cualquier momento del proceso de divorcio o de separación de cuerpos.

Como se sabe, la vida en común entre los cónyuges puede tornarse imposible por diversas razones, siendo necesario, por el bien propio, de los hijos y de terceros, dar por concluida la relación conyugal. De acuerdo con la legislación vigente procede la separación de cuerpos y el divorcio por determinadas causales, que se pueden clasificar en tres grupos:

a) Aquellas originadas por conductas de uno de los cónyuges en perjuicio del otro; tales como el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo; la conducta deshonrosa, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, la homosexualidad sobreviniente al

matrimonio y la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

b) Aquellas atribuibles a ambos cónyuges, tales como la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, y la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años o de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

c) La decisión mutua de disolver el vínculo matrimonial, a través de la separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Cabe señalar que cuando un cónyuge ha incurrido en alguna de las causal es mencionadas líneas arriba (excluyendo la separación convencional, que se tramita como proceso sumarísimo), el cónyuge inocente podrá iniciar un proceso de conocimiento de divorcio por causal, en el cual se acreditará la causal invocada que hace imposible la continuación de la vida en común y que por lo mismo da paso al divorcio.

Sin embargo, dentro del proceso de divorcio por causal, el o la accionante puede variar su pretensión de divorcio por la de separación de cuerpos, cuando existe la posibilidad de que ambos cónyuges lleguen a reconciliarse y reiniciar su vida en común.

También existe la posibilidad de que el juez, por criterio propio, observe en el transcurrir del proceso que existe la posibilidad de reconciliación entre las partes; en tal caso está facultado para declarar la separación de cuerpos, a pesar de haber sido demandado el divorcio. Este acto constituye una excepción al principio procesal estipulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código adjetivo, por el cual el juez no puede, bajo sanción de nulidad, pronunciarse sobre puntos no demandados, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

El artículo bajo comentario se refiere también a un supuesto en que -en este caso por voluntad de ambas partes-la pretensión de divorcio queda neutralizada por motivo de la reconciliación. En estas circunstancias el juez, de acuerdo con lo normado, tendrá que dar por concluido el proceso, emitiendo la resolución correspondiente.

La mencionada reconciliación puede realizarse en cualquier estado del proceso de divorcio, antes de la emisión de la sentencia. Sin embargo, en la separación de cuerpos, ésta puede realizarse incluso después de emitida y ejecutoriada la sentencia. En otras palabras, la norma del artículo 356 se asemeja a lo regulado por el artículo 346 del mismo Código, relativo a la separación de cuerpos, con la diferencia obvia de que mientras que la reconciliación puede producirse después de la sentencia de separación de cuerpos, en cuyo caso la deja sin efecto, ello no sucede tratándose del divorcio. En este último caso, si ya se ha expedido la sentencia y ésta ha quedado firme, el matrimonio se encuentra irremediamente disuelto, de manera que si los ex cónyuges se reconcilian y desean hacer vida en común podrán optar por contraer nuevo matrimonio.

En el caso del artículo 356, tal como expresamos anteriormente, el juez tiene la obligación de cortar el proceso una vez que la parte demandante se reconcilia con el demandado. Luego de ello, la pareja retomará su vida en común, compartiendo lecho y habitación. Ello no limita a que cualquiera de los cónyuges pueda demandar nuevamente el divorcio, con la limitación de no invocar nuevamente los hechos demandados en el proceso anterior. En tal hipótesis, solo se puede volver a demandar el divorcio alegando causas nuevas o recién sabidas.

A nuestro criterio, lo expresado por el artículo 356 contiene aristas muy delicadas. El acto de la reconciliación pone en juego ciertos aspectos subjetivos de transcendental importancia para los cónyuges, así como para las terceras personas afectadas: los hijos.

En efecto, en el supuesto de reconciliarse los cónyuges dentro del proceso judicial de divorcio por causal, sobre todo en aquellos amparados en determinadas causales del artículo 333 del Código Civil-incisos 2 (violencia física o psicológica), 3 (atentado contra la vida del cónyuge), 4 (injuria grave), 6 (conducta deshonrosa), 7 (uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas), 9 (la homosexualidad sobreviniente al matrimonio)- somos de la posición de que el juez debería asumir un rol más protagónico, adquiriendo la facultad de evaluar las circunstancias por las cuales se presentó la demanda, la exposición de los hechos, el perjuicio causado a la parte dem.andante y a sus hijos, la sustentación de los motivos por los que es imposible hacer vida en común, la posición del (la) demandante respecto a la causal demandada, entre otros criterios. El perjuicio psicológico o físico producido a la pareja sumado al atentado contra los hijos originado directa o indirectamente, son traumas que no se superan fácilmente y que en la mayoría de casos afectan de manera irreversible a la pareja y al desarrollo de los hijos.

Imagínese el caso, por ejemplo, de un hombre que ha atentado gravemente contra la integridad de su mujer y de su menor hijo en varias oportunidades, incluyendo injurias y maltratos de todo tipo, motivos que han dado lugar a que la mujer acuda al Poder Judicial para demandar el divorcio por las causales de los incisos 2, 3 Y 4 del artículo 333 del Código Civil. Puede ocurrir que en el transcurso del proceso y antes de la sentencia, el esposo muestre señales aparentes de arrepentimiento y convenza a la mujer para llegar a una reconciliación, la cual en efecto se produce y a consecuencia de ello el juez manda cortar el proceso declarándolo concluido sin declaración sobre el fondo. No obstante, en el caso planteado, la pareja reconciliada tiene inmediatamente los mismos problemas anteriores, es decir, el marido continúa agrediendo que la mujer y al hijo con la misma gravedad que antes. Habiendo concluido el proceso y no pudiéndose invocar los hechos perdonados materia de la reconciliación -toda vez que el artículo 356 señala que es aplicable a estos casos el último párrafo del artículo 346-, no podrá la mujer iniciar por dicha causa un nuevo juicio de divorcio.

En tal sentido, es importante que la ley considere la posibilidad de que el juez evalúe la circunstancia concreta, a efectos de decidir si es conveniente o no acoger la reconciliación de los cónyuges en un procedimiento de divorcio por

las causales de violencia física o psicológica, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y conducta deshonrosa, que hagan insoportable la vida en común y la homosexualidad, en función de la gravedad de estos actos y su probable reincidencia.

Ahora bien, si los cónyuges mantienen la decisión de reconciliarse a pesar de que las condiciones prevén una posible reincidencia de los actos del demandado en contra del demandante, el juez respetará la voluntad de los cónyuges; sin embargo, debe preocuparse por la integridad de los hijos menores de edad que, sin formar parte del problema, son receptores de cuanto perjuicio se provocan los padres mutuamente. Ante ello, el juez podría, por ejemplo, ordenar la privación de la patria potestad, amparado en las causal es de los incisos 1 y 2 del artículo 463 del Código Civil.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Gaceta Jurídica, 1998; PLÁCIDO V., Alex F. Divorcio. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.



## VARIACIÓN DE LA DEMANDA DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN

### ARTICULO 357

El demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación.

### CONCORDANCIAS:

C. arto 139, inc. 3)  
C.C. arts. 358, 359  
C.P.C.arts. VII, 482

### Comentario

*Manuel Muro Rojo*  
*Alfonso Rebaza Gonzales*

#### 1. Fundamentos e implicancias

La norma bajo comentario debe ser concordada con lo dispuesto por el artículo 482 del Código Procesal Civil, en cuanto establece que "en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o ~econviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos".

Esta facultad, de acuerdo con las directrices que inspiran a nuestro Código, obedece al deseo social de preservar la institución del matrimonio (CORNEJO, p. 395; CABELLO, p. 373; PERALTA, p. 269), de ahí que dentro del régimen que regula la disolución del vínculo matrimonial se haya diseñado un mecanismo, siempre disponible, que permita al cónyuge demandante optar por hacer una pausa a efectos de reflexionar sobre su decisión de destruir el vínculo.

El artículo bajo análisis reviste aspectos de naturaleza eminentemente procesal. En opinión de Pozo Vidal, la petición de variación constituye una nueva demanda respecto a la solicitud de divorcio que se ha variado (POZO VIDAL, p. 339).

En lo que toca a sus efectos, entre las consecuencias procesales de esta variación pueden destacarse las siguientes:

- a) Tiene efectos automáticos a la presentación de la solicitud de variación.
- b) El proceso sigue siendo el mismo; no obstante, se aleja de la demanda inicial de divorcio absoluto, la cual, de acuerdo con las normas procesales, debe constituir el sustento del proceso a lo largo de todo su trámite.
- c) En consecuencia, debe dejarse sin efecto lo actuado con anterioridad a la presentación de dicha solicitud.

#### 2. Posibilidad de solicitar la separación convencional

Los tribunales han acogido pacíficamente la posibilidad de conceder la separación de cuerpos por causal. No obstante, rápidamente se suscitan controversias cuando se pretende interpretar que la separación a que se refiere la norma puede ser también una separación convencional.

En efecto, "la norma sustantiva es clara al expresar que habiéndose demandado el divorcio por causal, esta acción puede ser variada por una de separación de cuerpos por causal. Mas a este supuesto, la jurisprudencia ha admitido asimismo, que los cónyuges pueden variar una acción litigiosa de divorcio a una separación de carácter convencional" (CABELLO, p. 374). Esta última interpretación encuentra sustento en que de este modo se evita que se agudicen aún más los conflictos de pareja y de familia -con el consecuente maltrato psicológico para los hijos que ello conlleva-, a través de un proceso judicial por demás desgarrador.

A criterio de Plácido, tal práctica judicial es improcedente (PLÁCIDO, pp. 146 Y 147). Ello obedece a los fundamentos que esbozamos a continuación:

a) Se trata de derechos indisponibles, habida cuenta que las causal es de disolución del matrimonio son parte del orden público por tener incidencia directa en la familia que es la base del Estado.

b) Se produce una afectación al debido proceso al "sumarisar" un proceso que se tramita en la vía de conocimiento, correspondiente a la pretensión de divorcio por causal. De ahí que, atendiendo a la vía procedimental, la pretensión de variación solo puede estar referida a una de separación de cuerpos por causal.

c) En la práctica, se produce una dispensa de la falta cometida por el cónyuge culpable.

d) De acuerdo con lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, las normas contenidas en dicho Código son de carácter imperativo, no admitiéndose pactar en contra. En este sentido, cabe traer a colación lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley W 27495 en cuanto establece que "en los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causal es establecidas en los incisos del 1 al 13 del artículo 333 del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando las causales establecidas en los incisos 11 Y 12 del referido artículo en un plazo no mayor de treinta días, contado a partir de la vigencia de la presente ley, no siendo aplicable por excepción, lo dispuesto en el artículo 428 del Código Procesal Civil. El juez adecuará el trámite de la demanda según la vía procedimental correspondiente".

### 3. Efectos de la variación

La variación de la demanda de divorcio tiene como principal efecto la declaración de la separación de cuerpos, dejándose de lado la solicitud inicial de disolución del vínculo. Ello obedece a la finalidad de esta facultad, referida a la posibilidad de otorgar al cónyuge perjudicado la opción de tomarse un tiempo para reflexionar sobre la disolución matrimonial.

Sobre el particular, Carmen Julia Cabello se ha referido a "los riesgos que ofrece a la parte demandante y presuntamente inocente de la causal, admitir este tipo de variación, por cuanto dicho acto procesal tiene efectos similares al

desistimiento, en tanto ambos suponen la dispensa de la falta conyugal" (CABELLO, p. 376).

Esta opinión es en principio adecuada, por cuanto la reconciliación significa el perdón de las ofensas pasadas. En efecto, si quien fue culpable anteriormente no vuelve a reincidir en hechos capaces de originar la separación, el cónyuge agraviado no puede invocar aquellos que fueron perdonados. No obstante, es preciso tener en cuenta que si el cónyuge culpable persiste en su conducta, "los hechos pasados reviven y adquieren renovada fuerza y pueden ser invocados juntamente con los nuevos, para apoyar una posterior acción de divorcio. Esta solución (...), se funda en que la reconciliación y el perdón de las ofensas llevan implícito el propósito de enmienda; pero si el cónyuge culpable no ha procedido de buena fe es indudable que no puede ampararse su conducta engañosa" (resaltado agregado) (BORDA, p. 256). Esto determina que, si bien la causal objeto de variación no podrá ser invocada en un nuevo proceso, ello no es óbice para que contribuya a la configuración de una nueva causal.

Finalmente, en el supuesto de que producida la variación de la acción de divorcio a la separación convencional, el cónyuge inicialmente demandado se desiste de esta separación, la jurisprudencia ha brindado tres respuestas, a saber (CABELLO, p. 376; PLÁCIDO, p. 146):

- a) Se tiene por concluido el proceso convencional.
- b) Se anula todo lo actuado en lo convencional y se repone la causa al estado previo a la solicitud de conversión.
- c) Finalmente, no se admite la revocatoria de la separación convencional, por tratarse del ejercicio abusivo de un derecho por parte del cónyuge a quien se imputó la causal.

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1988; CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo 1, Lima, Gaceta Jurídica, 1998; PERALTA ANDÍA Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Idemsa, 1996; PLÁCIDO V. Alex. Divorcio. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; POZOVIDAL" Jorge. El divorcio en el Perú: Lima, 1972.

## **JURISPRUDENCIA**

"No constituye violación de las normas de procedimiento el que demandante y demandada varíen la demanda de divorcio a una de separación de cuerpos por mutuo disenso; que esta variación constituye una garantía para las partes, las que se acogen a un derecho consagrado en el Código Civil, ejerciendo su voluntad y cumpliendo los requisitos de forma y de fondo; que la variación ha sido tramitada conforme a ley, se ha dado intervención al Ministerio Público y se ha realizado el comparendo con la asistencia personal de los cónyuges a

quienes el juez preguntó sobre la variación; que por tanto no existe vicio de nulidad alguno".

(Ejecutoria Suprema del 18 de mayo de 1990. Cabello, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú)

"La variación de una demanda de separación por causales, en una por mutuo disenso, debe ser solicitada expresamente por la parte interesada, requisito que de no presentarse, constituye desnaturalización del procedimiento".

(Exp. N° 878-85-Ayacucho, Normas Legales N° 171, p.241)

"El convenio extra judicial de separación debe ser interpretado en forma integral. Si no se da cumplimiento a sus estipulaciones, mal puede hacerse valer una de ellas... máxime si el mismo carece de valor y efecto legal alguno, puesto que tal determinación extrajudicial solo puede hacerse con arreglo al Código Civil".

(Exp. N° 2079-90-Callao, Gaceta Jurídica NS! 20, p. 19-A)

"Tal como lo prevé el artículo 357 del Código Civil, las partes pueden en cualquier estado del proceso variar su demanda de divorcio a una de separación".

(Exp. N° 254-98, Resolución del 16/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

## **FACULTAD PARA DECLARAR LA SEPARACIÓN Y NO EL DIVORCIO**

### **ARTICULO 358**

Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien.

### **CONCORDANCIAS:**

C. arto 139, inc. 3)  
C.C. arts. 357, 359  
C.P.C.arts. VII, 358, 482

### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo***  
***Alfonso Rebaza Gonzales***

#### **1. Generalidades**

La norma bajo comentario encierra una prerogativa exclusiva del juez, referida a la posibilidad de conceder la separación, aun cuando ello no hubiera sido solicitado. Dicha potestad se aplica tanto a la demanda como a la reconvencción, casos en los cuales el juez puede declarar simplemente la separación pese a haberse demandado el divorcio vincular, en la medida en que el juez encuentre la posibilidad de reconciliación de la pareja (PERALTA, p. 269; POZO VIDAL, p. 279).

Esta facultad, de acuerdo con las directrices que inspiran a nuestro Código, obedece al deseo social de preservar la institución del matrimonio (CORNEJO, p. 395; CABELLO, p. 373; PERALTA, p. 269). Esta vez, la herramienta para conservar esta institución ha sido puesta en manos del órgano jurisdiccional. Aunque parezca evidente, es preciso señalar que el presupuesto para que proceda el ejercicio de esta facultad, radica en que se hayan logrado verificar las causal es de divorcio invocadas y que, por ende, el juez cuente con los elementos necesarios para declarar el divo"rcio. Ello obedece a que podría ocurrir que el cónyuge que demanda por divorcio, no pruebe las causal es aducidas y que sí las prueba el que reconvino por separación personal; en tal caso, se decretará la simple separación personal (BORDA, p. 272). De ser el caso, la separación no vendría dada por el ejercicio de la facultad que concede la norma en reseña, sino por haberse amparado la solicitud del cónyuge reconviniente.

De otro lado, es preciso mencionar que la norma bajo comentario entraña una importante excepción al principio procesal que establece que la sentencia no puede ser extrapetita, esto es, que no puede pronunciarse sobre aspectos que no hayan sido demandados, bajo sanción de nulidad (CORNEJO, p. 396).

En la legislación comparada, el Derecho francés concede al juez la facultad de abstenerse de emitir sentencia durante un plazo máximo de seis meses. Éste constituye un plazo de prueba que se impone a las partes, con la esperanza de que evalúen la posibilidad de llegar a un arreglo (PLANIOL y RIPERT, p. 165).

## 2. Afectación al principio de congruencia de las resoluciones judiciales

Constituye principio de la función jurisdiccional que las resoluciones judiciales deben guardar coherencia entre la pretensión que se solicita en la demanda, la parte considerativa -esto es, los fundamentos por los cuales se concede o rechaza la pretensión-, y el fallo.

En efecto, "siendo el juez la persona encargada de declarar el derecho que corresponda al caso concreto, y pese a que él-s normas que regulan el trámite que lo conducirá a producir dicha declaración son de naturaleza pública, el derecho que declara -nos referimos al contenido de su declaración- es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda" (MONROY, pp. 90 Y 91).

En rigor, de ejercerse la potestad que confiere la norma comentada, ello nos colocaría ante un supuesto de incongruencia objetiva, referida al desfase entre las reclamaciones formuladas y su satisfacción por obra de la decisión jurisdiccional (PEYRANO, p. 66).

Como hemos adelantado, la facultad a que se refiere la norma bajo comentario debe entenderse como una excepción al principio anotado. Ello no puede ser puesto en tela de juicio, habida cuenta que se trata de una excepción autorizada por la ley. El cuestionamiento de la norma se dirige más bien a la discrecionalidad conferida al juez.

## 3. Orientación de los fallos jurisprudenciales

El artículo bajo comentario ha venido siendo aplicado por la judicatura en los siguientes sentidos (CABELLO, p. 381):

a) El juez puede emplear esta facultad aun cuando las causales invocadas no hayan sido acreditadas, en la medida en que resulta probable que los cónyuges se reconcilien o, de ser el caso, cuando las circunstancias revelen la imposibilidad de hacer vida en común de los cónyuges.

b) Cuando existe allanamiento de una de las partes, lo cual refleja el deseo recíproco de separación, asemejándose a la figura de separación convencional.

En estricto, en tanto las causales se encuentren debidamente acreditadas, debería proceder la disolución del vínculo demandada. No obstante, como hemos indicado, nuestro ordenamiento, atendiendo a las posibilidades de reconciliación de la pareja, admite que el juez pueda otorgar la separación, pese a que ello no ha sido demandado.

En este orden de ideas, "pretender la aplicación del mencionado dispositivo, cuando no se han probado las causal es invocadas, y existen posibilidades de reconciliación o, por el contrario cuando es realmente imposible la vida en común de los cónyuges, significaría dotar al juez de la facultad excepcional de declarar la separación sin mediar ninguna de las causal es establecidas por la ley; ya que aquí no intervendría ni siquiera el acuerdo de los cónyuges, por cuanto la mera voluntad de uno de ellos, imputando hechos que no acreditan al otro, le permitiría lograr una separación que puede constituir el paso previo a una disolución definitiva" (CABELLO, p. 386).

#### 4. Posibilidad de invocar nuevamente la causal de divorcio

La resolución de separación de cuerpos recaída sobre una demanda de divorcio nos conduce al análisis de la posibilidad de que la causal en que se sustentó la demanda pueda ser nuevamente invocada en otro caso o, si por el contrario, la declaración de separación importa el perdón de la falta cometida, en cuyo caso, dicha causal no podría ser invocada nuevamente.

Sobre el particular, pareciera que, siendo la posibilidad de perdonar las faltas que pueden dar origen al divorcio una facultad exclusiva del cónyuge demandante, esta potestad no le puede ser conferida a un tercero, ni siquiera al juez. Bajo este razonamiento, el demandante estaría facultado para iniciar una nueva demanda de divorcio por la misma causal, independientemente de que el juez hubiere declarado la separación.

En nuestra opinión, esta interpretación es errónea, habida cuenta que podría frustrar el propósito de otorgar al juez la facultad que le confiere la norma bajo análisis. En efecto, la conversión de la demanda de divorcio en separación podría quedar sin efecto práctico si se admite la presentación de una nueva demanda sustentada en la misma causal. En consecuencia, debe entenderse que la decisión del juez importa la extinción de las causales que motivaron la demanda, lo que determina que cualquier intento de divorcio ulterior deberá fundarse en nuevas infracciones.

#### 5. Apreciación crítica de la subjetividad que encierra esta facultad

Como hemos adelantado, el criterio subjetivo de la facultad otorgada podría resultar por demás perjudicial para el desarrollo del proceso. En efecto, ¿quién mejor que el demandante podría evaluar la posibilidad de que se produzca la reconciliación? En este sentido, resulta válido presumir que el demandante ha agotado todos los mecanismos que hubieran dado origen a la reconciliación y solo luego de evaluar esta posibilidad, ha decidido solicitar el divorcio. Ante este panorama, la facultad subjetiva del juez terminaría alargando de manera injustificada el proceso -inminente- de divorcio, habida cuenta que no maneja información suficiente -o por lo menos no tanta información como la de los propios cónyuges para determinar si éstos podrían reconciliarse.

Esta opinión varía en el supuesto de que el divorcio pueda perjudicar intereses de terceros, los hijos. Así, en opinión de Max Arias-Schreiber, "la apreciación que pueda hacer el juez para declarar la separación en vez del divorcio puede

resultar excesiva, por subjetiva", agregando que dicha facultad podría conservarse, pero condicionada a la existencia de hijos menores de edad (ARIAS-SCHREIBER, p. 148). Esta propuesta encuentra sustento en las repercusiones que genera el divorcio para los hijos. En efecto, si bien la facultad de disolver el vínculo matrimonial constituye el ejercicio de la libertad de los cónyuges, ello debe ser contrapuesto al derecho de los hijos a crecer y desarrollarse en el seno de una familia adecuadamente constituida.

La solución a esta controversia se obtiene atendiendo a las características de la familia. Así, si de las circunstancias se desprende que los lazos familiares se encuentran demasiado deteriorados, resultaría iluso alentar la esperanza de que los cónyuges se reconcilien. No obstante, si se trata de disputas pasajeras, consideramos que en atención al bienestar de la familia, la declaración de la separación en el fallo constituye una imposición válida a fin de que el matrimonio pueda recobrar su rumbo.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER, Max. Reforma del Libro de Familia. En: Reforma del Código Civil Peruano. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998; CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998; MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996; PERALTAANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Idemsa, 1996; PEYRANO, Jorge. El Proceso Civil. Buenos Aires, Astrea, 1978; PLÁCIDO, Alex. Divorcio. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. México. Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996; POZO VIDAL, Jorge. El divorcio en el Perú. Lima, 1972.

## **JURISPRUDENCIA**

"... la norma antes citada (artículo 358 del Código Civil) establece que aunque la demanda o la reconvención tenga por objeto el divorcio, el juez sólo puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien, empero en la presente causa el demandante no ha probado los hechos que alega para la obtención del divorcio; que, al no haber probado el actor su pretensión, no puede disponerse la separación de los cónyuges, máxime aun que no fuese [no ha sido] solicitada".

(Cas. N° 454-96, [www.iurisprudenciacycivil.com](http://www.iurisprudenciacycivil.com))

"Que, en la separación de los casados de acuerdo con el precitado dispositivo legal, el juzgador tiene la facultad de declarar la simple separación de cuerpos aunque la demanda o la reconvención tenga por objeto el divorcio vincular; que para que el juez varíe resuelva declarando cosa distinta de lo solicitado por las partes litigantes tienen que mediar circunstancias, que por mandato de la ley, le



permitan hacer tal variación, a condición de que al juzgado se le presente el caso de la probabilidad de conciliación posterior entre los cónyuges.

Que, en el caso de autos se advierte que entre el demandante y la cónyuge reconviniente, existen varios juicios que se han entablado, lo que ha traído como consecuencia, una situación de desarmon[svf resentimientos mutuos que no propician una reconciliación ulterior entre ambos, que, sin embargo resulta obvio que para que el juzgado pueda hacer uso de dicha potestad legal, la causal o causales que se invocan como fundamento tiene que haberse acreditado para obtener el divorcio, presupuesto que no se ha dado en la presente litis conforme se ha pronunciado el juez de Primera Instancia, por lo que deviene en errónea la interpretación del artículo 358 del Código Civil, resultando amparable el recurso en este extremo".

(Cas. N° 85-96, [www.iurisorudenciacivil.com](http://www.iurisorudenciacivil.com))

"Cuando la causa verse sobre divorcio por causal, si no se han logrado acreditar las causales invocadas, el juez no pueae declarar la separación de cuerpos de los cónyuges, máxime si esta pretensión no fue demandada".

(Cas. N° 454-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo 1, p. 176)

"Sólo cabe declararse la separación de los cónyuges si parece probable que se reconcilien siempre y cuando las causales de divorcio que se invoquen en la demanda o en la reconvención hayan sido debidamente acreditadas, es decir, que el juez en lugar de declarar fundada una u otra y declarar disuelto el vínculo, se limita a sancionar sólo la separación de los cónyuges siempre que medie la posibilidad de una reconciliación".

(Exp. N° 638-93, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996), p. 193)

"Cuando la causa verse sobre divorcio por causal, si no se ha logrado acreditar las causales invocadas, el juez no puede declarar la separación de cuerpos de los cónyuges, máxime si esta pretensión no fue demandada".

(Cas. N° 454-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 176)

## CONSULTA DE LA SENTENCIA

### ARTICULO 359

Si no se apela de la sentencia que declara el divorcio, será consultada.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 348, 349, 350, 351, 354, 356, 358.  
C.P.C.arts. 408, 409, 481, 482.

### Comentario

***Saúl Suárez Gamarra***

Como lo hemos señalado en la parte introductoria de nuestros comentarios al artículo 354 del Código Civil, las normas referentes al Derecho de Familia tienen como común denominador el proteger al matrimonio como fuente principal de la familia y por lo tanto siempre se orientan a no ser, en caso de una crisis matrimonial, un impedimento para la reconciliación de los cónyuges. Así por ejemplo, en unos supuestos se dispone que si se presenta una causal de divorcio pero existe una inacción procesal del cónyuge inocente durante un tiempo determinado, se presume el perdón. En este supuesto, la norma esfubece una caducidad de la causal e impide que pueda invocarse como sustento de una demanda de divorcio. En otros casos, la norma impone diversas trabas que dilatan el camino procesal conducente a una disolución del vínculo matrimonial. En este escenario es que encontramos el artículo 354 del Código Civil.

En efecto, autorizada doctrina señala que la norma bajo comentario no constituye una limitación a la acción de divorcio propiamente sino que se dirige, en cierto modo, a cautelar o alentar la subsistencia del vínculo matrimonial. La sentencia que declara el divorcio, sea por causal específica o por conversión de la separación en divorcio, debe ser elevada en consulta al superior si no fuere apelada, a fin de que, en una nueva instancia, no solo se revise que el procedimiento ha sido ajustado a ley sino, sobre todo, se abra a los interesados una última oportunidad de mantener el matrimonio (CORNEJO CHÁVEZ).

En este mismo sentido, VIDAL RAMÍREZ sostiene que la consulta se orienta a la preservación de la relación matrimonial y a la cautela de intereses supraindividuales, puesto que los individuales, que son los de las partes, quedaron satisfechos al no haberse interpuesto medio impugnatorio contra la sentencia que declaró el divorcio y que tuvo que someterse al trámite de la consulta.

En este contexto, nos toca analizar el artículo 359 del Código Civil, para lo cual consideramos necesario efectuar el siguiente desagregado:

1. Sobre la naturaleza procesal de la consulta

Consideramos que resulta una cuestión a dilucidar previamente el determinar si la consulta puede encuadrarse o no dentro de los medios o vías de impugnación.

Como lo menciona el maestro COUTURE, citado por LA HOZ, los medios impugnatorios son actos procesales de las partes y de los terceros legitimados, ya que aquellos y solo éstos pueden combatir las resoluciones del órgano jurisdiccional. Este último o su superior jerárquico no pueden combatir sus propias resoluciones, no pueden hacer valer medio impugnatorio en contra de sus propias decisiones o las de sus inferiores jerárquicos. En los casos en que el propio juzgador o su superior pueden revisar sus determinaciones, sin instancia de la parte interesada, podemos considerar que estamos en presencia de medios de control, ya sea de autocontrol y control jerárquico, pero no de medios de impugnación, ya que éstos son, como se ha dicho, actos procesales de las partes o de los terceros legitimados.

Por su parte, para el maestro DEVIS ECHANDÍA -citado por PONCE- el concepto de impugnación es genérico y comprende todo medio de ataque a un acto procesal o a un conjunto de ellos, inclusive a todo un proceso, ya sea a través del mismo o en otro posterior. Dichas vías impugnativas abarcan a los remedios y a los recursos. Tanto los remedios como los recursos tienen en común el recaudo distintivo de originarse en el impulso o estímulo de parte.

Sobre la base de lo explicado por estos distinguidos autores y que resulta posición unánime de la doctrina autorizada en el tema, debe concluirse inequívocamente que la consulta no es un medio impugnatorio por cuanto se dispone de oficio y no por el impulso o estímulo de parte.

Ésta constituye, a nuestro entender, la razón por la cual nuestro Código Procesal Civil regula a la consulta de manera independiente y por separado de los medios impugnatorios.

MORELLO, SOSA y BERIZZONTE -citados también por PONCE- consideran que la consulta no reviste el carácter de un recurso ni una apelación en interés de la ley, sino el establecimiento de un deber, a cargo de la Alzada, de reexaminar oficiosamente la sentencia, para asegurar su legalidad verificando la observancia de las formalidades esenciales de validez del proceso y de la justicia de lo decidido.

En opinión que compartimos y sobre esta base doctrinal, PONCE concluye que la consulta, procesalmente, debe encuadrarse como un deber a cargo tanto del juez de primera instancia, en el sentido de que tiene la carga de remitir el proceso a la Excma. Cámara -a la Corte Superior en nuestro caso- cuando se dadas las condiciones del caso, como también de este tribunal de reexaminar el proceso cuando lo recibe.

## 2. Antecedentes legislativos del artículo 359 del código Civil

El Código Civil de 1852 permitió solo la separación de cuerpos pero no aceptaba la ruptura del vínculo matrimonial. Entonces, a la primera figura se le conocía como divorcio relativo y a la segunda como divorcio absoluto o vincular. Por Ley N° 5890 de fecha 8 de octubre de 1930 es que se acepta en nuestra legislación el divorcio tal y como lo conocemos actualmente, es decir

como la disolución del vínculo matrimonial. Esta tendencia fue recogida en el Código Civil de 1936, el cual contenía normas que regulaban el proceso de divorcio. Es así que encontramos el artículo 290 del citado Código, el cual a la letra disponía:

"Si no se apela de la sentencia que declara el divorcio o la separación, será consultada. El Tribunal Superior tanto en este caso como en el de apelación, citará a los cónyuges a comparendo y si ninguno concurre absolverá el grado o la consulta".

El citado artículo constituye el antecedente legislativo inmediato del comentado artículo 359 del Código Civil vigente.

### 3. Sobre el supuesto de aplicación de la consulta

Para los efectos del tema objeto de análisis, el Decreto Legislativo N° 310 señalaba en el inc. 12 de su artículo 12 que la sentencia de separación de cuerpos o de divorcio no apelada se elevaba en consulta sin trámite previo. Sin embargo, el vigente Código Procesal Civil derogó expresamente el citado decreto legislativo. En este sentido, cabe afirmar que la consulta no procede para los supuestos de sentencia de separación de cuerpos no apelada por las partes y que, por imperio del artículo 359 del Código Civil, la consulta procede cuando la sentencia de primera instancia decreta el divorcio y esta resolución no es apelada por ninguna de las partes. Esta norma tiene su correlato en el inciso 4 del artículo 408 del Código Procesal Civil.

### 4. Sobre el trámite de la consulta

A diferencia de lo normado por el artículo 290 del Código Civil de 1936 y por el inc. 13 del Decreto Legislativo N° 310, que establecían la necesidad para el Tribunal que absolvería la consulta de citar a las partes a un comparendo, el artículo 409 del Código Procesal Civil pretende que la tramitación de la consulta sea más expeditiva. En efecto, se regula que cuando proceda la consulta, el expediente sea elevado de oficio al Tribunal en un breve plazo bajo responsabilidad. No existirá audiencia o comparendo alguno en el Tribunal ni tampoco procede el pedido de informe oral. Se dispone que la resolución definitiva sea expedida dentro de los cinco días siguientes a la realización de la vista de la causa.

Queda claro que la idea del legislador de nuestro Código Adjetivo es que la tramitación de la consulta se efectúe en un plazo brevísimo, sin embargo la experiencia nos hace ver que estos trámites duran mucho más de lo previsto por el legislador, por cuanto la carga procesal de nuestros Juzgados y Tribunales hacen imposible el cumplimiento de estas normas procesales.

### 5. Sobre el ámbito de pronunciamiento del superior jerárquico

El Código Procesal Civil no ha legislado sobre el contenido de la resolución que apruebe la consulta. Por ello, para la determinación de su contenido debe estarse a la naturaleza del proceso y al origen y a la finalidad de la resolución consultada (VIDAL RAMÍREZ).

La consulta tiene por objeto verificar, con relación a la pretensión principal, la existencia o no de errores in procedendo, esto es, vicios de procedimiento; o errores in iudicando, esto es, apreciaciones equívocas al momento de calificar la causal. En tal sentido, las pretensiones accesorias resueltas en primera instancia, sujetan sus efectos a lo que resuelva la consulta de la pretensión principal no afectando ello a las pretensiones autónomas acumuladas en el proceso, cuyas decisiones seguirán vigentes si la consulta desapruueba la pretensión de divorcio por causal (PLÁCIDO).

La sentencia que declara el divorcio tiene carácter constitutivo, porque es a partir de ella que queda disuelto el vínculo matrimonial. Esta sentencia surte efectos ab origine, luego de aprobarse su consulta (VIDAL RAMÍREZ).

## 6. Una reflexión final

Como se ha podido evidenciar a lo largo del presente comentario, la consulta tiene por finalidad principal que un superior jerárquico re-examine si la sentencia que declara el divorcio en primera instancia ha sido expedida dentro de un proceso válido y sobre la base de una adecuada aplicación de la normatividad sustantiva. El principio de preservación del matrimonio -interés público- justifica que este trámite sea un deber de los magistrados. Teniendo en cuenta que el Ministerio Público es parte procesal en los procesos de divorcio, nuestro sistema jurídico debe presumir que la legalidad del procedimiento se encuentra garantizada por su presencia, por lo que el temor a la observancia de las normas del debido proceso es una posibilidad que, teóricamente al menos, se encuentra descartada. Ahorap bien, sobre el aspecto sustantivo del ámbito de aplicación de las normas de divorcio, consideramos que este extremo resulta muy importante para aquellos casos en los cuales se plantea el divorcio por causal dentro de lo dispuesto por el artículo 349 del Código Civil, pero no en los casos en los cuales se solicita el divorcio por conversión de la separación de cuerpos; esto es, en ejercicio de la atribución otorgada por el artículo 354 del Código Sustantivo y que también ha sido objeto de comentario nuestro en la presente obra.

En efecto, en los casos en los cuales uno o ambos cónyuges se encuentran facultados a solicitar la conversión de la separación de cuerpos a divorcio, resulta un exceso de tramitación que el artículo 359 del Código Civil no establezca una excepción para este caso y que, por lo tanto, la sentencia de divorcio expedida por esta vía también deba ser elevada en consulta. En estos casos, el superior jerárquico se limita a comprobar que la primera instancia haya decretado el divorcio por haberlo solicitado el legalmente facultado a hacerlo y luego de vencido el plazo señalado por el artículo 354 del Código Civil. Consideramos que la simpleza de esta tarea encomendada al Juzgado de Primera Instancia no justifica que la sentencia deba ser elevada en consulta.

En efecto, el superior jerárquico no podrá analizar la cuestión de fondo de la sentencia de separación de cuerpos por cuanto esta sentencia ya habrá adquirido la calidad de cosa juzgada. En este extremo, consideramos que el argumento por el cual debe darse a los cónyuges todo el tiempo que sea posible para que se produzca una reconciliación no debe ser atendido, ya que

para que los cónyuges hayan llegado a la etapa procesal contemplada por el artículo 354 del Código Civil, nuestro sistema legal ha contemplado la existencia de suficientes etapas procesales que descarten este escenario. Si los cónyuges se reconcilian luego de terminado el largo proceso judicial que concluyó con su divorcio, pueden casarse nuevamente. Será la libre voluntad de ambos ex cónyuges la que decida su futuro común. Éste debiera ser entonces un tema al cual el proceso judicial de divorcio resulte ajeno y no debiera buscarse el dilatar aún más la duración de su tramitación por el solo hecho de esta posibilidad de reconciliación, la cual resulta remota en este tipo de casos. Producida una grave crisis matrimonial, la posibilidad de reconciliación siempre existe entre los cónyuges, ya sea antes de iniciar cualquier proceso judicial, durante el proceso judicial o finalizado éste. Si ambos ex cónyuges se reconcilian cuando ya ha concluido el proceso de divorcio, el Derecho se encuentra preparado para ello. En la medida que esto ocurra, no debiéramos tener mayores dudas sobre el tema.

## **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Librería Studium. Lima, 1988; PLÁCIDO V. Alex. Divorcio. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Citado por LA HOZ, Ricardo, "Quo Vadis Jus? Ed. Universidad Mayor de San Marcos, 1994; PONCE, Carlos Raúl. El denominado recurso de consulta en el proceso civil. En: Revista de Derecho Procesal. Tomo 3. RubinzalCulzoni Editores. Buenos Aires, 1999; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Divorcio: consulta de sentencia. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima, 1995.

## **JURISPRUDENCIA**

"Al no haber sido apelada la sentencia en el extremo que declara la disolución del vínculo matrimonial, corresponde la revisión en grado de consulta, tal como ordena el artículo 359 de Código Civil".

(Exp. N° 382-98, Resolución del 30/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima)

"Habiendo transcurrido más de seis meses desde la sentencia de separación convencional y habiéndose concedido el divorcio mediante la sentencia respectiva, al ser elevada ésta en consulta la Corte Superior solo puede examinar si han transcurrido los seis meses exigidos para declarar el divorcio".

(Cas. N° 606-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 176)

## **SUBSISTENCIA DE LOS DEBERES RELIGIOSOS**

### **ARTICULO 360**

Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.

#### **Comentario**

***Manuel Muro Rojo  
Alfonso Rebaza Gonzales***

#### **1. Generalidades. Fundamento de la limitación**

Tradicionalmente se ha considerado que la norma bajo comentario constituye una limitación a la acción de divorcio, consistente en que, no obstante reconocer el Código Civil el divorcio, "los católicos no pueden sentirse exonerados de la obligación religiosa de mantener la indisolubilidad del matrimonio cuando éste ha sido contraído por la Iglesia" (CORNEJO, p. 395).

Como se puede advertir, este precepto se encuentra fuertemente influenciado por la religión católica, la cual constituye la religión predominante en nuestro país. Desde esta perspectiva, la limitación a que nos referimos tiene su fundamento en la indisolubilidad del matrimonio católico. Este principio ha sido recogido por el canon 1013, párrafo 2, del Código de Derecho Canónico, el cual establece que "las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano recibe firmeza peculiar por razón del sacramento".

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 2, inciso 3, de la Constitución Política de 1993, en cuanto consagra la libertad de culto. A su turno, el artículo 50 reconoce la importancia histórica cultural y moral de la Iglesia Católica, estableciendo el respeto y colaboración del Estado con otras confesiones. En este sentido, si bien la religión predominante en nuestro país es la católica, debemos entender en atención a los preceptos constitucionales citados, que la limitación que establece la norma bajo comentario resulta igualmente aplicable para cualquier tipo de unión semejante al matrimonio que se hubiere producido al interior de una religión distinta de la católica.

Este temperamento nos coloca en la necesidad de analizar el supuesto en que el divorcio o la separación de cuerpos se encuentre permitida al interior de una religión distinta de la católica. De ser el caso, el fundamento de la limitación de los efectos de la separación y del divorcio civil a que alude la norma comentada sustentado en la indisolubilidad del vínculo en el caso de la Religión Católica dejaría de tener vigencia. En efecto, resultaría por demás contradictorio sostener que las limitaciones de los efectos civiles del divorcio obedecen al principio de indisolubilidad del matrimonio, inclusive en las religiones que admiten la disolución del vínculo matrimonial.

Ello determina la necesidad de encontrar un nuevo fundamento que sustente el principio bajo análisis. Para estos efectos, es preciso atender a la naturaleza jurídica del matrimonio civil, el cual, de acuerdo con el sistema adoptado por nuestra legislación, reviste matices contractuales e institucionales de manera conjunta. Se trata de un acto que si bien presenta un aspecto consensual en su formación, en tanto constituye la "unión concertada" entre varón y mujer; también cuenta con una esfera institucional, habida cuenta que tiene por finalidad "hacer vida en común", lo cual conlleva la formación de una familia y la educación de los hijos.

Hecha esta precisión, el buen sentido nos indica que tanto la separación de cuerpos como la disolución del vínculo matrimonial solo pueden tener incidencia sobre aquello que fue sometido al régimen matrimonial al momento de su celebración. Así, por ejemplo, desaparece la obligación de hacer vida en común, fenece el régimen de gananciales, desaparecen los deberes de asistencia, entre otros. Los efectos civiles de la separación y/o divorcio, entonces, recaen exclusivamente sobre los aspectos derivados del acuerdo que dio origen al matrimonio y de las normas de orden público que determinan su carácter institucional. Ello en tanto dichos efectos se derivaron de manera directa de la celebración del matrimonio civil. Los deberes religiosos, en cambio, encuentran su origen, no en la unión civil (ni en su aspecto consensual, ni institucional), sino en el matrimonio religioso. Por tanto, la disolución de aquella unión mal podría conllevar la cesación de efectos que no ha generado.

El sustento de la norma bajo comentario, entonces, no se encuentra en el carácter indisoluble del matrimonio, sino en la fuente que originan los deberes matrimoniales; estableciéndose que la disolución del vínculo matrimonial o la separación de cuerpos civil no pueden conllevar la suspensión de los deberes religiosos en cuanto no constituyen su fuente generadora.

## 2. Suspensión de deberes civiles y vigencia de deberes religiosos

La Iglesia Católica entiende al matrimonio como un sacramento. En esta condición, el matrimonio católico conlleva una serie de deberes conyugales a que alude la norma bajo comentario, los cuales no podrán verse vulnerados por el divorcio vincular o la separación de cuerpos. Entre estos deberes encontramos los siguientes (HERVADA, p. 58):

a) Se instaura el vínculo matrimonial, el cual, al constituir un sacramento, conlleva los deberes de ayuda y asistencia recíproca entre cónyuges, educación de los hijos en el dogma, perdón, entre otros (CATECISMO, canon 1141). La relevancia del efecto sacramental del matrimonio radica en que para la religión católica "cualquier unión entre católicos fuera del sacramento aunque hecha en virtud de la ley civil no es otra cosa que un torpe y fatal concubinato" (HAMILTON, p.43).

b) De otro lado, se instaura la unidad e indisolubilidad del vínculo (CATECISMO, canon 1644).



c) Se establece el deber de fidelidad conyugal (CATECISMO, canon 1151-1155). La fidelidad en este caso se asemeja al concepto civil, estableciéndose como requisito indispensable la monogamia de la pareja. Queda proscrito, entonces, todo tipo de prácticas poligámicas y poliándricas. Cabe advertir que la Iglesia admite la separación conyugal en los supuestos en que la vida en común devenga imposible; no obstante, aun cuando se hubiera producido la separación física y el fin de la cohabitación, el deber de fidelidad de los esposos no cesa, ni son libres para contraer una nueva unión.

d) Dado que desde la perspectiva católica, uno de los fines del matrimonio es la procreación; la separación y/o el divorcio civil no interrumpen la obligación religiosa de débito sexual con la finalidad aludida.

e) Finalmente, el matrimonio religioso importa el deber de educar a la prole en el dogma. Al igual que las anteriores, esta obligación se mantiene aun cuando se hubiera disuelto el vínculo civil.

Como se puede advertir, la marcada influencia de la religión católica en nuestro Código ha determinado que éste imponga deberes que son idénticos a los impuestos por la religión. No obstante esta coincidencia, es preciso tener en cuenta que se trata de deberes con distinto origen y que, por ende, su incumplimiento conlleva consecuencias también distintas.

Tal temperamento determina que la vigencia de los deberes religiosos no quede en el plano lícito cuando el vínculo civil se haya eliminado, sino que puedan ser efectivamente exigidos, bajo sanción. Así, por ejemplo, según la legislación penal eclesiástica (Código de Derecho Canónico, canon 2356), el pecado de infidelidad se sanciona con amonestación para la primera vez. La conducta reiterante del cónyuge, dependiendo de la gravedad, puede ser sancionada con la excomunión o el entredicho personal.

De acuerdo con la norma bajo comentario, resulta irrelevante que se haya producido la separación de cuerpos o el divorcio civil para exigir esta sanción, habida cuenta que los deberes religiosos -y por ende sus sanciones- permanecen vigentes.

### 3. Consecuencias civiles de la disolución del matrimonio católico no consumado

Hemos venido desarrollando la limitación del divorcio y de la separación de cuerpos a aspectos puramente civiles, no pudiendo resultar vinculantes respecto de las obligaciones derivadas del matrimonio religioso. En este sentido, consideramos oportuno analizar los efectos civiles que produce la disolución de un matrimonio católico no consumado.

El matrimonio no consumado es aquel en que pese a haber sido válidamente celebrado, los cónyuges aún no han ejercitado sus deberes conyugales, concretamente, los actos tendientes a la procreación de hijos. En este supuesto, el vínculo matrimonial puede ser disuelto por el Sumo Pontífice por causa justa, a petición de los dos esposos o de uno de ellos, aunque el otro no lo quiera.

Sobre el particular, es preciso señalar que "por similitud o aproximación de conceptos, ya que con independencia del distinto origen de una y otra institución, lo cierto es que se trata en ambos casos (divorcio y dispensa del matrimonio no consumado) de supuestos de disolución del matrimonio; e incluso desde una perspectiva civil, y aunque no se contemple directamente como causal civil disolutiva, la disolución canónica en que estamos, al operar sobre el presupuesto de la inconsumación, puede en cierto modo considerarse como un supuesto de falta de comunidad de vida conyugal y el consiguiente fracaso de la relación matrimonial, que requiere (en la medida que se solicite) de un remedio jurídico, al igual que también lo es el divorcio para otras situaciones de ruptura" (REINA, p. 746).

De este modo, la disolución del vínculo religioso puede llegar a constituirse en antecedente -en algunos casos determinantes- para dar paso a la configuración de alguna causal que conlleve la separación convencional y/o el divorcio vincular. Así, por ejemplo, en la legislación española, "el artículo 80 del Código Civil, ateniéndose a lo estipulado en el apartado 2 del artículo VI del acuerdo entre el gobierno español y la Santa Sede del 3 de enero de 1979, dice que 'las resoluciones citadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio (...) no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes si se declaran ajustados a derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente (...)'" (DIEZPICAZO, pp. 124 Y 125).

El trámite a seguir en este supuesto se asemeja al juicio de exequatur que hay que seguir para que tengan fuerza en España las ejecutorias de los tribunales extranjeros. La legislación nacional permite que tales consideraciones resulten plenamente aplicables en nuestro ordenamiento.

## **DOCTRINA**

CATECISMO de la Iglesia Católica. Conferencia Episcopal de Colombia. Librería Editrice Vaticana, 1992; CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo ,. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Tomo IV. Madrid, Editorial Tecnos, 1998; KNECHT, Alexander. Derecho Matrimonial Católico. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932; HAMILTON, Carlos. Matrimonio cristiano y divorcio civil. Santiago de Chile, Editorial Splendor, 1935; HERVADA, Javier. Obligaciones esenciales del matrimonio. En: Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales. Pamplona, Universidad de Navarra, 1991; REINA, Víctor y MARTINELL, Josep. Curso de Derecho Matrimonial. Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1995.

## Sección Tercera SOCIEDAD PATERNO-FILIAL

### CAPÍTULO PRIMERO HIJOS MATRIMONIALES

#### DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

##### ARTICULO 361

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

##### CONCORDANCIAS:

C. arts. 4, 6

C.C. arts. 1,2,362,363,375,386,396,404,2083

LEY 27048 arts. 1,3,4 Y 5

##### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*  
*Paula Severino Bravo*

La filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos. Planiol y Rippert dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Méndez Costa la define como el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado. Para Cicu es el estado cuya característica es que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo no solo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres. Según Barbero es, ante todo, "el hecho" de la generación por nacimiento de una persona, llamada "hijo", de otras dos personas, a quienes se llama "progenitores". Desde el punto de origen parental, la filiación es la relación de parentesco consanguíneo, en primer grado en línea recta, que liga a una persona con aquella que la genera o que la recibirá como si la hubiera generado (SILVIO RODRIGUEZ y DINIZ).

Por su parte, partiendo de que la procreación es obra del padre y de la madre Espín Canovas manifiesta que la filiación es aquella relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera. En igual sentido, Schmidt y Veloso complementan la idea y nos dicen que la filiación constituye un vínculo jurídico, quizá uno de los más importantes que el Derecho contempla, porque de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida y casi siempre este nexo jurídico va

acompañado de un vínculo sentimental profundo y duradero. En la doctrina nacional moderna, con Arias-Schreiber Pezet, se ha dicho que la filiación es la más importante de las relaciones de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos.

La filiación es la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia, de allí que se diga que la filiación implica un triple estado: estado jurídico, asignado por la ley a una persona deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra. Estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas. Estado civil, pues implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

Los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es, aquélla la calidad de padre y ésta la calidad de hijo (ESCRICHE). A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación (SILVA RUIZ) a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona. De ello tenemos que la filiación es consustancial e innata al ser humano en el sentido de que el *status filii* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y el goce de su derecho a la identidad.

Por ello diremos que la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación (VILA-CORO BARRACHINA), constituyendo ésta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

## 1. Determinación y tipos de filiación

La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA). Existen dos tipos de filiaciones, por naturaleza o por adopción (como lo conceptualizan códigos como los de Argentina, Cataluña y España), la misma que se delimita según su contexto, la filiación por naturaleza, en matrimonial y extramatrimonial. Al igual que la reciente ley chilena sobre el nuevo estatuto de la filiación, W 19.585, solo se reconocen hijos, todos ellos iguales ante la ley, independientemente de las circunstancias de su nacimiento o concepción, por lo que se hablará no de "hijos extramatrimoniales" sino de "filiación extramatrimonial" o matrimonial, llegado el caso.

Como se sabe, a lo largo de la historia del Derecho se han realizado distintas clasificaciones de los hijos. La principal razón de su existencia era establecer diferentes categorías sociales, diferenciación que ha permitido durante mucho tiempo desde el punto de vista jurídico, efectuar una discriminación tajante entre las categorías de hijo (AZPIRI). Suprimidas las calificaciones de antaño, la distinción según que el nacimiento se produzca o no en el marco de la institución matrimonial reviste importancia a fin de determinar bajo qué criterios se determinará, in límine, la atribución paterna, sea ésta legal (presunciones), negocial (reconocimiento) o judicial (acciones de filiación) o también por las vías de impugnación o rectificación según fuera el caso. El movimiento reformista de la filiación se ha desenvuelto en torno a un elemento decisivo, la igualdad intrínseca de todos los hombres, traducida en las múltiples manifestaciones de la vida social y en la posibilidad de la comprobación científica de la relación materno-paterna-filial. La recepción de la unidad de filiación aparece a nivel internacional, constitucional e interno (MÉNDEZ COSTA). Ha sido consagrada en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, la Convención Americana de los Derechos Humanos las que no admiten distinciones excepciones o discriminaciones con motivo de nacimiento, y garantiza a todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, iguales derechos a la protección social. Lo que ha determinado su incorporación a nivel constitucional.

Se observa en la actualidad un cambio notable. Las modernas legislaciones han abandonado las calificaciones de hijo para discutir las calificaciones de padre/madre (gestante, gen ético O biológico, volitivo o por elección, etc.) conforme su grado de participación en el proceso procreativo. Esta situación puede originarse de choques entre la realidad biológica y la así llamada "voluntad procreacional", distinguiéndose las intenciones de "solidaridad", lo que viene complejizándose con la técnicas de procreación asistida (ovodonación, embriodonación, maternidad subrogada, entre otros).

## 2. Clases o grados de paternidad

Decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico. Esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficioso y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (progenitor es el que engendra). Bajo esta orientación Vila-Coro Barrachina, de manera clara y acertada, precisa las clases o grados de paternidad en el siguiente sentido:

**Paternidad plena:** El padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de padre legal. Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño y ejerce los derechos y obligaciones paterno-filiales.

Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal.

**Paternidad referencial:** Es el padre cuyo hijo no goza de su presencia física pero tiene referencia de él que le ayudan a desarrollarse dentro de los

parámetros de una familia con sus antecedentes y estirpes. El hijo conoce la identidad de su padre (rasgos, profesión, calidades, etc.). Se puede presentar en dos casos:

. Aquella que corresponde al hijo de una pareja en la que el marido ha fallecido o está ausente.

. Aquella que se da por fecundación post mortem, el hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, pero está privado de los derechos legales.

La paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo!

Paternidad social: En ésta el padre ha engendrado al hijo pero no convive con él, de manera tal que su relación no tiene efecto legal pero sí contenido emocional ya que le permite tener a un hombre como imagen de padre.

Padre excluido: Es aquel padre que, producto de una técnica de reproducción, ha cedido su material genético (de manera anónima pues prima la reserva en su identificación) sin compromiso de asumir una paternidad, privando del derecho de conocer su identidad al hijo engendrado con su semen. El hijo no cuenta con la persona del padre ni con su presencia referencial: no podrá establecer su identidad.

Todo ello lleva a afirmar que la paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia, cual es la interrelación padre-hijo. En otras palabras, la paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal pleno.

### 3. Paternidad matrimonial

La determinación de la paternidad ha sido un hecho de permanente preocupación por el Derecho, en primer lugar por los efectos que ello genera y segundo por el tema de su probanza y fijación exacta (*pater semper incertus*). Es por este esquema que se argumentaron las presunciones de paternidad a efectos de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden (como dice DINIZ, la imposibilidad de probar directamente la paternidad determinó que la filiación se asiente en un juego de presunciones fundadas en probabilidades). La presunción de legitimidad matrimonial es una de ellas a lo que suma su fuerza y trascendencia en el Derecho comparado, comportando una opción del legislador útil en la práctica y solo excepcionalmente no acorde con el hecho biológico (MÉNDEZ COSTA).

Se parte de la premisa que el marido de la madre es el padre de los hijos de ésta siempre que nazcan dentro de los términos indicados por la ley (*pater certo nasci*). Obviamente, matrimonio, maternidad e identidad del hijo siempre resultaron, como hechos objetivos, susceptibles de prueba directa, pero la concepción y la paternidad han ofrecido en el pasado especiales dificultades pues, como refería Diego Espín Cánovas:

. La concepción durante el matrimonio tropieza con el obstáculo que el plazo de gestación no es igual siempre, ni puede fijarse con exactitud cada uno y, por tanto, no puede determinarse la fecha exacta de la concepción con relación al parto.

. La paternidad, ni siquiera con las modernas investigaciones de los grupos sanguíneos, cabe establecer una prueba segura de la misma en todos los casos.

Estas situaciones resultan bastante controversiales, de allí que para solventar las relaciones familiares se haya estructurado un esquema filial especial sustentado en el matrimonio de los cónyuges, de manera que los hijos, sean concebidos o nacidos (según sea el caso) durante la unión marital, serán atribuidos al marido de la mujer que los parió, esto es un reconocimiento legal de la filiación paterna. Para los hijos matrimoniales la filiación se acredita conjuntamente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar de que luego pueda ser impugnada. Esta filiación sienta sus bases en la presunción pater est (artículo 361 del Código Civil) y en la presunción reafirmatoria de paternidad (artículo 362: el hijo se presume del marido así la mujer niegue la paternidad de su cónyuge o ésta sea condenada como adúltera). A mayor abundamiento y con el fin de esclarecer cuáles hijos son matrimoniales y cuáles no, debemos de comparar este dispositivo con el artículo 386, cuyo análisis hacemos en esta obra, el que se sustenta que son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

El principio de atribución paternal sustentado en el matrimonio tiene antecedentes muy remotos. Lo tenemos en el Código de Hammurabi, en las Leyes de Manú, en el Derecho Hebreo y en el antiguo Derecho Romano en el que se consagró primigeniamente *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativatis legitima e* (el día del matrimonio es el día de la concepción y del nacimiento legítimo). Sin embargo, la mayoría de textos establecen su origen en la máxima contemplada en el DIGESTO (lib. 11, tit. IV, ley 5) que reza *Pater est is quem justae nuptiae demonstrant*, "padre es el que se demuestra con las nupcias". Su fuerza, efectividad y trascendencia fue tal que pasó al Derecho Canónico medieval, glosadores y posglosadores, Derecho intermedio hasta los códigos más modernos. Como principio rector de la filiación matrimonial, consagrado en el artículo 361 de nuestro Código, esta norma lo que busca es la determinación de una filiación constitutiva, una atribución de la paternidad ministerio legis o automática, también conocida como atribución de paternidad *ope legis*. Tiene como antecedente legislativo nacional la idéntica redacción del artículo 299 del Código Civil de 1936 y muy parecida, en sentido amplio y genérico, en el artículo 221 del Código de 1852 que fraseaba "Los hijos nacidos o concebido durante el matrimonio tienen por padre al marido". La filiación 'legítima' (como técnicamente aún se le sigue conociendo) se presenta históricamente unida al matrimonio y a la consideración social y jurídica que lo rodea a partir de la consolidación de la unión sexual monogámica (MÉNDEZ COSTA). Desde mediados del siglo pasado ha habido un intenso movimiento favorable a la aproximación de las filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos, distanciándose de la situación de los progenitores para calificar la filiación.

El establecimiento de la paternidad matrimonial se apoya en el denominado período de la concepción y gestación que fue considerado primigeniamente en la Ley de las XII Tablas estableciendo lo siguiente: "4.- Una mujer conocida por

su indiscutida honestidad dio a luz en el undécimo mes de la muerte de su marido; y se originó cuestión respecto de la concepción, que se reputó posterior a la muerte de aquél; pues los decenviros establecieron que los partos legales debían tener lugar dentro del décimo mes; no, del undécimo". De manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento (artículos 361 , 363, incisos 1 y 2); el Código de Familia de Algeria de 1984 nos habla de un plazo mínimo de 6 y máximo de 10 meses de duración del embarazo.

Éste es el postulado omni meliore momento, por el cual la ley contempla una etapa, espacio o periodo de la fecundación y no el momento exacto en que ésta se produce. En cuanto al cómputo de si deben entrar los dies a quo o dies a quem, nuestro Código establece una situación negativa, en primer lugar porque el cómputo es de días calendarios y no horarios, y además, en segundo lugar, los 300 días excluyen el día mismo de la disolución, dies a quo (artículo 361) Y los primeros 121 días de los 300 anteriores al (día) del nacimiento del hijo, excluyen el día del nacimiento dies a quem (artículo 363, inc.2) (CORNEJO CHÁVEZ).

En doctrina comparada no hay uniformidad y se dice que el cómputo es dies a quem -desde el día siguiente- despreciando el dies a quo -día a partir del cual(GÓMEZ) tanto para término máximo como para el mínimo (CICU). En el Derecho comparado existe también discordancia; por ejemplo el artículo 29 del Código Civil de Paraguay nos dice "Se presume, sin admitir prueba en contra, que el máximo legal de duración del embarazo es de trescientos días, incluso el día del matrimonio o el de su disolución, y el mínimo, de ciento ochenta días, computados desde el día anterior al de nacimiento, sin incluir en ellos ni el día del matrimonio, ni el de su disolución. Se presume también, sin admitir prueba en contra, que la época de la concepción de los que nacieren vivos queda fijada en todo el espacio del tiempo comprendido entre el máximo y mínimo de la duración del embarazo". Por su parte el artículo 1798 del Código Civil de Portugal señala que "O momento da concepção do filho é fixado, para os efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederem o seu nascimento, salvas as exceções dos artigos seguintes".

Mediante dos cuadros podemos graficar en mejor sentido los plazos referidos:

- Periodo de la gestación

31 + 28 + 31 + 30 + 31 + 30 + 31 + 31 + 30 + 27 |  
 \ periodo mínimo de gestación /  
 'v'

periodo legal máximo de gestación

= 180 días

= 300 días

- Periodo de la concepción

31 + 28 + 31 + 30

\ V

= 300 días

periodo legal de concepción

= 120 días



Es interesante referirnos a que en cuanto materia de plazos gestacionales éstos dependen esto de cuestiones científicas, las que han ido tecnicizándose cada vez más, y en muchos casos basados en criterios costumbristas, como es aquel plazo de 200 días que considera el Código japonés como periodo gestacional mínimo, en lugar de los comunes 180 días, o los 302 días de plazo máximo del Código alemán y 280 días que considera el Proyecto de Código Civil de Puerto

: Rico, o el Código Civil holandés que nos dice que si el hijo nace antes de 307 días o después de la disolución del matrimonio tiene al esposo anterior como padre, salvo que la madre se hubiera casado de nuevo (artículo 197 concordado con el 220). En lugar de los ordinarios 300 días.

Sin embargo, éstos son períodos genéricos o por así decirlos aproximativos pero no reales en absoluto, lo que ha sido comprobado por la Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia C-04 de 22 de enero de 1998 (Exp. 0-1722), con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía quien declaró que "...la ciencia médica ha llegado a una conclusión diferente: la duración del embarazo que culmine en el nacimiento de un ser humano, de una criatura que sobreviva a la separación completa de la madre, puede ser inferior a 180 días o superior a 300 días.

La ciencia médica ha llegado a establecer sin lugar a dudas la posibilidad de nacimientos de seres humanos que sean el resultado de gestaciones de duración inferior a 180 días o superior a 300 días. La presunción de derecho del artículo 92 tiene una finalidad clara: permitir que se pruebe o se descarte la filiación, pues la calidad de hijo de una persona en especial, como es bien sabido, es parte del estado civil y determina, por lo mismo, derechos y obligaciones diversos, que no viene al caso enumerar..." (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-04, de 22 de enero de 1998).

La presunción de paternidad matrimonial si bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo (BOSSERT y ZANNONI), tales como la fidelidad y la cohabitación (MAZEAUD), que son los pilares de la unión monogámica, o presunciones vitales (JOSSERANO) de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto (PUIG PEÑA). En sentido concreto y práctico, la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última como su principal fundamento. Bien se dice que la atribución de paternidad al marido de la madre, no depende de la voluntad de las partes; ocurre por imperio legal, cuando se ha establecido el vínculo de hijo con la mujer casada; no es un acto ni una consecuencia que pertenezca al poder dispositivo de los sujetos (ZANNONI). Así, la presunción de paternidad matrimonial satisface el interés social de protección de la familia y está generalmente de acuerdo con la realidad biológica de la paternidad y maternidad y se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo prematrimonial (MÉNOEZ COSTA).

Es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, mas su fuerza no es absoluta, admitiendo prueba en contrario, reservada al marido si ocurren las condiciones para contestar la paternidad. Fija la ley, para

efectos de otorgar la legitimidad, un período en el cual debe haber ocurrido la concepción, por lo que será admitida acción judicial para probar que el plazo fue inferior o, respecto del hijo nacido después de la disolución conyugal, probar que el nacimiento del hijo en periodo superior se originó por retraso del parto (GÓMEZ). La presunción pater est está basada en aquello que habitualmente acontece, quod plerumque accidit, y es impuesta por razones de orden social altamente convenientes (SILVIO RODRÍGUEZ), su basamento es de orden cultural y social en pro de la estabilidad de la familia al impedir que se atribuya prole adulterina a la mujer casada (VENOSA). Con esta presunción se potencia la paz familiar.

El artículo 361 es un artículo tipo en el Derecho comparado; es recogido de manera expresa en Códigos Civiles como los de Alemania, Argentina, Bulgaria, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, España, Francia, Guatemala, Italia, Luisiana, México (Federal), Paraguay, Puerto Rico, Quintana Roo (México), Québec, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y otros más, así como en los Códigos de Familia de Bolivia, Cataluña, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, Panamá, entre otros tantos. Recoge una de las afirmaciones jurídicas más antiguas de las que se tenga memoria y se hayan ensayado una enorme cantidad de teorías para fundarla (BOSSERT- ZANNONI), entre ellas tenemos:

a) Teoría de la accesión: De muy antigua data, ya que de ella se recogen datos en las Leyes de Manú y al parecer en otros libros de derecho antiguos y está basada en la propiedad del marido sobre la esposa, y por lo tanto del fruto de ésta, el hijo, idea reiterada en la Edad Media por algunos canonistas. Esta teoría también fue llamada dominical, dado que el marido tenía el carácter de ser dueño de su mujer.

b) Teoría de la vigilancia: Dada la potestad legal del marido de vigilar a su mujer, los hijos de ésta deben atribuírsele.

c) Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa: Es una suerte de presunción de inocencia frente al delito de adulterio,--pues se deberá reputar hijo del marido hasta que se pruebe el adulterio.

d) Teoría de la cohabitación exclusiva: Mantiene que la presunción descansa en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva, propia de la relación conyugal; algunos autores la unen a la presunción de fidelidad que deben guardarse los esposos.

e) Teoría de la admisión anticipada: Parte de considerar el matrimonio como acto voluntario por el que el marido admite anticipadamente en su familia los hijos que nazcan de su mujer.

#### 4. Requisitos para la operatividad de la presunción

Para que opere la presunción de paternidad tienen que reunirse los siguientes requisitos:

a) Filiación materna acreditada, la que se determina con la inscripción en el Registro de Estado Civil.

b) Matrimonio entre la madre y el marido a quien se le atribuye la paternidad; la constitución del título de estado de hijo matrimonial exige el matrimonio de los padres. Téngase en cuenta que aquí se incluyen los hijos de matrimonio putativo (artículo 284), puesto que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los hijos si se contrajo de nueva fe. De manera clara, el Código de Familia de El Salvador considera que "Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges".

c) Nacimiento durante el matrimonio y antes de transcurridos 300 días de su disolución. Nuestro Código es bastante tajante al respecto pues solo habla de disolución, entiéndase natural o judicial (el proyecto de Código Civil argentino solo se refiere a la disolución por muerte). No establece aquellos casos, discutidos en la jurisprudencia comparada, en los que sin haber disolución de vínculo se mantiene vigente la presunción a pesar de existir claros hechos que determinan la no aplicabilidad de la misma. Así tendríamos que no debería presumirse la paternidad del marido con respecto al hijo que nazca después de los trescientos (300) días de la presentación de la demanda de anulación del matrimonio, de separación judicial o de divorcio, si éstos fueron decretados, o de la separación de hecho de los cónyuges. No obstante, el hijo es matrimonial si se demuestra la paternidad del marido y el nacimiento se produce antes de los trescientos (300) días contados desde la disolución del matrimonio (el proyecto de Código Civil argentino). El Código de Familia de El Salvador indica en su artículo 141 que "...Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre".

Lo que sí existe es diversidad de criterios contrapuestos sobre este tema. Se ha sostenido en la doctrina argentina, por citar un ejemplo, que para que la presunción de paternidad adquiera efectividad jurídica es necesario que se haya concretado en una inscripción registral. En tanto ello no ocurra, carece de efectos frente a terceros; respalda esta postura la redacción de la norma al afirmar que la filiación se probará por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil (AZPIRI).

## 5. De la teoría de la legitimidad

La presunción de la paternidad matrimonial, tal cual está sustentada en el artículo 361 (artículo 243 del Código Civil argentino), se desvincula de la llamada 'atribución de legitimidad', la que se hacía legalmente según el hijo se hubiese concebido dentro del matrimonio. La determinación legal de la paternidad legítima se vinculaba a la atribución de legitimidad, pues se presumía "que los hijos concebidos por la madre durante el matrimonio, tienen por padre al marido" (artículo 246 Código Civil argentino, derogado). Antiguamente, la categorización diferenciaba a los hijos, según fueran o no legítimos, siendo legítimos únicamente los concebidos por la madre durante el matrimonio, y pudiendo legitimarse aquellos concebidos fuera del matrimonio

por las posteriores nupcias de sus padres; es decir, que a través de un hecho biológico conocido (el tiempo de gestación) se presumía una identidad.

En Argentina, la redacción de Vélez Sarsfield se ocupaba en los artículos 311 a 323 de la legitimación de los hijos naturales y el Título V (artículos 324 a 344) de los hijos naturales, adulterinos y sacrílegos. Más tarde con la Ley 14.637, sancionada el 30/9/1954 y la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, se asimiló a los adulterinos e incestuosos dentro de los naturales; los sacrílegos dejaron de existir a partir de la secularización del matrimonio y la derogación de las normas a ellos referidas en el Código. Por último, con la Ley NQ 23264 de 1985 se finaliza la distinción, dejando solo subsistente la clasificación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, no ya con afán discriminatorio sino con el objeto de poder distinguir uno y otro supuesto de hecho (VERRUNO-HAAS y MÉNDEZ COSTA). La referida Ley 23.264, cuyos preceptos rigen en la actualidad, equiparó los efectos de la filiación matrimonial y la extramatrimonial, e incluyó una reforma integral de los regímenes de una y otra que se proyecta a todo el parentesco (MÉNDEZ COSTA).

Actualmente, tanto la ley peruana como la ley argentina han suprimido la atribución de legitimidad como calificación de un estado de familia específico (BOSSERTZANNONI). Distinto es el caso del Código uruguayo, el que en su artículo 215 indica que "Se considera la criatura concebida durante el matrimonio, cuando nace fuera de los ciento ochenta días después de contraído o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio", ello implica una presunción o ficción que implica una protección de la situación del concebido tratando de preservar su legitimidad (ORDOQUI). Sin embargo la eliminación de la presunción de legitimidad, en nada implica restar protección al concebido pues el artículo 361 conjuntamente con el 363 ofrecen protección jurídica al concebido, quien al ser reconocido expresamente como sujeto de derecho (artículo 1 del Código Civil), le es otorgado un emplazamiento de familia que deberá ser asumido por el marido de la madre gestante, el que no podrá impugnar la filiación sino hasta luego del nacimiento (artículo 365).

## 6. Vigencia de la presunción pater est

La presunción pater est tiene un carácter de historicidad que deberá actualizarse o andar a la par con el devenir de las relaciones sociales y técnicas, pues su carácter ancestral desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto. Para que las presunciones, que en esta materia consagra la ley, no caigan peligrosamente en el terreno de las ficciones, es menester tener bien claro el hecho que las nutre. Se trata de presupuestos biológicos que exigen, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan. Además, la ley- debe presumir lo posible, entendiendo como tallo fácticamente verosímil. En caso contrario, la ley entra en el ámbito de lo absurdo (BOSSERT y ZANNONI).

Las situaciones más complejas por las que atraviesa la presunción pater est son:

. Separación de hecho.- Ha sido común la discusión sobre la vigencia de la presunción pater est mediando separación de hecho de los cónyuges. En la actual redacción del artículo 243 del Código Civil argentino (y 544 del Proyecto de Código Civil de Argentina de 1998) se establece que cesa la presunción luego de pasados 300 días de la separación de hecho. Inicialmente solo era aceptada la separación que probara una absoluta imposibilidad fáctica de cohabitación aun cuando hubiera grave distanciamiento entre los esposos. Finalmente, entrada la segunda mitad del siglo pasado, entre los autores franceses y diversas Cortes de Apelación francesas, se fue afirmando la idea más amplia, doctrina según la cual una grave improbabilidad o imposibilidad moral, provocada por ciertas circunstancias fácticas, puede ser equiparada a la imposibilidad material o física. Conforme este criterio, se ha considerado suficiente para la impugnación una prolongada separación de hecho que, unida a otras circunstancias, acrediten la "imposibilidad moral" de que el marido sea el padre; a igual solución se ha llegado en virtud del abandono del domicilio conyugal por parte de uno de los esposos si ha durado toda la época de la concepción (BOSSERT-ZANNONI).

. Determinación genética de la paternidad.- En la actualidad, con la aparición de medios científicos de identificación y la comprobación del momento exacto de la concepción, se deben ir dejando de lado estos criterios de incertidumbre de la paternidad sustentados en el riguroso conteo de los plazos, de presunciones, pues hoyes posible determinar de manera segura la paternidad con las modernas pruebas de ADN (VARSI). Con pensamiento moderno ya lo avizó Álvarez quien indicó: "Lo que hasta aquí fue invulnerable presunción de legitimidad debe dar paso a los hechos de la vida; porque, por razonable que sea esta presunción, después de todo no es más que una apariencia que puede ser destruida por la prueba en contrario. Las presunciones deben ser consideradas, según expresión de un juez norteamericano, como murciélagos de la ley, volando en el crepúsculo, pero desapareciendo bajo el sol de los hechos reales; mientras que el examen de los grupos sanguíneos, rayo de luz en la delicada, difícil de aprehender y engañosa cuestión de paternidad, disuelve aquella presunción erigida artificial mente". El fin de toda investigación de filiación es hacer justicia, reparando el daño social, ya sea voluntario o involuntario. La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta, por lo que debe darse a las pruebas que permitan asegurar este presunto nexos biológico toda la fuerza legal posible, de modo de evitar subterfugios que impidan o entorpezcan el conocimiento de esa verdad básica y esencial de todo ser humano, cual es su identidad (VERRUNO-HAAS). Sin embargo, no es posible obligar a una persona a someterse a una extracción de sangre para efectuar análisis pertinentes a fin de entablar su verdadera filiación, ello en virtud de garantías de naturaleza constitucional. Por esta parte, en el año 1987 se sancionó en Argentina la Ley NQ 23.511 sobre creación del Banco Nacional de Datos Genéticos en cuyo artículo 4 regula explícitamente una presunción en contra del renuente a someterse a pruebas de sangre, si bien no significó un completo avance sobre el tema, ya que se ha visto la extracción obligatoria de sangre en los casos de menores hijos de padres "desaparecidos" ordenada por el juez y específicamente a los niños, no así a los mayores involucrados (VERRUNO-HAAS).

. Periodo técnico del embarazo.- Respecto del cálculo de la edad gestacional del embrión, actualmente hay varias técnicas, haciéndose más segura la estimación conforme avanza el embarazo. Por convención, los obstetras fijan la fecha del embarazo en semanas menstruales que se inician el primer día del último periodo menstrual (UPMN), ésta es la edad gestacional. La edad embrionaria se inicia con la fecundación alrededor de las semanas luego del UPMN. En algunos casos puede ser difícil en esta primera etapa establecer la fecha exacta de embarazo porque depende de la memoria de la mujer de un evento que ocurrió semanas antes que se diera cuenta que estaba embarazada. Sin embargo, la valoración ultrasónica del tamaño del saco coriónico y su contenido embrionario permite que los clínicos estimen la fecha de fecundación con precisión, éste es el criterio internacional de medición embrionaria utilizado llamado Carnegie Embryonic Staging System (Sistema de calificación de etapa embrionaria de Carnegie). Por otra parte es posible estimar el tamaño del embrión al medirlo por ultrasonido, mediante una sonografía trasvaginal. Para estimar la edad fetal son útiles mediciones y características externas; la longitud coronilla-rabadilla (LCR) es el método para calcular la edad hasta el final del primer trimestre; en el segundo y tercer trimestre es posible identificar y medir ultrasonográficamente varias estructuras, pero las mediciones básicas son: diámetro biparietal, circunferencia cefálica, circunferencia abdominal, longitud del fémur, longitud del pie (MOORE-PERSAUD).

. Procreación asistida.- La filiación e incluso su moderna estructura legal en algunos códigos (Holanda, Québec, Francia) se han visto afectadas por las técnicas de reproducción asistida, las que se contraponen no solo a los postulados considerados en la ley sino a la misma esencia biológica y natural de la generación de vida de la cual se deriva la filiación. Se produce todo un desbarajuste al generarse un sinnúmero de variables filiatorias como consecuencia de las técnicas homólogas y heterólogas. Muchos Códigos civiles han tratado de dar solución a estos problemas entre los que tenemos los de la Antigua Yugoslavia, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Croacia, Checoslovaquia, Chile, Eslovenia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Luxemburgo, Portugal, Suecia, Suiza, Kosovo, Macedonia, Montenegro, Serbia, Québec y Voivodina, sin dejar de considerar el Proyecto de Código Civil argentino, asimismo Códigos de Familia como los de Bolivia, Cataluña, Costa Rica, entre otros tantos.

Respecto de la presunción pater est y su enfrentamiento con las técnicas de procreación asistida, presentemos solo dos tipos de tratamientos modernos. El novísimo Código Civil de Brasil (2003) menciona en su artículo 1.597 que se "Presumem-se concebidos na constancia do casamento os filhos " 111. havidos por fecundac;:ao artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV. havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepç;:ao artificial homóloga; IV. havidos por inseminac;:ao artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorizac;:ao do marido". Asimismo, en la sección pertinente a la filiación matrimonial, el Código de Familia de Cataluña consagra en su artículo 92 un título especial referido a la fecundación asistida de la mujer, presentando las siguientes soluciones: "1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el

consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido. 2. En la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo, siempre que concurren en la misma las siguientes condiciones: a. Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de su muerte; b. Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple y, c. Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días".

Las situaciones que se dan en la práctica y que generan duda en cuanto a su aplicación son:

- . Filiación por fecundación homóloga.
- El marido en vida.
- Una vez fallecido el marido.

- . Filiación por fecundación heteróloga.
- Con autorización del marido.
- Sin autorización del marido.

- . Filiación de aquel concebido por mujer casada fecundada con semen de hombre casado con la finalidad de entregar el hijo al dador del semen y su esposa.

Filiación producto de maternidad sustituta. Filiación de embriones crioconservados.

## **DOCTRINA**

ÁLVAREZ, José de Jesús. El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo). En: Revista de Derecho y ciencias políticas. NQ 9. Trujillo, 1968; ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Tecnos. Madrid, 1998; AZPIRI, Jorge. Derecho de Familia. Hamurabi. Buenos Aires, 2000; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Hijos legítimos. Astrea. Buenos Aires, 1981; BOSSERT, Gustavo. Manual de Derecho de Familia. Astrea. Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Régimen legal de la filiación y de la patria potestad. 2~ reimpresión. Astrea. Buenos Aires, 1987; BUENO RINCÓN, Enrique Fabio. La investigación de la filiación y las pruebas biológicas. 2da edición. Ed. Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá, 1996; CICU. La filiación. Revista de Derecho privado. Madrid, 1930; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6~ edición. Librería Studium. Lima, 1987; DINIZ, María Elena. Curso de Derecho Civil brasileiro. Vol. 5. 17~ edición actualizada. Saraiva. Sao Paulo, 2002; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Librería de Ch. Bouret. París, 1884; GOMES, Orlando. Direito de familia. 14~ edición. Forense. Río de Janeiro, 2001; LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Derecho de Familia. Bosch. Barcelona, 1982; LAFAILLE, Héctor. Derecho de

Familia. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1930; SILVA RUIZ, Pedro. "El Derecho de familia y la inseminación artificial 'in vivo' e 'in vitro'". En: Revista de Derecho privado. Tomo LXXI. Ed. Derecho reunidas. Enero-diciembre. Madrid, 1987; MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Derecho de Familia. Tomo 111. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 1996; MOORE PERSAUD. Embriología clínica. 6~ edición. Mc Graw-HillInteramericana. México, 1998; SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Ed. Cono Sur. Chile, 2001; SILVIO RODRÍGUEZ. Direito civil, Direito de familia. Volumen 6. 27~ edición actualizada por Francisco José Cahali. Saravia. Sao Paulo, 2002; TERÁN LOMAS, Roberto. Los hijos extramatrimoniales. TEA. Buenos Aires, 1954; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Universidad de Lima. Lima, 1999; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético. 4~ edición. Grijley. Lima, 2001; VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. Introducción a la biojurídica. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995; VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Volumen 6. 2~ edición. Atlas. Sao Paulo, 2002; VERRUNO, Luis, HAAS Emilio y otros. Manual para la investigación de la filiación. 2~ edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. 2~ edición. Astrea. Buenos Aires, 1989.

## **JURISPRUDENCIA**

"Que los hijos para quienes se solicita alimentos han nacido dentro de la vigencia del matrimonio, por lo que es de aplicación la presunción de paternidad establecida en el artículo 361 del Código Civil, por lo que debe tenerse como padre de los menores al marido, más aún que no existe impugnación de paternidad por éste".

(Exp. N° 224-85-Lima, Ejecutoria Suprema del 13/07/87, SPIJ)

"El hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido, pero esta afirmación puede ser enervada con prueba en contrario".

(Exp..N!! 389-93-Lima, Diálogo con la Jurisprudencia N° 7, p. 166)

"En un proceso de divorcio por causal de adulterio carece de objeto discutir las presunciones referidas a si el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 360 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, máxime si en la partida de la menor se ha consignado como su padre a persona distinta al marido".

(Cas. N° 1227-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 177)

"La presunción de paternidad en la filiación matrimonial sólo es aplicable si es que se cumple con los siguientes requisitos: a) el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio; y b) que la cónyuge sea la madre biológica del menor; para que sea aplicable la presunción de paternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento. En consecuencia cuando las instancias de mérito han establecido que el menor tiene por padres biológicos a terceros,



no resulta de aplicación la presunción establecida en el artículo 361 del Código Civil".  
(Cas. N° 2657-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 177)

## **PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL**

### **ARTICULO 362**

El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 333 inc. 1), 361, 404

### **Comentario**

***Luz Monge Talavera***

Los modos de establecimiento de la filiación admitidos por el Derecho, están constituidos por un conjunto de reglas de prueba, las cuales tienen por finalidad esencial la de dar al niño sus padres verdaderos. Es decir, aquellos que le han dado la vida, que lo han engendrado, que lo han procreado. En suma, el sistema de pruebas en el derecho de la filiación, tanto matrimonial como extramatrimonial, se dirige al establecimiento de la verdad biológica.

Sin embargo, la búsqueda de la verdad biológica no es un criterio exclusivo ni absoluto del derecho de la filiación. A veces, otros criterios, como por ejemplo la voluntad individual, el interés del niño, la paz de las familias, los sentimientos y el orden establecido pueden desplazar la proclamación de la verdad biológica (artículo 376). De lo cual se deduce que no existe un derecho absoluto al conocimiento de sus orígenes.

La filiación matrimonial se funda en tres pilares fundamentales: el vínculo de filiación materno; el vínculo de filiación paterno y el vínculo conyugal entre los padres. ¿Cómo se establece la prueba de esos vínculos? La prueba del matrimonio no presenta mayores dificultades. Normalmente, es la partida de matrimonio expedida por los Registros del Estado Civil, instrumento público que proporciona la prueba del vínculo conyugal de los padres.

Respecto del establecimiento del vínculo de filiación materno, los modos de prueba susceptibles de establecer la maternidad son diversos: la partida de nacimiento, la posesión de estado, cualquier prueba escrita. En general, el principio que reina la materia es aquel que dispone que "es madre del niño aquella que lo alumbró". La filiación materna supone entonces la reunión de dos hechos complementarios: el alumbramiento y la identidad del niño cuya mujer ha traído al mundo.

Respecto del establecimiento del vínculo de filiación paterno, los modos de prueba tradicionalmente admitidos se fundan en diversos índices, realidades, manifestaciones de voluntad y especialmente presunciones. Ningún niño es sometido, en el momento de su nacimiento, a la verificación de su origen biológico. Un principio tradicional proclama que la paternidad se presume: el matrimonio de los padres hace presumir la paternidad legítima. La

particularidad de la filiación matrimonial es que la maternidad hace presumir la paternidad. Así, la prueba de maternidad constituye en sí misma prueba de filiación matrimonial.

Es necesario entonces examinar el significado de la presunción de paternidad, su fundamento y sus alcances.

### 1. significado de la presunción de paternidad

El Código Civil establece la célebre presunción de paternidad: *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (artículo 361). El criterio ordinario de la presunción es el nacimiento o la concepción durante el matrimonio. Poco importa que el niño haya nacido durante los primeros días del matrimonio, o durante los 300 días posteriores a su disolución. La aplicación de la presunción de la paternidad supone entonces la reunión de tres condiciones: el establecimiento previo de la filiación materna, el matrimonio de la madre con el presunto padre y la coincidencia entre el periodo del matrimonio y el momento de la concepción o del nacimiento. En suma, para que se aplique la presunción de paternidad es necesario, y es suficiente, que la madre haya estado casada en algún momento de la gestación.

Por un favor de la ley y con la finalidad de evitar, entre hermanos, discriminaciones fundadas en la fecha de la concepción, el Derecho beneficia de la presunción de paternidad a todos aquellos concebidos o nacidos durante el matrimonio de sus padres. Tesis sostenida vigorosamente desde el siglo XIX por Demolombe.

### 2. Fundamento de la presunción de paternidad

Si en la filiación matrimonial, la prueba del vínculo de filiación paterno se deduce de la maternidad de la esposa es porque el Derecho supone dos hechos. En primer lugar, que la esposa ha mantenido relaciones íntimas con su marido y, en segundo lugar, que solo las ha mantenido con su marido. Estos dos hechos se sustentan a su vez en los deberes personales de los cónyuges. Por un lado el deber de cohabitar, de hacer vida en común, permite presumir que el matrimonio se ha consumado; es decir, la existencia de relaciones sexuales entre los esposos (artículo 289). Por otro lado, el deber de fidelidad hace suponer que la mujer es fiel a su marido (artículo 288). Más allá del deber de cohabitar y del deber de fidelidad, la presunción legal de la paternidad se funda en la vivencia matrimonial real de los padres.

### 3. Alcances de la presunción de paternidad

A partir del artículo 362 es posible advertir que en el Derecho peruano la filiación se funda en una presunción de moralidad y no en la verdad biológica del vínculo de filiación. Consecuentemente, la voluntad individual juega un rol determinante en el establecimiento de la filiación. En efecto, dentro de nuestra legislación civil, la presunción de paternidad aparece como una obligación y como un derecho del marido.

La presunción de paternidad es una obligación, en el sentido de que es por el matrimonio que el marido se compromete implícitamente a reconocer y a tratar a los hijos que su mujer pone al mundo como si fueran sus hijos (artículo 287). Sin embargo, la presunción legal no es irrefragable. La ley admite la prueba en contrario. Corresponde al marido demostrar la existencia de hechos propios que pongan de manifiesto que no puede ser el padre. Es decir, demostrar que no ha sido el único en mantener relaciones sexuales con la madre o que ésta ha faltado a su deber de fidelidad.

No obstante, cabe advertir que la prueba del adulterio por sí sola no prueba que el marido no es el padre. En otras palabras, no es suficiente que el marido pruebe el adulterio de su mujer para atacar con éxito la presunción de paternidad. Un marido engañado puede ser el padre biológico de los hijos de su mujer. La contestación de la paternidad está sujeta a criterios estrictos (artículo 363).

La presunción de paternidad aparece como un derecho, en tanto es únicamente el marido, y nadie más que él, quien dispone de la facultad (o poder) de contestar la paternidad (artículo 367). En efecto, el legislador se opone radicalmente a la idea de que la presunción legal pueda ser cuestionada, en caso de adulterio, por la madre del niño y por su cómplice (es decir, el padre biológico del menor).

El Código Civil peruano consagra así una antigua y clásica tesis según la cual es necesario, en atención al interés del niño, proteger la legitimidad a cualquier precio. Pero es posible también que esta facultad discrecional concedida al marido, pues es libre de no ejercitarla, avale una actitud abusiva de su parte. En efecto, a pesar de estar convencido de su no-paternidad puede abstenerse de ejercer la acción contestatoria con el solo propósito de impedir el reconocimiento del niño por el verdadero padre.

Es permitido evidentemente dudar de que sea conforme al interés del niño atribuirle y mantener una filiación que no corresponda a su filiación biológica. Imaginemos el caso del hijo de una mujer casada con un hombre que no puede ser objetivamente ni materialmente el padre, sea porque es estéril o porque durante el periodo de la concepción abandonó el hogar conyugal, o estaba desaparecido, declarado ausente, raptado o en prisión. ¿Corresponde realmente al interés de ese menor conservar una filiación presumida respecto al marido de su madre, o convendría más bien desaparecer ese vínculo ficticio permitiendo al padre biológico del niño reconocerlo?

En el plano de la legislación comparada, algunos países han optado por esta segunda hipótesis. Desde 1972 el Código Civil francés reconoce a la madre, dentro de condiciones estrictas, la facultad de contestar la presunción legal de paternidad. Para remediar lo que en algunos casos fue considerado como un abuso de la presunción legal, el legislador francés subordina la interposición de la acción contestatoria a lo siguiente: (1) la madre debe haber obtenido el divorcio del presunto padre; (2) contraído subsecuentemente matrimonio con el hombre que dice ser el padre del menor, (3) la acción contestatoria debe ser interpuesta dentro de los seis meses siguientes a la celebración del nuevo

matrimonio y (4) el niño debe tener menos de siete años. El objeto de la acción es naturalmente armonizar la verdad legal y la verdad biológica. En suma, probar que el segundo marido es el verdadero padre del menor.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER Max. Exegésis del Código Civil Peruano de 1984. Derecho de Familia, Sociedad Conyugal. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Agosto 1997; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astral. Buenos Aires, 1998; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Perrot. Buenos Aires, 1972; CARBONNIER, Jean. Droit civil, La famille, L'enfant, Le couple. Puf. París, 1999; CORNU, Gérard. Droit civil, La famille. Montchrestien. París, 1998; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Gaceta Jurídica; JÉMOLO, Arturo Carlos. El Matrimonio. Edil. Jurídicas Europeas-Americanas. Buenos Aires, 1954; LEÓN BARANDIARÁN, José. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia; MAZEAU, Henri et Léon. Lecons de droit civil. Tomo 1. La famille. 7<sup>!</sup> edición por Laurent LEVENEUR, Montchrestien. París, 1995; RIVIER, Marie-Claude. "La situation de l'enfant dans le droit des obligations alimentaires", Les petites affiches. NQ 53. 3 mai 1995. p. 126; RUBELLIN-DÉVICHY, Jacqueline. Droit de la famille. Dalloz Action. París, 1996; TERRÉ, Francois et FENOUILLET Dominique. Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités. Précis Dalloz, Droit Privé. París, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

"El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera".

(Cas. N° 1868-97-Chincha, El Peruano, 4/01/99, p. 2349)

"En un proceso de divorcio por causal de adulterio carece de objeto discutir las presunciones referidas a si el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 360 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido, máxime si en la partida de la menor se ha consignado como su padre a persona distinta al marido".

(Cas. N° 1227-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 177)

## CONTESTACIÓN DE LA PATERNIDAD

### ARTICULO 363

El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

- 1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
- 2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
- 3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período,
- 4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.
- 5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igualo mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igualo mayor grado de certeza. (\*)

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 332, 361, 364, 365, 366 incs. 1) Y 2),367,369,370,396

### Comentario

*Emilia Bustamante Oyague*

Este artículo 363 consagra la acción de negación de paternidad de hijo de mujer casada que interpone el marido al considerarlo que la supuesta paternidad atribuida sobre el hijo no se encuentra amparada por la presunción de paternidad pater is est quem nuptiae demonstrant, la cual está recogida en el artículo 361 según el cual, el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

En doctrina se distinguen la acción de negación de la paternidad y la de impugnación de paternidad. Por la primera, se trata de los casos en que el hijo tenido por su cónyuge no se encuentra amparado por la presunción pater is est y el marido niega a ese hijo; en cambio, en la impugnación de paternidad es el marido demandante quien considera que, a pesar de que el hijo tenido por su esposa está amparado por la referida presunción pater is est, él considera que no es su hijo (BORDA, pp. 20, 21). Ambos temas se ubican en el marco de la regulación jurídica de la filiación matrimonial.

No obstante la diferente conceptualización de dichas acciones en la doctrina del Derecho de Familia, como se verá a continuación, el artículo bajo comentario utiliza de forma indistinta la denominación tanto para los supuestos de negación de paternidad como para los casos de impugnación de paternidad. Veamos los supuestos que prevé el artículo 363 de nuestro Código Civil en cuanto a la contestación de la paternidad:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio (inciso 1)

Éste es el caso en que el hijo nace antes de cumplidos ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Aquí, el accionante se limita a desconocer mediante una simple negación, acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio (ZANNONI, p. 455).

2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo (inciso 2)

A diferencia del supuesto anterior, aquí se recoge un caso de impugnación de paternidad por el cual se alega la imposibilidad de haber cohabitado con la madre en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo de la cónyuge. De acuerdo con las fechas señaladas, se toma en cuenta la fecha probable de la concepción del hijo cuya paternidad se impugna.

3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período (inciso 3)

Resulta otro caso de negación de la paternidad, pues durante la separación judicial no se presume el débito sexual entre marido y mujer, sino exactamente lo contrario, pues el efecto principal de la separación consiste en que suspende el deber de cohabitación entre los cónyuges (CORNEJO CHÁ VEZ, p. 381).  
8°L

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta (inciso 4)

Se ubica como un segundo caso de impugnación de paternidad, mediante el cual el marido al negar la paternidad del hijo de su esposa, contradice la atribución legal que prescribe la presunción pater is est, al alegar la impotencia coeundi absoluta, que se hubiera presentado durante el período de la concepción.

El impugnante sostendrá mediante esta causal que se encontró en una absoluta imposibilidad física para mantener relaciones sexuales con su mujer en el período legal de la concepción (ZANNONI, p. 421).

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con lo cual o mayor grado de certeza (inciso 5)

Mediante esta causal, nuestro Código sigue la tendencia actual adoptada en el Derecho comparado, de permitir la recurrencia a los procedimientos científicos que se utilicen para la investigación y determinación de la paternidad.

Éste es un supuesto nuevo que se incorpora a raíz de la modificación introducida a este artículo 363 por la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99, por

el cual se establece un nuevo elemento que permita desvirtuar la paternidad matrimonial y que sirve de apoyo a las cuatro causales comprendidas en este artículo 363, ya que el objetivo del ADN es de ser un medio de prueba que sustente la contestación de la paternidad. Así, la del ADN es admitida como una prueba que posibilita la contradicción a la atribución legal de paternidad, afirmando y acreditando que el demandante no es el padre del hijo que se le atribuye como tal ("pater is est").

Actualmente, entre las pruebas científicas para determinar la filiación biológica, tenemos: las pruebas negativas que son las pruebas de los grupos sanguíneos o hematológica; la prueba del sistema de histocompatibilidad (HLA humano leucocito antígeno), así como las pruebas de proteínas séricas; y entre las pruebas positivas están: la prueba de los marcadores genéticos, más conocida como el ADN, la prueba de polimorfismos cromosómicos y la prueba de dactiloscopia y palmatoscopia.

### **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomos I y II. 11.ª edición. Perrot. Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Manual de Derecho de Familia. 4ta edición. Astrea. Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 10ª edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones. 71 edición revisada y puesta al día. Tecnos. Vol. IV. Madrid, 1998; MIRANDA CANALES, Manuel. Derecho de Familia y Derecho Genético. Editorial Cuzco. Lima, 1998; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996; REVOREDO, Delia (comp.) Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Tomo IV. Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 3ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

### **JURISPRUDENCIA**

"La ley no concede al padre de un hijo extramatrimonial la acción de negación de paternidad, reservándole al marido dicho derecho en caso de no creerse el padre del hijo de su mujer".

(Exp. N° 5-86-Cuzco, Ejecutoria Suprema del 4103188, SPIJ, Muro Rojo, Manuel, Código Civil. Octava edición. p. 146)

"La acción impugnatoria de paternidad legítima se confiere al hombre casado respecto del hijo que hubiera alumbrado su mujer y del cual no se crea padre".

(Exp. N° 1205-93, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996), p. 217 citado en Muro Rojo, Manuel, Código Civil. Octava edición. p. 147)



## **PLENO JURISDICCIONAL**

### **PLENO JURISDICCIONAL 1997**

#### **ACUERDO N° 11: PRUEBA DEL ADN EN LOS PROCESOS DE DECLARACIÓN DE PATERNIDAD**

¿Es procedente ordenar esta prueba para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, pese a que atentaría contra la libertad e integridad personal (según alega)?

Por consenso se estableció que sí es procedente ordenar la prueba del ADN en los procesos de declaración de paternidad; sin embargo, no debe exigirse su cumplimiento contra la voluntad del llamado a someterse a dicha prueba, pues ello atentaría contra su libertad individual. En los casos de negarse la parte, esta conducta será apreciada por el juez, pudiendo extraer conclusiones negativas para el que se opuso, de conformidad con el artículo 282 del CPC.

(/ Pleno Jurisdiccional, Acuerdo NI/1f, Ica, 1997)

### **PLENO JURISDICCIONAL 1998:**

#### **ACUERDO N° 4: LA PRUEBA GENÉTICA COMO SUPUESTO DISTINTO A LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 402 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PATERNIDAD**

##### **INTRODUCCIÓN:**

1. La confrontación que se produce en aquel menor que quiere saber su origen y el presunto padre que se resiste a someterse a la prueba.

2. El versus que se experimenta entre el accionante y el presunto padre de mandado.

- En el caso del demandado, invoca su derecho a su integridad física, para contrarrestar la acción, amparado en el artículo 2, inc. 1° de la Constitución y en el Código Civil.

- El menor también invoca que toda persona tiene derecho a su identidad, amparado en el artículo 2, inc. 1 Q de la Constitución, en el artículo 4 de la Constitución, la Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, el artículo 8 del Título Preliminar del CNA, el interés superior del niño.

- Artículo 6 del CNA, el niño y el adolescente tienen derecho a conocer a sus padres.

- La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 3. 1, Z 1 y 8.1.

3. El juez tiene facultad para ordenar pruebas de oficio, artículo 194 del CPC.

4.1. ¿Puede considerarse como un supuesto independiente la aprobación genética de paternidad para la admisibilidad de la demanda?

**CONSIDERANDO:**

- Que, si bien el artículo 402 del CC no lo contempla, sin embargo el artículo 413 del propio Código prevé la admisibilidad de otras pruebas de validez científica, lo que concuerda con lo dispuesto en el artículo 193 del CPC, que faculta la admisibilidad de pruebas científicas, en calidad de pruebas atípicas, acudiendo para tal efecto a la facultad que confiere el artículo 194 del citado Código Adjetivo.
- Que, asimismo, el juez no puede dejar de administrar justicia, conforme al artículo VIII del Título Preliminar del CC.
- Que, el derecho invocado es el derecho a la identidad que implica un nombre, conocer a sus progenitores y pertenecer a una familia. No obstante que el artículo 402 del CC no ha previsto esa prueba, debe admitirse la demanda estando al interés superior del niño, sin perjuicio de que el demandado haga valer su derecho conforme a ley.

#### **EL PLENO: POR CONSENSO ACUERDA:**

Sí puede considerarse como un supuesto independiente la aprobación de paternidad para la admisibilidad de la demanda (29 votos).

#### **POSICIÓN PERSONAL:**

La sola prueba del ADN, especialmente en los casos en que el obligado se niega a someterse a la prueba no es suficiente para declarar la paternidad, si es que no se da ninguno de los supuestos del artículo 402 del Código Civil.

4.2. ¿En qué medida la ley civil sigue restringiendo la investigación de paternidad?

#### **CONSIDERANDO:**

- La Ley Civil sigue restringiendo la investigación de paternidad, en los siguientes casos:

Artículo 402 CC.- Cuando la madre ha tenido una convivencia informal, o sea cuando su hijo es producto de relaciones sexuales esporádicas. Artículo 403 CC. - Es una norma discriminatoria porque juzga la conducta de la madre con desmedro del derecho a la identidad del hijo, debe resaltarse que no es el derecho de la madre el que está en juego, sino del hijo. Artículo 404 CC.- El caso de la mujer casada, porque debe esperar que el marido conteste la paternidad.

Artículo 416 CC.- También restringe el derecho de los hijos alimentistas.

- Las normas deben adecuarse a los cambios científicos, que permitan al juzgador llegar a la verdad en forma concluyente, cumpliéndose con ellos los fines del proceso.

#### **EL PLENO: POR MAYORIA ACUERDA:**

Que sí hay limitaciones (19 votos).

Minoría: (11 votos).

La Ley Civil no restringe la investigación de paternidad extramatrimonial, aunque presenta situaciones legales contrapuestas que, sin embargo, el

juzgador debe superar, pues la parte accionante puede probar su acierto en el proceso, si las pruebas que aportó así lo acreditan.  
Por otro lado, podría entenderse que la limitación se daría en la práctica por la dificultad económica de quien solicita la prueba o del obligado a asumir el pago. (11 Pleno Jurisdiccional, Acuerdo N° 4, Cajamarca, 1998)

## **PLENO JURISDICCIONAL 1999:**

### **ACUERDO N° 05: DECLARACIÓN DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD**

#### **INTRODUCCIÓN**

1. Que la Ley N° 27048 (promulgada el 31 de diciembre de 1998) se refiere a la admisibilidad de la prueba del ADN o prueba de paternidad biológica o genética.
2. Que el artículo 361 del Código Civil consagra la presunción paterna: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido".
3. Que el artículo 402 del Código Civil, en donde se señalan las presunciones de la paternidad extramatrimonial, ha sido modificado por la Ley N° 27048.
4. Que el artículo 1 de la Ley N° 27048 preceptúa que: "En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 Y 373 del Código Civil, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igualo mayor grado de certeza". Es decir, se habilita la presentación de dichas pruebas en los casos en que el padre o la madre nieguen la filiación con el presunto hijo que se le atribuye, o cuando el presunto hijo solicite su filiación.
5. Que el artículo 2 de la Ley N° 27048, modifica el artículo 363 del Código Civil, que se refiere a la impugnación de la paternidad matrimonial, agregándole el inciso 5, que preceptúa: "El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo (...) 5). Cuando se demuestre a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igualo mayor grado de certeza que no exista vínculo parentar.
6. Que cuando se habla de la prueba del ADN, se refiere a la del ácido desoxirribonucleico.
7. Que cuando dice de otras pruebas de validez científica, se refiere a las pruebas de los grupos sanguíneos o hematológicas, del sistema de histocompatibilidad (humano leucocito antígeno HLA), de proteína sérica, de los polimorfismos cromosómicos, de dactiloscopia y pelmatoscopia, odontograma, examen radiológico de la columna vertebral, y otros que pueden existir en la actualidad o en el futuro.

8. Que el artículo 363 del Código Civil también hace mención a otros supuestos:

1) Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

2) Cuando sea manifiestamente imposible dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3) Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2, salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4) Cuando adolezca de impotencia absoluta.

9. Que en relación con estas presunciones, la Ley N° 27048 dispone: "El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética y otras de validez científica con igualo mayor grado de certeza".

10. Que la Ley N° 27048 regula las consecuencias de la aplicación de la prueba: reintegro del pago por el demandado, en el caso que se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba del ADN u otras de validez científica con igualo mayor grado de certeza.

11. Que la Ley N° 27048 establece que en el caso que una persona de mala fe solicite la prueba del ADN u otras de validez científica, ocasionando un daño moral y económico al demandado, deberá indemnizarlo con el monto que será fijado a criterio del juez.

I. ¿El juez debe considerar al ADN como una prueba o como una causal de la filiación?

CONSIDERANDO:

Que pese a que el artículo 402 del Código Civil, mediante la modificación dispuesta por la Ley N° 27048, indebidamente consideraba al ADN como causal de filiación extramatrimonial, el juez debe considerarla como una prueba.

Que el ADN debe ser considerado como una prueba de carácter pericial, porque es un mecanismo mediante el cual se va a lograr la certeza de la filiación. Que el ADN no puede ser considerado como causal, pues lo que aporta al proceso es la evidencia biológica.

EL PLENO: POR UNANIMIDAD ACUERDA:

Que el juez debe considerar al ADN como una prueba.

11. ¿Es similar el tratamiento de la prueba del ADN en la filiación matrimonial y extra matrimonial?

CONSIDERANDO:

Que en la filiación matrimonial la prueba del ADN va a determinar la filiación en sentido negativo, pues se utiliza para contestarla o negarla, en aplicación del artículo 363 del Código Civil.

Que en la filiación extramatrimonial la prueba del ADN va a determinar la filiación en sentido positivo, pues con ella se persigue demostrar la relación paterno-filial y declarar la filiación.

Que el ADN sirve para reconocer la filiación extramatrimonial, conforme al artículo 402 del Código Civil.

EL PLENO: POR UNANIMIDAD ACUERDA:

Que no es similar el tratamiento de la prueba del ADN en la filiación matrimonial y extramatrimonial.

11. ¿Cómo debe actuarse la prueba del ADN?

CONSIDERANDO:

Que el ADN debe actuarse como una prueba pericial, sujeta al cumplimiento de los requisitos previstos en el Código Procesal Civil, lo que permite al juez ejercer el debido control sobre la misma.

Que el ADN debe actuarse como un medio probatorio, bajo las características de una prueba pericial.

EL PLENO: POR MAYORÍA CALIFICADA  
(40 votos)

ACUERDA:

Que la prueba del ADN debe actuarse como pericial.

OPINIÓN PARTICULAR (3 votos):

La prueba del ADN debe actuarse como documento.

IV. ¿Debe aplicarse la prueba del ADN en los procesos de alimentos?

CONSIDERANDO:

Que en los procesos de alimentos no se discute la filiación sino el derecho alimentario.

Que en los procesos de alimentos de los hijos no reconocidos, solo es necesario que la madre acredite que mantuvo con el demandado relaciones sexuales en la época de la concepción.

EL PLENO: POR MAYORÍA SIMPLE  
(24 votos)

ACUERDA:

Que no debe de aplicarse la prueba del ADN en los procesos de alimentos.

POSICIÓN EN MINORÍA (17 votos):

Debe aplicarse la prueba del ADN en los procesos de alimentos, siempre que la ofrezca el demandado al amparo del artículo 415 del Código Civil.

V. ¿Debe modificarse el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil (en su versión reformada por la Ley N° 27048), en la parte que establece que se puede declarar al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415 del mismo Código?

CONSIDERANDO:

Que el artículo 402 del Código Civil se refiere a las causales de filiación extramatrimonial y no versa sobre alimentos.

Que para las materias citadas las vías procedimentales son diferentes. Que de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, el juez no puede ir más allá del petitorio resolviendo una pretensión no demandada. Que ante la negativa del demandado solo cabe la posibilidad de declarar la paternidad.

Que debería eliminarse la errónea denominación de hijo alimentista.

EL PLENO: POR MAYORÍA CALIFICADA

(35 votos)

ACUERDA:

Que debe modificarse el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, en la parte que establece que se puede declarar al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415 del mismo Código.

OPINIÓN PARTICULAR (5 votos):

No debe modificarse el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, porque el demandado también puede solicitar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial para liberarse de una petición maliciosa por alimentos.

(1/1 Pleno Jurisdiccional, 1999)

## **PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN CONTESTATORIA**

### **ARTICULO 364**

La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. art.367

### **Comentario**

***Luz Monge Talavera***

El derecho de la filiación matrimonial se funda en el principio tradicional de que solo el marido tiene legítimo interés para negar la paternidad del hijo de su mujer. Únicamente el marido puede interponer la acción correspondiente para destruir la presunción de paternidad que se deriva del matrimonio. Y aun cuando la contestación pueda ser ejercitada, después de su muerte, por sus herederos o sus ascendientes, es el marido el titular principal de la acción (artículo 367).

Este monopolio que la ley le acuerda no se basa en la suposición fáctica de que sea el marido mismo el mejor informado de los secretos de la alcoba, sino más bien demuestra la subsistencia del derecho que detenta el pater familias sobre todos los hijos que su mujer trae al mundo. En virtud de una de las más celebres presunciones (pater is est quem nuptia demonstrant), solo el marido tiene el derecho de aparecer como el padre de todos los hijos de su mujer; principio clásico, cuyas raíces se encuentran en el Derecho Romano.

Si pertenece al marido denunciar la infidelidad de su mujer negando al hijo que ésta ha procreado, la ley no le deja mucho tiempo para reflexiones, titubeos o dudas. El marido, sorprendido por el acontecimiento, está obligado a tomar la decisión en forma prácticamente inmediata e incoar la acción contestatoria rápidamente.

El artículo 364 prevé un plazo de 90 días contados desde el día siguiente del parto, si el marido estuvo presente en el lugar; es decir geográficamente a proximidad del lugar del nacimiento. Si estuvo ausente, el plazo de 90 días corre desde el día siguiente de su regreso; es precisamente a partir de entonces que podemos suponer ciertamente que el marido ha tomado conocimiento del nacimiento. Este plazo es, naturalmente, de orden público.

Al silencio del marido durante el lapso de 90 días la ley le atribuye un efecto negativo, esto es la imposibilidad de contestar posteriormente la paternidad. Pero el silencio puede también ser interpretado como un reconocimiento tácito de paternidad. En cualquiera de las hipótesis, la abstención del marido de interponer la acción contestatoria nos permite presumir bien el perdón de la infidelidad, bien la resignación del engaño.

Cabe advertir que el legislador no contempla aquella hipótesis en la cual el nacimiento hubiera sido escondido al marido. Es dable suponer que, en este caso, el plazo de 90 días para interponer la acción contestatoria debe contarse desde el momento del descubrimiento del acontecimiento. Sin embargo, corresponderá al marido probar el fraude del cual ha sido víctima.

Por otra parte, la brevedad del plazo de que dispone el marido para accionar (el Código Civil francés prevé un plazo de seis meses) se explica en razón del carácter grave de las consecuencias que genera la contestación de la paternidad.

Evidentemente, no es conforme al interés del niño que su filiación permanezca durante mucho tiempo en la incertidumbre. El niño, desde hace mucho tiempo, está ubicado en el corazón mismo de la sociedad internacional, calificada como "sociedad pedocéntrica" por el Decano Carbonnier. La mundialización de la protección jurídica del niño ha sido consagrada por la Convención de Naciones Unidas relativa a los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER Max. Exegésis del Código Civil Peruano de 1984. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Agosto, 1997; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astral. Buenos Aires, 1998; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Perrot. Buenos Aires, 1972; CARBONNIER, Jean. Droit civil, La famille, L'enfant, Le couple. Puf. París, 1999; CORNU, Gérard. Droit civil, La famille. Montchrestien. París, 1998; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Gaceta Jurídica; J ÉMOLO, Arturo Carlo El Matrimonio. Edit. Jurídicas Europeas-Americanas. Buenos Aires, 1954; LEON BARANDIARÁN, José. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia; MAZEAU, Henri et Léon. Lecons de droit civil. La famille. Tomo ,. 7A edición por Laurent LEVENEUR, Montchrestien. París, 1995; RIVIER, Marie-Claude. "La situation de l'enfant dans le droit des obligations alimentaires", Les petites affiches. N2 53. 3 mai 1995. p. 126; RUBELLINDÉVICH, Jacqueline. Droit de la famille. Dalloz Action. París, 1996; TERRÉ, Francois et FENOUILLET Dominique. Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités. Précis Dalloz, Droit Privé. París, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

"El plazo para la interposición de la acción contestatoria que le corresponde al marido es de 90 días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente". (Cas. N° 1868-97-Chincha, El Peruano, 4/01/99, p.2349)

"El artículo 364 del Código Civil regula una institución de carácter procesal; en consecuencia no puede denunciarse su interpretación errónea a través de la



causal contenida en el inciso primero del artículo 386 del Código Procesal Civil".  
(Cas. N° 121-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 178)

## PROHIBICIÓN DE NEGAR AL HIJO POR NACER

### ARTICULO 365

No se puede contestar la paternidad del hijo por nacer.

### CONCORDANCIA:

C.C. arto 1

### Comentario

*Luz Monge Talavera*

Hoy como ayer, la doctrina y la legislación comparadas son unánimes en la necesidad de imponer como condición para el ejercicio de la acción contestatoria de paternidad el nacimiento del hijo. Tomando en cuenta las reticencias expresadas por la doctrina francesa del siglo XIX, el legislador peruano prevé que no se puede contestar la paternidad del hijo por nacer. Las objeciones en contra de la admisión de las acciones relativas a la filiación antes del nacimiento se articulan principalmente alrededor de cuatro ideas:

1. La acción contestatoria se opone a la *re~la infans conceptus pro nato habetur*

En efecto, si consideramos el principio establecido en el artículo primero del Código Civil, según el cual el concebido es sujeto de derecho solo para lo que le favorece, el interés del niño se opone evidentemente a que se destruya ante ladamente el vínculo de filiación susceptible de establecerse, en el momento de su nacimiento, respecto al marido de su madre. Si la ley considera al concebido como un sujeto de derecho es únicamente para aquello que lo favorece.

El concebido no es sujeto de derecho para aquello que no lo favorece. No se podría entonces interponer una demanda en su contra. En tanto no se haya producido el hecho de su nacimiento con vida se advierte la inexistencia de sujeto contra quien incoar el proceso. Según el artículo 369, la acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre.

2. Las condiciones que permiten determinar si la acción de contestación de la paternidad es fundada pueden verificarse únicamente en el momento del nacimiento

¿Cómo podría admitirse una contestación antes del nacimiento cuando la causa misma de la contestación depende del momento del nacimiento? El establecimiento de la filiación matrimonial se funda en una de las más célebres y antiguas presunciones: "pater is est, quem nuptiae demonstrant", es decir "el padre es aquel que el matrimonio designa".

El hecho desconocido de la paternidad es determinado por un hecho puntual, conocido, verificable, esto es por el nacimiento. El conocimiento de esta fecha puede conducir a la identificación del padre. Así, el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido (artículo 361). De suerte que si la presunción de paternidad opera únicamente a partir del momento del nacimiento, resulta lógico que el ejercicio de la acción contestatoria esté subordinado a la constatación de este hecho.

Por otra parte, recordemos que la posibilidad de negar la paternidad es factible exclusivamente en los casos definidos por la ley, por causas determinadas y en virtud de pruebas específicas. El sistema de pruebas en el derecho peruano de la filiación está íntimamente ligado al hecho del nacimiento (artículos 361 y 363).

### 3. La inutilidad de tal acción

Podemos preguntarnos: ¿por qué tanta prisa en ejercer una acción que tal vez no tenga ningún interés ni repercusión? Por un lado, ningún interés patrimonial está en juego. El concebido no tiene personalidad jurídica, no es titular efectivo y actual de derechos patrimoniales, no puede adquirir ni transmitir nada (artículo 1). Por otro lado, si el nacimiento no llega a producirse nunca, la comprobación de la verdad acerca del origen biológico del concebido podría tener un interés moral; sin embargo, jurídicamente el ejercicio de la acción contestatoria carece de utilidad.

### 4. La imposibilidad de contestar una filiación inexistente

Más allá de estas tres ideas, la imposibilidad de contestar la paternidad del hijo por nacer se sustenta esencialmente en la ausencia de filiación del concebido.

Ciertamente, si es innegable que en el plano biológico el embrión tiene dos progenitores, en el plano jurídico, la filiación se define como el vínculo jurídico que une a un niño con sus padres. Observemos entonces la distinción que existe entre la procreación, hecho biológico, y la filiación, hecho socio-jurídico de naturaleza simbólica. Diversos estudios antropológicos ponen en relieve que los sistemas de filiación no se confunden con los vínculos biológicos. "El carácter social del vínculo de filiación aparece claramente en la distinción que establece la generalidad de las sociedades entre un vínculo genealógico (genitor, genitora / progenitura) y un vínculo de paternidad y de maternidad social o jurídico que permite atribuir un estatus parental a personas diferentes a los progenitores" (R. HASTEROK).

En todas las épocas y en todos los lugares la filiación jurídica no contenciosa se establece a partir de un acto de voluntad de los padres, es decir por medio del reconocimiento. En el Derecho Romano, el supuesto padre reconocía su paternidad en el momento en que levantaba, hasta la altura de su rostro, al recién nacido colocado a sus pies.

Dentro de nuestro sistema jurídico, la filiación materna y paterna es establecida por la partida de nacimiento inscrita en el 'registro de Estado Civil. Acto auténtico, prueba preconstituida de filiación. Ella debe mencionar el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del recién nacido y el nombre que le es dado. Cuando la partida indica el nombre de la madre y el del marido en calidad de padre, la partida es el título regular de hijo matrimonial; unida a la presunción Pater is est, constituye prueba de filiación matrimonial. Cuando la partida no indica el nombre del padre, la indicación del nombre de una mujer casada en calidad de madre es suficiente para desencadenar la presunción de paternidad del marido.

En consecuencia, si la atribución de la filiación se produce en el momento del nacimiento, resulta imposible o prematuro intentar una acción destinada a negar la filiación de quien, puesto que no ha nacido, no tiene aún filiación alguna. Conviene advertir, igualmente, que al no tener la calidad de titular del derecho de filiación en controversia, el concebido no tiene capacidad para ser sujeto de una relación jurídica procesal. El derecho a ser parte en un proceso judicial está establecido en la ley formal (OMEBA). El artículo 57 del Código Procesal Civil no reconoce al concebido capacidad para ser parte material en un proceso. El punto de partida es el nacimiento, tan así es que la acción contestatoria debe ser interpuesta dentro del plazo de 90 días contados a partir del parto (artículo 364).

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER Max. Exegésis del Código Civil Peruano de 1984. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal. Tomo VII. Gaceta Jurídica Editores. Agosto, 1997; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astral. Buenos Aires, 1998; BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Perrot. Buenos Aires, 1972; CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. Heliasta SRL. Buenos Aires, 1979; CARBONNIER, Jean. Droit civil, La famille, L'enfant, Le couple. Puf. París, 1999; CORNU, Gérard. Droit civil, La famille. Montchrestien. París, 1998; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar peruano. Gaceta Jurídica; ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo XXI. Driskill S.A. Buenos Aires, 1978; BONTE P. et IZARD M. Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie, HASTEROK R. Puf, 1991. p.p. 280-281; JÉMOLO, Arturo Carlos. El Matrimonio. Edit. Jurídicas Europeas-Americanas. Buenos Aires, 1954; LEÓN BARANDIARÁN, José. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia; MAZEAU, Henri et Léon. Leçons de droit civil. La famille. Tomo I. 71 edición por Laurent LEVENEUR, Montchrestien. París, 1995; RIVIER, Marie-Claude. "La situation de l'enfant dans le droit des obligations alimentaires", Les petites affiches. N° 53. 3 mai 1995. p. 126; RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. Droit de la famille. Dalloz Action. París, 1996; TERRÉ, François et FENOUILLET, Dominique. Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités. Précis Dalloz, Droit Privé. París, 1996; THOUVENIN, Dominique. "Les filiations ne sont ni vraies, ni fausses mais dépendent des choix des parents": Les petites affiches. N° 53. 3 mai 1995. p. 93.

## CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA

### ARTICULO 366

El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3:

1.- Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo. 2.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo. 3.- Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 363, 364, 365, 367, 368, 369, 370

### Comentario

*Emilia Bustamante Oyague*

Si bien el padre es considerado como tal en aplicación de la presunción "pater is est" y de acuerdo con el artículo 363 se le reconoce el derecho de contradecir dicha presunción, nuestro Código contempla la posibilidad de rechazar la acción contestatoria de paternidad.

Este artículo 366 distingue una serie de supuestos, los que deben interpretarse en relación a los incisos 1 y 3 del artículo 363 que contemplan los casos en que el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de celebración del matrimonio, y cuando el accionante está judicialmente separado, el período comprendido en los primeros ciento veintidós días de los trescientos días anteriores al del nacimiento del hijo. Para estos dos casos, el legislador ha elaborado las siguientes previsiones que de haberse producido determinarían la improcedencia de la demanda de contestación de paternidad matrimonial, que se invoque bajo los alcances del artículo 363.

En estos casos, se distinguen los siguientes supuestos:

1. Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, el marido ha tenido conocimiento del embarazo de su cónyuge

Se entiende que si alguien se casa con una mujer embarazada conociendo su embarazo, debe reputarse que asume la paternidad como marido, fuere o no el padre biológico del hijo. Probado el conocimiento del embarazo, la paternidad no podrá ser negada, ya que esta directiva trasciende a un estándar ético-jurídico (ZANNONI, p. 460).

2. Si el marido ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo

La norma prevé la posibilidad de un acto manifiesto de reconocimiento del marido al hijo como suyo; entendemos que al utilizar el vocablo "admitido" el legislador deja abierta la actividad probatoria de este supuesto de rechazo de

la demanda de contestación de paternidad por improcedente, basado en el artículo 363 incisos 1 y 3.

Por otro lado, en cuanto a la actividad probatoria se refiere, se establece un criterio amplio ya que no se han indicado cuáles son las formalidades que deben reunirse para la manifestación de la aceptación o reconocimiento expreso o tácito del demandante a favor del hijo de su esposa.

En palabras de CORNEJO CHÁ VEZ, considera que los hechos comprendidos en los incisos 1 y 2 privan al marido del derecho a negar o impugnar la paternidad, derivado de que la conducta del marido revela entonces que él se reconoció autor del embarazo de su mujer, esto es, que tuvo relaciones carnales con ella antes del casamiento (CORNEJO CHÁ VEZ, p. 380). En todo caso, al reconocer al hijo de su cónyuge, manifestó su voluntad en darle la calidad de hijo suyo.

3. Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterna-filial

Se considera que el legislador cree que la acción carece ya de objeto si el hijo ha muerto, obviamente sin dejar descendencia. Aunque, puede haber ciertos casos en que sí importe dejar esclarecido que el hijo no tuvo por padre al marido. De ahí, que en este inciso 3 in fine se aprecia que el Código permite la acción contestatoria aunque el hijo haya muerto si es que subsiste interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial (CORNEJO CHÁ VEZ, p. 380).

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomos I y 11. 81 edición. Perrot. Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Manual de Derecho de Familia 4ta edición. Astrea. Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 101 edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Vol. IV. 71 edición revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid, 1998; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996; REVOREDO, Delia (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Tomo IV. Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 31 edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1998.

## LEGITIMACIÓN DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA

### ARTÍCULO 367

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquéllo hubiese iniciado.

### CONCORDANCIAS:

C.C. art. 364, 368, 369, 370  
C.P.C.art. IV, 2, 446 inc. 6)  
D.LEG. 052 art. 85 inc. 5); 89 inc. 1)

### Comentario

**Manuel Muro Rojo**  
**Alfonso Rebaza Gonzales**

La norma bajo comentario encierra un precepto de naturaleza eminentemente procesal, referido a la legitimidad para obrar en la interposición de la acción contestatoria de la paternidad. Este precepto presenta los aspectos e implicancias que desarrollamos a continuación.

#### 1. La contestación de la paternidad como acción exclusiva del marido

Del texto de la norma bajo comentario se desprende la intención de otorgar al marido el derecho único y exclusivo de negar su paternidad. La opción recogida por nuestro Código encuentra sustento en los siguientes argumentos (GROSMAN, pp. 211 Y 212):

a) El desconocimiento de la paternidad constituye una afirmación de la infidelidad de la cónyuge. Ello la convierte en una cuestión de honor en que el marido es el único juez.

b) El esposo es el único afectado por la conducta infiel de su esposa y por ende, se encuentra en condiciones de perdonar. De ahí que no resulte admisible la intervención de terceros en esta decisión.

c) La contestación de la paternidad es un derecho potestativo constituido en exclusivo interés del marido. De ahí que se encuentre en plena libertad de ejercerlo o no.

d) Aun cuando es posible determinar científicamente la paternidad, el interés por sacar a luz la verdad de una situación de hecho debe ceder ante el interés de la familia. En este caso, se otorga al esposo la facultad de apreciar dicho interés.

De acuerdo con el principio establecido, se rechaza la posibilidad de que la cónyuge pueda demandar la contestación porque dicha pretensión se

sustentaría necesariamente en su adulterio, lo cual atentaría contra la prohibición de invocar hecho propio.

Asimismo, se niega esta posibilidad al hijo extramatrimonial que pretenda rechazar la paternidad del marido de su madre. Ello obedece a que su solicitud importaría necesariamente invocar el adulterio de su madre, lo cual configuraría una infracción del deber de respeto para con sus progenitores.

De otro lado, en caso de incapacidad del marido, se ha evaluado la posibilidad de conceder el ejercicio de la acción a un curador (BELLUSCIO, p. 204). Esta opción debe ser descartada, dado el carácter personalísimo de la acción y los fundamentos que la sustentan. Asimismo, de acuerdo con nuestro ordenamiento, el cargo de curador será normalmente desempeñado por la cónyuge, lo cual genera una colisión de intereses insalvable. Finalmente, la presencia del curador no es indispensable, habida cuenta que la acción podría ser interpuesta por el esposo una vez recobrada la capacidad, o por los herederos interesados cuando aquél fallezca. Esta consideración no se ve enervada por el plazo de caducidad impuesto, habida cuenta que éste se entiende suspendido en tanto que no pueda ejercitarse la acción.

De manera alternativa, la norma otorga la posibilidad de ejercer esta acción a los herederos y ascendientes. Esta facultad se produce básicamente en dos supuestos. El primero, referido a la acción iniciada por el marido que falleció antes de la culminación del proceso. De ser el caso, los herederos ocupan el lugar del marido en el proceso, operando la sucesión procesal. Asimismo, en el supuesto de que el marido hubiese fallecido antes del vencimiento del plazo, los herederos y ascendientes podrán iniciar la acción en la medida en que no hubiese operado la caducidad del término.

La facultad otorgada a los herederos y ascendientes encuentra su fundamento, en primer lugar, en que tanto los herederos como los ascendientes podrían tener legítimo interés económico en que la contestación de la paternidad se lleve adelante. Ello obedece a que, de ampararse el pedido, la masa hereditaria a repartirse entre los interesados se vería sustancialmente incrementada. Después de todo, no existe justificación para obligar a los herederos y descendientes a compartir lo que legítimamente les corresponde con una persona que no ha sido engendrada por el causante.

Asimismo, cabe reparar en que tanto herederos como ascendientes detentan legítimo interés moral. En efecto, resulta válido otorgar los mecanismos legales necesarios para que una persona impugne su parentesco con personas con las que no mantiene vínculo biológico alguno.

Cabe advertir que la norma distingue entre herederos y ascendientes. Esta distinción, si bien en la mayoría de los supuestos es aplicable, podría devenir inoperante cuando los ascendientes detentan la calidad de herederos.

De otro lado, no encontramos motivos para que los legatarios no se encuentren legitimados para interponer la acción. En efecto, al igual que los herederos, los legatarios detentan un legítimo interés económico en la medida en que, de



ampararse la contestación de la paternidad, los legatarios podrían ver incrementado su porcentaje de participación en la masa hereditaria. Para estos efectos el legatario que pretenda impugnar la paternidad, deberá necesariamente acreditar que la participación del hijo extramatrimonial en la masa hereditaria produce menoscabo a sus intereses.

Finalmente, es preciso establecer que en el supuesto en que el marido hubiere consentido expresamente la inseminación heteróloga de su esposa o la fecundación in vitro con semen donante, la acción de desconocimiento se encuentra denegada (LORENZO DE FERRANDO, pp. 324 Y 325; PERALTA ANDÍA, p. 294).

## 2. Posibilidad del hijo de contestar la paternidad

Sin perjuicio de lo expuesto, y admitiendo de manera preliminar que, de acuerdo con el Código, la facultad de contradecir la paternidad es exclusiva del marido; es preciso analizar la posibilidad de que este derecho le sea co-ferido al hijo. Esta opción ha sido defendida sobre la base de los siguientes argumentos (GROSMAN, pp. 220 Y 221):

a) El nexo biológico es el presupuesto de filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial. Este criterio de filiación debe ser preferido frente a cualquiera de las ficciones o presunciones creadas por la ley.

b) Los miembros de la familia tienen la facultad de contestar el estado de familia que detentan, salvo que invoquen la propia torpeza. La contestación de la paternidad por parte del hijo no incurre en este supuesto, habida cuenta que, al no haber participado en el acto que dio origen a la filiación, no habrá torpeza por parte del hijo (SPOTA, p. 442).

c) El derecho de indagar la paternidad se encuentra íntimamente ligado con la naturaleza humana (BOSSERT y ZANNONI, p. 457), concretamente, con el derecho a la identidad de las personas. Este derecho ha sido consagrado en nuestro ordenamiento por el artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política de 1993. En este sentido, no puede privarse al hijo de esta potestad, bajo el argumento de que se debe preservar la unidad familiar. Ello no se enerva en el supuesto de que el móvil de la contestación fuera económico, habida cuenta que el hijo solo estaría reclamando lo que por derecho le corresponde.

d) Nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado la igualdad de derechos, tanto para los hijos legítimos como para los ilegítimos. En este sentido, no encontramos razón para conceder a los hijos ilegítimos el derecho a reclamar la paternidad y, en el caso de los hijos legítimos que no tienen vínculo biológico con el cónyuge de su madre, negarles el derecho a destruir este vínculo y a demandar la filiación de su verdadero padre. Así, el artículo 407 del Código Civil faculta al hijo para reclamar la paternidad de aquel a quien considere su padre, sin distinguir entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

e) El texto del artículo bajo comentario no prohíbe de manera expresa que terceras personas puedan interponer esta acción. No obstante, el buen sentido

nos indica que debemos interpretar que la cónyuge y cualquier tercero se encuentran impedidos de hacerla. A criterio de Grosman, esta interpretación no debe hacerse extensiva al hijo; por el contrario, en este supuesto, el silencio de la norma no debería entenderse como una prohibición, sino como una concesión. Desde este punto de vista, la legitimidad del hijo vendría dada por el propio texto de la norma (GROSMAN, p. 221).

f) Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta la opinión de Belluscio (citado por GROSMAN, p. 234), quien sostiene que tal silencio no existe, puesto que la norma designa expresamente a la persona facultada para actuar -el marido-, restringiendo la posibilidad de que lo haga otra persona. Los cuestionamientos que puedan hacerse a la norma no enervan la obligatoriedad de su cumplimiento.

Los argumentos esgrimidos a favor de una u otra posición deberán ser apreciados de acuerdo con las circunstancias. Ello nos permite advertir cómo en algunos casos debe primar la concesión de esta facultad como exclusiva del padre y en otros, en cambio, debe concederse al hijo el derecho de impugnar su filiación. Así, en el supuesto en que la familia ha superado el trauma de la infidelidad, en que los esposos se han reconciliado y han decidido tratar al hijo como si fuera de ambos, pareciera que la pretensión del hijo de contestar la paternidad debe ser rechazada. Esta vez, "el interés del niño no es decidido arbitrariamente por el esposo, sino que es fruto del entendimiento de los cónyuges" (GROSMAN, p. 229). En este caso, la conservación de la unidad familiar y el interés social es prevalente.

Supuesto distinto es el de un hogar destruido en que los cónyuges viven separados; o cuando el padre biológico trata al hijo como suyo. De ser el caso, el buen sentido nos indica que debe concederse al hijo el derecho a destruir la filiación existente. En este supuesto, el interés del hijo prevalece ante el interés de preservar una familia inexistente que no cumple su función social.

En este último caso, la negación de la legitimación del hijo para rechazar la paternidad atentaría no solamente contra los derechos de éste, sino, inclusive, contra el interés de la sociedad en su conjunto.

En cuanto a los legitimados pasivos, "la doctrina es unánime en el sentido de que la acción debe ser dirigida contra el hijo, o contra sus sucesores si él hubiese fallecido. Sin embargo, también debe ser entablada contra la madre, si vive, en razón de su interés en defender no solo los intereses del hijo sino también su propio honor" (BELLUSCIO, p. 205). Este precepto ha sido recogido por el artículo 369 del Código Civil, el cual será oportunamente comentado.

### 3. Consideraciones en torno al plazo

A fin de determinar el plazo para interponer la acción de contestación de la paternidad, la norma bajo comentario nos remite al artículo 364 del Código, el cual otorga al marido un plazo de noventa (90) días contados desde el día siguiente del parto si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. La brevedad del plazo en este caso obedece al

interés de nuestro ordenamiento en proteger la tranquilidad de los hogares y defender la estabilidad social (CORNEJO, p. 38). Asimismo, es posible advertir la presencia del principio del Interés Superior del Niño. De acuerdo con este principio, "el Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes-deberes; son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior" (CILLERO, p. 84). De ahí que con la finalidad de garantizar la pronta atención de los intereses del menor se haya establecido un plazo tan reducido para ejercitar esta acción. En este último supuesto, se presume que el marido conoció del parto el mismo día o aquel día en que regresó (PERALTA ANDÍA, p. 288).

Este aspecto merece una reflexión adicional. Para Díez-Picazo, en opinión compartida por Bossert y Zannoni, el plazo de un año que otorgan el Código español y el Código argentino no iniciará su decurso en tanto el marido ignore el nacimiento; pese a que dicho plazo se computa a partir de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. De este modo, se admite la posibilidad de que, aun con la inscripción, el marido no conozca del nacimiento del niño (DÍEZ-PICAZO, p. 278; BOSSERT Y ZANNONI, p. 454).

En el caso peruano, el Anteproyecto del Código Civil vigente reprodujo la norma del Código derogado en cuanto establecía que el plazo comienza a contarse desde el día en que el marido descubrió el fraude si el parto le fue ocultado. No obstante, el proyecto también consignó una norma que establecía que el solo hecho del ocultamiento del parto configuraba causal para ejercitar la contestación. Esta última norma fue desestimada por la Comisión Revisora, la cual de manera inadvertida, no habiendo aceptado la causal de impugnación señalada, consideró que carecía de objeto referirse al momento en que comienza el plazo de noventa días cuando hubo ocultamiento del parto, lo cual determinó que, de acuerdo con la actual redacción de la norma, el marido se encontraría imposibilitado de ejercitar la acción si habiéndosele ocultado el parto durante 90 días, lo descubre o le es confesado posteriormente por su mujer (CORNEJO, p. 39).

Este problema podría verse salvado por lo dispuesto en el artículo 1993 del Código Civil, el cual establece que la prescripción inicia su decurso desde el día que puede ejercitarse la acción. En nuestra opinión, este principio resulta plenamente aplicable a la caducidad, atendiendo los fundamentos que la inspiran. En efecto, la caducidad tiene por objeto inducir al sujeto a ejecutar un acto al cual está vinculado el ejercicio de un derecho, dentro de un término que tiene carácter perentorio; de donde se desprende que el titular de una situación jurídica subjetiva sometida a caducidad, se encuentra gravado con la carga específica de adoptar una determinada conducta activa si no quiere perder el propio derecho (BRECCIA, p. 525). En consecuencia, si la ley impone una carga -la de ejercitar determinada acción dentro de un plazo, bajo sanción de perder el derecho y además la propia acción-, resultaría sumamente injusto que se sancione al sujeto pasivo cuando se encuentra en imposibilidad de cumplir con dicha carga. Este criterio ha sido confirmado por reiterada jurisprudencia.

Asimismo, es preciso señalar que ello no se contradice con lo dispuesto por el artículo 2005 del acotado Código, en tanto establece que la caducidad no se interrumpe ni se suspende, habida cuenta que en este caso no estaríamos aludiendo a un supuesto de suspensión de decurso del plazo de caducidad, sino a un momento anterior, referido al inicio del cómputo de dicho plazo.

Finalmente, cabe señalar que este plazo solo resulta aplicable para la acción del padre. En el supuesto de que se admitiera la contestación de la paternidad por parte del hijo, atendiendo a su naturaleza, esta acción sería imprescriptible.

## **DOCTRINA**

BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Depalma, 1999; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Quinta Edición. Buenos Aires, Astrea, 2000; BRECCIA, Umberto et. al. Derecho Civil, Tomo " Volumen 1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992; CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Infancia, ley y democracia en América Latina. Buenos Aires, Depalma, 1998; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomos I y II. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Séptima edición. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1995; GROSMAN, Cecilia. Acción de impugnación de la paternidad del marido. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1982; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa. Determinación de la maternidad y paternidad. En: Libro homenaje a María Josefa Méndez Costa. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1991; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Idemsa, 1996; SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Volumen 1. Buenos Aires, Depalma, 1948. .

## **JURISPRUDENCIA:**

"Son titulares de la acción contestataria el marido, sus herederos o sus ascendientes".

(Cas. N° 1868-97-Chincha, El Peruano, 4/01/99, p. 2349)

## ACCIÓN CONTESTATORIA POR LOS ASCENDIENTES DEL MARIDO INCAPAZ

### ARTÍCULO 368

La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, Y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 43, 44, 367, 369, 370

### Comentario

*Emilia Bustamante Oyague*

Es una regla general que el titular de la acción contestatoria de paternidad, para negar o impugnar la paternidad, según sea el caso, solo corresponde al marido.

En este artículo se posibilita que los ascendientes del esposo puedan interponer la presente acción contestatoria de paternidad solo cuando el marido esté incapacitado en razón de encontrarse en los supuestos de incapacidad civil previstos en el Código Civil: de acuerdo con el artículo 44 incisos 2 y 3 que trata de los casos de incapacidad relativa, como el caso de los retardados mentales y los que adolecieren de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad; así como el artículo 43 incisos 2 y 3 que prevé entre los supuestos de incapacidad absoluta, el caso de los privados de discernimiento y los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Asimismo, esta disposición debe ser concordada con el plazo establecido para interponer la acción contestatoria prevista en el artículo 364, esto es, en el plazo de 90 días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. Consecuentemente, si dentro de este plazo ninguno de los ascendientes del marido formuló la demanda de contestación de paternidad, entonces el marido la puede interponer dentro de los noventa días de cesada su incapacidad, entendiéndose que se trata solo de la incapacidad relativa.

En cuyo caso, la ley concede un plazo de noventa días adicionales al tiempo en que termina la incapacidad del esposo para que interponga la referida acción en otras palabras, mientras dure la incapacidad relativa del marido y ningún ascendiente de él ejerza la acción contestataria de paternidad, ya sea de negación o de impugnación de paternidad, el plazo previsto en el aludido artículo 364 no corre.

Anota CORNEJO CHÁVEZ un vacío de nuestra legislación, que se presenta cuando el marido se halle en situación de desaparecido o ausente, hipótesis en la que resultaría inadmisibles que la mujer pueda atribuir impunemente al marido

la paternidad de hijos que obviamente no son suyos (CORNEJO CHÁVEZ, p. 386). Ante este vacío, queda pues en manos del juez y de acuerdo con los datos de cada caso concreto, el determinar la procedencia de la concesión de un plazo adicional para interponer la presente acción contestataria de paternidad.

## **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 101 edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Vol. IV. 71 edición revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid, 1998; PERAL TA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996; REVOREDO, Delia (comp.) Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Tomo IV. Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II. 31 edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1998.

## DEMANDADOS EN LA ACCIÓN CONTESTATORIA

### ARTICULO 369

La acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose en su caso, lo dispuesto en el artículo 606, inciso 1.

### CONCORDANCIAS:

c.c. arto 606 inc. 1)  
D.LEG. 052 arts. 85 inc. 5), 89 inc. 1)

### Comentario

*Emilia Bustamante Oyague*

En la acción contestatoria que, como se ha visto, comprende la contestación de paternidad y la impugnación de paternidad por imperio de este artículo, los demandados serán la madre y el hijo. Así, se involucra a la madre en el proceso, dado que está en juego el honor y el buen nombre del accionante (BORDA, p. 21). La razón de que la madre y el hijo estén comprendidos se sustenta en que el impugnante se encuentra cuestionando la aplicación de la presunción "pater is est", según la cual el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

Se establece el nombramiento de un curador especial en el caso de que los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad.

### DOCTRINA

BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11. 8! edición. Perrot. Buenos Aires, 1989; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 10! edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Vol. IV. 7! edición revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid, 1998; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2@ edición. Idemsa. Lima, 1996; REVOREDO, Delia (comp.) Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo IV. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 3@ edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **CARGA DE LA PRUEBA EN LA ACCIÓN CONTESTATORIA**

### **ARTICULO 370**

La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 solo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o en el artículo 366.

### **CONCORDANCIA:**

c.c. arts. 363, 366

### **Comentario**

***Emilia Bustamante Oyague***

La prueba en la acción contestataria se distingue en la exigencia de la misma sobre el marido en los tres supuestos de impugnación de paternidad, esto es, en el caso de los incisos 2, 4 Y 5 del artículo 363, es decir cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que el marido haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo, así como cuando adolezca de impotencia absoluta y, finalmente, cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igualo mayor grado de certeza que no existe vínculo parental con el hijo.

En cambio, ante los casos de negación de paternidad contenidos en los incisos 1 y 3 del artículo 363 al marido solo le corresponderá alegar la negación de paternidad, ello ocurrirá cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio o cuando el marido se ha encontrado judicialmente separado durante el período comprendido en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

Esta carga de la prueba es distinta por la diferencia que anotamos al comentar el aludido artículo 363, ya que en la acción de negación de paternidad al marido le basta con promover la acción, no tiene necesidad de producir prueba alguna; pero si los demandados contestan la demanda y sostienen que el hijo es del marido, deben correr ellos con la prueba de la filiación. En cambio, por la acción de impugnación de la paternidad el marido señala que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no puede ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen (BORDA, p. 21).

En cuanto a las causales de contestación (impugnación) de paternidad se refiere, en el inciso 2 del artículo 363 se considera el supuesto de que sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que el marido haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos



anteriores al del nacimiento del hijo, en cuyo caso la prueba estará dirigida a acreditar las circunstancias que imposibilitaron la cohabitación con su mujer, como la ausencia, la privación de libertad, la enfermedad, un accidente, la separación de hecho, etc.

Por otro lado, en el caso del inciso 4 del artículo 363 que trata sobre la impotencia absoluta, la prueba estará referida a la impotencia que existió, cuando menos, durante el período de la concepción del hijo.

Y finalmente tenemos el inciso 5 del acotado artículo 363, que incorpora la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igualo mayor grado de certeza que demuestren que no existe vínculo parental; aquí el marido ofrecerá la prueba del ADN o cualquier otra prueba de validez científica que la ciencia proporcione con el fin de establecer si hay filiación biológica del hijo de la mujer casada con el marido impugnante. Este medio de prueba podrá ser ofrecido para sustentar la demanda de contestación de paternidad, en cualquiera de los supuestos que contienen los cuatro incisos del indicado artículo 363, por medio de los cuales se pretende enervar el principio "pater is est".

Veamos, a continuación, los supuestos relativos a la negación de paternidad; así, en relación a la prueba a presentar en el caso del inciso 1 del artículo 363: cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, en este caso, el marido solo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; así se podrá acreditar que la concepción del hijo ocurrió antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio. Correspondiéndole a la madre acreditar que el marido antes del matrimonio tuvo conocimiento de su embarazo o que admitió expresa o tácitamente al hijo como suyo.

Y en el inciso 3 del citado artículo 363 se prevé el supuesto en que el marido se encuentra judicialmente separado durante el período en que se produjo la concepción del hijo, entonces al marido le corresponderá presentar la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento, de ese modo, la prueba buscará acreditar que la concepción se produjo cuando ambos se encontraban separados judicialmente. Aquí, la cónyuge podrá desvirtuar la alegación de su marido, acreditando la cohabitación sostenida con el impugnante en la época de la concepción del hijo o que se llegaron a reconciliar luego de la resolución de separación judicial, o que el marido llegó a tener conocimiento de su embarazo o que admitió expresa o tácitamente que el hijo era suyo, o que el hijo ha muerto.

## **DOCTRINA**

BELLUSCIO, Augusto. Manual de derecho de familia. Tomo II. 3ra edición actualizada. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979; BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11. 8va edición. Perrot. Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Manual de Derecho de Familia. 4- edición. Astrea. Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho

familiar peruano. 1.ª edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Vol. IV. 7.ª edición revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid, 1998; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2.ª edición. Idemsa. Lima, 1996; REVOREDO, Delia (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Tomo IV. Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 3.ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD**

### **ARTICULO 371**

La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo.

#### **CONCORDANCIAS:**

C.P. arto 144  
C.C. arts. 2, 372  
D.LEG. 052 arts. 85 inc. 5), 89 inc. 1)

#### **Comentario**

***Carola Bustamante Rosales***

La norma bajo comentario establece que los supuestos por los cuales la maternidad puede ser impugnada son los siguientes: i) parto supuesto o, ii) suplantación del hijo. En ambos casos el hijo no es de la mujer que aparece como madre.

El primer caso, el de parto supuesto, se presenta cuando la presunta madre no ha dado a luz al hijo y pese a ello se realiza la inscripción de la criatura como si fuera hijo suyo sobre la base del Certificado de Nacimiento Vivo.

Por su parte, la suplantación o sustitución del hijo se presenta cuando habiendo dado a luz la mujer, se anota como propio, no el hijo que ha tenido sino otro (ZANNONI). Este autor indica que pueden existir diversos motivos por los cuales se recurre a la suplantación o sustitución del hijo, como por ejemplo cuando el verdadero hijo ha nacido muerto y ha sido sustituido por otra criatura que se ha anotado como hijo propio, o cuando se produce una confusión en el establecimiento médico donde han nacido las criaturas.

El nacimiento de un niño debe quedar registrado en el Certificado de Nacimiento Vivo, el cual constituye la prueba documental que determina la maternidad matrimonial o extramatrimonial. En dicho documento debe constar la identificación dactilar de la madre y la identificación pelmatoscópica del recién nacido, para seguidamente presentarlo ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la municipalidad que corresponda, donde se expide la Partida de Nacimiento con los mismos datos indicados en el Certificado de Nacimiento Vivo. En caso de que por algún motivo no se obtuviera dicho certificado, la madre deberá acercarse directamente al registro antes indicado.

Siendo el tema sumamente delicado es pertinente señalar lo que la Exposición de Motivos de nuestro Código Civil señala respecto de la acción impugnatoria de maternidad: "la contestación de la maternidad debe considerarse como la más importante de las acciones posibles contra la filiación matrimonial, pues puede involucrar a todos: faltando el vínculo con la madre, debe faltar también

el vínculo con el padre; y de faltar estos dos vínculos ha de faltar también el de la legitimidad; todo lo cual sugiere que también falta la identidad entre el sujeto de la filiación y el sujeto del alumbramiento".

Aun cuando la norma que se comenta únicamente señala los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo, como supuestos de la impugnación de maternidad, se debe tener en cuenta que la fecundación extracorporal también podría dar lugar a esta acción, por lo que conviene analizar el caso que se deriva de la implantación del óvulo ajeno en útero donde transcurre el embarazo.

En dicho supuesto, el embrión de una pareja puede ser transferido al útero de otra mujer, debido a la imposibilidad o dificultad que sufre la madre biológica para llevar a buen término el embarazo. Esto origina la inevitable distinción entre la madre biológica y la madre portadora (o subrogante) (BOSSERT y ZANNONI).

Ante dicha situación, resultaría posible que la madre biológica (la mujer a quien pertenece el óvulo fecundado) impugne la maternidad, planteando una demanda contra la mujer que dio a luz; sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico esta situación aún no ha sido regulada.

Conviene precisar que los supuestos que la norma comentada contempla: parto presunto y suplantación del hijo, constituyen además ilícitos penales contemplados en los artículos 144 y 145 del Código Penal, referidos a los delitos contra el estado civil. Por el primero, se sanciona a la mujer que finge embarazo o parto y también al médico u obstetra que coopere con aquella en la ejecución del delito; mientras que en el segundo, se castiga a quien sustituye al menor por otro.

## **DOCTRINA**

BOSSERT Gustavo y ZANNONI Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Si! edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 2000; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 8! edición. Librería Studium. Lima, 1991; EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO CIVIL; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 1! edición. Idemsa. Lima, 1993; PLÁCI DO V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque al estudio del Derecho de Familia. 2! edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2002; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 1/. 3! edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **PLAZO PARA IMPUGNAR LA MATERNIDAD**

### **ARTICULO 372**

La acción se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre. Sus herederos o ascendientes solo pueden continuar el juicio si aquélla lo dejó iniciado. La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciere como el padre.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 374, 407, 423 inc. 6), 660

### **Comentario**

***Carola Bustamante Rosales***

Esta norma de carácter procesal establece el plazo para interponer la acción de impugnación de maternidad, señala a quién corresponde la legitimidad para obrar y además indica contra quién se dirige la misma.

La titular de la acción debe demostrar que el Certificado de Nacimiento Vivo es falso, o que el verdadero hijo fue sustituido por otro, para lo cual puede valerse de cualquiera de los medios probatorios que permite nuestro ordenamiento procesal. Asimismo, en virtud del artículo 1 de la Ley N° 27048, en los procesos de impugnación de maternidad también son procedentes la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igualo mayor grado de certeza.

#### **1. Plazo para interponer la acción**

La norma dispone que la maternidad puede ser impugnada dentro del plazo de 90 días contados desde el día siguiente al descubrimiento del fraude, entendiéndose por tal al parto supuesto o la suplantación del hijo.

Tratándose de un plazo de caducidad, por el cual se extingue tanto el derecho como la acción, no se admite interrupción ni suspensión, salvo que no sea posible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

#### **2. Legitimidad para obrar**

De acuerdo con la norma, la legitimidad para obrar en la acción de impugnación de maternidad únicamente corresponde a la presunta madre, quien es la titular de la acción. Asimismo, la norma prevé que los herederos o ascendientes de aquella -la presunta madre- solo pueden continuar el juicio ya iniciado; en tal caso, se estará frente a uno de los supuestos de la sucesión procesal, contemplado en el numeral 1 ) del artículo 108 del Código Procesal Civil.

Sin embargo, resulta ilustrativa la opinión de CORNEJO CHÁVEZ, para quien la acción impugnatoria de maternidad también la puede interponer, además de la madre supuesta, el marido de ésta, los verdaderos padres del hijo, el propio

hijo (sería un repudio de la filiación legítima) y cualquiera que tenga interés en establecer la verdad.

Por su parte, la doctrina argentina advierte que los motivos por los cuales se impugna la maternidad pueden ser morales o económicos, por cuestiones de herencia, o porque simplemente los parientes se oponen a que usurpen el apellido familiar porque realmente no pertenecen a la familia, lo que implica que se admite la posibilidad de que otras personas, además de la presunta madre, puedan interponer la acción (ZANNONI).

Al limitar la posibilidad de interponer la acción impugnatoria de maternidad únicamente a la presunta madre, la norma bajo comentario restringe la posibilidad de que otras personas, con legítimo interés económico o moral, puedan interponer dicha acción. Ciertamente, resulta difícil que sea la madre quien interponga esta acción en caso de que ella haya participado directamente en el parto presunto o en la sustitución del hijo, pues dichas conductas se encuentran tipificadas en los artículos 144 y 145 del Código Penal. En esos casos, debería quedar abierta la posibilidad de que cualquier persona, con legítimo interés económico o moral, plantee la acción para poder establecer la verdadera identidad del hijo y que lo haga contra la supuesta madre.

### 3. Personas contra las que se dirige la acción

De conformidad con la norma, la acción impugnatoria de maternidad debe ser interpuesta contra el hijo y, de ser el caso, contra quien aparezca como padre. En este último caso estaremos ante lo que nuestro ordenamiento procesal civil conoce como litisconsorcio pasivo.

En caso de que la acción sea interpuesta únicamente contra el hijo, éste debe ser representado por un curador especial, de conformidad con el numeral 1 ) del artículo 606 del Código Civil en tanto los intereses de la accionante son distintos de los del hijo.

### 4. Nota final

De acuerdo con el comentario de VARSÍ ROSPIGLIOSI al artículo 400 del Código Civil (publicado en esta misma edición) y tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, la aplicación del plazo de caducidad a que se contrae este artículo implica la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho a la filiación y el derecho a gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico; derechos estos contemplados en el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto Civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

## **DOCTRINA**

BOSSERT Gustavo y ZANNONI Eduardo. Manual de Derecho de Familia. 51 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 2000; CORNEJO

CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 81 edición. Librería Studium. Lima, 1991; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 11 edición. Idemsa. Lima, 1993; PLÁCIDO V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque al estudio del Derecho de Familia. 21 edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2002; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 31 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## ACCIÓN DE FILIACIÓN

### ARTICULO 373

El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 373, 374, 423 inc. 6; 455, 526, 527, 568 Y 660

### Comentario

*Emilia Bustamante Oyague*

El carácter matrimonial deriva del matrimonio de los progenitores. Donde la presunción *pater is est quem nupciae demostrant* actúa en un primer momento para determinar, mediante una presunción, que padre es el marido de la madre; y en un segundo momento -e indirectamente, por la naturaleza de la relación y el contenido de la propia presunción- sirve para calificar como matrimonial tal filiación (ROCA I TRÍAS, p. 294).

Para la filiación matrimonial, lo que importa no es que el hijo haya sido engendrado, y ni siquiera nacido del matrimonio de sus padres, sino que éstos se hayan casado, dando lo mismo que el matrimonio haya tenido lugar antes de haber tenido al hijo que después de ello. Así, el proceder del matrimonio de los padres hace matrimonial al hijo, pero también lo hace matrimonial el matrimonio posterior o subsiguiente de los padres. Se tienen, pues, dos casos de hijos matrimoniales: a) los hijos matrimoniales de origen o, al menos, desde antes de nacer; y b) los hijos que alcanzan el carácter de matrimoniales después de nacidos (CORNEJO CHÁVEZ, p. 361).

Según este artículo 373, es facultad del hijo pedir se declare su filiación matrimonial. Es, por tanto, una acción que permite al accionante que el órgano jurisdiccional le reconozca el goce de la filiación matrimonial con relación a personas determinadas (PERALTA, p. 290).

La acción de filiación estará dirigida contra ambos padres (padre y madre) o contra los herederos de éstos.

La doctrina nacional concuerda en que la acción de filiación matrimonial reconocida en esta norma opera cuando el hijo no tiene esa filiación respecto de sus padres, ya sea porque no tiene título ni la posesión de estado de hijo matrimonial, o cuando falta alguno de estos elementos, ya sea porque tiene título pero no la posesión de estado o tiene ésta pero no el título; y cuando aparezca como hijo extramatrimonial de ambos padres.

De acuerdo con la teoría clásica, para que haya posesión de estado deben encontrarse reunidos los tres elementos siguientes: *nomen*, *tractatus*, y *fama*. El *nomen* es el uso del apellido familiar; *tractatus* es el trato público como hijo,



esposo, etc., y fama es haber sido considerado como tal por la familia o la sociedad. Señala BORDA que, de estos elementos, el más importante es el trato, así basta con acreditar que padre e hijo se daban recíprocamente ese tratamiento para que se dé por admitido el hecho de la posesión de estado, aunque el hijo no llevara el apellido paterno, y aunque no hubiera trascendido públicamente la filiación. En suma, el juez tiene amplia libertad para apreciar los elementos aportados por las partes, sin necesidad de ajustarse a ningún rigorismo formal (BORDA, p. 59).

En cambio, el título de estado de hijo matrimonial estará acreditado con las partidas de nacimiento del hijo corroborado con la partida de matrimonio de los padres, o por cualquier instrumento público donde conste que el padre haya admitido al hijo como suyo, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 366 ya comentado

Según la norma bajo comentario, el titular de la acción de filiación es el propio hijo, ya que es el principal interesado en ejercerla. Si el hijo es mayor de edad, entonces él interpondrá directamente la acción, pero si fuere menor de edad o incapaz, entonces la acción se dirigirá por su representante legal -tutor o curadar-, según sea el caso, precisándose que si el hijo es menor de edad y tiene capacidad de discernimiento puede ejercer sus derechos estrictamente personales sin intervención del tutor, en aplicación concordada con los artículos 423 inc. 6; 526, 527, 568 Y 455, respectivamente.

Además se le concede la naturaleza de imprescriptibilidad a la acción de filiación matrimonial, pues es el propósito del Código Civil favorecer la determinación de la filiación, reconociéndose así el derecho de los hijos al establecimiento de su origen, a diferencia de la acción de contestación de paternidad que tiene plazos determinados para su interposición (artículos 373 y 374 in fine).

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomo /I. 8ª edición. Perrot. Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Manual de Derecho de Familia. 4ª edición. Astrea. Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 10ª edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones. Vol. IV. 71 edición revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid, 1998; MÉNDEZ COSTA, María Josefa y Daniel Hugo D'ANTONIO. Derecho de Familia. Tomo /I. Rubinzal Culzoni editores. Santa Fe, 1990; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996; ROCA I TRÍAS, E. (Coord.). Derecho de Familia. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997; SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Régimen de Personas. Tomo „ 7ª edición. Temis. Santa Fé de Bogotá, 1998; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11.3ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"El reconocimiento de un hijo como natural por los presuntos padres, que antes o después del reconocimiento contraen matrimonio, reviste al hijo del concepto y consideración de legítimo para todos los efectos legales atribuidos a estos hijos, sin que, supuesto tal reconocimiento, haya en nuestras leyes antiguas ni modernas precepto que autorice en perjuicio de aquél, rectificación alguna arbitraria de semejante reconocimiento",  
(Diez-Picaza, Luis, Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, Volumen 111, p. 139)

## TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE FILIACIÓN

### ARTICULO 374

La acción pasa a los herederos del hijo:

- 1.- Si éste murió antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda.
- 2.- Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado.
- 3.- Si el hijo dejó iniciado el juicio.

En el caso de los dos primeros incisos, los herederos tendrán dos años de plazo para interponer la acción.

### CONCORDANCIA:

C.C. atto 660

### Comentario

*Emilia Bustamante Oyague*

Las acciones de filiación presentan un específico intuito persona e en relación con el demandante, y por ello es una acción personal. Por regla general no se transmiten en la herencia del titular las que éste no hubiera ejercido en vida (DÍEZ PICAZO, p. 276).

En el presente artículo se prevé que la acción de filiación pase a los herederos del hijo en tres supuestos concretos: 1) si el hijo, titular de la acción, murió antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda; 2) o si devino en incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado; y 3) o cuando el hijo hubiera dejado iniciado el proceso de filiación matrimonial. Si en cambio el hijo muere después de cumplidos los veintitrés años de edad y siendo capaz, nadie podrá ya intentar la acción de filiación. Así, opera la presunción de la ley juris et de jure, entendiéndose que el silencio del hijo significó una renuncia tácita de su derecho o que no intentó la acción por estar convencido de no ser hijo matrimonial de los posibles demandados (CORNEJO CHÁVEZ, p. 392).

De acuerdo con esta norma, en los dos primeros casos, incisos 1 y 2, los herederos tendrán dos años de plazo para interponer la acción de filiación. Ello porque, según señala BORDA, en el caso de acción de filiación del hijo transmitida a sus herederos, a diferencia de la acción intentada por el hijo, ésta tiene un Plazo de caducidad breve, lo que se justifica para no dejar en duda la filiación por un tiempo indefinido (BORDA, p. 69).

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11. 81 edición. Perrot. Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Manual de Derecho de Familia. 41 edición. Astrea. Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 10. edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones. Vol. IV. 71 edición revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid, 1998; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996.

## **MEDIOS PROBATORIOS DE LA FILIACIÓN**

### **ARTICULO 375**

La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del artículo 366, inciso 2, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363.

A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 269, 270, 271, 272, 273, 363, 366  
C.P.C. arts. 188 y ss.

### **Comentario**

***Emilia Bustamante Oyague***

Cuando el hijo emplaza a sus padres la acción de filiación matrimonial, los medios probatorios de su status deben estar, en primer lugar, dirigidos a acreditar el matrimonio de sus padres y la vigencia de la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, para lo cual basta con la presentación de los certificados de la partida de matrimonio civil de aquellos así como su propia partida de nacimiento.

En el caso de que el padre hubiera admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo (artículo 366, inc. 2) será necesaria la presentación de un instrumento público que lo sustente, en virtud al principio de prueba escrita que consagra esta disposición.

Otro medio probatorio de la filiación lo constituye la presentación de la sentencia que desestime la demanda en los casos de los procesos de contestación de la paternidad previstos en el artículo 363.

Ante la falta de los indicados medios probatorios, se estima que la filiación matrimonial quedará acreditada con la sentencia obtenida en el proceso en que se hubiera demostrado la posesión constante de estado de hijo matrimonial.

En todo caso, se deja abierta la probanza a cualquier medio probatorio, siempre y cuando exista un principio de prueba escrita que provenga de alguno de los padres. En este punto, debe dejarse anotado que, entre los medios probatorios a ofrecer y actuar, se encuentran las pruebas científicas, las cuales han sido comprendidas expresamente en el artículo 363, cuando se regula la acción de contestación de paternidad (negación e impugnación de paternidad), así como por el artículo 193 del Código Procesal Civil que considera a las pruebas científicas como medios probatorios atípicos, los cuales se actuarán y

apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

Por consiguiente la sentencia que declare la filiación en favor del hijo matrimonial demandante, tendrá la calidad de prueba de filiación frente a terceros, inclusive fuera de proceso y en las relaciones propias de su vida jurídica: esa sentencia hará, entonces, las veces de partida de nacimiento, sin perjuicio de que, en su caso, ésta pueda también extenderse (CORNEJO CHÁVEZ, p. 394).

## **DOCTRINA**

BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11. 81 edición. Perrot. Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Manual de Derecho de Familia. 41 edición. Astrea. Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 101 edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones. Vol. IV. 71 edición revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid, 1998; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 21 edición. Idemsa. Lima, 1996; SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Régimen de Personas. Tomo I. 71 edición. Temis. Santa Fé de Bogotá, 1998; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 31 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.

## **INIMPUGNABILIDAD DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL**

### **ARTICULO 376**

Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 269, 272

C.P.C. arto 426 inc. 1

### **Comentario**

***Emilia Bustamante Oyague***

El legislador establece que ante la conjunción de la posesión constante del estado de hijo matrimonial y el título demostrativo que lo dan las partidas de matrimonio de los padres y su partida de nacimiento, entonces, la filiación matrimonial adquiere tal solidez que, por mandato de la ley, resulta inimpugnable. Para que haya posesión de estado, la teoría clásica señaló que deben encontrarse reunidos los tres elementos siguientes: nomen, tractatus, y fama. El nomen es el uso del apellido familiar; tractatus es el trato público como hijo, esposo, etc., y fama es haber sido considerado como tal por la familia o la sociedad. De estos elementos se ha destacado como el más importante al trato, de modo que es suficiente con probar que entre padre e hijo se daba recíprocamente el trato paterno-filial entre ambos, para que se entienda como acreditada la posesión de estado.

La disposición normativa reconoce y le da validez a una situación incuestionable: el trato constante y recíproco de un padre a un hijo, y viceversa, y que está además apoyado en los respectivos títulos. Siempre y cuando el título no sea falso o erróneo, pues la falsificación del título siempre puede ser invocada sin que la ley lo tenga que mencionar expresamente (CORNEJO CHÁVEZ, p. 394).

Con esta disposición se faculta al juez a declarar inadmisibles cualquier acción que pretenda variar o modificar la filiación matrimonial que reúna la acreditación de la posesión constante del estado de hijo matrimonial. Posesión de padre-hijo que ha trascendido a la sociedad, la cual es testigo del trato que ambos han puesto de manifiesto, conducta que se ha visto corroborada con los respectivos títulos ya sean éstos partidas de nacimiento de los hijos y partidas de matrimonio de los padres. De este modo, se fortalece la filiación matrimonial, impidiéndole cualquier forma de cuestionamiento a dicho status jurídico, que es la expresión del comportamiento de los padres e hijos como tales aunado a ello el título de los hijos (partidas de nacimiento) y de los padres (partida de matrimonio civil). En este caso, la filiación matrimonial no puede ser impugnada, ni por los padres ni por los hijos.

## **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 1 Oí! edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 2í1 edición. Idemsa. Lima, 1996; ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. 3í1 edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1998.



# CAPÍTULO SEGUNDO

## ADOPCIÓN

### DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN

#### ARTICULO 377

Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 22, 238, 816
C.P.C.	arts. 749 ¶ne. 3),781
C.N.A.	arto 115 y ss.
LEY 26497	arto 44 ¶ne. o)
LEY 26662	arts. 1 inc. 2), 21, 22, 23
D.S. 015-98-PCM	arto 3 inc. v)

#### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

La doctrina y legislación tradicional conocieron a esta institución como el prohijamiento (Código de 1852).

La adopción es una institución tutelar del Derecho de Familia mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con ella. De esta manera, la ley crea una relación paterno filial plena respecto del adoptante (padre y madre) y el adoptado (hijo), quien deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser parte de su nueva familia con todos los derechos que como hijo le corresponden, tales como al nombre, alimentos, herencia y los derivados de ellos. Y es que la adopción emplaza al adoptado en el estado de familia de hijo. En este caso la familia queda estatuida por la ley.

Según el artículo 238 del Código Civil la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de la institución. Dicha norma está en estrecha concordancia con el artículo en comentario ya que, en efecto, si mediante la adopción el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea para entroncarse en la familia del adoptante, esto implica el establecimiento de una filiación legal, de allí que se le conozca también como filiación por asimilación (BARBERO). Esto indica que la adopción establece el surgimiento de un parentesco creado por la ley. Mediante la adopción se instituye (entiéndase) se crea, una relación paternofilial entre personas que no la tienen por naturaleza - criterio seguido por el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 115)-. En

este caso el presupuesto necesario para que surja el vínculo jurídico no se encuentra en la naturaleza sino en la ley (ROSSEL). Se disocia, en otras palabras, el presupuesto biológico de la filiación para atribuir el vínculo jurídico (ZANNONI).

Uno de los caracteres que se ha mantenido estable durante el correr de los siglos es el de crear un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas biológicamente (MEDINA) situación que se desplaza, y por qué no decirlo, trasciende a los demás miembros de la familia. Esto implica que exista, a su vez, una equiparación de los hijos de sangre con los adoptivos lo que es una verdadera desbiologización de la paternidad (THEODORO). Como considera el Proyecto de Código Civil argentino (Capítulo IV. Parentesco por adopción) en la adopción plena, el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo del adoptante con los parientes de éste (artículo 613). Asimismo, el Código Civil de Québec menciona expresamente que "la adopción crea los mismos derechos y obligaciones que la filiación sanguínea. El adoptado deja de pertenecer a su familia sanguínea, pero sigue sujeta a la misma para efectos de los impedimentos matrimoniales" (artículo 577), "adopción crea los mismos derechos y obligaciones que la filiación sanguínea. La corte puede, de acuerdo a las circunstancias, permitir el matrimonio en la línea colateral entre la persona adoptada ~un miembro de su familia adoptiva" (artículo 578) y "cuando la adopción es concedida, los efectos de la filiación precedente cesan; el tutor, si hubiere, pierde sus derechos y es removido de sus deberes respecto a la persona adoptada, quedando a salvo la obligación de rendir cuentas. No obstante lo anterior, la adopción por parte de una persona, del hijo de su cónyuge o concubina no disuelve los lazos de filiación entre el niño y su padre o madre (artículo 579). Por su parte el Código Civil de Brasil indica que el parentesco resultante de la adopción es de orden civil (artículo 336).

A nivel mundial los índices de adopción son variables. Así tenemos que Estados Unidos ocupa el primer lugar de los llamados "países de acogida": 13,621 niños fueron adoptados en 1997 por padres norteamericanos, dos veces más que en 1977, según las cifras oficiales. Esos niños nacieron en Rusia (3,816), China (3,597), Corea del Sur (1,654), Guatemala (788) y Rumania (621), por citar solo principales países. Francia se encuentra en segundo lugar. Cerca de 3,528 niños, originarios de setenta países, fueron adoptados por padres franceses en 1997. En 1979, solo fueron acogidos 971 niños procedentes de diez países. Actualmente cerca de la mitad de los niños adoptados en Francia provienen de Vietnam, seguido por Colombia, Madagascar, Rusia, Brasil, Guatemala, Rumania, Bulgaria y Etiopía. La geografía de la adopción internacional varía enormemente, a veces de un año para otro. Corea del Sur (66% de las adopciones internacionales francesas en 1979), por ejemplo, limitó considerablemente la adopción internacional desde los Juegos Olímpicos de Seúl, en 1988. Como en la India y China, los candidatos a padres adoptivos deben actuar obligatoriamente a través de un organismo reconocido. En China, donde la adopción internacional empezó solo en 1991, por el contrario, las condiciones exigidas se han hecho menos estrictas a fin de aliviar a los orfanatos abarrotados de niñas, desde que los chinos solo tienen derechos a un niño en las ciudades y dos en el campo. Numerosos huérfanos rumanos fueron adoptados tras la caída de Ceausescu,

pero después el país impuso procedimientos sumamente rigurosos. En la mayoría de los países donde impera el Derecho musulmán, la adopción es imposible tanto por los nacionales como por los extranjeros (UNESCO, febrero 1999).

La adopción ha pasado por un proceso de adecuación y modernización. Actualmente la adopción está pensada en beneficio de la niñez abandonada o en peligro material o moral, dejándose de lado la idea de que la adopción es una institución dirigida solo a dar al adoptante un heredero forzoso o legitimario o a perpetuar su apellido (ZANNONI).

Sería conveniente establecer de manera expresa que los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí, conforme lo establece la legislación argentina (artículo 20, Ley 19134). Al respecto, se aclara que entre ellos se origina un vínculo que, aunque sujeto a las vicisitudes de la adopción misma, se asimila integralmente al parentesco colateral consanguíneo de igual grado (ZANNONI).

Al afirmarse que la adopción confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen se colige su naturaleza emplazatoria-desplazatoria que, respecto del estado de familia, asume la sentencia que acuerda la adopción (ZANNONI).

Cuando el Código dice "adquiere la calidad de hijo" quiere decir que ella genera toda una gama de relaciones jurídicas familiares, como son:

1. Derecho al nombre.
2. Vocación hereditaria.
3. Derecho y obligación alimentaria.
4. Impedimentos matrimoniales.
5. La patria potestad corresponde al adoptante y si fuese adoptado por cónyuges su ejercicio corresponde a ambos.

En cuanto a la determinación del nombre el artículo 22 del nuestro Código indica que "el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes", al respecto el Código Civil de Québec indica que "La orden de posicionamiento confiere el ejercicio de la autoridad de paternidad en el adoptante y permite al niño ejercitar sus derechos civiles bajo un apellido y nombres elegidos por el adoptante, que serán inscritos en ese mismo orden" (artículo 569). Pero existe una norma singular en cuanto a la composición del nombre que refiere que "la Corte asigna a la persona adoptada un apellido y nombre escogido por el adoptante, a menos de que exista un requerimiento del adoptado. Éste le permite mantener su apellido original y sus nombres anteriores" (artículo 576).

## **DOCTRINA**

BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho privado. Tomo II. EJEA. Buenos Aires, 1967; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6ª edición. librería Studium. Lima, 1987; MEDINA, Graciela. La adopción. Tomo 1. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires, 1998; ROSSEL SAAVEDRA,

Enrique. Manual de Derecho de Familia. 5ª edición. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1986; THEDORO JUNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. En: Revista dos tribunais. Año 79. Diciembre 1990. Vol. 662. Adopción: entre amor y tráfico. En: El Correo de la UNESCO. Febrero, 1999; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. 2ª edición. Astrea. Buenos Aires, 1989.

## **PLENO JURISDICCIONAL**

### **PLENO JURISDICCIONAL 1997: ACUERDO N° 2: ADOPCIÓN**

¿Cuál es el juez competente para conocer de las adopciones civiles en los casos de peruanos que tuvieron guarda prolongada?

En los distritos judiciales con mayor población y con varios Juzgados de la especialidad, se venían suscitando interpretaciones contradictorias respecto a la competencia que establecen las normas del Código de los Niños y Adolescentes en materia de adopción por excepción. Así por ejemplo algunos Juzgados que tuvieron a su cargo la investigación tutelar a favor de un niño que fue luego dado en colocación familiar -o en guarda con el anterior Código de Menores- han considerado que les corresponde la tramitación dentro del mismo cuaderno, de la solicitud de adopción que en fecha posterior han planteado los guardadores o los beneficiados con la colocación acogiéndose a los casos de excepción especificados en el artículo 145 del Código de los Niños y Adolescentes.

Otros por el contrario, a pesar de haber tramitado la investigación tutelar y teniendo los antecedentes del caso, se inhiben de su conocimiento y lo han transferido a otra Judicatura pues a su criterio, tratándose de una demanda nueva en vía civil, no necesariamente corresponde a su despacho darle trámite, sino que puede ser materia de la distribución aleatoria que como cualquier otra demanda, se realiza entre los Juzgados que atienden carga de contenido civil.

Si en un caso determinado el niño hubiera sido materia de una declaración de estado de abandono, pero los guardadores deciden iniciar una acción civil acogiéndose a los casos de excepción: ¿debe el juez de la investigación tutelar inicial continuar con el trámite de adopción en el mismo cuaderno o por el contrario debe remitirlo al juez que con competencia civil, debe tramitarla como una nueva demanda?

No resulta extraño haber introducido en el diálogo en cuanto a este tema, algunos casos que se han suscitado con las adopciones encaminadas por la Secretaría Técnica de Adopciones a cargo del PROMUDEH en la fecha, y antes del Ministerio de la Presidencia. Así, todos conocemos que aún son muchos los distritos judiciales en los cuales, a pesar de la cercanía -Junín por ejemplo- todavía no se cuenta con un nexo eficaz con dicha Secretaría, entonces es importante conocer de las necesidades de poblaciones como la mencionada, en las cuales existe un índice alto de niños desatendidos por sus familiares, que pululan en las calles arriesgando su propia integridad.

Efectivamente es en estos casos que el área tutelar de competencia del Juzgado de Familia adquiere una sensibilidad especial y a pesar de los esfuerzos del juez, no puede enfocar una solución solo desde el punto de vista jurídico sino también resulta imprescindible la participación de los demás entes estatales y privados, pues se trata de un problema social que debe ser atendido de manera integral.

Por mayoría de 38 votos se acordó que la adopción civil es independiente de la investigación tutelar y, por lo tanto, el juez de familia en lo civil es competente para conocer de las solicitudes de adopción.

Una posición en minoría de 4 votos sostuvo que el juez tutelar que tuvo a su cargo la investigación tutelar es competente para conocer de las adopciones civiles.

(1 Pleno Jurisdiccional, Acuerdo Ng 2, Iea, 1997)

## REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN

### ARTICULO 378

Para la adopción se requiere:

- 1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.
  - 2.- Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
  - 3.- Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.
  - 4.- Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
  - 5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
  - 6.- Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
  - 7.- Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales. (\*)
- (\*) Texto del inciso según modificatoria introducida por la Ley 26981 de 3-10-98.
- 8.- Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 238, 382, 816, 2087  
C.P.C. arto 782  
C.N.A. arts. 115, 117, 129, 130, 248

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

Como institución tutelar la adopción requiere de condiciones típicas para su eficacia.

La validez de este acto jurídico familiar exige el cumplimiento de ciertos requisitos especiales e indispensables que se encuentran establecidos por la ley. Estos requerimientos para realizar la adopción vienen a ser los elementos necesarios que deben cumplirse a efectos de crear el vínculo legal y el origen jurídico de este tipo de filiación. Como tales, estos requisitos están en concordancia con los fines ~ de la adopción (MEDINA), esto es:

- Protección de la niñez abandonada.
- Dar hijos a quien no los tiene, integrar una familia.
- Legitimar una situación de hecho, entre otros.

#### a) Inciso 1

La solvencia moral se explica por obvias razones, ya que la adopción busca proveer al adoptado de un clima familiar adecuado a su formación por la existencia de los indispensables valores éticos, es por ello que se evita el prohijamiento de personas dedicadas a la delincuencia, vicio o vagancia

(CORNEJO CHÁVEZ). Este requisito no es tan sencillo de probar pues no bastan los certificados de antecedentes penales, judiciales o de buena conducta sino que es fundamental demostrar que la vida llevada por el futuro adoptante ha sido adecuada y que puede ofrecer al adoptado la esencia y trascendencia de las relaciones humanas. Es que la adopción procura la formación material y moral de seres humanos que sean útiles para sí y para los demás; de allí que el menor debe recibir una formación moral, y la moral no se enseña solamente con palabras sino con el ejemplo vivo y constante (MEDINA).

El objeto de la norma es brindar una herramienta al juzgador para denegar el pedido de adopción de un menor, cuando considere que el o los adoptantes no son idóneos para asumir el rol de padres (MEDINA).

Esta norma está en relación con el artículo 12 del D.S. N° 001-99-PROMUDEH (4/2/1999) que es el reglamento de la Ley N° 26981 (31/10/1998) referida al procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, cuando refiere que para ser aceptados como adoptantes los solicitantes deben tener las siguientes aptitudes: d) Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal y e) Aptitudes, valores y sentimientos positivos hacia niñas, niños y adolescentes.

b) Inciso 2

De la adopción se ha dicho siempre que *naturam imitat* (DÍEZ-PICAZO) en el sentido de que mediante esta institución buscamos imitar a la naturaleza (*adopti enim naturam imitatur*). Lo que se tiene en miras al otorgar la adopción es generar un vínculo familiar que se parezca lo más posible al biológico (MEDINA).

Se puede ser padre a partir de cierta edad y resultaría monstruoso y antinatural que el hijo sea mayor que su propio padre. Ordinariamente no se es padre o madre antes de cierta edad, lo que significa que entre el progenitor y procreado hay una cierta diferencia de años por lo menos (CORNEJO CHÁVEZ).

La esencia original de la filiación es el vínculo biológico y la excepción a esta regla es la adopción, por esta razón la ley impone condiciones que, de alguna manera, pretenden asimilar el vínculo adoptivo al derivado de la descendencia biológica. La diferencia de edad que exige la ley necesaria para proteger la esencia misma de la institución, cual es la creación de lazos de filiación entre adoptante y adoptado, los que difícilmente surgirían sin la diferencia de edad.

Asimismo, se busca lograr la aptitud dialéctica paterno-filial que no puede ni debe confundirse con la fraternal. La patria potestad encuentra en la diferencia de edad entre padre e hijo, impuesta en lo biológico por la naturaleza misma, las posibilidades de ejercerse con madurez afectiva y humana (ZANNONI).

La fórmula utilizada por el Código es algo confusa y pudo, por cierto, haber sido más directa en su redacción, por ejemplo: establecer que entre el adoptante y el adoptado debe haber al menos 18 años de diferencia en la edad (tal como establece en el Código Civil de Québec). Pero se prefirió la indicada en el texto de la norma para no tener que cambiar el artículo cuando se modifique la edad

para adquirir la mayoría (como ocurrió luego) (CORNEJO CHÁVEZ). Algunas legislaciones no establecen esta ecuación y solo limitan la edad en relación a la falta de procreación. Donde sí existe coincidencia en el Derecho comparado es en establecer una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado. Una cosa curiosa es la contenida en el Código de Venezuela, que establece que el adoptante, si es varón, ha de tener por lo menos 18 años más que el adoptado, y 15 si es hembra (artículo 246). Por su parte el Código Civil de Brasil establece que el adoptante tiene que ser, por lo menos, 16 años más viejo que el adoptado (artículo 1619).

Hay legislaciones que ponen una edad mínima, caso de nuestro Código del 36 que establecía 50 años. El Código Civil español y el chileno requieren séi mayor de 25 años, el Código de Familia boliviano pide 40 años y también el Código Civil de Chile (para la adopción general) y el de Venezuela, mientras que en Argentina (tanto en su Código Civil como el Proyecto de Código) se requiere los 30 años así como también en Ecuador y en Italia. En el Derecho español la edad entre adoptante y adoptado debe diferenciarse en 14 años, situación similar en Puerto Rico y en Ecuador. El Código Civil chileno requiere una diferencia de 15 años (y 20 para la adopción plena) y en el sistema Federal de México es de 17 años así también en Portugal. Algunas legislaciones como la de Portugal determinan la edad del adoptante en base a su estado civil, es decir si es casado (25 años) y si es soltero (50 años).

La ley no estipula una edad máxima, solo una mínima, situación que sí es contemplada en el Código Civil chileno que establece que el adoptado tiene que ser menor de 60 años. Pero téngase en cuenta que no puede permitirse que los adoptantes aparenten físicamente ser abuelos, esto queda al criterio discrecional del juez o del funcionario que autoriza la adopción. Así como podría ser inconveniente una corta diferencia de edad, también podría serlo una excesiva diferencia, la amplia brecha generacional existente entre ambos, porque si el adoptante fuera una persona de elevada edad, se correría el riesgo de que a una corta edad del "menor su madre o padre adoptivo falleciera (MEDINA).

La jurisprudencia argentina ha llegado a determinar que "la pronunciada diferencia de edad entre adoptante y adoptado (en el caso, 53 años y 3 años y medio) es, en principio, inconveniente para conceder la adopción. Sin embargo, habiéndose demostrado que la aspirante a la adopción trata a la menor con todo cariño y demás circunstancias del caso, procede acordarla" (1 !!. Inst. Civ. de Capital Federal, Juzg. 23, firme, 30/10/1959, E.D. 6-324) (MEDINA).

Téngase en cuenta que el artículo 12 literal g del D.S. NQ 001-99-PROMUDEH (4/2/1999) que es el reglamento de la Ley 26981 (31/10/1998), referida al procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono refiere que para ser aceptado como adoptante la edad de los solicitantes debe estar en relación directa a lograr la atención más adecuada de la niña, niño o adolescente sujeto a adopción. Como puede apreciarse, para las adopciones tramitadas por vía administrativa no se requeriría la diferencia de 18 años para adoptar.



Si analizamos la norma la adopción de mayores de edad está permitida siempre que exista o se cumpla con la ecuación cronológica establecida. Situación distinta sucede en otros países, en los que sus códigos civiles limitan la adopción de un mayor de edad. Tal es el caso del Código de Québec que indica: "Ningún mayor de edad podrá ser adoptado, excepto por las personas que estuvieron en posesión de estado de padres cuando éste era un menor. No obstante, la corte podrá dispensar este requisito en interés de la persona a ser adoptada" (artículo 545). Asimismo, el Código de Familia de Bolivia establece que el adoptando no haya cumplido 18 años de edad (artículo 217, 1). Esta regla de la diferencia de la edad tiene varias excepciones en la legislación comparada. Éstas son:

- La adopción de ancianos. Actualmente, ya efectos de proteger a las personas de la tercera edad y encontrarles una familia, se viene fomentando la adopción de personas que son mayores que sus padres adoptivos, tal es el caso de los jubilados, ancianos, pensionistas. En esta corriente se encuentra, por citar, la ley catalana que regula la adopción de mayores, aprobada el 29 de diciembre de 2000 ("Una familia de Tarragona, la primera en adoptar ancianos", en: Diario El periódico de Cataluña, 27/07/2001).

- La adopción de embriones. La adopción del concebido o como se conoce filiación por dación prenatal (ARIAS DE RIONCHETIO) es un tema de palpitante interés, sobre todo tomando en cuenta los avances de la técnicas de reproducción. Para el caso de la adopción del concebido el Código Civil peruano no lo prohíbe, por tanto sería admisible. Casos expresos y específicos de normación sobre este tema lo teníamos en el Código de Brasil de 1916, hoy derogado, que indicaba en su artículo 372 que no se puede adoptar sin el consentimiento del adoptado o de su representante si es incapaz o concebido, lo que implicaba una permisión expresa. El actual Código del Brasil (2003) no trata expresamente la materia, pero sería permisible de acuerdo con el artículo 1621 que menciona que para la adopción se requiere el consentimiento de los padres o representantes. A la fecha es muy común que se adopten embriones fertilizados in vitro para evitar su muerte (ACI, Washington DC, 17/07/2001 "Familias adoptivas de embriones confirman que vida comienza en fertilización"). Es más, existen instituciones como Snowflakes Embryo Adoption Program que se encargan de promover este tipo de adopciones. Uno de los fines de esta adopción es impedir el descarte de embriones o permitir la vida de embriones supernumerarios, lo cual requiere ser reglamentado (MEDINA). Francia ha permitido este tipo de adopción a través de leyes de bioética que reformularon el Código Napoleónico (artículo 152-4, 5 de la Ley 654 de 1994), en España los embriones pueden ser donados (artículo 5, Ley 35 de 1988), mientras que, con criterio dispar, en Colombia se prohíbe la adopción del hijo por nacer. Por nuestra parte creemos que la adopción del concebido es factible basada en la teoría de los efectos favorables.

- La adopción del hijo del cónyuge supérstite. Si se produce la muerte del adoptante, el hijo adoptivo puede ser adoptado por el cónyuge supérstite a pesar de no contar con la diferencia de edad. Esto con la finalidad de formalizar las relaciones familiares, permitir la trascendencia de las mismas y hacer permanecer en el futuro las relaciones con el adoptado y evitar que pase a ser

un extraño si, en los hechos, vive una relación paterna o materna que importa ser mantenida (ZANNONI).

- La adopción del pariente consanguíneo. Como lo indica el Código Civil chileno, los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles cuando medie entre el adoptante y el adoptado un vínculo de consanguinidad, la regla es lógica pues justamente siendo la adopción una institución de protección y cautela debe darse un mayor sustento y facilidad en su realización cuando la adopción se realice entre parientes.

c) Inciso 3

La adopción no solo significa el ingreso en el hogar de una persona extraña al cónyuge del adoptante. También implica un desmedro en los derechos y la expectativa hereditaria de dicho cónyuge, lo que, por no tratarse de un vínculo nacido de la naturaleza no quiere la ley que ocurra sin el consentimiento del afectado (CORNEJO CHÁVEZ).

Nótese que este artículo permite que uno solo de los cónyuges sea el adoptante, es decir figuraría como el único padre o madre en tanto que el otro cónyuge no tendrá ningún tipo de relación paterno-filial con el adoptado. El principio general que establece la norma supone que la adopción no es realizada por ambos cónyuges sino por uno solo de ellos sin que el otro solicite ni se adhiera a ella (ZANNONI), solo se requiere su asentimiento.

Sin duda la adopción por uno solo de los cónyuges (adopción unipersonal) no es la regla sino la excepción, pues solo se dará en aquellos casos en los cuales la unión conyugal se encuentra desgastada o desquiciada y ha sobrevenido una separación de cuerpos. Y es, en este sentido, que siendo el matrimonio un compartirse, un entregarse, un darse mutuamente la adopción implica, también, una situación que debe ser asumida de manera conjunta por ambos, marido y mujer. Ahora bien, si uno de ellos no quiere asumir la paternidad, tampoco puede negarse a que el otro lo haga si está decidido, de allí que se establece la salvedad del asentimiento. Esta situación no es uniforme en el Derecho comparado ya que, por ejemplo en Chile, España y Portugal se requiere el consentimiento del cónyuge, con algunas excepciones.

La adopción unilateral, aquella realizada por uno de los cónyuges, es una situación anómala (ZANNONI). Es decir, se admite la adopción por el padre o la madre, separadamente, respecto de quienes el adoptado será reputado a la vez hijo legítimo de uno de ellos y extraño con respecto del otro. A nivel legal el problema resulta insoluble y, evidentemente, aparecen neutralizados los fines de la institución amén de los perjuicios que esta adopción unilateral puede acarrear al menor. Recordemos que, como hijo, ha sido negado por el cónyuge no adoptante sin perjuicio del asentimiento que prestó para que el otro pudiese, así, obtener la adopción (ZANNONI).

La legislación de adopción argentina prohíbe la adopción unilateral de uno de los cónyuges, en el sentido que "las personas casadas solo podrán adoptar si

lo hacen conjuntamente", estableciendo como excepciones de separación judicial, la declaración de insanía o la declaración de audiencia.

Téngase presente que en algunos casos el asentimiento del otro cónyuge no ha de ser necesario, como en la separación judicial de cuerpos o la ausencia, por mencionar algunos.

Debiéramos preguntarnos si resulta excesivo este requisito, el cual solo debiera pedirse si el hijo adoptivo va a vivir a la casa conyugal y tenerse en consideración la eventual merma de las expectativas hereditarias o alimentarias del otro cónyuge, ya que ésta se puede dar por otros casos, como es el del reconocimiento de hijos extramatrimoniales (CORNEJO CHÁVEZ). Sin embargo, la asimilación de la adopción al reconocimiento de paternidad nos hace dar cuenta que para la segunda no se requiere el asentimiento del cónyuge, pues se trata de un acto de ciencia (sé que soy el padre y lo declaro como tal), en el caso de la adopción se trata de un acto de voluntad (quiero ser padre y lo constituyo como tal) de allí la importancia de la decisión del cónyuge del adoptante. Si la adopción sustituye la filiación de origen, consanguínea, esa sustitución debe alentarse cuando el adoptado se integre como hijo en un ámbito familiar con viabilidad sustitutiva (ZANNONI).

Este inciso permite la adopción de los solteros. Esto se sustenta en el principio natural de que alguien puede perder a uno de sus padres. Luego, es legalmente posible la adopción por una sola persona (CORNEJO CHÁVEZ). Sin embargo, esta norma representa unllimitación implícita a la adopción de pareja de homosexuales y también de concubinos.

d) Inciso 4

Éste es un requisito por demás esencial y común en el Derecho comparado.

La razón de esta exigencia es obvia, pues nadie hay más interesado en la adopción que el propio adoptado y repugnaría el prescindir de su opinión para darle por padre o madre a persona que él rechaza (CORNEJO CHÁVEZ). Con un criterio similar el moderno Código Civil de Québec indica que "ningún niño de diez años de edad o más podrá ser adoptado sin su consentimiento, a menos que sea incapaz de expresar su voluntad. No obstante, cuando un niño menor de catorce años se niegue a dar su consentimiento, la corte podrá posponer su fallo por el período de tiempo que indique, o conceder la adopción sin oponerse a su negación" (artículo 549). Es más, "la negación de un niño de catorce años de edad o más es un obstáculo para la adopción" (artículo 550). Norma similar es la establecida en el Código Civil de Puerto Rico (artículo 134-2).

e) Inciso .5

Los padres directa y profundamente son afectados por el hecho de la adopción (CORNEJO CHÁVEZ) de allí que deba dar su asentimiento frente a este acto jurídico familiar. Este asentimiento de los padres se dará siempre que los hijos estén bajo su custodia legal, sea siendo menores de edad (patria potestad) o incapaces por algún tipo de deficiencia (curatela).

1. Esta norma está en concordancia con el Código Civil de Québec, que indica que "Ningún menor podrá ser adoptado, a menos que su padre y madre o su tutor hayan consentido la adopción; o a menos que haya sido judicialmente declarado elegible para adopción" (artículo 544). Asimismo indica que "cuando la adopción se realiza con el consentimiento de los padres, es necesario el consentimiento de ambos para la adopción si la filiación del menor es establecida en consideración de ambos padres. Si la filiación del menor es establecida en consideración de solo uno de los padres, el consentimiento de uno solo de los padres es suficiente" (artículo 551), Y "si alguno de los padres ha muerto, o si no puede expresar su voluntad, o si carece de autoridad paternal, el consentimiento del otro padre es suficiente" (artículo 552). Finalmente, se establece que "si ambos padres han muerto/si están imposibilitados de expresar su voluntad, o si carecen de autoridad paternal, la adopción del menor estará sujeta al consentimiento del tutor, si el menor tiene un tutor" (artículo 553).

2. Es importante señalar que el asentimiento de los padres es esencial para la formalización de este acto jurídico familiar, de allí que debe ser formal y ajustarse a derecho. Si tomamos en cuenta esta premisa el (o los) padre (s) menores de edad o incapaces no podrán dar su asentimiento por carecer de capacidad. Este supuesto ha sido considerado en el Código Civil de Québec al señalarse que "Si ambos padres han muerto, si están imposibilitados de expresar su voluntad, o si carecen de autoridad paternal, la adopción del menor estará sujeta al consentimiento del tutor, si el menor tiene un tutor" (artículo 553). Asimismo, "un padre menor de edad puede por sí mismo, sin autorización, dar su consentimiento para la adopción de su hijo" (artículo 554).

f) Inciso 6

A diferencia de los padres, el tutor o el curador no tiene que dar su asentimiento sino solo su opinión (CORNEJO CHÁVEZ). Esto se da por razones lógicas ya que el tutor o el curador, si bien tienen una relación de custodia y cuidado de la persona y bienes, carecen del vínculo afectivo, espiritual y legal de la paternidad, el cual justifica sí el asentimiento.

g) Inciso 7

Para entender esta norma debemos de partir del hecho que actualmente existen 3 tipos de procesos para lograr una adopción:

- Proceso judicial de adopciones, esta adopción se da para niños, adolescentes y mayores de edad. Para los primeros dos casos no es necesaria la declaración de estado de abandono. Inicialmente, en el Código del 84 antes de su modificación la adopción solo podía tener lugar mediante proceso judicial, es decir era de exclusiva competencia de los jueces, la adopción era, como dice el Código de Familia boliviano, un acto de autoridad judicial. En un gran sector de la doctrina comparada la adopción solo se tramita por vía judicial.

- Procedimiento administrativo de adopciones, se realiza exclusivamente para los casos de los niños o adolescentes declarados en estado de abandono. Este tipo de adopción se rige por el Código de los Niños y Adolescentes, por la Ley NQ 26981 (31/10/1998) referida al procedimiento administrativo de adopción de

menores de edad declarados judicialmente en abandono y su reglamento O.S. N° 001-99-PROMUOEH.

- Procedimiento notarial, se tramita ante notario las adopciones de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio, esto según la Ley NQ 26662 (22/09/1996) referida a la competencia notarial en asuntos no contenciosos.

De esta manera apreciamos que la norma del Código Civil tiene una aplicación especial para los casos de adopciones mediante procedimiento judicial, ya que para los otros casos no se requiere la autorización del juez sino, simplemente, la resolución que aprueba la adopción que es firmada por el jefe de la oficina de adopciones.

h) Inciso 8

La necesidad de exigencias adicionales cuando el adoptante es extranjero surge cuando un número no determinado de casos pusieron en evidencia graves abusos cometidos en perjuicios de menores de edad llevados al exterior en calidad formal de hijos adoptivos (CORNEJO CHÁVEZ). Muchos países, por temor al tráfico de niños, se niegan a permitir la adopción internacional.

El Código de los Niños y Adolescentes establece disposiciones especiales para adopciones internacionales, de manera que:

- Se entiende como tal a aquella solicitada por residentes en el exterior quienes no están exceptuados de los procedimientos y plazos establecidos por la ley. Para que proceda este tipo de adopción es indispensable la existencia de convenios entre el Estado Peruano y los Estados de los extranjeros adoptantes o entre las instituciones autorizadas por éstos. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia menor de dos años se rigen por las disposiciones sobre adopción internacional. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia mayor se sujetan a las disposiciones que rigen la adopción para los peruanos (artículo 129).

- Los extranjeros no residentes en el Perú que desearan adoptar a un niño o adolescente peruano presentarán su solicitud de adopción, por medio de los representantes de los centros o instituciones autorizados por ese país para tramitar adopciones internacionales. Lo harán ante la Oficina de Adopciones o las instituciones públicas debidamente autorizadas por ésta. Estas organizaciones actuarán respaldadas en convenios celebrados entre el Estado del Perú los Estados correspondientes, o entre los organismos reconocidos por su Estado de origen y el Estado Peruano. Aparte de las exigencias que establece el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 130).

## **DOCTRINA**

ARIAS DE RIONCHETTO, Catalina. Procreación humana, ingeniería genética y procreación artificial. En: La persona humana (Guillermo Borda, Director). La Ley. Buenos Aires, 2001; BELLUSCIO, Augusto. Manual de Derecho de Familia. 3ª edición. De Palma. Buenos Aires, 1981; BOSSERT, Gustavo.

Manual de Derecho de Familia. Astrea. Buenos Aires, 1989; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 61 edición. Librería Studium. Lima, 1987; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Editora Argentina. Buenos Aires, 1953; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil. Tomo IV. 31 edición. Tecnos. Madrid, 1983; LAFAILLE, Héctor. Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1930; MEDINA, Graciela. La adopción. Tomo 1. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires, 1998.

## **PLENO JURISDICCIONAL**

### **PLENO JURISDICCIONAL 1997:**

#### **ACUERDO NI13: CRITERIOS PARA VALORAR LA DECLARACIÓN DEL NIÑO Y LA OPINIÓN DEL ADOLESCENTE**

Criterios concretos que se emplean para valorar la declaración del niño y la opinión del adolescente.

Resulta difícil esbozar en una relación los criterios que permitan otorgar una mayor o menor validez a la declaración prestada por un niño o adolescente en una entrevista, si conocemos de la dificultad de un diálogo prolongado con un menor de edad, que muchas veces está asustado o intimidado al acercarse al despacho judicial, sea por la presión psicológica que los padres en conflicto ejercen sobre el mismo, por resultarle totalmente ajena y extraña la persona del juez, o porque simplemente se trata de un niño que no tiene facilidad para entablar un diálogo con personas que le resultan totalmente desconocidas. Cuáles son los criterios para valorar estas declaraciones y si existe alguna diferencia cuando se trata de un adolescente infractor o de un adolescente dentro de un proceso civil de tenencia.

¿Pueden acaso considerarse otros diferentes para valorar la declaración de un adolescente que viene siendo investigado por una infracción a la ley penal?

¿ Cuáles los más prudentes en todo caso para que esta prueba tan especial y propia del Derecho de Familia sea valorada en forma conjunta y razonada con las demás pruebas aportadas al caso concreto. Es por ejemplo que esta declaración en el caso de un adolescente que no está de acuerdo con la remisión que el juez desea otorgar en un proceso sobre infracción, no resulta suficiente para que se dé inicio al trámite de la investigación, y en todo caso se satisfaga el derecho del adolescente a una declaración de absolución plena?

Cómo ha de influir esta prueba especial, que busca hacer patente el derecho de opinión del niño o adolescente consagrado en los artículos 11 y 95 del Código de los Niños y Adolescentes, al dictar una medida cautelar, al resolver un proceso de tenencia, o al imponer una medida socio-educativa.

Sería necesario contar durante el desarrollo de la entrevista con un apoyo de un miembro del equipo multidisciplinario específicamente en el campo de la

psicología, mas tal apoyo aún no se logrado, de ahí que muchos jueces hayan introyectado técnicas de entrevista a menores de edad, para que ésta sea a la vez que lo menos traumática para el entrevistado, lo más completa posible.

Se acordó por consenso que los criterios a ser tomados en consideración para valorar la declaración del niño y la opinión del adolescente son los siguientes: -

La edad (requisito legal).

- El grado de madurez (requisito legal).

- El entorno psicosocial.

- El tiempo de permanencia con los padres.

- La libertad e influencia de padres y de quienes conforman su entorno.

- Razonamientos y valores (consistencia de las versiones).

- Grado de instrucción.

- Estado de salud física y mental.

- Medio familiar estado emocional al momento de la entrevista.

- Carácter espontáneo o programado de la declaración.

(1 Pleno Jurisdiccional, Acuerdo N° 3, Ica, 1997)

## TRÁMITE DE LA ADOPCIÓN

### ARTICULO 379

La adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley N° 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono o la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial, según corresponda.

Terminado el procedimiento, el juez, el funcionario competente de la Oficina de Adopciones o el Notario, que tramitó la adopción, oficiará al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento, para que se extienda nueva partida en sustitución de la original, en cuyo margen se anotará la adopción.

En la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador.

La partida original conserva vigencia sólo para e/efecto de los impedimentos matrimoniales. (\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley 27442 de 02-04-2001.

### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 22, 25, 238, 242 inc. 5); 274 incs. 4), 5), 6); 385
C.P.C.	arts. 749 inc. 3), 781 Y ss.
C.N.A.	arts. 115 y ss, 128
LEY 26497	arto 44 inc. o)
LEY 26662	arts. 1 inc. 2), 21, 22, 23
LEY 26981	arts. 1 y ss.
D.S. 015-98-PCM	arts. 3 inc. u), 22 inciso e), 39
D.S. 001-99-PROMUDEH	arts. 1 y ss.

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

El artículo en su versión original decía "la adopción se tramita con arreglo al Código de Procedimientos Civiles o al de menores".

#### 1. Tipos de trámite de adopción

Actualmente existen tres tipos de procesos para lograr una adopción:

a) Proceso judicial de adopciones, esta adopción se da para niños, adolescentes y mayores de edad. Para los dos primeros casos no es necesaria la declaración de estado de abandono.

Estos procesos, según el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, se realizan en vía de excepción ante el juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente.



Los peticionarios deben de cumplir con los siguientes requisitos: a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y c) El que ha prohiado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años.

b) Procedimiento administrativo de adopciones, se realiza exclusivamente para los casos de los niños o adolescentes declarados en estado de abandono. Este tipo de adopción se rige por el Código de los Niños y Adolescentes, por la Ley N° 26981 (31/10/1998) referida al procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono y su reglamento DS. N° 001-99-PROMUDEH.

La declaración de estado de abandono, según el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, podrá ser declarada por el juez especializado cuando: a) Sea expósito; b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;

c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran; d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;

e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo; f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción; g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia. h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remoción o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acorde con su edad; y i) Se encuentre en total desamparo. La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de aband. no.

c) Procedimiento notarial, para estos efectos se tramita ante notario las adopciones de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio, esto según la Ley N° 26662 (22/09/1996) referida a la competencia notarial en asuntos no contenciosos.

## 2. Extensión de nueva partida de nacimiento

La extensión de nueva partida en sustitución de la original en cuyo margen se anotará la adopción refleja el propósito de asimilar al máximo posible la condición de hijo adoptivo a la del consanguíneo al punto de que no sea necesario siquiera que el propio adoptado llegue a saber que tal es su condición (CORNEJO CHÁVEZ). Esta situación, a pesar de que no es la ratio

esendi de la norma se encarga de borrar -si bien no todo- el vestigio de la verdadera filiación del adoptado. Estp. situación puede generar inconvenientes en la determinación del origen del adoptado quien no pierde su derecho a conocer su origen biológico. Y es en este punto que nuestra legislación no trata el tema del conocimiento del derecho que le asiste al hijo adoptivo de conocer su estado civil, mientras que otras legislaciones ya lo consideran. Sobre este punto téngase en cuenta que es un derecho natural de la persona saber, conocer quiénes son sus progenitores. Tal es el caso del Proyecto de Código Civil argentino el cual indica, a partir del principio de la filiación biológica, que el adoptado tiene derecho de conocer su filiación biológica ya partir de los dieciocho (18) años de edad puede tomar conocimiento de las actuaciones judiciales que originaron su adopción. Asimismo, se establece que los adoptantes deben, al solicitar la adopción, comprometerse a hacerle conocer dicha filiación en el momento oportuno (artículo 63?).

Desde un el ámbito operativo, la extensión de un nueva partida de nacimiento debe darse en el caso de que la adopción se produzca por una pareja (CORNEJO CHÁVEZ), de manera tal que existirá un padre y una madre. No debería extenderse nueva partida de nacimiento, sino solo realizar una anotación marginal en la partida original, cuando la adopción se realiza por una sola persona, lo contrario implica que la nueva partida solo tenga el nombre de un progenitor. La tesis de la integralidad familiar es la forma más adecuada de respetar por igual los derechos a la identidad y a la intimidad familiar, de allí que la confección de un acta de nacimiento "nueva" (MEDINA) será el medio más adecuado para sustentar la adopción.

El reglamento de inscripciones del registro nacional de identificación y estado civil indica en su artículo 39 "la adopción notarial o judicial generará una nueva partida en sustitución de la original, en la que deberá consignarse el mandato de adopción. La partida original conserva su vigencia para los efectos de ley". En este último punto, el referido a que la partida original conserva vigencia solo para el efecto de los impedimentos matrimoniales, se determina que la adopción como fuente generadora de parentesco legal genera un impedimento matrimonial dirigido a evitar que el hoy adoptado contraiga matrimonio con sus parientes biológicos, a pesar de carecer de vínculos legales con ellos.

## **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6ª edición. Librería Studium. Lima, 1987; MEDINA, Graciela. La adopción. Tomo 11. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"No son válidas las adopciones de mayores de edad celebradas por escritura pública después de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, pues el citado cuerpo de leyes estableció, sin excepción alguna, que las adopciones debían efectuarse mediante proceso no contencioso; derogando con ello

tácitamente al literal e) del artículo 58 de la Ley del Notariado, Decreto Ley 26002, que permitía las adopciones de mayores de edad mediante notario. Sin embargo, a partir de la dación de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no contenciosos, en vigencia desde el 22 de noviembre de 1996, los notarios también están facultados para tramitar la adopción de personas capaces".

(Cas. N° 393-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 181)

## **IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN**

### **ARTICULO 380**

La adopción es irrevocable.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arto 385  
C.N.A.arto 115

### **Comentario**

*Enrique Varsi Rospigliosi*

La naturaleza y finalidad de la adopción es lo que determina la característica de la irrevocabilidad buscando equiparar en lo posible la filiación adoptiva a la consanguínea (CORNEJO CHÁ VEZ). El límite a la irrevocabilidad de la adopción está dada para el adoptante, sin embargo para el adoptado el código sí se lo permite (artículo 385).

Siendo el adoptante una persona capaz, la ley no quiere permitirle que por sí y ante sí, por un simple acto de voluntad (que es, en realidad, en lo que consiste la revocación) altere o dé por terminada una relación paterno-filial que él mismo quiso libremente crear, quitando firmeza y estabilidad al status de hijo (CORNEJO CHÁVEZ). El vínculo jurídico familiar creado por la adopción es definitivo, salvo eventual nulidad que lo afectara (ZANNONI). y es de esta manera como se robustece y consolida la institución de la adopción ya que a través de ella formamos, creamos, constituimos una familia.

Admitir la revocabilidad de la adopción introduciría la inquietante y perjudicial perspectiva de que quien hoyes, en su íntima convicción y en la de los demás, auténticamente hijo legítimo, se vea privado en el futuro de tal estado de familia (BOSSERT). La revocación de la adopción importaría tanto como desplazar el estado de familia sin atribuir, o restituir, como efecto del desplazamiento, un nuevo estado, lo cual no puede admitirse (ZANNONI).

No existe uniformidad en la doctrina ni en el Derecho comparado acerca de la revocación, en algunas se admite plenamente, en otras se admite de manera restringida, en otras se prohíbe de manera tajante mientras que en otras ni siquiera se menciona el tema.

### **DOCTRINA**

BOSSERT, Gustavo. Adopción y legitimación adoptiva. Rosario. 1967; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 61 edición. Librería Studium. Lima, 1987. ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. 21 edición. Astrea. Buenos Aires, 1989.

## LA ADOPCIÓN COMO ACTO PURO

### ARTICULO 381

La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 171 y ss.

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

La adopción es un acto jurídico familiar que constituye un estado de familia de orden filial. Es por ello que se presenta como un acto puro, simple, incondicional. Dada su trascendencia y los efectos que genera no puede estar sujeto a modalidad alguna (sea condición, plazo o modo). Sobre esta materia es necesario recordar que dentro de las circunstancias del acto jurídico familiar está la de ser puro, es decir que no puede estar sometido a ninguna modalidad, esto es, condición, plazo o cargo, para que surta efecto. Aquel acto que esté sujeto a condición es nulo. La ley impide expresamente la realización de actos jurídicos de familia sujetos a condición, tal es el caso del reconocimiento y el que aquí estudiamos, la adopción. Como sabemos el acto modal es aquel que contiene elementos accidentales, no esenciales en el negocio, y que constan en él por estipulación expresa de las partes, lo cual no puede darse por esencia en el acto jurídico familiar (VARSI) ni mucho menos en la adopción.

Esto implica que la determinación de realizar una adopción es plena: no puede estar sujeta a hechos o al transcurso del tiempo.

Normas similares existen en los Códigos Civiles de Chile, Ecuador y Venezuela.

### DOCTRINA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6~ edición. Librería Studium. Lima, 1987; VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. El negocio jurídico familiar. En: Cuadernos de Derecho. Año 2. NQ 2.

## PROHIBICIÓN DE PLURALIDAD DE ADOPTANTES

### ARTICULO 382

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.

#### CONCORDANCIA:

C.C. art. 378 inciso 3)

#### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

La norma en análisis ha mantenido como principio general el de la adopción unipersona/, estableciendo a modo de excepción que la adopción puede otorgarse a más de una persona cuando éstas sean cónyuges (MEDINA). Y es que el fin de la adopción es otorgar una familia a quien no la tiene, de esta manera debe primar la familia biparental (padre y madre) y no la monoparental (solo padre o solo madre). Es por ello que la adopción por parte de los cónyuges debería ser la regla, y solo excepcionalmente debería ser otorgada a una única persona (MEDINA).

Ésta es otra de las características mediante las cuales se busca la semejanza entre la filiación biológica y la filiación civil, en este sentido nadie puede tener sino un padre y una madre, luego nadie puede ser adoptado sino por un hombre y una mujer (CORNEJO CHÁVEZ). Esto implicaría una restricción indirecta a la adopción de homosexuales, situación que está permitida en otras legislaciones (Asturias, Holanda, Navarra); es más, actualmente en muchas otras legislaciones internacionales se está promoviendo la adopción del hijo del compañero homosexual denominándose a estas instituciones adopciones de integración o adopciones integrativas (MEDINA).

El principio de que nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges, es indiscutido en la legislación comparada ya que resultaría desde todo punto de vista inconveniente que un menor pudiese considerarse hijo de dos o más adoptantes, extraños entre sí (ZANNONI). Es antinatural que uno pueda tener más de dos progenitores, de allí que la ado busca símil situación.

La finalidad prohibitiva de las adopciones simultáneas por quienes no son cónyuges es evitar los conflictos de influencias que implicarían para el adoptado, además, conflictos de patria potestad. Esos conflictos no son de temer) si una adopción se produce en caso de fallecimiento del primer adoptante (ZANNONI) que son las llamadas adopciones sucesivas. Algunas legislaciones, como la Argentina, indican de manera expresa que "nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona...", de allí que en'doctrina se analice el alcance del término simultáneo, según este significado nadie puede ser adoptado por más de una persona en el mismo momento, sin embargo parecería que puede otorgarse una adopción aunque se encuentre

subsistente otra otorgada tiempo atrás (MEDINA). Las posibilidades son que no puedo tener tres padres y no puedo quedar sin padre adoptivo por otro padre adoptivo.

Téngase presente que esta norma no se refiere a la permisibilidad expresa de la adopción sucesiva, es decir aquella concedida sobre un menor cuya adopción primigenia ha perdido vigencia por algún motivo especial, por ejemplo muerte del (o de los) adoptante(s), revocación o nulidad de la adopción, incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad. Ésta sí está expresamente reconocida en la legislación argentina.

El Código Civil de Québec establece una norma bastante amplia al indicar que "cualquier persona mayor de edad podrá, por sí sola o junto con otra persona, adoptar a un niño" (artículo 546).

### **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 61 edición. Librería Studium. Lima, 1987; MEDINA, Graciela. La adopción. Tomo 1. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires, 1998; MEDINA, Graciela. La adopción por homosexuales en la jurisprudencia comparada. Eh: Diálogo con la jurisprudencia. Agosto 2000.

## ADOPCIÓN POR EL TUTOR O CURADOR

### ARTICULO 383

El tutor puede adoptar a su pupilo y el curador a su curado solamente después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 540, 542, 543  
c.p.c. arto 782

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

Este artículo ofrece una protección al adoptado en lo referente a su patrimonio (bienes, intereses pecuniarios) frente a alguien que pretenda disfrazar con la adopción malos manejos ya realizados o por efectuar (CORNEJO CHÁVEZ). En definitiva la ratio iuris es que tanto el tutor como el curador podrán adoptar a su pupilo o curado (según sea el caso) una vez extinguidas las obligaciones emergentes de su función tutelar.

El sentido es evitar que, mediante la adopción, el tutor pretendiese liberarse o eludir las responsabilidades que genera la administración de la tutela, con lo cual se habría desnaturalizado el fin mismo de la institución (ZANNONI) este mismo criterio es aplicable para la curatela.

Para que esta adopción tenga validez debe cumplirse: - Aprobación de la cuenta de su administración.

- Garantizarse el alcance que resulte de ellas.

El legislador ha querido evitar que el tutor evada las obligaciones que derivan de su gestión como administrador de los bienes del menor que se encuentra bajo su tutela, ya que si el tutor ha malversado bienes de su pupilo éste, convertido en hijo adoptivo, difícilmente podría reclamar judicialmente el cobro de la rendición de cuentas del adoptante durante su gestión como tutor (MEDINA).

De esta manera vemos que el tutor solo podrá iniciar el proceso de adopción de su pupilo una vez extinguidas las obligaciones derivadas de la tutela. como, no basta la simple rendición de cuentas, es necesario que ésta sea aprobada judicialmente.

Esta posición es asumida claramente por el Derecho comparado, leyes de adopción de El Salvador, Chile, Códigos Civiles de Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, México en su sistema federal, España, Italia; Panamá, Portugal, Venezuela, el Proyecto de Código Civil argentino, entre otros.



## **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6ª edición. Librería Studium. Lima, 1987; MEDINA, Graciela. La adopción. Tomo 1. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires, 1998.

## **INVENTARIO DE LOS BIENES DEL ADOPTADO**

### **ARTICULO 384**

Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez.

### **CONCORDANCIAS:**

C.C. arts. 331, 382, 383, 520 incs. 1) y 2)  
C.P.C. art.782

### **Comentario**

*Enrique Varsi Rospigliosi*

En igual mensaje que el artículo 383, este artículo ofrece una protección al adoptado en lo referente a su patrimonio (bienes, intereses pecuniarios) frente a alguien que pretenda disfrazar con la adopción malos manejos ya realizados o por efectuar (CORNEJO CHÁVEZ).

Los requisitos para determinar la validez de la adopción de aquellas personas que cuentan con un patrimonio son:

- Inventario y tasación judicial de los bienes del adoptado, lo que permite determinar cuáles son los bienes que forman el patrimonio de la persona a adoptarse así como la valorización de cada uno de ellos. Este requisito se relaciona con el establecimiento del patrimonio o hacienda del adoptado.
- Constitución de garantía a criterio del juez, de manera que ésta funcione como una caución, como un aval que personalmente debe prestar el adoptante, ahora bien esta garantía dependerá de la cantidad de bienes así como de la valorización de cada uno de ellos. Este requisito que se relaciona con la cautela del patrimonio o hacienda del adoptado.

Con estos dos requisitos si bien no se soluciona el problema de las adopciones por conveniencia de manera cabal, si se pone un limite a ellas.

### **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 61 edición. Librería Studium. Lima, 1987.

## CESE DE LA ADOPCIÓN A SOLICITUD DEL ADOPTADO

### ARTICULO 385

El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite.

En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 42 al 46, 377, 378, 380  
C.P.C. arto 785  
DS.015-9B-PCM arto 22 inc. e)

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

#### 1. Impugnación de la adopción

El menor o incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad. Téngase presente que el plazo es de un año que se computará desde que adquiere su mayoría o cesa de su incapacidad.

No es éste un verdadero caso de revocación, es decir, uno que se retracte de su voluntad quien libremente y con plena capacidad jurídica la dio, pues se trata de un menor o un incapaz que no expresaron en forma alguna su voluntad; en este caso no está revocando su voluntad sino manifestando, solo ahora, la que realmente tiene (CORNEJO CHÁVEZ). SU carácter jurídico-legal va a permitir que la adopción sea susceptible de revocación y de anulación - actos y sanciones- que son impensables en la filiación biológica (MEDINA).

Citemos un ejemplo: Juan fue adoptado siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que pueda dejar sin efecto la adopción se computa dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a impugnar su adopción el 24 de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

El Código de Familia boliviano establece que la impugnación de la adopción puede realizarse dentro de los dos años siguientes a su mayoría o cese de incapacidad.

De acuerdo con el estudio del artículo 400 del Código Civil peruano y tomando en cuenta la tendencia de jurisprudencia existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo con su

origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto Civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

## 2. Derecho a conocer el propio origen biológico

Esta norma sienta sus bases en el denominado derecho a conocer el propio origen biológico y, actualmente, para el caso de la adopción está teniendo mayor connotación y así viene siendo aceptado jurisprudencialmente, como el siguiente caso "Una sentencia reconoce el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes" (El País, Madrid, 28 de mayo de 2001). Este derecho es reconocido también en algunas legislaciones como es el caso de Argentina que indica que el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica (artículo 328), asimismo el Proyecto de Código Civil argentino, al considerar que "El adoptado tiene derecho de conocer su filiación biológica y a partir de los dieciocho (18) años de edad puede tomar conocimiento de las actuaciones judiciales que originaron su adopción. Los adoptantes deben, al solicitar la adopción, comprometerse a hacerle conocer dicha filiación en el momento oportuno" (artículo 637). El derecho a conocer el propio origen biológico es una facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible (patre nullu natus) (VARSI). Debe tomarse muy en cuenta que el culto al secreto del origen biológico del adoptado ha desaparecido, entrando en su lugar el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes biológicos, y para facilitarlos se permite el acceso al expediente de adopción al menor y se obliga a los adoptantes a asumir el compromiso y a hacer conocer sus orígenes al adoptado (MEDINA).

El Código Civil de Québec también tiene una norma al respecto y se sustenta en que "Cualquier persona adoptada tiene el derecho de acceder a la información que le permita encontrar a sus padres naturales si es que previamente éstos lo han consentido. Lo mismo se aplica a los padres adoptivos, si es que el adoptado, una vez mayor de edad, previamente lo ha consentido. Un niño adoptado menor de 14 años de edad tiene el derecho de acceder a la información que le permita encontrar a sus padres naturales si es que tanto los padres naturales como los padres adoptivos previamente lo han consentido. El consentimiento no puede ser solicitado; sin embargo, no se le puede informar a un menor adoptado si los padres naturales consintieron o no que se les pueda ubicar" (artículo 583), y además "Si el denegar la información relacionada con la adopción sea causa de daño serio a la salud de una persona adoptada (sea mayor o menor de edad) o a cualquiera de sus parientes cercanos, la Corte puede permitir que el adoptado acceda a esa información. Un pariente cercano de una persona adoptada también tiene ese derecho si es que dicha información puede ser la causa de un daño serio a su salud o de cualquiera de sus parientes cercanos" (artículo 584).

La renuncia ha de inscribirse en la partida de nacimiento según lo indica el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Norma similar existe en el sistema federal de México.

El Código Civil de Portugal (artículo 1985, Segredo da identidade) tiene una norma un tanto difusa pues por un lado restringe el conocimiento de la identidad y por otro lado la permite, veamos: 1. A identidade do adoptante nao pode ser revelada aos pais naturais do adoptado, salvo se aquele declarar expressamente que nao se opoe a essa revela9ao. 2. Os pais naturais do adoptado podem oporse, mediante declara9ao expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adoptante (RedaC9aO do Oec.-Lei 185/93, de 22-5).

## **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 61 ediciOñ:--  
-Ubrería Studium. Lima, 1987; MEDINA, Graciela. La adopción. Tomo I.  
Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires, 1998; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.  
Filiación, Derecho y Genétic~. Aproximaciones a la teoría de la filiación  
biológica. Universidad de Lima. Lima, 1999.

1755

## CAPÍTULO PRIMERO

# RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

### HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

#### ARTICULO 386

Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

#### CONCORDANCIAS:

C. arto 6  
C.C. arts. 361, 2084

#### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

La calidad filial de hijo extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica, el nacimiento, se producen fuera del matrimonio. Ésta es la regla que permite determinar qué hijos son extramatrimoniales y cuáles no.

I Matrimonio I

Concibe y nace I I Concibe y nace

El gráfico nos indica que los referidos hechos biológicos jurídicos, concepción y nacimiento, generados fuera del matrimonio van a determinar la naturaleza de la filiación, es decir extramatrimonial. Sucediendo lo contrario si los mismos se producen, individual o conjuntamente y de acuerdo a los plazos de ley, dentro del matrimonio.

El supuesto planteado en este artículo guarda relación con lo preceptuado en el artículo 361 en el sentido de que son hijos matrimoniales los nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución. De esta manera, si no existe un matrimonio que consolide los hechos jurídicos biológicos de la concepción y del nacimiento los hijos serán extramatrimoniales. Debe tenerse presente que el Código de 1984 avanzó en el contenido del artículo 348 del Código del 36 que establecía: "Son hijos ilegítimos los nacidos fuera del matrimonio". Dicha fórmula era inexacta y desfavorecía a la filiación matrimonial (CORNEJO CHÁVEZ).

Las diferencias entre el Código vigente y el derogado radican en lo siguiente:

. Se utiliza el término hijo extramatrimonial que implica que no existe matrimonio entre ambos progenitores (TERÁN LOMAS), a partir del principio de unidad ya no se califican las categorías de la filiación.

. Para tener la calidad de hijo extramatrimonial es necesario ser concebido y además nacer fuera del matrimonio. Es preciso que ambos hechos se realicen fuera del matrimonio.

. De manera tal que son hijos matrimoniales los:

- Concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él (el hijo prematuro).

- Nacidos fuera del matrimonio pero concebidos dentro de él (el hijo postmatrimonial).

Las dos clases de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial, tienen sus antecedentes y deben su origen al Derecho Romano. Y es que en Roma el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados (BUENO RINCÓN).

Una de las características esenciales del Derecho Familiar Romano era el dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio que prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación mas no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad (unidad de la filiación).

## 1. Filiación matrimonial

Denominada desde Roma filiación legítima, era la derivada por efectos del matrimonio otorgando a los hijos ex iusto matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido diversas teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles extramatrimoniales.

### a) Teoría de la concepción

Son hijos matrimoniales los engendrados por padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio o sean alumbrados después de disuelto o anulado el mismo. Es decir, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento.

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres.

Esquema:

El requisito esencial es la concepción dentro del matrimonio. En el cuadro reseñado tenemos que:

### b) Teoría del nacimiento

Serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que los padres están casados, no importando el momento en que hayan sido engendrados. Según

esta teoría los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquellas hayan sido ya contraídas, contrario sensu no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se produjo durante su vigencia.

Esta teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos:

- . La celebración del matrimonio.
- . El parto y,
- . La disolución o anulación de aquél.

Esquema:

Determinación de la filiación matrimonial por el hecho del nacimiento

Resumen.- El requisito básico es nacer dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso:

1 - 2. 3.

Son matrimoniales. Es extramatrimonial.

c) Teoría mixta

También denominada teoría del nacimiento-concepción, sustentándose en los siguientes postulados:

- . La vida humana se inicia con la concepción.
- . El marido de la mujer se presume padre del hijo del ésta.
- . La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz o que pruebe su estado de ingravidez, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
- . La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.
- . Son hijos extramatrimoniales los concebidos y además nacidos fuera del matrimonio.

Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento, siempre que se respeten los plazos legales determinados por la ley. Esta teoría es adoptada por el Código Civil peruano (arts. 1,243 inciso 3,361 Y 363 incisos 1 y 2, 386).

Esquema:

Determinación de la filiación matrimonial por el hecho de la concepción o nacimiento

Resumen.- Nacer dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso: 1, 2 Y 3. Son matrimoniales.

Por tanto, los presupuestos de filiación matrimonial son: . Matrimonio de los progenitores.

- . Maternidad acreditada.
- . Identidad del hijo con el nacido de la esposa. . Presunción legal de paternidad del marido.

En este sentido el cálculo de las probabilidades suple al cálculo exacto, y esto se halla sustentado en la teoría de la determinación de la etapa de la concepción, de la siguiente manera:

La maternidad: Indudable ante el hecho del parto y la identidad del hijo.

La paternidad

: El marido de la madre es el padre de los hijos concebidos y nacidos de un matrimonio (pater est is quem justae nuptia demonstrant. DIGESTO, Ley 2, Título 4, Libro 5) siempre que el hijo nazca dentro de los términos indicados (patre certo nasci).



## 2. Filiación extramatrimonial

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido la filiación legítima de la ilegítima, determinando para aquélla un trato privilegiado y degradando a esta última. Sus antecedentes históricos los tenemos en el Derecho de la Roma Clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial. La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituían delito la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio). En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural: enfamado es de fecho aquel que non nasce de casamiento derecho (CORNEJO CHÁ VEZ).

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia. No existe el acto jurídico matrimonial que "garantice" -por así decirlo- que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer. De allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional (declaración judicial) son los únicos medios de establecerla.

## 3. Determinación de la filiación

La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA).

### a) Filiación matrimonial

Para los hijos matrimoniales la filiación se acredita conjuntamente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar de que luego pueda ser impugnada. Esta filiación sienta sus bases en la presunción paterest (artículo 361 del Código Civil) y en la presunción reafirmatoria de paternidad (artículo 362: el hijo se presume del marido así la mujer niegue la paternidad de su cónyuge o ésta sea condenada como adúltera) atribuyéndose legal o automáticamente el vínculo paternal (atribución de paternidad ministerio legis u ope legis).

El establecimiento de la paternidad matrimonial se sustenta en el denominado período de la concepción y gestación de manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento. Éste es el postulado omni meliore momento por el cual la ley contempla una etapa de la fecundación y no el momento en que ésta se produce.

Esta presunción de paternidad si bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo (BOSSERT y ZANNONI), tales como la fidelidad y la cohabitación (MAZEAUD), que son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales

(JOSSERAND), de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto (PUIG PEÑA). En sentido concreto y práctico la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última como su principal fundamento.

#### b) Filiación extramatrimonial

Frecuentemente el hijo extramatrimonial goza de hecho de status ti/ii pero no del status familiae, es decir tendrá un nombre pero que no le adjudica íntegramente sus relaciones familiares, salvo que esté reconocido voluntaria o judicialmente.

Cuando se trata de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, ya falta de emplazamiento, la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la una se induzca la existencia de la otra. En sentido básico tenemos que los presupuestos de la filiación extramatrimonial son la maternidad y la paternidad de ambos hechos biológicos de los progenitores.

Actualmente, lo dispuesto por el numeral 386 ha quedado desfasado como consecuencia de las modernas técnicas de reproducción asistida, el congelamiento de material genético sexual y la crioconservación de embriones, pues puede perfectamente concebirse un hijo dentro del matrimonio, crioconservarse y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso luego de transcurrido en exceso el plazo de 300 días, de manera que estos denominados casos de implantación post matrimonial (VARSI, 2001) vienen alterando la calidad legal y el estado civil de los hijos.

La tendencia moderna en la doctrina es ya no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. Máximo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por un acto jurídico familiar). En esta corriente tenemos el Código Civil de Québec que indica: "Artículo 522.- Todos los menores cuya filiación esté establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento. Artículo 523.- La filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor.

### **DOCTRINA**

ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Tecnos. Madrid, 1998; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Hijos legítimos. Astrea. Buenos Aires, 1981; BOSSERT, Gustavo. Manual de Derecho de Familia. Astrea. Buenos Aires, 1989; BUENO RINCÓN, Enrique Fabio. La investigación de la filiación y las pruebas biológicas. 2ª edición. Ed. Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá, 1996; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6ª edición. Librería Studium. Lima, 1987; LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Derecho de Familia. Bosch. Barcelona, 1982; LAFAILLE, Héctor. Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica

Argentina. Buenos Aires, 1930; TERÁN LOMAS, Roberto. Los hijos extramatrimoniales. TEA. Buenos Aires, 1954; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Filiación, Derecho y Genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Universidad de Lima. Lima, 1999; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético. 4ª edición. Grijley. Lima, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. 2ª edición. Astrea. Buenos Aires, 1989.

## PRUEBA DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

### ARTICULO 387

El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial. (\*)

(\*) *Artículo modificado por el Artículo 5 de la Ley 29032, publicada el 05 junio 2007, cuyo texto es el siguiente:*

*“Artículo 387.- Medios probatorios en filiación extramatrimonial  
El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.*

*Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas.”*

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 390, 402, 409, 410  
C.P.C. arto 831 inc. 2)  
LEY 26497 arto 44 incs. 1) y n)

### Comentario (sin modif.)

**Jorge Santistevan de Noriega**

La norma bajo comentario establece como medios de prueba para la declaración de filiación extramatrimonial, el reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad. En este supuesto, no habiendo vínculo matrimonial de por medio, la presunción de paternidad que establece la ley para los hijos matrimoniales no resulta aplicable. En consecuencia, la paternidad y/o maternidad requiere ser probada por los interesados (PLANIOL y RIPERT, p. 217).

#### 1. El reconocimiento

El reconocimiento es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extrapatrimoniales respecto de otra (CORNEJO CHÁ VEZ, p. 105). Se trata de "un acto que encierra una confesión de la paternidad o la maternidad o por el cual se establece una filiación, es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y ocupar respecto de él, la posición jurídica de padre natural" (ACERO, p. 87).

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, existen discrepancias para determinar si el reconocimiento es un acto constitutivo o declarativo de la filiación o si, por el contrario, se trata de un acto constitutivo cuando se trata de la paternidad, y declarativo cuando se trata de reconocer la maternidad.

La controversia anotada no es baladí, por cuanto "si se la resuelve en el sentido de que el reconocimiento es constitutivo, el hijo no puede hacerla valer retroactivamente, de modo que los derechos y las obligaciones que de aquél se derivan operan sólo ex nunc. Si, por el contrario, se decide la cuestión en el sentido de que el reconocimiento es declarativo, opera retroactivamente" (CORNEJO CHÁVEZ, p. 105).

A fin de enriquecer la controversia planteada, a continuación efectuamos un breve esbozo de las posiciones que pretenden explicar la naturaleza de esta institución.

a) **Carácter constitutivo.**- De acuerdo a esta posición, el reconocimiento produce

efectos creadores del lazo de filiación; "es título de estado; un acto de poder familiar. La ley otorga al padre, el poder de investir al hijo del estado de tal" (CICU, p. 119).

b) **Carácter declarativo.**- Esta corriente postula que "el lazo existía ya entre el padre y el hijo; y el reconocimiento no hace sino admitirlo, no crearlo. El nombre mismo de la figura -"reconocimiento"- revela su mero carácter declarativo, pues no se puede reconocer sino lo que ya existe. En otras palabras, no se es padre o hijo porque aquél haya reconocido a éste; se es talo cual por el hecho de la procreación: el reconocimiento carece de virtud genésica" (CORNEJO CHÁVEZ, p. 106).

c) **Criterio ecléctico.**- De acuerdo a este criterio, el reconocimiento es constitutivo cuando se trata de la paternidad, mientras que en los casos de maternidad, el reconocimiento es declarativo.

En la doctrina nacional, Cornejo Chávez -en posición que compartimos- ha optado por adscribirse a la teoría declarativa del reconocimiento, señalando que "existe una diferencia importante, a saber, la de que el hijo extramatrimonial es realmente tal hasta antes del subsiguiente matrimonio de sus padres o de la respectiva declaración judicial; y sólo a partir de uno de estos hechos una ficción benévola de la ley lo vuelve matrimonial; mientras que el hijo es realmente tal desde antes de su reconocimiento, y éste sólo exterioriza un vínculo que la naturaleza tenía ya creado.

Por tanto, si a la 'legitimación' se le atribuye un carácter constitutivo sin violentar la realidad, se la violentaría si se dijera que el reconocimiento convierte en hijo al reconocido" (CORNEJO CHÁVEZ, pp. 107 Y 108).

De otro lado, en estrecha vinculación con las teorías que pretenden explicar la naturaleza de la institución bajo análisis, es preciso señalar que el reconocimiento es un acto que puede entenderse desde dos puntos de vista, a saber, como confesión o como admisión. Así, "como confesión se admite simplemente el hecho de ser su padre; como admisión, se determina también el deseo de reconocer al hijo" (ACERO, p. 87). Estas teorías son esbozadas a continuación (BONILLA y GUERRERO, pp. 48 Y 49):

- **Reconocimiento confesión;** para esta teoría el reconocimiento es un simple medio de prueba. El reconocimiento de un hijo natural no produce efectos por no ser un acto productor de consecuencias jurídicas, sino que es un medio de prueba destinado a constatar un hecho.

- **Reconocimiento admisión;** esta tesis se sustenta en la voluntad del padre de atribuir al hijo un estado, creando una nueva relación jurídica y no simplemente

la de probar un hecho preexistente. En este caso, el reconocimiento produce efectos desde el momento en que se le practique.

- Naturaleza doble del reconocimiento; para esta corriente, el reconocimiento no es un simple medio de prueba ni un simple acto jurídico, sino dos aspectos de una misma realidad.

Esta última teoría ha sido acogida por el Código peruano en la medida que el reconocimiento, al producir efectos desde el momento en que se practica, debe ser entendido como una admisión. No obstante, del texto de la norma bajo análisis se desprende que el reconocimiento es un medio de prueba de la filiación extramatrimonial. Ello determina que para nuestro ordenamiento, el reconocimiento adquiera esta doble naturaleza jurídica, revistiendo matices de confesión y admisión de manera simultánea.

## 2. Características del reconocimiento

El reconocimiento como acto se caracteriza por ser unilateral, formal, facultativo, personal, individual, puro e irrevocable (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, p. 262; ACERO, p. 87). Estas características son desarrolladas a continuación:

a) Unilateral; en la medida en que requiere para su perfeccionamiento solo una declaración de voluntad, ya sea la del padre o de la madre, siendo necesario el asentimiento del hijo reconocido. Así lo dispone el artículo 388 del Código Civil, el cual establece que el reconocimiento puede ser practicado por el padre o la madre de manera indistinta.

b) Formal; en tanto debe dejarse constancia de su realización. Al respecto, nuestro Código establece en su artículo 390 que el reconocimiento puede hacerse constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

c) Facultativo y voluntario; por cuanto nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de otra persona. Asimismo, se trata de un acto voluntario, en la medida que se encuentra prohibido que el padre que reconoce a un hijo mencione el nombre del otro o de cualquier dato que permita identificar a éste.

d) Personal; en la medida de que nadie, ni siquiera el representante legal del menor o del incapaz, puede, por regla general, afirmar un lazo filiación del cual no es autor. Este precepto obedece al carácter íntimo del acto p creador, así como al respeto por el principio de voluntariedad referido (CORNEJO CHAVEZ, p. 109). )

e) Individual; puesto que solo liga a quien reconoce al hijo reconocido, mas no arrastra ni envuelve al otro padre.

f) Puro y simple; en tanto no puede estar sujeto a plazo, condición ni cargo, ni a ninguna otra modalidad.

g) Irrevocable; dada su calidad de confesión, a lo que abunda una razón moral y de seguridad jurídica que hace preciso dotar de estabilidad jurídica al estado de las personas (PERAL TA ANDÍA, p. 327). Sobre este punto, es preciso

mencionar que existe controversia respecto del carácter irrevocable del reconocimiento que se practica por la vía testamentaria, en la medida que el testamento constituye un acto eminentemente revocable. No obstante, existe un sector de la doctrina (CORNEJO CHÁ VEZ, p. 111) que pese a aceptar el carácter revocable del testamento, sostiene que "cuando no se trata de actos mortis causa, sino inter vivos -y tal es el caso del testamento desde que se puede practicar extratestamentariamente-, entonces la cláusula que los contiene no participa de la naturaleza típica del testamento; éste no viene a ser, diríamos, sino el continente circunstancial del acto: se aprovecha de él para practicar un acto inter vivos. Siendo así, no se desvirtúa el carácter revocable del testamento cuando se otorga la irrevocabilidad a un acto contenido en él, pero que no es mortis causa". Sea cual fuere la posición más adecuada, la controversia doctrinaria persiste.

### 3. La sentencia declaratoria del vínculo paterno-filial

Como hemos podido advertir, el tema de la filiación extramatrimonial resulta pacífico cuando alguno de los padres practica el reconocimiento, "mas se presenta un problema de ardua solución cuando el padre o la madre de un hijo extramatrimonial se resiste a reconocerlo, porque desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe. Se trata entonces de saber si es posible que el hijo concorra al poder público para que, practicada la investigación pertinente, declare, sin la voluntad o contra la voluntad de dichos padre o madre, la relación de filiación" (CORNEJO CHÁVEZ, p. 133).

En efecto, "la declaración judicial de filiación extramatrimonial es un medio de establecerla en defecto del reconocimiento (voluntario), por virtud de una sentencia en la que se declare, en los casos expresamente señalado por ley, que una persona es padre o madre de un determinado hijo" (PERALTA, p. 338).

Para los Mazeaud (citados por ACERO, pp. 87 Y 88), este precepto encuentra respaldo en un criterio eminentemente social. En efecto, "el interés de la familia legítima exige que el hombre tenga las mismas obligaciones para con sus hijos, sean estos naturales o legítimos; si no, se le incitará a evitar las pesadas cargas del matrimonio. Hay que agregar que en la esfera social el hijo natural abandonado sin recursos, constituirá a la vez, una carga y un peligro para la sociedad entera".

Finalmente, sin perjuicio de que nuestro Código admite de manera expresa la investigación judicial de la paternidad, es preciso mencionar que existe una posición que postula la prohibición de que se lleve adelante este tipo de proceso. Esta postura se sustenta en los siguientes fundamentos:

- La complejidad de la prueba, producto de las circunstancias de ocultación o disimulo con que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales.

El carácter inmoral de tales relaciones, máxime si constituyen la fuente de filiación adulterina, mancillada, entre otros.

Al respecto, por largo tiempo se ha dado crédito al primero de los fundamentos sobre la base de que por evitar la injusticia de que un hijo se quede sin padres, se podría incurrir en una injusticia aún mayor, cual es, la de atribuir a alguien la paternidad o maternidad de un hijo que no le corresponde. Este argumento ha sido parcialmente recogido por nuestro Código, el cual a fin de evitar este tipo de abusos, ha limitado la investigación de la paternidad a ciertos supuestos, los cuales han sido recogidos en el artículo 402 del acotado cuerpo normativo. En el caso de la declaración judicial de la maternidad, en cambio, ésta procede en un espectro más amplio de supuestos, en la medida en que se haya logrado acreditar el parto y la identidad del hijo.

No obstante, en la actualidad el inconveniente que sustenta este argumento ha sido salvado por el avance de la ciencia (la prueba del ADN, por ejemplo), la cual otorga mayor certeza en la investigación del vínculo paterno-filial. Es sobre esta base que Arias-Schreiber propone como reforma a este artículo, añadir el estudio de cualquier prueba genética que tenga el mismo grado de certeza que la del ADN (ARIAS-SCHREIBER, p. 152).

## **DOCTRINA**

ACERO, Beatriz y GARCÍA BERNAL, Juan Carlos. La prueba en la filiación. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1984; ARIAS-SCHREIBER, Max. Reforma del Libro de Familia. En: Reforma del Código Civil Peruano. Lima, Gaceta Jurídica, 1998; CICU, Antonio. La filiación. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930; BONILLA, Ximena y GUERRERO, Gilma. Filiación extramatrimonial. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1987; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo 11. Lima, Gaceta Jurídica, 1998; DíEZ-PICAZO, Luis y GULL. Antonio. Sistema de Derecho Civil. Tomo IV. Madrid, Tecnos, 1998; MAZEAUD, Henri, Jean y Leon. Lecciones de Derecho Civil. Parte I. Volumen 111. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1976; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia. Lima, Ide sa, 1996; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. México, Editorial Pedagógica Latinoamericana, 1996.

## **JURISPRUDENCIA**

"Será contundente e irrefutable el hecho que aparezca de la minuta transcrita en el proyecto de escritura pública presentada por la actora, que el demandado declare bajo su firma que reconoce la gestación que la demandante está produciendo; no existiendo argumento alguno que destruya el valor de dicha declaración tanto más que no se ha tachado el instrumento privado presentado ni se le ha cuestionado en forma".

(Ejecutoria Suprema del 21 de febrero de 1990, Normas Legales, Tomo 225, p. J-15)

"El reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o de la maternidad, son los únicos medios de prueba de filiación extramatrimonial, y apreciándose de la correspondiente partida de nacimiento que el padre efectuó el



correspondiente reconocimiento de su hijo extramatrimonial, con lo cual se acreditó la filiación existente entre ambos, se ha producido la inaplicación de la norma mencionada".

(El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo 1, p. 183)

"La filiación extramatrimonial se determina sólo por el reconocimiento y sentencia declarativa de paternidad y maternidad",  
(Cas. N975-96-Piura, El Peruano, 30/12/97, p. 225)

## RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

### ARTICULO 388

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 389, 392, 414  
LEY 26497 arto 44 inc. n)

### Comentario

**Jorge Santistevan de Noriega**

#### 1. Antecedentes

La fórmula adoptada por nuestro Código ha sido materia de profundas discusiones. Así, se cuestionaba si convenía permitir al padre que se diese a conocer sin que la madre confirmase su reconocimiento. En este sentido, "se temía que cualquier persona se atribuyera la paternidad de L1n hijo, cuya madre jamás hubiera tenido relación alguna con él. ¿No era escandalosa la posibilidad de que los diferentes hombres que hubieran tenido relaciones al mismo tiempo con la madre reconociesen como suyo al hijo de ésta?" (PLANIOL y RIPERT, p. 220).

A fin de resolver esta controversia, la legislación francesa propuso la fórmula según la cual "no producirá efectos el reconocimiento hecho por el padre cuando no sea confesado por la madre". No obstante, se reconoció que resultaría peligroso subordinar el reconocimiento del padre a la confesión de la madre. A fin de cuentas, ésta podría haber muerto, estar ausente o haber devenido incapaz, entre otras circunstancias que le impidan confesar su maternidad.

En atención a esta controversia, se propuso una nueva fórmula según la cual "el reconocimiento del padre, si es contradicho por la madre, no producirá ningún efecto". No obstante, se consideró también peligrosa en sí misma la facultad dejada a la mujer de destruir perentoriamente el reconocimiento del padre y se decidió que cada uno de los padres pudiese reconocer libremente al hijo a pesar del silencio y oposición del otro. Sobre la base de estas consideraciones, la nueva fórmula sería: "el reconocimiento de un hijo natural solo producirá efecto acto a la persona que lo haya hecho".

Ésta es la fórmula que ha recogido nuestro Código en el artículo bajo comentario. El reconocimiento, entonces, puede ser practicado por cualquiera de los padres de manera indistinta, estableciéndose que los efectos de este acto solo vinculan a la persona que lo hubiere efectuado. Se trata de un acto eminentemente unilateral.

Este precepto admite de manera implícita, además del reconocimiento practicado por cada progenitor, la posibilidad de que se efectúe un reconocimiento de ambos progenitores de manera conjunta. En este último supuesto no se destruye el carácter unilateral del reconocimiento, habida cuenta que se trata de una manifestación concurrente de dos voluntades coincidentes.

Al respecto, es preciso distinguir entre el reconocimiento conjunto, cuando concurren en un mismo acto las voluntades de los progenitores; del reconocimiento unilateral cuando lo efectúa solo uno de ellos. En este último supuesto, el progenitor que practica el reconocimiento está sujeto a la limitación de que no podrá revelar el nombre de la persona con quien se hubiera tenido el hijo, lo que ciertamente no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido (PERALTA ANDÍA, p. 327).

En adición a lo expuesto, con la finalidad de garantizar que el reconocimiento solo produjera efectos respecto de la persona que lo practicaba, se estableció la obligación de quien efectúe el reconocimiento, de mantener en reserva la identidad del otro progenitor.

Así, "el reconocimiento por separado ha de respetar el derecho a la intimidad del otro cónyuge. Por eso no se puede revelar en él su identidad ni, creemos, ninguna circunstancia por la que pueda ser conocido, salvo que antes del reconocimiento esté legalmente determinada.

El reconocimiento unilateral puede ser en sentido estricto -porque reconoce uno solo de los padres- o unilateral doble -porque cada uno de ellos reconoce en acto separado e independiente-, de manera que los dos reconocimientos sucesivos proporcionan al hijo dos vías de determinación de la filiación no matrimonial" (DÍEZ-PICAZO, pp. 262 Y 263).

Las consideraciones precedentes nos permiten extraer algunos principios de observancia insoslayable en la aplicación de la norma bajo análisis, conforme desarrollamos en el acápite siguiente.

## 2. Principios del reconocimiento

Lo dispuesto por la norma bajo comentario encuentra sustento en los siguientes principios. Así el reconocimiento que efectúa un progenitor debe ser:

- a) Unilateral; en la medida en que requiere para su perfeccionamiento solo una declaración de voluntad, ya sea la del padre o de la madre. Así lo dispone el artículo 388 del Código Civil, el cual establece que el reconocimiento puede ser practicado por el padre o la madre de manera indistinta.

En efecto, se trata de "un acto del padre o de la madre, ya que la filiación respecto de ésta no produce ningún efecto en relación a la filiación paterna. El parto no presume la identidad del autor de la concepción" (BONILLA, p. 52). Ello obedece a que por tratarse de actos relativos al estado civil de las personas y a la familia, las normas que rigen esta materia son de orden público, inmodificables por las partes. En este sentido, el reconocimiento produce plena prueba respecto de los terceros y, por ende, surte efectos erga omnes y no solo frente al padre y la madre.

b) Facultativo y voluntario; por cuanto nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de otra persona. Asimismo, se trata de un acto voluntario, en la medida en que se encuentra prohibido que el padre que reconoce a un hijo mencione el nombre del otro o de cualquier dato que permita identificar a éste.

Esta característica encuentra sustento en que "el padre está en el deber moral y social de reconocer a su hijo, pero tal deber moral no implica un deber jurídico de derecho positivo" (SANTAMARÍA, p. 104; BONILLA, p. 50).

c) Personal; en la medida de que nadie, ni siquiera el representante legal del menor o del incapaz, puede, por regla general, afirmar un lazo de filiación del cual no es autor. Este precepto obedece al carácter íntimo del acto procreador, así como al respeto por el principio de voluntariedad referido (CORNEJO CHÁVEZ, p. 109). En efecto, "la confesión no compete sino a su autor: no se confiesa por otro. El reconocimiento porque es una confesión, es individual" (MAZEAUD, citado por SANTAMARÍA, p. 104).

En este sentido, no debe perderse de vista que nos referimos a "un acto que por su misma naturaleza, solo puede verificarse por el padre o la madre a quienes concierne. Es una manifestación por la que el hijo resulta admitido en familia, por su padre o por su madre; nadie tiene personalidad para sustituirlos, aunque se tratara de una ascendiente o del mismo padre o madre que habiéndolo reconocido ya quisiera verificarlos por el otro para asegurarle una filiación completa al hijo. Los dos reconocimientos de ambos padres, que pueden inclusive ser en un mismo documento, no dejan por ello de ser complementemente independientes" (BONILLA, p. 50).

Éstos son los principios que sucintamente desarrollados deben servir de parámetros para delimitar los alcances de la norma bajo comentario. Lineamientos anotados puede quedar resumidos en palabras de Planiol y Ripert, quienes sostienen que "el reconocimiento de un hijo natural es un acto eminentemente personal: una confesión que solo puede emanar del padre, respecto de la filiación paterna, y de la madre, por lo que hace a la materna (...). Cualquier otra persona carece de facultades para hacerla. Cada uno de los padres puede reconocer al hijo por sí mismo y no por el otro (...). Los dos padres pueden reconocer al hijo al mismo tiempo o separadamente. El reconocimiento hecho por uno de ellos le es personal y solo produce efectos en contra de él mismo, y no respecto al otro, aunque en el acta se haya indicado su nombre" (PLANIOL y RIPERT, p. 220).

## **DOCTRINA**

BONILLA, Ximena y GUERRERO, Gilma. Filiación extramatrimonial. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1987; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica, 1998; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Tomo IV. Madrid, Tecnos, 1998; MAZEAUD, Henri, Jean y Leon. Lecciones de Derecho Civil. Parte I. Volumen 111. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América,

1976; PERALTA ANOÍA, Javier. Derecho de Familia. Lima, Idemsa, 1996; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. México, Editorial Pedagógica Latinoamericana, 1996; SANTAMARÍA ARCHILLA, Carolina. Filiación extramatrimonial. Bogotá, Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1980.

## **JURISPRUDENCIA**

"El reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y, como tal, requiere de una manifestación de voluntad, por lo que si el demandado no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento, no ha existido acto jurídico en tal sentido; es por ello que el hecho de que la madre haya consignado el nombre del demandante en dicha partida, constituye un acto de usurpación de nombre que no puede mantenerse dentro de un instrumento público".

(Cas. N° 2747-98, El Peruano, 28 de setiembre de 1999)

"El reconocimiento de un hijo de acuerdo con nuestra legislación, es un acto de carácter personal e individual, lo que se refleja en la disposición contenida en el Artículo trescientos noventidós del Código Civil, por la que se prohíbe al padre o a la madre que reconoce a un hijo revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido y que toda indicación al respecto se tienen por no puesta".

(Cas. N° 346-95, El Peruano, 9 de febrero de 1997)

"El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, o por uno solo de ellos, entendiéndose así para los casos normales y regulares".

(Cas. N° 75-96-Piura, El Peruano, 30/12/97, p. 225)

## RECONOCIMIENTO POR LOS ABUELOS

### ARTICULO 389

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, Y 44, incisos 2 y 3, o en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.(\*)

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley 27201 de 14-11-99.

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 43, 44, 47, 244, 386, 393, 421

C.P.C. arto 831 inc. 2

LEY 26497 arto 44 inc. n)

### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

Se comprueba que, siendo el reconocimiento un acto jurídico unilateral, aquél no tiene el carácter de personalísimo desde que se autoriza a los abuelos o abuelas de las respectivas líneas la posibilidad de realizarlo en los supuestos expresamente señalados en la presente disposición.

En ese sentido, nuestra legislación se aparta de los sistemas jurídicos que, en idénticos casos, exigen la aprobación judicial del acto que los abuelos o abuelas realicen.

Por la consideración al interés superior del niño y atendiendo a la disyunción contenida en la norma, debe concluirse que uno solo de los abuelos de una misma línea podrá practicar válidamente el reconocimiento a favor del nieto. Si el otro ascendiente discrepara de ese criterio y por tener legítimo interés, deberá efectuar la acción de impugnación del reconocimiento a que se refiere el artículo 399 del Código Civil.

Debe tenerse presente que, para realizar el reconocimiento, los abuelos o abuelas de las respectivas líneas no requieren haber sido nombrados tutores o discernir aquel cargo. Basta que acrediten su estado de tales para estar autorizados a practicarlo bajo cualquiera de las formas prescritas en la ley.

Existe una incongruencia con el último párrafo del artículo 244 del Código Civil. Este dispone, para el matrimonio de menores de edad, que "los hijos extramatrimoniales solo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquéllos hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna". La incongruencia consiste en que pudiendo los abuelos de la respectiva línea realizar el reconocimiento en los casos a que se refiere el artículo 389, no podrán asentir el matrimonio del nieto reconocido por ellos conforme a ley; por

cuanto, para tal propósito, se requiere que el padre lo haya reconocido voluntaria y previamente. El principio del que puede lo más, puede lo menos, no se observa en el presente caso. Por lo demás y para el supuesto del asentimiento matrimonial, se trata de una disposición que coloca en una situación de desventaja a quien es hijo extramatrimonial respecto de los hijos matrimoniales y adoptivos, a que se refieren los primeros párrafos del citado artículo 244 del Código Civil.

A lo anterior debe añadirse que, aceptándose en la doctrina y jurisprudencia el reconocimiento indirecto cuando la manifestación de voluntad no está dirigida a admitir la filiación pero del acto practicado ésta se aprecia de manera indubitable, no constituye reconocimiento la escritura pública en la que los abuelos asienten el matrimonio del nieto, a quien expresamente denominan como tal. Ello es así, por cuanto para que el asentimiento matrimonial de los abuelos surta efectos, el nieto debe haber sido previamente reconocido por el padre. En ese sentido, si los abuelos quieren reconocer por escritura pública al nieto por encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 389 del Código Civil, la manifestación de voluntad debe estar dirigida directamente a tal propósito.

De esta disposición también debe concluirse que puede reconocer al hijo extramatrimonial toda persona que tenga por lo menos catorce años cumplidos y que no se halle comprendida en las incapacidades de los incisos 2 y 3 del artículo 43 e incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil.

Ha sido con la modificación del artículo bajo comentario, realizada por el artículo 1 de la Ley NQ 27201, que se permite que el reconocimiento del hijo extramatrimonial pueda ser practicado por quien tenga por lo menos catorce años cumplidos. Concordantemente y al modificarse también el artículo 46 del Código Civil por la citada disposición legal, se ha establecido que tratándose de personas mayores de catorce años, cesa la incapacidad relativa de ejercicio, a partir del nacimiento de su hijo y solamente para realizar los siguientes actos: reconocer al hijo extramatrimonial, reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto, y demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

Como se aprecia, la reforma introducida por la Ley N° 27201 más que promover la asunción de una paternidad o maternidad responsable por parte del menor progenitor, parte erróneamente de considerar su relativa incapacidad de ejercicio como un impedimento para asumirla; desconociendo que en la propia organización del sistema jurídico se reconoce al menor capaz de discernimiento el ejercicio de sus derechos estrictamente personales, como es el caso de reconocer a sus hijos y de ejercer la patria potestad respecto de ellos (artículo 455 del Código Civil), lo que concuerda con la disposición del artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes por el que se admite que el adolescente tiene capacidad de ejercicio para la realización de los actos civiles autorizados por la ley.

Más aún, la Ley N° 27201 al referirse a la edad de 14 años, evita pronunciarse sobre una realidad social insoslayable: las "madres-niñas", es decir aquellas

menores de catorce que efectivamente procrean a un hijo. La información del Ministerio de Salud registra partos de menores entre 10 y 12 años.

Siendo así y en atención al carácter personalísimo de los derechos a reconocer a los hijos extramatrimoniales y a ejercer sobre ellos la patria potestad, nuestro sistema debe prever expresamente su ejercicio. En tal virtud, se postula que el menor capaz de discernimiento pueda reconocer a sus hijos extramatrimoniales y ejercer la patria potestad sobre ellos con la asistencia de sus padres o responsables; y, en casos de desacuerdo o de imposibilidad, con la del juez de familia.

Esta propuesta permitirá al menor asumir una paternidad o maternidad responsable y ejercer el poder paterno sobre sus hijos con la asistencia de quienes integrarán su propia capacidad. Además otorga al juez de familia resolver los casos de desacuerdo o de imposibilidad, en atención al interés del hijo.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001 ; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERAL TA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorial Idemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, 2003; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Dereclw<:kt Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos sean incapaces absolutos, relativos o ausentes".

(Caso NS! 75-96-Piura, El Peruano, 30/12/97, p. 225)

"El ejercicio de las acciones para el reconocimiento de los hijos naturales ha de realizarse en vida de los presuntos padres, pero podrá además efectuarse fallecidos éstos, en dos casos: uno, cuando la muerte ocurra durante la minoría de edad del hijo, supuesto en el que éste podrá deducir la acción antes de que



transcurran los primeros cuatro años desde su mayoría de edad, y otro, cuando después del óbito de aquellos aparezca algún documento de que antes no se hubiera tenido noticia, en el cual se reconoce expresamente al hijo, habiéndose en este caso de promover la acción de reconocimiento dentro de los seis meses siguientes a su hallazgo".

(Díez-Picazo, Luis, Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, Volumen 111, p. 166)

"De acuerdo al artículo 389 del Código Civil el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en caso de muerte del padre o de la madre, sin que sea necesario que ambos abuelos practiquen dicho reconocimiento".

(Caso N° 453-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 183)

"De la propia lectura del artículo 389 del Código Civil, referido al reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no se advierte que el reconocimiento deba hacerse en forma mancomunada por el abuelo y abuela de la misma línea, bastando la intervención de uno solo de ellos para que surta efecto, siendo ésta la interposición debida".

(Caso N° 832-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 184)

## FORMALIDADES DEL RECONOCIMIENTO

### ARTICULO 390

El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

### CONCORDANCIAS:

C.	arts. 4, 6
C.C.	arts. 144, 387, 388, 389, 686, 2115
C.P.C.	arto 831
LEY 26497	arto 40, 41, 44 inc. n), 45
LEY 26649	arto 17 inc. d)
D.S.015-98-PCM	arto 3 inc. t), 7, 22 inc. b) 36

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

El reconocimiento es un acto formal, expreso, inequívoco y solemne. Ello se debe a que la importancia y trascendencia del mismo debe constar en un documento veraz, fehaciente y por demás seguro, que no ofrezca duda acerca de su contenido. Por esta razón se han escogido tres tipos para su formulación: ante el registro de nacimientos, la escritura pública y el testamento, fuera de los cuales no es posible entre nosotros practicar un reconocimiento válido (CORNEJO CHÁVEZ).

Tomando en cuenta la liberalidad y ampliación en las formas de realizar el reconocimiento en el Derecho comparado, en el Proyecto de reforma ampliado de filiación presentado a la subcomisión de familia encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil peruano, propusimos como redacción para el artículo del caso lo siguiente "Artículo 368. - El reconocimiento resulta: 1. - De la declaración en el registro de nacimientos, al momento de su inscripción o posteriormente. 2.- De la declaración en un documento público o privado debidamente reconocido. 3.- De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad.

Este numeral propuesto presentaba detalladamente los medios por los que se puede hacer constar el reconocimiento. A diferencia del artículo 390 del Código Civil, el propuesto se encargaba de detallar técnicamente las formas e establecer el reconocimiento, así la declaración hecha ante el registro de nacimiento, que si bien el Código Civil la contempla específicamente en el artículo 391, se consideró pertinente mantenerla (resumidamente) en un solo artículo, siguiendo el criterio del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, del Proyecto de la Comisión Revisora de 1981 y del Anteproyecto de la Comisión Revisora de 1980.

Por otro lado, se estableció como innovación que el reconocimiento pueda realizarse en documento público o privado, dejando de lado la excesiva y hasta onerosa formalidad de escritura pública pues, según ha quedado establecido,

limita y restringe su ejercicio. Por último, se menciona que el reconocimiento puede realizarse de acuerdo a las disposiciones de última voluntad, no limitándolo al caso exclusivo del testamento (VARSI).

Según el artículo en comentario las formas que se pueden utilizar para realizar un reconocimiento son:

#### a) Inscripción en el registro de nacimiento

El reconocimiento realizado con el apersonamiento del padre al Registro de nacimiento es el más usual y frecuente. En la práctica, contrariándose las normas legales se requiere que el reconocimiento sea simultáneo, es decir que lo realicen ambos padres al mismo tiempo, a efectos de impedir que el progenitor que no interviene en el reconocimiento pueda impugnar el acto. A pesar de ello el artículo 388 permite el reconocimiento unilateral o por separado, cuando se realiza por uno solo de los padres.

#### b) Escritura pública

A diferencia de otras legislaciones, el Código peruano ha optado por este tipo especial de reconocimiento que es realizado en escritura pública, pues representa el documento público por antonomasia que otorga el notario y como tal es un medio típico para establecer el vínculo filial.

Legislaciones extranjeras se refieren a 'otro documento público' como forma especial de realizar el reconocimiento. Entre estos casos tenemos el acta civil de celebración de matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación.

Es de tenerse en cuenta que los reconocimientos realizados por ante notario permiten los denominados reconocimientos secretos así como los reconocimientos por complacencia o también denominados reconocimientos voluntariamente inexactos o mendaces (MAZEAUD), dentro de los cuales el caso más singular en que es utilizado es el de reconocer a hijo ajeno.

#### c) Testamento

El testamento más que un acto de disposición patrimonial es un acto jurídico, de allí que su contenido puede ser referido a disposición de bienes, la ordenación de la sucesión e incluso disposiciones de contenido extrapatrimonial, dentro del cual encontramos al reconocimiento.

En primer lugar debemos responder la siguiente pregunta ¿qué tipo de testamento es el requerido para reconocer? Si tomamos como base a los principios de promoción de la paternidad y de prioridad de la voluntad del reconocedor debe entenderse que es cualquier testamento (ordinario o especial), pero que deberá protocolizarse a fin de otorgarle el carácter de documento público empezando, desde allí, a surtir efectos.

Por su naturaleza típica los efectos del testamento quedan diferidos al momento de la muerte del otorgante, es decir las cláusulas tienen eficacia post mortem. Sin embargo, en base al principio del interés del reconocido, de la trascendencia del acto y del derecho a la identidad se admite la eficacia

inmediata del reconocimiento testamentario, es decir desde su faccionamiento. Tratándose de un reconocimiento testamentario por escritura pública queda consumado con el otorgamiento de la disposición de última voluntad. No se mantiene en suspenso hasta la muerte del testador, pues ello significaría someterlo a un plazo incierto (MÉNDEZ COSTA), lo que es contrario al artículo 395. Un tema operativo y práctico es que de darse un reconocimiento en testamento el notario debería comunicarlo al interesado a fin de que surta efectos. El problema se da con el testamento ológrafo o cerrado, ya que recién se conocerá de su contenido al fallecimiento del testador por lo que, en este caso, el reconocimiento surtirá efectos en dicho momento (MÉNDEZ COSTA). El hecho de la comunicación o notificación del reconocimiento al hijo consta expresamente en la Ley de Notariado Española y en el Código Civil de Ecuador (artículo 264).

El hecho de que el testamento sea revocado no afecta la esencia del acto jurídico de reconocimiento realizado, así lo expresan de manera especial algunos Códigos Civiles como es el caso de Portugal (artículo 1858), el Código Civil de México en materia federal (artículo 366), el Código de Familia boliviano (artículo 199) y Código Civil de Guatemala (artículo 212). Además, nótese la singularidad en este último Código al agregar que si el testamento fuera declarado nulo por falta de requisitos testamentarios especiales esto no afecta el reconocimiento, siempre que los vicios no perturben jurídicamente el acto de paternidad (artículo 213). En igual sentido conjunto que Guatemala, lo regula el Código de Familia de Panamá (artículo 260).

Analizados los tipos y formas mediante los que se puede realizarse el reconocimiento no podríamos considerar como reconocimientos válidamente efectuados los siguientes casos:

- El reconocimiento no formal:

Entendido como tal aquel realizado fuera de los tipos aceptados por documentos privados o verbales),

- El reconocimiento incidental:

Es también llamado implícito y se caracteriza por la ausencia de intención ley (en directa para establecer la filiación (caso típico tenemos de aquel presunto progenitor que en documento, cuya finalidad principal es otra, declara que una persona es su hijo).

- La expresión de reconocimiento:

Que es aquella manifestación de voluntad, clara e inequívoca, mediante la cual se individualiza al reconocido, por ejemplo: autorización del hijo para que contraiga matrimonio, el otorgamiento de poder nombrándolo como hijo (MÉNDEZ COSTA).

- El reconocimiento aformal (BEGOÑA) o reconocimiento tácito:

Que es determinado por los actos directos del padre o de su familia y que se establece mediante la posesión constante de estado de hijo (artículo 402 inc.2), en este caso es una presunción que servirá para ejercer la acción de reclamación de estado filial.

La única utilidad práctica de estos tipos de reconocimientos sui génerises que pueden ser utilizados como medio de prueba en un proceso de estado filial: escrito indubitado, posesión de estado (medio para consolidar la tractatus que implica un reconocimiento tácito o de hecho).

Es por ello importante indicar que el Código no ha creído necesario aclarar si ha de tratarse de un reconocimiento expreso y directo o si basta el implícito o sobrentendido, situación que ha sido resuelta jurisprudencialmente por esta última interpretación (CORNEJO CHÁ VEZ) sobre todo tomando en cuenta el interés social en el acto de reconocimiento de la paternidad.

Bajo esta premisa es que el reconocimiento incidental formal, que se manifiesta en un testamento u otro documento público del cual se deduce la existencia del hijo pues lo instituyó como heredero (BEGOÑA) es válido. Si este acto jurídico familiar no se realiza a través de alguna de estas formas queda sometido a la probanza respectiva (ad probationem) no hay sanción de nulidad (artículo 144). Este tipo de reconocimiento incidental o implícito es tratado de manera expresa por el Código Civil de Venezuela (artículo 218), por el Código de Familia boliviano (artículo 196) y por el Proyecto de reforma del Código Civil argentino (artículo 550, c).

De allí que, como acto jurídico familiar, con sus correspondientes características, debe distinguirse entre aquel reconocimiento constitutivo de emplazamiento (que otorga un título de estado: partida de nacimiento inscrita en el Registro en el estado civil) de aquel presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento (que solo es un medio de prueba que permite requerir al funcionario del Registro del estado civil o, judicialmente en su caso, la constitución de un título de estado: escritura pública y testamento) (ZANNONI).

Para el caso del reconocimiento del hijo concebido las únicas formas utilizadas pueden ser la escritura pública o el testamento, dado que al no haberse producido el nacimiento resultaría imposible inscribirlo en el Registro del estado civil y expedírsele un acta de nacimiento. Sobre el tema la Ley NQ 26649 (26/6/1996) referida a la asistencia médica de los hijos de los asegurados obligatorios y facultativos del régimen de prestaciones de salud del seguro social indica que tienen derecho a las prestaciones asistenciales "los hijos asegurados obligatorios o facultativos, menores de 18 años de edad, que no sean asegurados. El alcance de esta norma cubre la atención desde la etapa de la concepción. El hijo concebido extramatrimonial debe ser reconocido por el asegurado mediante la formalidad establecida por ley, o en su defecto, declarada judicialmente la paternidad. La atención de los concebidos se materializa en la gestante no asegurada, la que solo tendrá derecho a las prestaciones asistenciales por maternidad, entre ellas el control del embarazo o parto" (artículo 17, d).

## **DOCTRINA**

BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZALES, María. El reconocimiento de los hijos no matrimoniales. Dykinson. Madrid, 1998; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6ª edición. Librería Studium. Lima, 1987; MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Ed. Jurídicas Europa América. Parte 1. Vol. 111. Buenos Aires, 1959; MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Rubinzal y Culzoni. Santa Fe, 1986; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Filiación,

Derecho y Genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Universidad de Lima. Lima, 1999; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo 11. 2da edición. Astrea. Buenos Aires, 1989.

## **JURISPRUDENCIA**

"No surte efecto la revocatoria de reconocimiento de hijo natural hecho en testamento, aunque dicha revocatoria se haga por testamento posterior".  
(Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1871, p. 272; 1907, p.76)

"La nulidad de un testamento lleva consigo la del reconocimiento de hijo natural que dicho instrumento contiene".  
(Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1926, p. 52)

'Aun cuando exista reconocimiento de filiación extramatrimonial por testamento, si se trata de hijos nacidos dentro del matrimonio de persona dis 'nta del causante, prevalece la filiación matrimonial y deviene en nula la cláusul testamentaria",  
(Exp. N° 857-86/Lima, Primera Sala Civil, 19861 Corte Superior de Justicia de Lima: Jurisprudencia Civil, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1989, pp. 42-43).

"La inclusión de una persona como hija en el acto testamentario, importa un acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial".  
(Cas. N° 545-99, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 184)

## RECONOCIMIENTO EN EL REGISTRO DE NACIMIENTOS

### ARTICULO 391

El reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente.

### CONCORDANCIAS:

C.	arts. 4, 6
C.C.	arts. 388, 389, 2115
C.P.C.	arto 831
LEY 26497	arts. 40, 41, 42, 44 inc. n), 45
DS.015-98-PCM	arts. 3 inc. t), 22 inc. b), 36

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

El reconocimiento realizado con el apersonamiento del padre o la madre al Registro de nacimiento es el más usual y frecuente. Sin dudarlo, es también el más práctico, económico y eficaz en cuanto a que sus efectos son inmediatos. Sobre este punto debe tenerse presente que si el reconocimiento no se realiza a través de alguna de estas formas indicadas por la ley queda sometido a la probanza respectiva (ad probationem) no hay sanción de nulidad (artículo 144).

De allí que, como acto jurídico familiar, con sus correspondientes características, debe distinguirse entre aquel reconocimiento constitutivo de emplazamiento (que otorga un título de estado: partida de nacimiento inscrita en el Registro en el estado civil) de aquel presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento (que solo es un medio de prueba que permite requerir al funcionario del Registro estado civil o, judicialmente en su caso, la constitución de un título de estado: escritura pública y testamento) (ZANNONI). En este sentido el reconocimiento realizado ante el registro de estado civil es constitutivo de emplazamiento Los otros tipos de reconocimiento solo generan un presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento.

En la práctica, contrariándose las normas legales se requiere el reconocimiento sea simultáneo, es decir que lo realicen ambos padres al mismo tiempo, a efectos de impedir que el progenitor que no interviene en el reconocimiento pueda impugnar el acto. A pesar de ello el artículo 388 permite el reconocimiento unilateral o por separado, cuando se realiza por uno solo de los padres

### DOCTRINA

ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo 11. 2ª edición. Astrea. Buenos Aires, 1989.

## CARÁCTER PERSONAL Y VOLUNTARIO DEL RECONOCIMIENTO

### ARTICULO 392

Cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido

### CONCORDANCIAS:

C.C.	arto 1,21
C.N.A.	arts. 1, 2
LEY 26497	arto 44 inc. n)
D.S.015-98-PCM	arto 3 ¶ne. t)

### Comentario

**Manuel Muro Rojo**  
**Alfonso Rebaza Gonzales**

#### 1. Principios que rigen el reconocimiento

El reconocimiento es el acto voluntario por el cual una persona manifiesta su deseo de establecer un vínculo filial con otra. No obstante, este acto debe reunir una serie de formalidades y cumplir con ciertos principios para su validez; entre estos, el reconocimiento debe ser siempre un acto individual y personal, conforme dispone la norma bajo comentario. Los alcances y la interpretación de estos principios son esbozados a continuación (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, p. 262; ACERO, p. 87):

a) Unilateralidad; en la medida en que el reconocimiento requiere para su perfeccionamiento solo una declaración de voluntad, ya sea del padre o de la madre. Así lo dispone el artículo 388 del Código Civil, el cual establece que el reconocimiento puede ser practicado por el padre o la madre de manera indistinta. No se requiere la manifestación de voluntad del hijo q~epte el reconocimiento a menos que sea mayor de edad.

En efecto, se trata de "un acto del padre o de la madre, ya que la filiación respecto de ésta no produce ningún efecto en relación a la filiación patetna. El parto no presume la identidad del autor de la concepción" (BONILLA, p. f2). El fundamento de este precepto radica en que nos encontramos frente a actos relativos al estado civil de las personas y a la familia. Como se sabe, las normas que rigen esta materia son de orden público, in modificables por las partes. Es por ello que el reconocimiento produce plena prueba respecto de los terceros y por ende, surte efectos erga omnes y no sólo frente al padre y la madre.



b) Voluntario; por cuanto nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de otra persona. Asimismo, se encuentra prohibido que el padre que reconoce a un hijo mencione el nombre del otro o de cualquier dato que permita identificarlo.

Esta característica encuentra sustento en que "el padre está en el deber moral y social de reconocer a su hijo, pero tal deber moral no implica un deber jurídico de derecho positivo" (SANTAMARÍA, p. 104; BONILLA, p. 50). Por ende, atendiendo a que el reconocimiento como deber se sitúa en el plano meramente moral, el reconocimiento no puede ser exigido por ninguna persona. La única posibilidad de que el hijo obtenga la filiación ante esta negativa será mediante sentencia judicial.

e) Personal; en la medida de que nadie puede, por regla general, afirmar un lazo de filiación del cual no es autor. Este precepto obedece al carácter íntimo del acto procreador, así como al respeto por el principio de voluntariedad referido (CORNEJO, p. 109). En efecto, "la confesión no compete sino a su autor: no se confiesa por otro. El reconocimiento es una confesión es individual" (MAZEAUD, citado por SANTAMARÍA, p. 104).

En este sentido, no debe perderse de vista que nos referimos a "un acto que por su misma naturaleza, sólo puede verificarse por el padre o la madre a quienes concierne. Es una manifestación por la que el hijo resulta admitido en familia, por su padre o por su madre; nadie tiene personalidad para sustituirlos, aunque se tratara de una ascendiente o del mismo padre o madre que habiéndolo reconocido ya quisiera verificarlos por el otro para asegurarle una filiación completa al hijo. Los dos reconocimientos de ambos padres, que pueden inclusive ser en un mismo documento, no dejan por ello, de ser completamente independientes" (BONILLA, p. 50).

Estos son los principios que deberán servir de marco conceptual para delimitar los alcances de la norma bajo comentario. En suma, no debe perderse de vista que "el reconocimiento de un hijo natural es un acto eminentemente personal: una confesión que sólo puede emanar del padre, respecto de la filiación paterna, y de la madre, por lo que hace a la materna (...) Cualquiera otra persona carece de facultades para hacerlo. Cada uno de los padres puede reconocer al hijo por sí mismo y no por el otro (...) Los dos padres pueden reconocer al hijo al mismo tiempo o separadamente. El reconocimiento hecho por uno de ellos le es personal y sólo produce efectos en contra de él mismo, y no respecto al otro, aunque en el acta se haya indicado su nombre" (PLANIOL y RIPERT, p. 220).

De acuerdo con los principios enunciados, es posible establecer con claridad meridiana que, en principio, la paternidad solo puede ser reconocida por el padre y la maternidad por la madre, sin que uno ni otro pueda indicar el nombre del otro progenitor, salvo que éste lo haya reconocido ya (BELLUSCIO, p. 217).

## 2. Acciones del cónyuge perjudicado

De acuerdo a la prohibición prevista en la norma bajo comentario, el progenitor que hubiere sido mencionado sin haber consentido en ello, puede demandar la nulidad del reconocimiento que se le imputa por no haber manifestado su voluntad, de conformidad con las normas generales que rigen la invalidez del acto jurídico. Cabe advertir que esta pretensión no cuestiona el vínculo biológico padrehijo, sino que únicamente se refiere a la falta de un elemento esencial en la estructura del acto jurídico del reconocimiento, cual es, la manifestación de voluntad (PLÁCIDO, p. 279).

La sentencia que declare fundada la demanda deberá ordenar la anotación marginal en la partida de nacimiento respectiva, de que la mención al otro progenitor se tenga por no puesta. En cuanto a los apellidos del reconocido, deberá ordenarse la rectificación correspondiente, a fin de que el titular de la partida de nacimiento lleve los dos apellidos del progenitor que lo reconoció, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil (PLÁCIDO, p. 280).

### 3. Reconocimiento del nasciturus

Una vez determinados los principios que rigen el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, en el caso concreto, el carácter personal y voluntario de este acto, toca ahora analizar la excepción a este principio que establece el segundo párrafo de la norma bajo comentario. De acuerdo a esta excepción, la prohibición de hacer referencia a la persona con quien se hubiera tenido el hijo no rige para el padre que reconoce al hijo concebido.

Cabe mencionar que la posibilidad de reconocer al hijo extramatrimonial que está por nacer, viene dada por lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil en cuanto establece que "el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Es con la finalidad de facilitar esta práctica que nuestro Código ha admitido la excepción citada a los principios que rigen el reconocimiento.

De no admitirse esta excepción, se presentaría un obstáculo insalvable para practicar el reconocimiento del hijo por nacer, en la medida en que está prohibido al padre reconociente declarar quién es la madre del hijo. De ser eso, la infracción a esta prohibición sería manifiesta, habida cuenta que resultaría imposible reconocer al hijo por nacer sin mencionar a la madre gestante.

En efecto, la disposición general daría lugar a algunas dificultades, en la medida en que, como hemos mencionado, el hijo por nacer solo puede ser individualizado (requisito indispensable para practicar el reconocimiento) mencionando a la madre. En este sentido, frente a la prohibición de mencionar el nombre del otro progenitor "tal reconocimiento sólo podría tener lugar si la madre lo ha efectuado ya, si se hace conjuntamente con el reconocimiento de la madre, mediante el otorgamiento de mandato para efectuar el reconocimiento una vez que se produzca el nacimiento, o por instrumento privado o testamento ológrafo o cerrado que sólo se haga valer después del nacimiento" (BELLUSCIO, pp. 217 Y 218).

El problema descrito parece encontrar solución en la distinción entre reconocimiento constitutivo de título de estado y el reconocimiento que sólo es el presupuesto para la obtención del emplazamiento en el estado. De acuerdo a esta distinción, la prohibición de la norma debe entenderse referida al primer tipo de reconocimiento, el cual determina la inscripción del hijo en el registro de nacimiento. El reconocimiento del nasciturus, en cambio, está referido al segundo tipo de reconocimiento, lo cual determina que la prohibición de mencionar a la madre no resulte aplicable (ZANNONI, p. 363).

En adición a lo expuesto, es preciso tener en cuenta que "nacido el hijo, la maternidad podrá quedar atribuida, aun sin reconocimiento expreso de la madre, mediante la prueba del nacimiento y la identidad del nacido a petición de quien presente el certificado médico y obstetra que haya atendido el parto. De este modo, quien se dice padre podrá individualizar a su hijo y formalizar el reconocimiento constitutivo de emplazamiento, pues el título de estado -la partida- contendrá los datos de la filiación materna atribuida legalmente en razón del parto. Pero si el parto no hubiese quedado acreditado y la maternidad determinada legalmente, el reconocimiento carecerá de virtualidad al no quedar establecida la filiación materna que fue el soporte de ese reconocimiento realizado antes del nacimiento" (ZANNONI, p. 363).

En efecto, el reconocimiento de la madre respecto del hijo gestante resulta innegable, pues se encuentra amparado por la presunción de maternidad que genera el nacimiento. No obstante, en el supuesto de que dicha presunción fuera desvirtuada, el reconocimiento del padre perdería asidero fáctico, resultando inválida.

Consideramos que la opción de nuestro legislador es acertada, pues, lejos de imponer el cumplimiento de requisitos innecesarios, ha establecido una excepción que facilita la filiación extramatrimonial mediante el reconocimiento del nasciturus. De este modo se promueven la asunción de conductas éticas para los padres extramatrimoniales, quienes encuentran abierto un camino adicional para reconocer este estado.

## **DOCTRINA**

BELLUSCIO, César Augusto. Manual de Derecho de Familia, Tomos I y II. Buenos Aires, Depalma, 1979; BONILLA, Ximena y GUERRERO, Gilma. Filiación extramatrimonial. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1987; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica, 1998; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Tomo IV. Madrid, Tecnos, 1998; MAZEAUD, Henri, Jean y Leon. Lecciones de Derecho Civil. Parte I. Volumen 111. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976; PLACIDO, Alex. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. México. Editorial Pedagógica Latinoamericana, 1996; SANTAMARÍA ARCHILLA, Carolina. Filiación extramatrimonial. Bogotá, Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana de

Colombia, 1980; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo /I. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"No habiendo intervenido ni autorizado la inclusión de su apellido en la partida de nacimiento del menor, debe excluirse el nombre del accionante de la misma sin que ello signifique privar del apellido al menor".  
(Gaceta Jurídica, Tomo 48, noviembre de 1997, p. 9-A)

"El reconocimiento de un hijo de acuerdo a nuestra legislación es un acto de carácter personal e individual, razón por la cual se prohíbe al padre o a la madre que reconozca un hijo, revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido, y toda indicación al respecto se tiene por no puesta. En los procesos de exclusión de nombre, no es aplicable la prueba negativa de los grupos sanguíneos y otras de validez científicas, por cuanto lo que está en discusión no es la filiación, sino si el nombre de la persona que no ha efectuado el reconocimiento debe o no permanecer en la partida de nacimiento del hijo cuya paternidad le ha sido atribuida".  
(Cas. N° 346-95, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo " p. 184)

"El artículo 392 del Código Civil contiene una ficción jurídica destinada a proteger el nombre de la persona que no ha efectuado el reconocimiento de un hijo, y por ende tal norma no impide que éste en el ejercicio de lo establecido por el artículo 28 del Código Sustantivo, consigna judicialmente la exclusión de su nombre de la partida de nacimiento en el que fue indebidamente consignado, y mientras ello no suceda o no se establezca su paternidad de acuerdo a ley, tal consignación no surtirá efecto legal alguno".  
(Cas. N° 750-97, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo 1, p. 185)

"El artículo 392 del Código Civil establece una ficción jurídica al señalar que si uno de los progenitores reconoce separadamente a su hijo, no puede revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera procreado, resultando que cualquier indicación en ese sentido se tendrá por no puesta, norma que constituye una protección al nombre de la persona que no ha efectuado el reconocimiento... El reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral, y como tal, requiere de una manifestación de voluntad".  
(Cas. Ng 75D-97-Junín, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 8/01/99, p. 2435)

"La ficción jurídica contenida en el artículo 392 del Código Civil debe ser aplicada en concordancia con lo establecido por los artículos 19, 21 Y 28 del Código acotado. En consecuencia, la persona que no haya efectuado el reconocimiento de un hijo en la partida de nacimiento correspondiente, puede accionar la exclusión de su nombre de dicho instrumento, y mientras ello no suceda o no se establezca su paternidad de acuerdo a ley, tal indicación no surtirá efecto legal alguno".

(Cas. N° 2747-98, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo " p. 185)

"Cuando uno de los cónyuges reconoce separadamente a su hijo, la ley establece una ficción jurídica al señalar que no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera procreado al hijo, resultando que cualquier indicación en ese sentido se tendrá por no puesta".

(Cas. N° 1061-98-Junín, El Peruano, 2/01/99, p. 2326)

## CAPACIDAD PARA RECONOCER

### ARTICULO 393

Toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el artículo 389 y que tenga por lo menos catorce años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial.(\*)

(.) Texto según modificatoria introducida por la Ley N° 27201 de 14-11-99.

### CONCORDANCIAS:

C.	arts. 4, 6
C.C.	arts. 43, 44,46, 386, 389, 390, 687
LEY 26497	arts. 40, 41, 44 inc. n), 45
DS.015-98-PCM	arts. 3 inc. t), 22 inc. b), 36, 40

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

Como acto jurídico familiar declarativo de un estado de familia de orden filial, el reconocimiento debe ser realizado por una persona que tenga aptitud legal a efectos de generar su eficacia. El reconocedor debe ser capaz de realizar el acto, estar legitimado por el derecho para formalizar su voluntad. Dada su importancia, sus efectos y tomando en consideración que el reconocimiento es un acto de ciencia -pues otorgo mi paternidad a quien procreé- la doctrina ha considerado requisitos típicos para adjudicar una capacidad especial con el fin de poder realizar un reconocimiento.

Sin embargo, la capacidad en el reconocimiento es de por sí espinosa y problemática (SANCHO REBULLIDA). En la doctrina clásica se argumentaba que la capacidad exigida para cumplir ciertos actos jurídicos no era necesaria para reconocer válidamente a un hijo ya que cada cual es capaz de hacer válidamente una confesión, de allí que solo basta con que comprenda su trascendencia (MAZEAUD). Por su parte, la doctrina moderna establece que para reconocer solo son precisas dos cosas: pubertad (puede reconocer quien puede procrear) y discernimiento (facultad de entendimiento) (ALBALADEJO y LAFAILLE). Es así que la amplitud es la característica de la capacidad para reconocer (MÉNDEZ COSTA) lo que se da en amparo de la filiación y también para su promoción.

El Código peruano opta por un sistema temporal, sustentad~ en el tiempo, en el cual la edad determina la capacidad del reconocedor. Tener 14 años de edad representa la capacidad para realizar un reconocimiento. La norma analizada rescata en cierta manera el principio de que toda persona tiene capacidad para reconocer, pero entiéndase no una capacidad plena sino una mínima posibilidad de querer y entender así como una presunción de procrear (BEGOÑA). El fundamento para fijar la edad de 14 años obedece al criterio de que es partir de la misma que se tiene pubertad y además que se alcanza un mayor grado de discernimiento.

Debe tenerse en cuenta que el artículo primigenio del Código establecía otra edad para reconocer, los 16 años cumplidos, siendo reducida a la edad de 14.

La modificación de este artículo del Código tiene como antecedente el Proyecto de ley 3561/97-CR que consideró la variación de la edad por los siguientes motivos:

El alto índice de adolescentes menores de 16 años que son padres.

La ley reconoce que la incapacidad de la mujer mayor de 14 años cesa por el matrimonio ya que éste genera derechos y obligaciones.

La incapacidad debe cesar, con mayor razón, con la procreación de un niño.

La edad para que la mujer pueda casarse y así adquirir la capacidad especial es inferior a la del varón (14 versus 16), lo que en materia de reconocimiento generaría discriminaciones.

Como podemos apreciar, este cambio se realizó debido a que existía una incongruencia con el artículo 241 inciso 1 del Código. Este último permitía la dispensa judicial del matrimonio de los menores de edad por motivos graves siempre que el hombre tuviera 16 años cumplidos y la mujer 14, mientras que el texto originario del artículo 393 establecía como edad mínima del reconocedor los 16 años. La contradicción se daba en el hecho de que por un lado se permitía el matrimonio de una mujer de 14 años siempre que existieran motivos graves (que no eran otros que la gravidez, en sí el embarazo) de manera que mediante la legitimación jurídica de dicha relación sexual extramarital mediante el matrimonio su descendencia gozaría de la presunción pater est (artículo 361) mientras que, por otro lado, se impedía que otra menor, que también mantuvo una relación sexual extramarital pero que no consiguió formalizarla mediante el matrimonio, no pudiera reconocer al fruto de su descendencia. Se produce entonces una confusión de los presupuestos jurídicos de la capacidad para el reconocimiento como para contraer matrimonio, olvidándose que son total y absolutamente distintos. Por cierto, esta mala política legislativa generaba situaciones discriminatorias en razón que se hacía depender del estado civil de los padres la filiación de los hijos, lo que contradecía el principio de igualdad y también el hecho que, demostrada liminarmente su pubertad, la procedencia del reconocimiento se da por la sola voluntad del progenitor que engendró.

Podemos afirmar que la institución del reconocimiento ha replanteado y a su vez ampliado el sistema legal de adquisición especial de la capacidad (emancipación legal) que opera ipso iure y que está consagrada en el artículo 46 del Código Civil, ya que dicho dispositivo considera actualmente, en lo que a este tema concierne, que: "Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos, 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto, 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos".

Nótese que se otorga una capacidad especial dirigida. Es decir, solamente para determinados actos subsistiendo la incapacidad del menor para los demás. No es una capacidad plena sino restringida, de allí que no deba ser inscrita, como lo manda para otros casos el reglamento de la RENIEC (artículo 40). Así, el

nacimiento de un hijo confiere al padre menor de edad la patria potestad (relación jurídica subjetiva familiar en la que existen un plexo de derechos y obligaciones recíprocos), luego es lógico que se admita el reconocimiento por estas personas, ya que éste es causa y fundamento de la patria potestad sobre los hijos (BEGOÑA).

Ahora bien, téngase en cuenta que es el nacimiento de un hijo, y no su concepción, lo que otorga esta capacidad especial a una persona para reconocer. Esto resulta incongruente pues el concebido también puede ser reconocido, es una facultad inherente amparada por la ley (artículo 392) que le corresponde legítimamente por ser sujeto de derecho. En este sentido, puede decirse que esta norma limita la posibilidad de que el reconocedor menor de 14 años pueda atribuir su paternidad legal a su hijo concebido; éste solo podrá ser reconocido una vez que su progenitor adquiera la edad permitida que establece el Código para realizar este acto de declaración de filiación y siempre que se produzca el nacimiento. Si bien este caso citado es una excepción, no la regla, sirve para reafirmar que el reconocimiento es tanto un derecho como una obligación mediante la que los progenitores adquieren la calidad legal de padre o madre y así asumen su responsabilidad.

Todo aquel que tiene la capacidad especial para poder reconocer puede hacer uso de cualquiera de las formas permitidas por la ley (artículo 390). Sin embargo, en la práctica solo es factible el realizado por el menor ante el Registro de Estado Civil. A pesar de que la Ley del Notariado solo requiere documento de identidad (que es cualquiera que pueda identificar a la persona) como uno de los requisitos de la Escritura Pública en muchos casos, por no querer decir todos no se permite esta forma de reconocimiento por los propios notarios. En el caso de testamento, el Código establece una capacidad típica para testar y es aquella adquirida mediante la emancipación (artículo 46), en este caso puede hacerse uso de cualquier tipo de testamento, incluso del nuncipativo o auténtico, es decir mediante escritura pública, siempre que lo permita el notario.

El derecho comparado nos trae novedades sobre el tema, por ejemplo el Código Civil de México en materia federal (artículo 361) Y el Código de Familia de Panamá (artículo 261), establecen que para reconocer un hijo se requiere la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido. Este artículo se sustenta en la coincidencia que ha de requerir la ley, en este caso la del hecho de la procreación, el acto del reconocimiento y las relaciones familiares. Con esta norma se busca que quien reconozca aparente físicamente ser el padre (*naturam imitat*), situación análoga a la adopción. Sin embargo, esta ecuación es poco común en el Derecho comparado. Las legislaciones limitan el reconocimiento por otras razones.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. El reconocimiento de la filiación natural. Barcelona, 1954; BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZALES, María. El reconocimiento de los hijos no matrimoniales. Dykinson. Madrid, 1998; LACRUZ BERDEJO, José y



SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. Vol. 11. Barcelona, 1982; MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Ed. Jurídicas Europa América. Parte 1. Vol. 111. Buenos Aires, 1959; MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Rubinzal y Culzoni. Santa Fe, 1986.

## RECONOCIMIENTO DEL HIJO MUERTO

### ARTICULO 394

Puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes.

### CONCORDANCIAS:

C.	arts. 4, 6
C.C.	arts. 399, 660, 816
LEY 26497	arts. 40, 41, 44 inc. n), 45
DS.015-98-PCM	arts. 3 inc. t), 7, 22 inc. b), 36.

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

El reconocimiento voluntario de una persona fallecida ha sido siempre visto con cautela y reserva por cuanto se consideraba que su principal motivo era heredar al difunto (BEGOÑA), ocultándose intereses sórdidos (MAZEAUD) lo que constituye una perspectiva antifuncional del reconocimiento (ZANNONI). De esta manera, se llegó a sostener que los reconocimientos póstumos se fundan en aspectos interesados del reconocedor que no habiendo ejecutado su papel en vida del hijo intenta ahora constatar una relación paterno-filial cuando se deja un patrimonio tras él (COLIN y CAPITANT). Es por ello que la ley ha establecido requisitos y limitaciones adicionales para esta forma de reconocimiento a efectos de impedir que se realicen obedeciendo al interés espurio de heredar al difunto (MÉNDEZ COSTA).

Códigos como el argentino indican que el reconocimiento del hijo fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula ni a sus demás ascendientes en su rama (artículo 249), así también el Proyecto de reforma del referido Código (artículo 552). Sin embargo, la doctrina comparada no es unánime en cuanto a esta forma especial de reconocimiento. Hay partidarios que sustentan la validez del reconocimiento del hijo fallecido sin dejar descendientes (COLIN y CAPITANT, MANRESA, MASETTI, RIPERT Y BOULANGER, SCAEVOLA, VALVERDE). Otro sector alega que este tipo de reconocimiento solo puede realizarse cuando existen descendientes (CASTÁN TOBEÑAS, DE BUEN, DUSI, PUIG PEÑA, STOLFI). Por su parte algunos autores siguen una posición ecléctica, en el sentido de que la validez de este reconocimiento dependerá de cada caso, así se rechazará cuando el padre pretenda beneficiarse de la herencia pero se admitirá cuando el reconocimiento se hace para homenajear a la memoria del hijo difunto y dar satisfacción a la propia conciencia del reconocedor (COVIAN).

Nuestro Código es claro en asumir la segunda posición. De esta manera, el artículo en comentario establece que el reconocimiento se realizará siempre que existan descendientes. La idea es que el reconocimiento favorezca a alguien, en este caso beneficie a los herederos del difunto reconocido. Esta norma encuentra en parte concordancia con una del Código Civil de Portugal

que indica que el reconocimiento posterior a la muerte del hijo solo produce efectos a favor de sus descendientes (artículo 1856). Sin embargo, el término solo es clave para diferenciar ambos artículos, ya que en caso mueran el o los descendientes, su ascendente (es decir quien reconoció al hijo fallecido) puede heredarlo(s) ya que nuestro Código no configura en estos casos una causa de desheredación expresa, no siendo de aplicación los efectos negativos del reconocimiento del hijo mayor de edad (artículo 398) por obvias razones. Sin duda el caso planteado es una excepción.

Si bien el reconocimiento es un acto declarativo de estado filial en este caso típico se autoriza el mismo otorgando la calidad de hijo a un sujeto premuerto con la única finalidad, como hemos dicho, de que beneficie a su descendencia. De allí que un reconocimiento póstumo sin descendencia del fallecido es ineficaz y además nulo (BEGOÑA), salvo que sea por interés personal del reconocedor. Sin embargo, la solución del artículo en buscar siempre al beneficiario directo e inmediato del reconocimiento no es siempre feliz. En otras palabras, esta regulación puede presentar situaciones absurdas y hasta insensatas. Por ejemplo, aquel hijo que por su edad no deje prole y dada su condición social carezca de bienes no se admitiría (muy a pesar de ello) el reconocimiento de su filiación (BEGOÑA).

Debe tenerse presente que el sentir de este artículo es múltiple: - Acepta este tipo de reconocimiento especial.

- Tiende a favorecer el establecimiento de una filiación.

Requiere de beneficiarios directos, los descendientes.

Puede ser negado.

Impedir los denominados reconocimientos por conveniencia.

Téngase presente que los descendientes no tienen por qué consentir (a diferencia de otras legislaciones), no hay una exigencia expresa al respecto. Sin embargo, los descendientes pueden negar dicho reconocimiento si no intervinieron en él (artículo 399). Esto nos permite decir que existiría una exigencia tácita o indirecta a efectos de que los descendientes deben participar en el acto de reconocimiento, evitando así una futura acción de negación.

Nótese que el código utiliza la palabra descendientes, que es plural. Al respecto podemos plantear dos hipótesis y sus consecuencias:

- No se suscitaría ningún problema si el reconocido premuerto deja solo un descendiente, en este caso procedería perfectamente el acto de reconocimiento.

Donde sí podría plantearse un inconveniente, derivado de la pluralidad de descendientes, es en el hecho de que aquel descendiente que no intervino en el reconocimiento quiera luego negarlo a pesar de que otro u otros sí intervinieron el mismo. Por un criterio de beneficio a la filiación -del que o de los que sí participaron- no podría negarse dicho reconocimiento.

Finalmente, debemos mencionar que una fórmula más beneficiosa y amplia hubiera sido permitir un reconocimiento póstumo cuando existan en general herederos forzosos y no solo limitarlo a los herederos del primer orden, que son únicamente los descendientes. Caso singular es el Código de Familia boliviano que permite el reconocimiento post mortem a efectos de beneficiar al cónyuge supérstite y a los descendientes (artículo 201).

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. El reconocimiento de la filiación natural. Barcelona, 1954; BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZALES, María. El reconocimiento de los hijos no matrimoniales. Dykinson. Madrid, 1998; COUN, Ambroise y CAPITANT, Henry. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo 1, anotado por De Buen y Castán. Madrid, 1975; MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Parte 1. Vol. 111. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1959; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. 2ª edición. Astrea. Buenos Aires, 1989.  
1799

## RECONOCIMIENTO COMO ACTO PURO E IRREVOCABLE

### ARTÍCULO 395

El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

### CONCORDANCIAS:

- C. art5. 4,6
- C.C. art5. 171 Y55., 189, 395, 399

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

El reconocimiento es el acto jurídico familiar filial destinado a determinar por medio de la voluntad el vínculo entre padre e hijo (VARSI). Es un acto de estado familiar declarativo de paternidad, típico y nominado, que cuenta con sus propias características.

Es tratado de manera muy peculiar en el Derecho Civil de Portugal en el que se le conoce con el término de perfilhacao al acto masculino, esto es al acto del padre y declara9ao da maternidade al acto femenino, es decir, al acto privativo de la mujer. La diferencia terminológica reside en su propia naturaleza jurídica, pues la declaración de maternidad es una pura declaración de ciencia y la perfiliación tiene un carácter conjunto de declaración de ciencia y declaración de voluntad (DA COSTA PIMENTA). El reconocimiento no crea el vínculo de filiación, por el contrario lo prueba. Así tenemos que en el reconocimiento de la madre prueba el parto y en el reconocimiento del padre, la concepción (MAZEAUD), esta es la raíz de ser un acto meramente declarativo.

Las características del reconocimientos son muy variadas. El Código se refiere a ellas en varios artículos (388, 390,392, 393, 399, 400, 401). Sin embargo, se presta especial interés legislativo al establecer que el reconocimiento es un acto jurídico especial, puro e irrevocable.

#### 1. Puro y simple

El reconocimiento no admite limitaciones accesorias de la voluntad (condición, plazo o modo) que hagan depender de ellas su alcance pues ello pondría en peligro la estabilidad y seguridad de la filiación. Por la propia índole de la figura, se es hijo o no se lo es de alguien, no puede alguien serlo desde tal momento, hasta tal fecha o siempre que ocurra talo cual evento, o con cargo de efectuar tales o cuales actos (CORNEJO CHÁ VEZ). El ser hijo no depende de hechos futuros, ciertos o inciertos. Ser hijo es una situación plena y absoluta. A pesar de todo, se pregunta un sector de la doctrina (BEGOÑA) ¿qué efectos tiene el acto de reconocer bajo condición? se produce la nulidad del reconocimiento, o se tiene por no puesta la condición. La respuesta será que la condición debe tenerse por no puesta ya que el principio quod nullum est nullum effectum producit deberá ser atenuado de acuerdo a las exigencias de la buena fe y las necesidades familiares, considerando válidos los actos realizados de buena fe

creando una situación familiar aparente, con el fin de proteger el interés familiar (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

De manera muy ilustrativa el Código Civil de Portugal (artículo 1852) indica que el acto de reconocimiento no puede tener cláusulas que limiten o modifiquen sus efectos, ni admite condición o término. Las cláusulas o declaraciones prohibidas no invalidan el reconocimiento, mas se tienen por no escritas. Por su parte el Código Civil italiano refiere de una manera más genérica -pero expresa- que es nula la cláusula dirigida a limitar los efectos derivados del reconocimiento (artículo 258).

## 2. Irrevocable

Esto implica que una vez declarado no es posible que su autor vaya contra sus propios actos y renuncie a todas las consecuencias jurídicas que deriven de su actuación (BEGOÑA). Una vez que me declaro padre no puedo desdecirme. Indiscutiblemente, esta característica es consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia que constituye o del cual es presupuesto (ZANNONI).

Respecto al tema de la irrevocabilidad es de citar que si se trata de un reconocimiento testamentario éste no pierde su fuerza aunque se revoque el testamento o sus demás cláusulas sean nulas. El hecho de que el testamento sea revocado no afecta la esencia del acto familiar de reconocimiento otorgado, así lo expresan de manera especial algunos Códigos Civiles como es el caso de Portugal (artículo 1858), el Código Civil de México en materia federal (artículo 366), el Código de Familia boliviano (artículo 199) y Código Civil de Guatemala (artículo 212). Además, nótese la singularidad, este último código al agregar que si el testamento fuera declarado nulo por falta de requisitos testamentarios especiales esto no afecta el reconocimiento, siempre que los vicios no perturben jurídicamente el acto de paternidad (artículo 213). En igual sentido conjunto que Guatemala, lo regula el Código de Familia de Panamá (artículo 260).

Si bien el reconocimiento es irrevocable ello no restringe el hecho de que pueda negarse o impugnarse. Veamos.

### - Negación

La negación del reconocimiento puede ser solicitada (artículo 399) por el padre o la madre que no interviene en él, por el hijo o sus descendientes si hubiera muerto o por quien tenga legítimo interés (legítimo contradictor).

Esta norma puede determinar una situación injusta, pues solo otorga legitimidad para negar a quien no participa en el reconocimiento. Sin embargo, con la admisibilidad expresa de las pruebas biológicas debiera permitirse la negación por falta de coincidencia biológica (y así debió contemplarlo la modificación del Código mediante la Ley NQ 27048). La negación de quien reconoce a un hijo extramatrimonial motivado por la conducta de la madre y siempre que la prueba de ADN descarte su paternidad. El resultado de la bioprueba demostraría el error en que habría incurrido el presunto padre al reconocer como hijo a una criatura que no puede serlo. En todo caso puede invocarse el artículo 201 del Código que permite la anulación del acto jurídico por error (CORNEJO FA VA). Obviamente, los denominados reconocimientos por complacencia -aquel que realiza el reconocedor conciente de su no

paternidad hacia el sujeto que reconoce como su hijo- estarían fuera de esta situación a partir de la teoría de los actos propios. Bajo ningún concepto cabe obligar a nadie a soportar un estado civil que no le corresponde (LAFAILLE). Los contextos jurídicos en los cuales son de utilidad las pruebas heredobiológicas, según el criterio de las partes que las pueden ofrecer, son el de la anulación de reconocimientos realizados por vicios en el consentimiento o nulidad de reconocimiento por simulación absoluta.

#### - De la impugnación

Debemos diferenciar en el reconocimiento aquellos casos en los que existe vicio en la voluntad (error, dolo o violencia) o por no corresponder con la verdad biológica (no ser el progenitor), en estos casos no hay revocación en sentido propio porque la destrucción del acto no depende de su mera voluntad (BEGOÑA).

La impugnabilidad del reconocimiento no supone una excepción a la regla de la irrevocabilidad del acto porque el sujeto no cambia su voluntad sino, que por el vicio, deja de ser valorada jurídicamente la voluntad inicial (BEGOÑA). La ley peruana no determina concretamente las causales en que puede fundarse la impugnación, pero se rige por las reglas del Título IX del Libro 11, anulabilidad y nulidad del acto jurídico (CORNEJO CHÁ VEZ). Así tenemos que las causales para impugnar el reconocimiento son, entre otras:

Falta de forma

Por existir vicio en la voluntad del reconociente: dolo, error o violencia

Falta momentánea o circunstancial de discernimiento del reconociente

El reconocedor es incapaz absoluto

Por emplazar un estado de familia incompatible con el que ya goza el reconocido

Cuando el reconocido es mayor que el reconocedor

. Doctrinariamente la acción de impugnación de reconocimiento tiene por finalidad establecer la inexactitud del vínculo de filiación afirmado por el reconocimiento, mientras que la acción de nulidad de reconocimiento tiene por finalidad probar que no ha sido cumplido uno de los requisitos exigidos por la ley para la validez del reconocimiento (MAZEAUD).

Debe tenerse muy en cuenta que la validez del reconocimiento, aparte de la forma exigida por ley, debe cumplirse con dos requisitos básicos: 1) Posibilidad biológica de la relación paterno-materno-filial que se pretende establecer (*imitan naturae*) y, 2) Posibilidad jurídica del emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente (MÉNDEZ COSTA), y ello es esencial para sus efectos jurídicos.

Las otras características que deben tenerse en cuenta son las siguientes:

Es personalísimo, el reconocedor sabe del hecho de la cohabitación y de la consecuente procreación y es basado en ello que procede a declarar su paternidad. Es una manifestación de voluntad individual que expresa uno de los actos más íntimos de la persona. Como aclara o, mejor dicho, enfatiza el Código Civil de Québec, y también el Código Civil uruguayo (artículo 234), sus efectos son para quien lo realiza (artículo 528)

Las excepciones a esta característica se dan en los siguientes casos:

- Reconocimiento por poder, no habría inconveniente de otorgar poder para este acto pero téngase en cuenta que el mismo carecerá de sentido porque tal documento sería por sí mismo un verdadero reconocimiento de filiación, siempre que sea una manifestación formal suficiente de paternidad (BEGOÑA). La legislación civil de Portugal permite expresamente que el reconocimiento pueda hacerse mediante procurador con poderes especiales.

- Reconocimiento por terceras personas, en el caso de nuestra legislación por los abuelos, en los CqSOS expresamente señalados en la ley (artículo 389).

Es unilateral y no recepticio, se requiere solo la manifestación de voluntad del reconocedor. No es necesaria la conformidad del progenitor ni del reconocido, en todo caso éstos tienen expedito el derecho de negar dicho acto filial. El Código Civil argentino hace referencia expresa a que la validez del reconocimiento no requiere aceptación del hijo (artículo 249), así también el Proyecto de reforma del referido Código (artículo 551). A ello habrá que agregarse que la máxima característica de la unilateralidad es el denominado reconocimiento por separado o unilateral (artículo 392), el que puede ser a su vez unilateral sentido estricto (reconoce solo uno) o unilateral doble (cada padre reconoce por acto separado e independiente, produciéndose el reconocimiento sucesivo) (DÍEZ-PICAZO).

Debe aclararse que la doctrina ha establecido mayoritariamente que la voluntad del reconocedor es irrelevante para fijar los efectos del reconocimiento, éstos se dan ex lege y no ex voluntate, el Derecho despliega su eficacia con independencia de que el interesado lo quiera o no (BERGOÑA) quedando la posibilidad de que lo niegue. Por su parte, el reconocido antes de oponerse a la realización del acto en sí debe dejar sin efecto el reconocimiento realizado. Un caso especial sería cuando el progenitor (padre biológico) temeroso de una investigación de paternidad, hará reconocer a su hijo por un "testaferro", el hijo está obligado entonces a impugnar (negar) ese reconocimiento antes de poder iniciar la acción de investigación (MAZEAUD).

Es voluntario o facultativo, esta característica se deriva de la anterior. Nadie puede ser obligado a declararse padre y así está determinado en el Código Civil cuando se utiliza el término puede ser reconocido (artículos 388, 389, 391). Pero el concepto voluntariedad no se identifica aquí con el de potestad, se refiere a la presencia de los elementos del acto volitivo: discernimiento, intención y libertad que hacen su validez, de manera que el reconocimiento no es solo un derecho sino fundamentalmente un deber (MINYERSKY). Sin embargo, contrariamente a lo que señaló la doctrina clásica (MAZEAUD), la filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente, lo que determina que sea una conducta antijurídica. En este sentido, podemos hablar de una responsabilidad civil por el no reconocimiento, por el reconocimiento tardío e incluso, por parte de la madre por el hecho no revelar el nombre del padre (MINYERSKY) lo que implicará una justa reparación civil a favor del hijo. Sobre este tema el Proyecto de Código Civil argentino considera que los daños causados al hijo por no haberlo reconocido son indemnizables (551).

Es imprescriptible, el reconocimiento puede ser hecho en cualquier tiempo durante la concepción, después del nacimiento, incluso luego de ocurrida la



muerte. Este principio consta como norma expresa en el Código Civil de Portugal (1854).

Es solemne o formal, una declaración de semejante trascendencia por los efectos que determina en el Derecho de Familia debe revestir las garantías necesarias para su autenticidad y seriedad (LAFAILLE). La propia ley establece este requisito ad solemnitatem esencial para su validez para que constituya título. Lo contrario implicaría su mero valor como prueba ad probationem. Esta característica de la formalidad está establecida en el artículo 390.

Es retroactivo, el establecimiento de la filiación tiene efectos ex tunc al momento de la concepción. Asimismo, puede realizarse en cualquier momento, entiéndase que el acto para ser reconocedor no prescribe. Este efecto retroactivo produce consecuencias importantísimas, de allí que si en el intervalo se abre una herencia y se divide el acervo sin intervención de ese hijo no reconocido puede, mediante la acción pertinente, obtener su cuota (LAFAILLE). Esta característica deviene del hecho que el reconocimiento es un acto declarativo de filiación, no se es padre o hijo porque aquél haya reconocido a éste; se es talo cual por el hecho de la procreación: el reconocimiento carece de virtud genésica (CORNEJO CHÁVEZ).

Es declarativo de estado, la causa de la filiación es el hecho biológico y no la voluntad del reconociente manifestada en el reconocimiento. Un caso especial, que se da mucho en la práctica es el reconocimiento por quien no es el padre del reconocido constituyendo este acto prácticamente una adopción (MÉNDEZ COSTA).

## **DOCTRINA**

BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZALES, María. El reconocimiento de los hijos no matrimoniales. Dykinson. Madrid, 1998; BELLUSCIO, Augusto. Manual de Derecho de Familia. De Palma. 3ª edición. Buenos Aires, 1981; BOSSERT, Gustavo. Manual de Derecho de Familia. Astrea. Buenos Aires, 1989; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6ª edición. Librería Studium. Lima, 1987; CORNEJO FAVA, María Teresa. La paternidad y las pruebas científica, biológica, genética y del ADN en el Código Civil. En: Revista Bibliotecal. Año 1. NQ 2. Diciembre de 2000; DA COSTA PIMENTA, José. Filiación. sil. Coimbra, 1986; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Editora Argentina. Buenos Aires, 1953; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil. Tomo IV. 31 edición. Tecnos. Madrid, 1983; LAFAILLE, Héctor. Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1930; MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Parte 1. Vol. 111. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1959; MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Rubinzal y Culzoni. Santa Fe, 1986; MINYERSKY, Nelly. Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución. En: La responsabilidad (Libro homenaje al profesor Isidoro Goldenberg). Abeledo Perrot. Buenos Aires; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Filiación, Derecho y Genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación

biológica. Universidad de Lima. Lima, 1999; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. 21 edición. Astrea. Buenos Aires, 1989.

## **JURISPRUDENCIA**

"El reconocimiento de la paternidad natural es absoluto e irrevocable". (Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1909, p. 32; 1912, p. 234; 1926, p. 104)

"No surte efecto la revocatoria de reconocimiento de hijo natural hecho en testamento, aunque dicha revocatoria se haga por testamento posterior". (Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1871, p. 272; 1907, p. 76)

"La nulidad de un testamento lleva consigo la del reconocimiento de hijo natural que dicho instrumento contiene". (Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1926, p. 52).

"Configura un daño moral indemnizable el no reconocimiento del menor por el padre que lo ha engendrado, ya que se le priva de una perlenencia que es reclamada agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica". (Cámara 1ra Civil y Comercial de San Nicolás, 22-1294 en Revista de Derecho privado y comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nf! 11, p. 339)

"...el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral, futuro y cierto en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, por lo que se constituye en un daño indemnizable". (Cámara Nacional Civil y Comercial de Junín, 22-995, en Revista de Derecho privado y comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nf! 12, p. 418)

"...en un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires (Ac. 46.097 del 17-3-94, en JUBA, sumario 21.952), se dijo que infringe los principios sentados en los artículos 1066 Y 1068 del Código Civil el fallo que lo admite con fundamento en que la mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de filiación extramatrimonial constituye una ilicitud que ha generado en el menor un daño futuro y que debe resarcirse con independencia de su edad". (Cámara 11a Civil y Comercial de San Isidro, Sala 1, 28-4-94 en: Revista de Derecho privado y comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nf! 7, p. 387).

## RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA

### ARTICULO 396

El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 361, 363, 366, 402

### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

Con esta disposición se comprueba que el sistema no admite la coexistencia de filiaciones incompatibles y, en el supuesto de presentarse tal imposible jurídico, prefiere la filiación matrimonial frente a la filiación extramatrimonial, si aquélla está determinada en primer lugar.

Esta restricción se resume en lo siguiente: solo el marido puede ser juez de su propia paternidad. Desde este punto de vista, es el marido -él y solo él quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su esposa y podía, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionarlo; con lo cual, se descarta que otros intereses, por fundados que pareciesen, pudieran legitimar activamente a otras personas como, por ejemplo, el propio hijo.

Los fundamentos de tal solución se encuentran en que la acción de impugnación de la paternidad matrimonial corresponde al marido y, en consecuencia, su inactividad procesal implica la aceptación de tal paternidad; en que se presume que las personas casadas cumplen sus deberes conyugales y se supone, por tanto, que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido; en que el matrimonio es la unión de derecho en que se funda la familia y requiere protección; y, en que la defensa de la tranquilidad de los hogares o de la estabilidad social requiere de ciertas prohibiciones específicas recogidas por el ordenamiento legal.

Sin embargo, con la incorporación a nuestro sistema jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño -aprobada por Resolución Legislativa N° 25278- se reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (numeral 1 del artículo 7). Ello significa que el ordenamiento legal debe reconocer el derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación o impugnarla, en todo momento, sobre la base de la probanza del nexo biológico entre progenitor (es) y nacido.

De otro lado, es innegable que el niño tiene un legítimo interés moral en conocer quiénes son sus padres, por estarle ello referido directamente. Por otra parte, si bien es cierto que la acción para impugnar la paternidad matrimonial corresponde al marido, también lo es que no se prohíbe ni se excluye

expresamente la posibilidad de que otras personas con legítimo interés puedan intentar la acción; todo ello, de acuerdo con el artículo 367 del Código Civil. En tal virtud, la acción para impugnar la paternidad matrimonial puede ser ejercida por el mismo hijo, sin que ello implique un actuar contrario a ley.

No obsta, igualmente, la presunción de cumplimiento de los deberes conyugales por parte de las personas casadas, ya que la presunción mantiene su vigencia mientras no se demuestre lo contrario. La probanza del nexo biológico evidenciaría el cumplimiento o no del deber de fidelidad material. Lo mismo ocurriría en caso de acreditarse la imposibilidad física, dadas las circunstancias, que hayan cohabitado marido y mujer o la impotencia absoluta del varón; supuestos que permiten impugnar la paternidad del marido de acuerdo con el artículo 363 del Código Civil.

La consideración al matrimonio como la unión de derecho en que se funda la familia no es exclusiva ni excluyente de su constitución. Vale decir, que una familia también puede constituirse sobre la base de uniones de hecho. Así, desde que se consagra en el artículo 4 de la Constitución el principio de protección de la familia, se comprueba que ella es una sola sin importar su base de constitución.

No es concebible referirse a una familia matrimonial contrapuesta a una familia extramatrimonial. La familia que se protege es una sola. Por lo demás, la necesidad de que la situación de las parejas casadas no debe ponerse al mismo nivel que el matrimonio debidamente contraído, no debe ni puede perjudicar el derecho de toda persona a conocer a sus padres. Distinto es, pues, la fuente y el contenido del vínculo jurídico familiar que se deriva del matrimonio del que nace de la filiación.

El argumento de la defensa de la tranquilidad de los hogares o de la estabilidad social no puede establecerse sobre bases que se alejen del concepto de los derechos fundamentales de la persona. Lo contrario lleva consigo el germen de la discordia, de la alteración de la paz social.

Por eso, la aceptación sin reservas del postulado contenido en el artículo 396 del Código Civil conduce a que, para el hijo, la presunción de paternidad matrimonial se tornase absoluta. No es posible sostener que el ejercicio del derecho de hijo a conocer a sus padres esté supeditado al ejercicio previo del derecho del marido a impugnar la paternidad que se le atribuye legalmente. En el momento actual, resulta evidente el legítimo interés del hijo a conocer a sus padres y que, si bien la norma legal no le confiere expresamente la legitimación activa, tampoco se la prohíba; en tal sentido, entonces, el hijo puede impugnar la paternidad matrimonial y reclamar, luego, su filiación extramatrimonial.

Se impone, por tanto, afianzar el derecho de la persona a conocer a sus padres con prescindencia de las circunstancias fácticas de su concepción. Por tanto, cuando una filiación determinada se enfrenta ante otra filiación -matrimonial o no matrimonial- diversa que es objeto de una pretensión accionable, debe permitirse desconocer la filiación ya establecida para reclamar la verdadera filiación.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, 2003; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"El hijo de la mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable".  
(Cas. H!! 1868-97-Chincha, El Peruano, 4/01/99, p. 2349)

### **PLENO JURISDICCIONAL**

#### **PLENO JURISDICCIONAL 1998:**

#### **ACUERDO N° 5: VÍNCULO CONYUGAL, RELACIÓN FILIAL Y EXIGENCIA DE ALIMENTOS A UN TERCERO**

5.1 ¿Puede una mujer casada demandar por alimentos a un tercero? Se presentaron dos posiciones:

##### **PRIMERA POSICIÓN:**

Que la mujer casada, cuyo vínculo matrimonial no se encuentra disuelto, no puede demandar alimentos para su hijo a un tercero.

##### **CONSIDERANDO:**

- Que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido y que, el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea demandada por adúltera, de conformidad con los artículos 361 y 362 del Código Civil.

- Que el artículo 415 del Código acotado y que trata sobre hijos alimentistas, parte de la presunción juris tantum de que cuando no está acreditado el entroncamiento del hijo, se presume que quien mantuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción es el padre, de allí su obligación de acudir al hijo de la mujer con quien mantuvo relaciones sexuales durante la época de la concepción con una pensión alimenticia. Que al existir norma expresa que señala que el hijo de mujer casada se reputa hijo del marido y más aún que solo es éste el que puede contestar la paternidad, estaría acreditado el entroncamiento, por lo tanto, devendría en improcedente una demanda de alimentos interpuesta por una mujer casada contra una persona que no es su marido, ya que no cabría allí la presunción juris tantum de que el demandado es padre de ese niño alimentista; que en todo caso para que proceda una demanda de alimentos contra un tercero tendría que haber sido contestada la paternidad por el cónyuge de la demandante y haber obtenido sentencia favorable.

#### SEGUNDA POSICIÓN:

Que la mujer casada sí puede demandar alimentos a un tercero.

#### CONSIDERANDO:

- Que no hay contraposición entre la presunción juris tantum contenida en el artículo 362 del Código Civil, y la contenida en el artículo 415 del mismo cuerpo legal, porque ambas están planteadas para otorgar derechos y favorecer al niño.

- Que, en el artículo 362 del Código Civil, se busca proteger al menor concediéndole los derechos que le corresponden sin generar y evitar dudas o incertidumbres sobre su filiación.

- Que la presunción contenida en el artículo 415 del Código Civil, no es declarativa de derechos de filiación, sino que busca el otorgar un derecho básico de subsistencia a un ser desprotegido.

#### EL PLENO: POR MAYORÍA ACUERDA:

Que la mujer casada puede demandar alimentos a un tercero siempre que acredite fehacientemente la no convivencia de la demandante con el marido, y que ésta haya mantenido relaciones sexuales con el demandado durante la época de la concepción.

(11 Pleno Jurisdiccional, Acuerdo NS! 5, Cajamarca, 1998)

## **ASENTIMIENTO AL HIJO EXTRAMATRIMONIAL PARA VIVIR EN HOGAR CONYUGAL**

### **ARTICULO 397**

El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro.

### **CONCORDANCIAS:**

- C. arts. 4, 6
- C. arts. 289, 290, 386, 388, 392, 423 ¡nc. 5)
- C.N.A.arto 74 ¡nc. e)

### **Comentario**

***Enrique Varsi Rospigliosi***

Esta disposición tiene por objeto impedir que el padre reconociente pretenda imponer a su cónyuge la presencia de una persona extraña a éste, so pretexto de ejercitar la facultad a que se refiere el inciso 5 del artículo 423, poniendo en riesgo la armonía doméstica (CORNEJO CHÁVEZ). Esto es que, producto de la patria potestad los padres tienen el derecho-deber de tener a sus hijos cerca, en su compañía, estar con ellos, lo que se conoce dentro del régimen familiar general (no tuitivo) como la guarda. En este sentido, el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar y es un derecho-deber de los padres de tener a sus hijos consigo.

Sin duda la norma bajo comentario vulnera el derecho subjetivo familiar del padre que teniendo un hijo extramatrimonial no pueda convivenciar con él, criarlo a su lado. Es de tenerse presente que la mujer casada puede perfectamente reconocer al hijo que tuvo antes de su matrimonio (así lo indican expresamente algunos códigos, como es el Código de Familia boliviano, artículo 198) por lo que la norma es aplicable a ambos progenitores casados que reconocieron a su hijo extramatrimonial.

Nótese que el artículo no sería aplicable para el concubino que reconoce un hijo extra matrimonial. En este caso la concubina no cuenta con el derecho subjetivo de impedir que el hijo de su pareja viva en la casa, esto es, obviamente, un caso más mediante el cual se diferencia el matrimonio del concubinato.

Más que preservar la paz familiar este artículo busca conservar la paz en el hogar y en la casa conyugal.

El Código Civil de México en materia federal establece una norma similar pero indica de manera expresa: "El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes del matrimonio, sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de

éste" (artículo 372). Por otro lado el Código Civil de Guatemala considera una norma general, que subsume la nuestra, en el sentido de que: "Los hijos procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge" (artículo 209).

### **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 61 edición. Librería Studium. Lima, 1987; MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Parte 1. Vol. 111. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1959.  
1813



## **DERECHOS SUCESORIO Y ALIMENTARIO POR RECONOCIMIENTO DEL HIJO MAYOR DE EDAD**

### **ARTICULO 398**

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.

### **CONCORDANCIAS:**

- C. arts. 4, 6
- C.C. arts. 142, 412, 474, 816.

### **Comentario**

***Enrique Varsi Rospigliosi***

El Derecho comparado no es uniforme en el tema de la regulación jurídica y los efectos del reconocimiento del hijo mayor de edad. Encontramos cuatro tipos de legislaciones claramente definidas y que se sustentan en la base de la voluntad del reconocedor, la verdad biológica o el interés del reconocido. Entre ellas tenemos:

1. Aquellas que no admiten el consentimiento del reconocido, teniendo que la constatación de un vínculo parental y la creación de un estado no deben depender de la voluntad del hijo (ALBALADEJO).
2. Permiten el consentimiento con la posibilidad de que el padre accione judicialmente si se le deniega el reconocimiento,
3. Exigen el consentimiento sin posibilidad de derecho de acción por parte del padre y,
4. Exigen alternativamente el consentimiento del reconocido o la posesión de estado del reconocedor por el reconocido.

Nuestra legislación se acomoda en esta última posición.

El artículo en comentario detalla los efectos del reconocimiento tardío en la medida que al reconociente le aplica como sanción, el no poder gozar del derecho sucesorio ni alimentario respecto del hijo reconocido. Esta pena civil no es de aplicación si el hijo mayor de edad ha ejercido la posesión de estado del padre reconociente o que acepte el reconocimiento.

Los elementos de este tipo de reconocimiento especial son los siguientes:

#### 1. Hijo mayor de edad

La norma establece ciertas diferencias de trato en cuanto a la determinación de la paternidad:

- Solo pueden hacer uso de esta norma los hijos mayores de edad,
- Los menores de edad pueden ser reconocidos en cualquier momento,
- Debería ser aplicado para el menor que adquirió de manera especial la ca

pacidad (artículo 46) conforme lo permiten otras legislaciones como la de Portugal (artículo 1857 -1 ) y,

- Es aplicable solo a los hijos extramatrimoniales, pues a los matrimoniales se les aplica de manera directa la paternidad. En este último caso el legislador nacional, y casi por unanimidad en el Derecho comparado, ha optado por la presunción de verdad biológica en el matrimonio y por el principio del interés del hijo en la determinación de la filiación extramatrimonial.

Debe indicarse que el término utilizado por el Código es por demás amplio pues se refiere al mayor de edad, independientemente de que sea capaz o incapaz. En vista de ello debemos asumir que se trata de manera clara del mayor capaz, dado que el incapaz -por su propia situación- no puede manifestar un asentimiento válido, en todo caso deberá hacerlo mediante representante quien ejercerá en su nombre el derecho subjetivo a consentir el reconocimiento; situación ésta que la norma no contempla.

En otras palabras no solo se requiere ser mayor de edad sino tener capacidad de ejercicio.

## 2. Consentimiento

Sin duda, la admisión de un reconocimiento por parte de un mayor de edad comporta la valoración de una serie de circunstancias de variada índole (moral, económica, social) que determinan la conveniencia o no de aceptar una relación paterno-filial que nace demasiado tarde (BEGOÑA). Esta facultad concedida al hijo mayor a dar su consentimiento implica que este tipo de reconocimiento, dada su especialidad, se presente como un acto jurídico recepticio en el sentido de que para generar efectos plenos se requiere el asentimiento del reconocido. Esto vulnera el principio indicador que el reconocimiento no es una declaración de voluntad negocial, sino solamente una declaración de ciencia que sirve para determinar la filiación, cuya eficacia jurídica deriva básicamente del hecho natural de la procreación, y no de la voluntad del que reconoce (BEGOÑA), pero la vulneración es aceptada por la especialidad del reconocimiento.

Permitir al hijo la aceptación de su reconocimiento implica tomar en cuenta su decisión, pues nadie mejor que él valorará los efectos de dicho acto jurídico familiar de contenido filial. De esta manera, el principio del respeto al interés del hijo se fundamenta en el hecho de que así como nadie puede ser obligado a reconocer, tampoco es justo que al hijo se le imponga un reconocimiento que no desea (BEGOÑA) máxime si no es un reconocimiento espontáneo y oportuno sino por el contrario tardío. El reconocimiento, como generador de una relación jurídica subjetiva filial plena, otorga derechos-obligaciones a las partes, de allí que no sería adecuado irrogarle obligaciones a quien no las desea cuando una de las partes ha actuado de manera dolosa o culposa en la efectivización y puesta en marcha de su obligación, esto con el fin de evitar reconocimientos inexactos o nocivos.

Es evidente que el legislador concede una mayor importancia al principio de interés del hijo en el régimen de filiación, perjudicando a la biología, ya que permite al hijo mayor de edad convertir el reconocimiento en ineficaz

(BEGOÑA, marzo 1998). Con un criterio basado en la buena fe, es justo que en determinados casos pueda operar una excepción a la ineficacia del reconocimiento del hijo mayor de edad. Ejemplo, que el padre demuestre el desconocimiento de la existencia del hijo o sobre sus legítimas dudas de su paternidad, es decir hay que llegar a establecer que no todo reconocimiento tardío es interesado, sin duda existirán sus excepciones.

En todo caso el consentimiento que ha de dar el hijo mayor de edad debe cumplir con los siguientes caracteres:

a) No solemne. Ésta es la única característica por la que se diferencia el consentimiento del hijo mayor de edad respecto de su acto de reconocimiento. Mientras que el reconocimiento es solemne y formal, el consentimiento al mismo es aformal y no solemne. Es más, puede ser expreso (cualquier documento) o tácito (posesión de estado). No debe tomarse en cuenta el silencio como manifestación de consentimiento (*quitacet non consentire*), situación contraria se da en la legislación de Portugal, ya que su Código Civil (1857, inc. 4) indica se puede requerir judicialmente al hijo para que preste su consentimiento y si en el plazo de 30 días no responde se presume de ley su aceptación.

b) No requiere forma especial o predeterminada. Existe una libertad de forma, debiéndose haber establecido que es la misma que la del reconocimiento. Sucede que a efectos de la inscripción o a fin de ejercitar un derecho fundado en el estado de filiación será necesario demostrar que existió el consentimiento, de allí que éste debería constar en documento de fecha cierta o prestarse mediante comparecencia ante el Registro del Estado Civil (BEGOÑA). Es así que este artículo del Código Civil es incompleto, pues si bien se refiere a un consentimiento no establece la forma en cómo debe ser éste vertido. En todo caso debió ser aclarado, o mejor dicho subsanado por el Reglamento de Inscripciones de la RENIEC, en el sentido de que el mismo debía hacerse como anotación marginal, lo que se presenta como una forma efectiva de probarlo.

c) Unilateral. Ya que el consentimiento del hijo no transforma el acto en bilateral (BEGOÑA).

d) Personalísimo. Solo el reconocido puede consentir, no procede el poder (éste sería directamente un consentimiento si consta de manera expresa) (BEGOÑA). Es más, un poder para consentir no es realmente un poder, sino directamente un consentimiento válido si consta de manera expresa (ALBALADEJO).

e) Irrevocable. Esta característica se sustenta en la misma esencia que la del reconocimiento que es propender a la estabilidad jurídica de las relaciones familiares. De manera que quien consiente no puede desdecirse o retractarse de su declaración (BEGOÑA, marzo 1988).

f) Impugnable. Si bien reconocemos que el consentimiento es irrevocable ello no impide que pueda ser impugnado cuando se acredite la existencia de un vicio.

g) No sujeto a plazo. Para el consentimiento del hijo mayor al reconocimiento de su filiación no se ha señalado plazo alguno para que recaiga, de manera que queda como un acto sujeto a la expectativa de ese consentimiento, que solo queda impedido si se hubiese producido un expreso rechazo (DÍEZ-PICAZO). Téngase presente que nuestro Código no establece un plazo para que el hijo consienta, lo que generará incertidumbre y zozobra en el reconocedor así como el no asumir plenamente las relaciones jurídicas subjetivas con quien reconoció.

La denegación del consentimiento implica que el reconocimiento carece de efectos de título de establecimiento de filiación, de manera tal que el consentimiento opera como una *condictio iuris*, condición de eficacia del reconocimiento y no de validez del reconocimiento. Es una condición legal suspensiva potestativa (RIVERO) del sujeto reconocido.

### 3. Posesión de estado

La posesión de estado, que fue reconocida en la doctrina y jurisprudencia francesas, como la prueba de carne y hueso, implica para estos efectos una aceptación tácita del reconocimiento de allí que dicho acto jurídico familiar de estado filial genere todos sus efectos.

### 4. Sanción civil

Si bien con el consentimiento se trata de evitar que el padre tardío tuviera ciertos derechos, esto podría igualmente conseguirse permitiendo el reconocimiento, sin ningún complemento, pero negando al padre los derechos que pudiesen derivar para él (BEGOÑA). Sin embargo se ha preferido la voluntad directa o los hechos del hijo para establecer los efectos de este tipo de reconocimiento.

Las consecuencias de la ausencia de consentimiento están determinadas por el término -no confiere- que es utilizado por el Código. De esta manera la falta de consentimiento o la carencia de posesión de estado producen la "mera determinación de la filiación" mientras que el consentimiento o la posesión producen el "establecimiento de la filiación". Expliquemos esta diferencia. Una cosa es el "establecimiento de la filiación" y otra la "mera determinación de la filiación", mediante la primera surge un derecho a los alimentos, a la patria potestad, un derecho sucesorio y derecho al nombre, mientras que la segunda implica solo la obligación del progenitor de velar por los hijos y procurarles alimentos, sin que produzca derecho alguno a favor del progenitor (BEGOÑA). Así, los efectos del artículo en análisis son de mera determinación de la filiación extramatrimonial. Respecto al hijo, el reconocimiento generará efectos absolutos, no así respecto del padre cuyos efectos están supeditados a la voluntad del hijo o la probanza de la posesión de estado. Es por ello que de producirse el reconocimiento y existan los elementos para su validez éste

generará efectos parciales, solo para el reconocido, no así para el reconociente.

Es de tenerse muy en cuenta que el padre al cual se denegó su reconocimiento no podrá acudir en acción judicial. El hecho es que en nuestra legislación no está permitida esta acción, es más no se requiere la autorización judicial para determinados reconocimientos, como sí sucede en otras legislaciones (por ejemplo de España).

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO, Manuel. El reconocimiento de la filiación natural. Barcelona, 1954; BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZALES, María. El reconocimiento de los hijos no matrimoniales. Dykinson. Madrid, 1998; BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZALES, María. El requisito del consentimiento del hijo mayor de edad para el reconocimiento de filiación. En: Revista de Derecho Privado. Marzo. Madrid, 1998; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Tomo IV. 3ª edición. Ed. Tecnos. Derecho de Familia. Madrid, 1983; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia. Tomo 1. Madrid, 1991.

## IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

### ARTICULO 399

El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. VI, 394. 395, 400

### Comentario

*Alex Plácido Vilcachagua*

En términos generales, el reconocimiento puede ser impugnado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera tiene lugar por aplicación de los principios generales relativos a la invalidez de los actos jurídicos. La segunda, en cambio, solo se funda en que el reconocimiento realizado no es acorde con la realidad del vínculo biológico.

Téngase presente que, cuando se alude a la invalidez o a la impugnación del reconocimiento, la alusión se efectúa respecto del reconocimiento constitutivo del título de estado o del que, aun no constituyendo tal, pretenda ser opuesto por o al accionante, o sus herederos, o eventualmente terceros con interés legítimo.

Como queda dicho, la doctrina distingue entre invalidez e impugnación del reconocimiento. La distinción es importante, por cuanto:

a) La acción de impugnación del reconocimiento ataca o controvierte su contenido, o, lo que es lo mismo, controvierte el presupuesto biológico que lo implica: el nexo biológico determinado por la procreación entre reconociente y reconocido.

b) La acción de invalidez, en cambio, ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que atañen a su eficacia constitutiva o estructural como tal. De tal modo que en la acción de invalidez no está en juego, ni se discute, si quien reconoce es en verdad el padre o la madre del reconocido -como en la acción de impugnación del reconocimiento-, sino el vicio sustancial que impide la eficacia del acto jurídico.

En ambos casos, es cierto, el reconocimiento cae. Pero la distinción es trascendente por cuanto la invalidez del reconocimiento no impide en el futuro un nuevo reconocimiento mediante acto válido -por ejemplo, llegado el reconociente a la edad mínima requerida-; en cambio, los efectos de la cosa juzgada en la acción de impugnación del reconocimiento, si prospera, hacen imposible su reiteración. En este último caso, la sentencia que acogió la impugnación declara inexistente el nexo biológico que determina la procreación y que es el sustento del reconocimiento.

La acción de invalidez del reconocimiento puede tener lugar en los siguientes casos:

1. Por incapacidad del reconociente. Es nulo el reconocimiento otorgado por menores de catorce años cumplidos; por quien se halle privado de discernimiento, por cualquier causa; y por el sordomudo, ciegosordo y ciegosmudo que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Es anulable el reconocimiento practicado por el retardado mental; y por quien adolece de deterioro mental que le impida expresar su libre voluntad.

2. Por vicios de la voluntad del reconociente al otorgar el acto de reconocimiento. A saber: error, dolo, violencia o intimidación, que lo tornan anulable. Así, si se reconoce como hijo a quien biológicamente no lo es, sea porque se tuvo una apreciación engañosa espontánea o provocada.

3. Por la imposibilidad jurídica del objeto del reconocimiento. Esto es, por la imposibilidad de que el reconociente sea padre o madre, cuando se reconoce a alguien cuya filiación no corresponde o está previamente determinada, cuando el reconocido es mayor que el reconociente, o cuando la diferencia de edades hace biológicamente imposible que el reconociente haya engendrado o concebido al reconocido; sin perjuicio de que, en este último caso, se ejercite adicionalmente la acción de impugnación del reconocimiento.

4. Por inobservancia de la forma prescrita. Al practicarse el reconocimiento en alguna forma que no sea la establecida por la ley o ésta adolece de algún vicio sustancial. No obstante, el documento escrito puede valer para reclamar judicialmente la paternidad extramatrimonial, conservando su valor como un medio probatorio en el que se admite la filiación.

5. Por contravenir el ordenamiento jurídico. Esto es, al emplazar en un estado de familia incompatible con el que ya goza el reconocido. Es nulo el reconocimiento cuando el reconocido ya lo ha sido por otra persona del mismo sexo que el nuevo reconociente, o cuando posee título de estado de hijo matrimonial, trasgrediéndose -en este último caso- una norma prohibitiva. Ello no obsta, desde luego, a que el posterior recoiliciente, a pesar de su nulidad, pueda ejercer la acción de impugnación del primer reconocimiento, y, pronunciada la sentencia que hace lugar a la impugnación y la deja sin efecto, peticionar la inscripción del reconocimiento que él realiza.

La acción de impugnación del reconocimiento es la que tiende a atacar el reconocimiento, no por vicios del acto, sino por no concordar con la realidad biológica, es decir, por no ser el reconociente en verdad el padre o madre del reconocido. Es una acción declarativa, de contestación y de desplazamiento del estado de familia.

El artículo 399 del Código Civil se refiere a esta acción. Establece que el reconocimiento de la paternidad o maternidad extramatrimoniales puede ser negado por el padre o la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo; sin perjuicio del carácter irrevocable del reconocimiento. Esta norma alude a la legitimación activa para el ejercicio de la pretensión.

No obstante la previsión legislativa, la persona simplemente mencionada como padre o madre -que no interviene en el reconocimiento y cuyo nombre es revelado por quien lo practica separadamente, con infracción del artículo 392 del Código Civil peruano-, no podrá promover esta acción, por cuanto no se

trata -respecto de ella- de un caso justiciable. Bastará con que solicite, en sede registral, la supresión de la mención y, de esta manera, se tendrá por no puesta tal indicación, de conformidad con el artículo 37 del Decreto Supremo NQ 015-98-PCM (Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).

En cambio, el propio reconociente no puede impugnar el reconocimiento, ya que si éste es válido, asume el carácter de irrevocable. Lo cual no impide que pudiera accionar por invalidez del reconocimiento si, por ejemplo, se hizo mediante algún vicio de la voluntad, como el error respecto de la persona del reconocido, o compelido por violencia o intimidación, etc.

El objeto de la prueba es, estrictamente, un hecho negativo: no ser el reconociente el padre o la madre del reconocido, o, lo que es lo mismo, la inexistencia del vínculo biológico determinado por la procreación. Obsérvese, por tanto, que esta acción se otorga para todo supuesto que implique la imposibilidad o inexistencia del vínculo filial. Lo primero, por ejemplo, si se acredita la impotencia absoluta, la infertilidad o la esterilidad del varón o de la mujer a quienes se atribuye la paternidad o maternidad extramatrimoniales, sin haber participado en el acto. En estos casos es imposible que surja el vínculo filial. Lo segundo, por ejemplo, si demuestra que no hay nexo biológico entre el varón o la mujer mencionados con el titular de la partida de nacimiento.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERA, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIASSCHREIBER MONTERA, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Madrid, 1986; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tamal. Barcelona, Editorial Bosch, 1946; PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Lima, Editorialldemsa, 2002; PLÁCIDO V., Alex F. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, 2003; PLÁCIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea, 1998.

## **JURISPRUDENCIA**

"Cuando por razones de índole personal los abuelos aparentan reconocer como hija a quien realmente es su nieta, existe invalidez del acto jurídico por simulación absoluta; en este caso, los efectos de la sentencia solamente se



limitan a excluir el nombre del demandante, quien aparece como padre en la partida de nacimiento".  
(Cas. Nº 1230-96, El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 186)

## PLAZO PARA NEGAR EL RECONOCIMIENTO

### ARTICULO 400

El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.

### CONCORDANCIAS:

C. arts, 4, 6

C.C. arts, VI, 183, 387, 388, 389, 399, 401

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

El Código Civil de 1852 establecía el derecho del padre o la madre de disputar el reconocimiento en el que no hayan intervenido sin un plazo de caducidad (artículo 240); a diferencia de ello, el Código del 36 consagró un plazo para poder accionar de tres meses (artículo 364), regla considerada por el Código de 1984.

El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo. A partir de un criterio de seguridad jurídica y de defensa de los intereses familiares, la ley determina un plazo para su ejercicio.

El padre o la madre que no interviene en el reconocimiento, los descendientes y quienes tengan interés legítimo gozarán de un plazo de 90 días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto para negar el reconocimiento. Este plazo es reducido y perentorio dado que el reconocimiento beneficia, favorece y mejora la situación de un hijo. Es así que dado que cualquier impugnación de reconocimiento habrá de perjudicarlo (CORNEJO CHÁ VEZ) al hijo, la norma determina el tiempo para que este acto pueda ser deslegitimado. Si bien la ley ha establecido en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables) un plazo breve para impugnar el reconocimiento, la propuesta de modificación del Código Civil ha considerado modificar este artículo proponiendo que la acción de negación del reconocimiento sea imprescriptible (SCHREIBER-VARSI). Esta propuesta ha sido considerada sobre la base del Derecho comparado (Brasil, Portugal, Costa Rica solo consideran la imprescriptibilidad de la impugnación matrimonial cuando no hay posesión constante de estado; Argentina determina la imprescriptibilidad de la acción del hijo para impugnar su reconocimiento) en la medida en que las acciones de estado de filiación, sean de reclamación o de impugnación, son imprescriptibles, más aún que este criterio viene siendo aplicado jurisprudencialmente a nivel local.

El sustento es que el plazo considerado en el artículo materia de análisis ha generado una posición jurisprudencial que ha determinado la inaplicación del

artículo 400 del Código Civil que se inserta propiamente en un sistema cerrado de paternidad sustentado en presunciones, no habiéndose considerado la posibilidad del conocimiento de algo más certero que el propio acto jurídico de reconocimiento, cual es el conocimiento de la relación biológica de la filiación. La aplicación del artículo 400 implica la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

Es este sentido, la Sala Especializada de Familia (Exp. N° 860-2002, Lima, Impugnación de reconocimiento de paternidad) consideró que a partir del interés superior del niño y siendo que el menor cuenta con un año de edad, deben agotarse en el presente proceso las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios pertinentes, debiendo disponer el juez que se practique la prueba de ADN, por lo que se DECLARA NULO el auto que falla improcedencia de la demanda. Esta resolución fue elevada en consulta a la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social (Consulta 2858-2002, Lima), con la finalidad de que se pronuncie sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia, respecto de la no aplicación del artículo 400 -por preferirse la norma constitucional, artículo 2, inciso 1-, era correcto fallando la instancia suprema con la APROBACIÓN el auto en mención que declara inaplicable al caso el artículo 400, sin afectar su vigencia.

Los criterios argumentados por esta decisión jurisprudencial, en los que prima el vínculo genésico frente al vínculo formal, pueden ser perfectamente aplicados a las acciones de impugnación de paternidad matrimonial (artículo 364), de la impugnación de maternidad matrimonial (artículo 372), impugnación de la adopción (artículo 385), negación del reconocimiento por parte del hijo (artículo 401) en los que se establece un plazo de caducidad para accionar.

En esta línea de pensamiento se ha ido orientando la jurisprudencia comparada, por ejemplo en Brasil, de acuerdo con el Código Civil de 1916 "... prescreve em quatro anos a ayaO do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar (artículo 178, § 9>, VI); o filho maior nao pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro nos quatro anos que se seguirem a maioridade, ou emancipayao (artículo 362). Contudo, afirmou o Superior Tribunal de Justicia a imprescritibilidade das pretenses a declarado8.o da patemidade e a anulado do registro de nascimento falso. A autora, no caso, era filha de m8.e solteira. Tres meses após seu nascimento, Afonso reconheceu a patemidade. A autora propos a(:8.o, afirmando a falsidade desse reconhecimento, constante do Registro Civil, dizendo-se filha de Pedro, já falecido. Repelida a preliminar de decadencia, a a(:8.o foi julgada procedente. (ST J, 3a Turma, Esp. 254.165, Nancy Andrighi, relatora, j. 26.06.2001 )", este criterio determinó que el nuevo Código de Brasil de 2003 considere la imprescriptibilidad de las acciones de filiación. En España mediante STS 3-12-02, Sala 1° (Ponente SR. D. Román García Varela) se declaró que no cabe considerar caducada la acción de

impugnación de paternidad (art. 136 del Código Civil) sustentándose que la imputable demora o dejación del actor para iniciar la impugnatoria (9 años después del nacimiento) no dependía directamente del padre quien se entera de su no paternidad de los hijos de su mujer luego de la sentencia de separación matrimonial; esta sentencia toma como base dos anteriores resoluciones, la STS del 30/1/1993 y la STS 23/3/2001. En igual sentido, el Tribunal Supremo de España (6204 - TS 1º S del 13 de junio de 2002) ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 137 del Código Civil español que establece el plazo para que el hijo pueda impugnar la paternidad.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6ª edición. Librería Studium. Lima, 1987.

## **JURISPRUDENCIA**

"El plazo a que se contrae el artículo 400 del Código Civil está referido únicamente para la persona que pretende impugnar el reconocimiento efectuado por el otro padre".

(Exp. N° 1850-92-San Martín, Normas Legales N° 245, p. J-5)

"La norma contenida en el artículo 400 no regula la acción para negar el reconocimiento, sino la acción de exclusión de nombre".

(Cas. N° 1868-97-Chincha, El Peruano, 4/01/99, p. 2349)

## NEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO EN CASO DE CESE DE INCAPACIDAD

### ARTICULO 401

El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.

### CONCORDANCIAS:

- C. arts. 4, 6
- C.C. arts. 42 a 46, 183, 399, 400

### Comentario

*Enrique Varsi Rospigliosi*

A diferencia del plazo de la negación del reconocimiento por parte del padre o la madre (artículos 399 y 400) que no interviene en él, que es de 90 días, el hijo tiene un plazo mayor para negar su reconocimiento que es dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad.

Este plazo es de un año que se computará desde que adquiere su mayoría o cesa de su incapacidad. El Código Civil de México en materia federal establece una norma similar, pero indica de manera expresa que el término que tiene el hijo para deducir esta acción es de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió (artículo 378, concordado con el 377).

Citemos un ejemplo: Juan fue reconocido siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que él pueda negar el reconocimiento se computa dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a negar el reconocimiento el 24 de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

Con un esquema quedará más claro:

Este plazo mayor se explica por sí solo. Nadie más interesado que el propio hijo en velar por la legitimidad de su reconocimiento. De modo que si es él mismo quien lo impugna, afrontando los perjuicios que eventualmente pudiera acarrearle esa impugnación, la ley no puede prohibírsele, pues a nadie se le puede imponer que acepte como padre a quien no es (CORNEJO CHÁVEZ); este criterio es mucho más aventajado en la legislación comparada; por ejemplo en Argentina la acción de impugnación del reconocimiento por parte del hijo es imprescriptible.

El plazo indiscutiblemente es uno de caducidad, no de prescripción, por lo que no admite interrupción ni suspensión (CORNEJO CHÁ VEZ).

Queda preguntarse si los descendientes del hijo premuerto gozan de este plazo. A diferencia de otras legislaciones, la nuestra no permite esta posibilidad por lo que se encuentra vedada dicha facultad a los descendientes, quienes contarían con el plazo menor de 90 días que consagra el artículo precedente.

De acuerdo con el estudio del artículo 400 del Código Civil peruano y tomando en cuenta la tendencia de la jurisprudencia existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero, artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

### **DOCTRINA**

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11. 6ª edición. Librería Studium. Lima, 1987.

# CODIGO CIVIL COMENTADO

## 10 tomos

### ¡ Monumental !

Esta obra constituye un hito en la bibliografía jurídica nacional: en su elaboración han participado más de 100 estudiosos del Código Civil. Convocados de acuerdo a sus especialidades, representan la mejor garantía de idoneidad y solvencia académicas en el análisis de las diversas materias contenidas en la norma más importante del ordenamiento jurídico.

### Metodología

Sumillas y concordancias en cada artículo  
Análisis exhaustivo artículo por artículo  
Referencias doctrinarias  
Referencias jurisprudenciales



GACETA JURIDICA