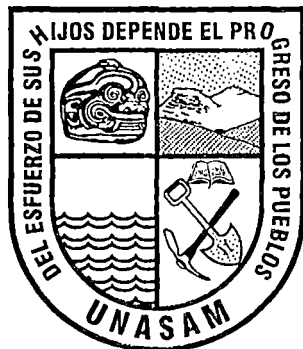


UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

“LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE LA PÉRDIDA
DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA EN EL ORDENAMIENTO
CIVIL PERUANO”

RESPONSABLE:
SHARON SARA PORTALATINO MANRIQUE

ASESOR:
SERGIO ANTONIO SÁNCHEZ ROMERO

HUARAZ - PERÚ

2013

AGRADECIMIENTOS

Mis sinceros agradecimientos, tanto a los docentes por su enseñanza, sabiduría y comprensión en la labor que realizan, como al personal administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNASAM, por haberme permitido hacer efectivo el presente trabajo.

DEDICATORIA

A mis padres por el amor y apoyo
brindado, por su ejemplo de
perseverancia y anhelo de superación
para seguir adelante.

INDICE

RESUMEN.....	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN	11
LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE LA PÉRDIDA DE LA VOCACION HEREDITARIA.....	15
CAPÍTULO 1: PARTE METODOLÓGICA	15
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	15
1.1.2. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA.....	17
1.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	17
1.1.3.1. PROBLEMA GENERAL.....	17
1.1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS	17
1.1.4. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	18
1.1.4.1. DOCTRINARIA.....	18
1.1.4.2. PRÁCTICA.....	18
1.1.4.3. LEGAL.....	19
1.1.4.4. TÉCNICA	19
1.1.5. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	19
1.1.5.1. TEÓRICA.....	19
1.1.5.2. ESPACIAL.....	20
1.1.5.3. TEMPORAL.....	20

1.1.6. VIABILIDAD DEL PROBLEMA.....	20
1.1.6.1. FUENTES DE INFORMACIÓN.	20
1.1.6.2. ESPECIALISTAS.....	20
1.1.6.3. INSTITUCIONES.....	20
1.1.6.4. ECONOMÍA.	20
1.1.6.5. TÉCNICA.	21
1.2. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS	21
1.2.1. OBJETIVO GENERAL	21
1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	21
1.3. HIPOTESIS Y VARIABLES	21
1.3.1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.....	21
1.3.1.2. HIPÓTESIS GENERAL.....	21
1.3.1.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	22
1.3.2. VARIABLES.....	25
1.3.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	25
1.3.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	25
1.3.2.3. OPERALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	25
1.3.2.3.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	25
a. INDICADOR.....	25
1.3.2.3.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	26

a. INDICADOR.....	26
1.4. METODOLOGIA.....	27
1.4.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	27
1.4.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	27
1.4.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	28
1.4.1.2.1. DISEÑO GENERAL.....	28
1.4.1.2.2. DISEÑO ESPECÍFICO.....	29
1.4.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	29
1.4.2.1. MÉTODOS GENERALES.....	29
1.4.2.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS.....	31
1.4.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	35
1.4.3.1. TRABAJO TEÓRICO	35
1.4.3.2. TRABAJO EMPÍRICO.....	35
CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO.....	36
2.1. BASES TEORICAS.....	36
2.1.1. FAMILIA	36
2.1.2. EL MATRIMONIO.....	49
2.1.3. SEPARACIÓN DE CUERPOS	94
2.1.4. SEPARACIÓN DE HECHO	99
2.1.4.1. LA INDEMNIZACION EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO.....	116

2.1.4.2. ALIMENTOS	127
2.1.4.3. PATRIA POTESTAD	136
2.1.4.4. FENECIMIENTO DEL REGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.....	138
2.1.4.5. LEGITIMIDAD	138
2.1.4.6. CADUCIDAD	140
2.1.5. HERENCIA	141
2.1.6. SUCESION	142
2.1.6.1. SUCESION INTESTADA	145
2.1.7. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	159
2.2. DEFINICION DE TERMINOS	166
CAPÍTULO 3: RESULTADOS OBTENIDOS Y ANÁLISIS DE LA VALIDACIÓN	169
3.1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	169
3.1.1. JURISPRUDENCIA.....	172
3.1.2. TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	175
3.2. CONCLUSIONES.....	190
3.3. SUGERENCIAS	192
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	195

RESUMEN

El desarrollo de la presente investigación se basa básicamente en las dos posiciones relacionadas con la pérdida de la vocación hereditaria durante la separación de hecho. Siendo la primera, que como no se encuentra prescrito taxativamente en la legislación, y al mantenerse vigente el vínculo matrimonial, se mantiene vigente el derecho hereditario de los cónyuges, el segundo viene a ser que se determine un cónyuge culpable con un inocente, y en aplicación del artículo 343° del Código Civil, pierde la vocación hereditaria el cónyuge culpable; y la tercera posición, que con la separación de hecho ambos cónyuges deben de perder la vocación hereditaria, la cual es adoptada por la presente investigación. Pues, al ser la separación de hecho una causal objetiva propia del divorcio-remedio, configurándose de esta forma como un medio de solución cuando la vida matrimonial se torna en insoportable, y es en este estado en el que, como se ha extinguido los fines del matrimonio como es la cohabitación, el apoyo y auxilio mutuo, la convivencia, es decir, la comunidad de vida, y paralelamente, también se han perdido los fines de la sucesión, que es básicamente no dejar desprotegida a la familia, o en todo caso se ha desvanecido ese amor, cariño, para poder determinar quien va a heredar tus bienes. Por lo que, es en este lapso de tiempo que se debe de perder la vocación hereditaria, entre ambos cónyuges, mas no solamente el cónyuge culpable, pues al ser una causal objetiva no requiere la determinación de quien es el cónyuge culpable y quien el inocente, elementos que son necesarios especificarse en las causales del divorcio sanción como las estipuladas del inciso 1 al 11 del artículo 333° del código civil, y en consecuencia, a fin de perder la vocación hereditaria es de aplicación el artículo 343° del mismo cuerpo de leyes, y por lo expuesto precedentemente, no es pertinente su aplicación en la causal de separación de hecho.

Palabras claves: Familia, Matrimonio, separación de hecho, separación de cuerpos, sucesión, sucesión intestada, enriquecimiento indebido.

ABSTRACT

The development of this research is based primarily on the two positions related to the loss of inheritance for the separation of fact. Being the first, which is not prescribed as strictly defined by law, and to stay current marriage, it remains in effect hereditary right of the spouses, the second becomes the determination of a guilty as an innocent spouse, and Article 343 of the Civil Code, hereditary vocation loses the guilty spouse and the third position, with the de facto separation of losing both spouses must hereditary vocation, which is adopted by this research. Well, to be made a separation of objective causal own divorce-remedy, configured in this way as a means of solution when married life becomes unbearable, and in this state that, as the purpose is extinguished marriage as cohabitation, support and mutual aid, coexistence, ie the community of life, and in parallel, we have also lost the purposes of succession, which is basically not leaving unprotected the family, or any case that love is gone, baby, to determine who will inherit your assets. So, it is in this period of time to be missed hereditary vocation, between spouses, not only the guilty spouse, for being a strict causal determination does not require the spouse who is guilty and who is innocent elements that are necessary specified in the grounds of divorce penalty as stipulated subsection 1 to 11 of Article 333 of the Civil Code, and accordingly, in order to lose the vocation hereditary applies Article 343 ° of the same body of law, and the foregoing is not relevant application in the separation of fact causal.

Keywords: Family, marriage, de facto separation, separation, inheritance, intestacy, unjust enrichment.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país se produce una gran cantidad de separaciones entre los cónyuges, y dicha cantidad aumenta de manera galopante con el discurrir de los años, debido a causas sociales, económicas, entre otras; dicha situación de hecho, muchas veces, llega a ser de forma permanente y prolongado; sin formalizarse ya sea mediante el divorcio o la separación de cuerpos según sea el caso, por lo que en esta situación marital, en el que se ha extinguido los fines del matrimonio, como el de cohabitación, apoyo mutuo, asistencia entre ambos cónyuges, es que se debe de perder la vocación hereditaria, dado que en este lapso de tiempo, se desnaturaliza la figura jurídica de la sucesión, que es no dejar desprotegida a la familia; aunado a ello, muchas veces estas personas separadas llegan a rehacer su vida sentimental, y gran parte de ellas se torna en una convivencia impropia. Entendiéndose que, los bienes adquiridos en este lapso de tiempo, en colaboración mutua de los convivientes, no sería justo que un tercero adquiriera las riquezas obtenidas por estos últimos mediante la institución jurídica de la sucesión. De ahí la importancia de la presente investigación, pues se busca mediante ésta, una solución justa, la misma que debe ser regulada atendiendo a la naturaleza del matrimonio como de la herencia.

En consecuencia, la finalidad del presente trabajo de investigación viene a ser que, la masa hereditaria se distribuya entre los familiares que realmente tienen derecho, de manera proporcional y siguiendo las reglas de la sucesión, de tal

forma que, se debe mejorar la legislación en base a un sentido de justicia, evitándose con ello, el enriquecimiento indebido por parte del cónyuge supérstite.

De esta forma, los logros obtenidos en el presente trabajo son el haber llegado a establecer que es necesario e indispensable la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, de una norma que regule esta situación, esto es, que se pierda la vocación hereditaria entre ambos cónyuges durante el lapso de tiempo en el que se encuentra vigente la separación de hecho entre los mismos. Además, con el desarrollo de la investigación, se ha llegado a esgrimir los fundamentos por los cuales se debe proceder de esta forma.

Asimismo, para la elaboración del presente trabajo de investigación, se han presentado ciertas dificultades; tales como, la falta de tratamiento y/o desarrollo en la doctrina nacional, así también, al no estar regulado en nuestra legislación, no existe jurisprudencia que se haya pronunciado respecto al tema, aunado a ello, se ha previsto dicha figura jurídica solamente en dos legislaciones; los cuales son el Código Civil Español y el Código Civil de Argentina. Produciéndose en cada una de ellas, una regulación diferente.

Por último, la estructura del presente trabajo, está dividido en tres capítulos; en los cuales se esgrimen las bases y/o fundamentos de la investigación realizada; de tal forma que, sea de fácil análisis y entendimiento su contenido. Por lo que, el primero versa sobre la metodología; la misma que trata el planteamiento, formulación, justificación doctrinaria, práctica, legal y técnica, delimitación teórica, espacial y temporal y viabilidad del problema, así como la formulación de

objetivos, hipótesis y variables, así también la metodología propiamente dicha, enmarcándose en el tipo, diseño y métodos de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de datos; el segundo capítulo, recoge la parte teórica, desarrollando de esta forma, instituciones como el matrimonio, la familia (y una definición amplia de la misma, como la familia nuclear y las familias ensambladas), la separación de hecho como de cuerpos, la herencia, sucesión y enriquecimiento sin causa; pues en esta instituciones se engloba el análisis de la presente investigación, enfatizándose en la naturaleza y fines de cada figura jurídica, y priorizando en su tratamiento al matrimonio y la sucesión (fundamentos de la sucesión intestada o legal), y así obtener un fundamento fructífero y valedero para así solucionar este tipo de conflictos familiares que se presentan continuamente y el último capítulo contiene los resultados del trabajo, así como también, la validación de la investigación efectuada, tomando en cuenta la jurisprudencia nacional relacionada con el tema, teniendo como resultado soluciones en las que sería más justo y beneficioso la incorporación de un dispositivo que regule este estado de hecho cuya consecuencia patrimonial resida en la sucesión entre los cónyuges, así como la legislación comparado que ha regulado este hecho jurídico, de distintas maneras, pues la legislación española adopta una postura objetiva, esto es, no se requiere de determinar en la relación conyugal, cual es el culpable y el inocente en una separación de hecho mientras que, en la legislación argentina se adopta una postura objetiva y subjetiva a la vez, pues se instaure como regla básica que durante la separación de hecho cesa la vocación hereditaria entre los cónyuges y como excepción a la regla, se establece que si se determina que el

cónyuge sobreviviente no provocó la separación de hecho este tendrá derecho a heredar; dando la posibilidad a poder determinar quien es el cónyuge culpable e inocente en la separación de hecho.

LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE LA PÉRDIDA DE LA VOCACION HEREDITARIA.

CAPÍTULO 1: PARTE METODOLÓGICA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En la actualidad, debido a los cambios sociológicos, se produce gran cantidad de separaciones de hecho entre los cónyuges, quienes no regularizan su situación legal, pese al cese de la cohabitación y de toda la relación conyugal; en nuestro país, la mayoría de los cónyuges no tramitan su divorcio. Pero se comprometen nuevamente, lo que conlleva a la formación de nuevos grupos familiares: conviviente e hijos, lo que conlleva a la formación del patrimonio en esta nueva familia, como la adquisición de bienes inmuebles, muebles y otros; esto es lo que la doctrina denomina familias ensambladas.

El Código Civil establece que existe vocación hereditaria entre los cónyuges; por lo que al morir uno de ellos, el otro tiene derecho a heredar; y en estos casos, la conviviente no tiene vocación hereditaria ni tampoco se le aplica las reglas de la convivencia propia, esto es, no se aplica las reglas de la sociedad de gananciales; lo cual vendría a ser un tanto injusto, pues el fin de la sucesión es no dejar desprotegida

económicamente a la familia; y en la adquisición e incremento del nuevo patrimonio no intervino la cónyuge; con lo que no se cumple la finalidad de la norma, los fines del matrimonio; esta situación no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

El presente problema se debe a que en nuestro ordenamiento jurídico, los cónyuges pierden la vocación hereditaria solo en el caso del cónyuge culpable de la separación (artículo 343° del Código Civil); y cuando se produce la separación de hecho no se establece al cónyuge culpable ni inocente, a diferencia de las otras causales, en las que sí se identifica al cónyuge culpable, y tal como lo señala la norma éste pierde el derecho a heredar, tanto los bienes y derechos del otro. Por lo que al no individualizar e identificar al cónyuge culpable y al inocente no se puede determinar quien pierde la vocación hereditaria. Así nos encontramos ante la falta de regulación de la sucesión en la separación de hecho por no determinarse al cónyuge perjudicado o inocente; y a consecuencia de ello lo más contraproducente es que ninguno de los cónyuges tenga derecho a heredar los bienes del otro, por lo que en este trabajo de investigación sugerimos se incorpore un artículo al código civil en el libro de familia, donde se establezca que por la separación de hecho los cónyuges pierden al vocación hereditaria.

1.1.2. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA.

El problema de la presente investigación tiene sustento en el vacío normativo, al no encontrarse regulado, además que conllevaría a un desarrollo en el derecho de familia y el de sucesiones. Tomando en cuenta que en la separación de hecho ya no existe la cohabitación ni el apoyo recíproco. Además que el fin de la sucesión es no dejar desprotegida a la familia, porque la legítima solo funciona a favor de la familia, de los seres que viven en el mismo lecho.

En consecuencia, al no cumplirse con los fines del matrimonio ni de la sucesión, haciendo hincapié en los herederos forzosos, lo más contraproducente es que el cónyuge pierda el derecho a heredar durante la separación de hecho.

1.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

1.1.3.1. PROBLEMA GENERAL

¿Cuáles son los fundamentos para justificar la pérdida de la vocación hereditaria durante la separación de hecho entre cónyuges?

1.1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

¿Cuál es la regulación actual acerca de la separación de hecho con relación a la vocación hereditaria?

¿Quiénes son los directamente beneficiados con la inserción al ordenamiento jurídico de dicha situación?

¿Qué modificatorias se debe introducir en la legislación civil para un mejor tratamiento de la separación de hecho como pérdida de la vocación hereditaria?

1.1.4. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.4.1. DOCTRINARIA

Con relación a la separación de hecho como causal de divorcio se va tomar en cuenta la teoría divorcio – remedio, optando por tomar al divorcio como una salida dada para los casos en los que el conflicto ha llegado a tal nivel que hace imposible la continuación del matrimonio.

1.1.4.2. PRÁCTICA

La presente investigación tiene como finalidad el poder ser más equitativo la distribución de la masa hereditaria, es decir de la transmisión de los bienes y derechos del causante a sus herederos. Optándose por no hacerse efectivo el derecho a heredar por parte del cónyuge sobreviviente o supérstite, siempre y cuando durante ese lapso de tiempo, la pareja se encuentre separada de hecho. Pues, básicamente, se ha perdido con los fines del matrimonio

como son hacer vida en común, la cohabitación, la procreación; así también no se hace efectivo los fines de la sucesión como es la de no dejar desprotegida a la familia.

1.1.4.3. LEGAL

Las normas aplicables a la presente investigación son:

- La Constitución Política del Perú.
- El Código Civil.

1.1.4.4. TÉCNICA

El soporte técnico con el que se apoya la investigación es el Microsoft Office, como son Microsoft Word y Microsoft Excel.

1.1.5. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.5.1. TEÓRICA.

El área del campo de acción va a ser el Derecho Civil. Enfocándose en los siguientes rubros:

- Derecho de Familia.
- Derecho de Sucesiones.

1.1.5.2. ESPACIAL.

El ámbito en el cual se va a llevar a cabo la investigación es a nivel nacional.

1.1.5.3. TEMPORAL.

El desarrollo de la investigación comienza en el mes de Enero del 2012 y culmina el mes de enero del año 2013. Cuya ejecución se tiene cronometrado para el mes de febrero del año 2012.

1.1.6. VIABILIDAD DEL PROBLEMA

1.1.6.1. FUENTES DE INFORMACIÓN.

1.1.6.2. ESPECIALISTAS.

Se cuenta con el apoyo de especialistas.

1.1.6.3. INSTITUCIONES.

Ninguna.

1.1.6.4. ECONOMÍA.

Se tiene presupuestado para llevar a cabo y hacer fructífera y útil la investigación tres mil nuevos soles.

1.1.6.5. TÉCNICA.

1.2. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS

1.2.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar los fundamentos para justificar la pérdida de la vocación hereditaria durante la separación de hecho entre cónyuges.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Indicar la regulación actual acerca de la separación de hecho con relación a la vocación hereditaria.

Identificar los directamente beneficiados con la inserción al ordenamiento jurídico de dicha situación.

Proponer la modificación que se debe introducir en la legislación civil para un mejor tratamiento de la separación de hecho como pérdida de la vocación hereditaria.

1.3. HIPOTESIS Y VARIABLES

1.3.1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.3.1.2. HIPÓTESIS GENERAL

Los fundamentos por los cuales se debe de perder la vocación hereditaria durante la separación de hecho entre cónyuges; son que, no se condice con los fines tanto del

matrimonio como de la sucesión; toda vez que, los deberes instaurados en el matrimonio es el de cohabitación, apoyo y asistencia mutua, solidaridad, cooperación, fidelidad, entre otros, los cuales se ven suspendidos o en todo caso inobservados por parte de los cónyuges durante la separación de hecho, por lo que de esta forma se desnaturaliza la figura jurídica de la sucesión, la misma que tiene como sustento no dejar desprotegida o en desamparo económico a la familia, fin se ve desvanecido durante el tiempo que duren separados de hecho los cónyuges.

1.3.1.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- La regulación actual respecto a la separación como causal de la pérdida de la vocación hereditaria es la prevista para la separación de cuerpos pues el artículo que 343 del Código Civil, se encuentra dentro del Título IV, referente al Decaimiento y Disolución del Vínculo, específicamente, en el Capítulo Primero que trata sobre la Separación de Cuerpos, artículo citado que prescribe ***“El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden”***; de la cual se desprende que, la misma establece que pierde la vocación hereditaria el cónyuge que ocasionó la separación; sin embargo, ello no es de aplicación en la causal de separación de hecho, pues esta es una causal objetiva mas no subjetiva, en la cual no

es necesario el determinar quien es el cónyuges culpable, dado que la misma es una causal remedio mas no una causal sanción. Por ello, está prevista la pérdida de la vocación hereditaria en la separación de cuerpos así como en el divorcio; pero en la separación de hecho no lo está.

- Los directamente beneficiados con la inserción al ordenamiento jurídico de dicha situación, vienen a ser los herederos atendiendo a cada caso en concreto; los cuales se detallan a continuación, así, el artículo 816 del Código Civil, se establece el orden sucesorio, el cual prescribe: ***“Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge (...). El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicado en este artículo.”***, en concordancia con el artículo 822 del mismo cuerpo de leyes, ***“El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo.”***, de ambos dispositivos, se advierte que el cónyuge hereda en primer orden y recibe la misma cuota que la prevista para cada hijo, y si encaso se produce la muerte del causante durante la separación de hecho, el cónyuge sobreviviente no heredaría, y ello es conveniente para los hijos,

al dividirse la masa hereditaria en una porción mayor para cada uno, pues al ser menos los herederos, mayor viene a ser la parte que le corresponde a cada uno. También viene a ser beneficioso para los padres y demás ascendientes, toda vez que en el artículo 820 del Código Civil se establece ***“A falta de hijos y otros descendientes heredan los padres por partes iguales. Si existiera sólo uno de ellos, a éste le corresponde la herencia”***, en aplicación concordante con el artículo 824 del Código citado; ***“El cónyuge que concorra con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.”***, y al extinguirse la vocación hereditaria del cónyuge, dado que se produjo el fallecimiento de uno de ellos, durante la separación de hecho, la porción que recibe cada uno sería mayor, en razón a que desaparece uno de sus herederos. Finalmente, es de acotar, que también dicha incorporación al ordenamiento jurídico sería beneficioso para la nueva pareja del causante, si la hubiera, pues, si existieron bienes que adquirió conjuntamente con el causahabiente, los mismos no serán heredados por el cónyuge sobreviviente.

- Se debe introducir en el Código Civil, para un mejor tratamiento de esta figura jurídica, el artículo 343-A, siendo el mismo de la siguiente manera:

Artículo 343-A

Con la separación de hecho se pierden los derechos hereditarios entre los cónyuges.

1.3.2. VARIABLES

Son enunciados jurídicos que tienen unidad lógica.

1.3.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

La separación de hecho.

1.3.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Pérdida de la vocación hereditaria.

1.3.2.3. OPERALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

1.3.2.3.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

a. INDICADOR

Causal de divorcio.

Causal de separación de cuerpos.

El transcurso del tiempo.

Hecho propio.

1.3.2.3.2. VARIABLE DEPENDIENTE

a. INDICADOR

- Herencia
- Herederos Forzosos
- Cónyuge

1.4. METODOLOGIA

1.4.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1.4.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de corte dogmático, pues como indica Ramos Suyo "Este método actúa en base a lo que está previamente establecido, esto es pues, la jurisprudencia romana, construyendo en ésta, conceptos y significados... El método dogmático no puede prescindir de la mente del jurista, él tiene necesidad de utilizarlo, por esa razón se le incluye en la crítica de modo indubitable, porque pretende disponer de un conocimiento puro que realmente no tiene, ni es exclusivo de su saber intelectual. Él para hacer su indagación jurídica se auxilia de las otras disciplinas, entre ellas, la Sociología, la Politología, la Filosofía y otras afines."¹, así también, Carlos Augusto Ramos Núñez indica que "... Los conceptos jurídicos deben excluir todo elemento que no sea formal... El Derecho, bajo esta perspectiva, solo está conformado por instituciones: la persona, el matrimonio, el delito de homicidio, la figura de la reelección presidencial, el impuesto a la renta, la idea de consumidor final, etc. Estas instituciones, o

¹ RAMOS SUYO, Juan Abraham. **Elabore su Tesis en Derecho, Pre y Postgrado**, editorial San Marcos E.I.R.L., Segunda Edición, Perú-Lima, 2008, p. 488.

cualquier otra, solo pueden explicarse, para el método dogmático, en términos jurídicos, sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas... las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en términos conceptuales, y, como tales, han de reconstruirse y entenderse... Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho Comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia. Por ello, su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias.”² En consecuencia, lo que se busca con la presente investigación es rellenar ciertos vacíos normativos en base al valor justicia. Ello va a estar contrastado con la realidad tomando en cuenta como se está resolviendo este tipo de casos.

1.4.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

No experimental, pues las variables no son controlables ni manipulables por el investigador, pues se recabará información sobre el tema, tanto de los libros como de los expedientes para ser procesadas y plantear soluciones al problema planteado.

1.4.1.2.1. DISEÑO GENERAL

² RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto. **Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el Intento**, editorial Grijley, Perú-Lima, 2011, p. 94-95.

Este ítem se clasifica de acuerdo al tiempo en el que se recoge la información, por lo que, el diseño de investigación será longitudinal, pues se tomarán como parte del análisis la jurisprudencia relacionada con el tema, en los años comprendidos del 2005 al 2009.

1.4.1.2.2. DISEÑO ESPECÍFICO

a) DESCRIPTIVO

Es descriptivo ya que se desarrolla el concepto, naturaleza, características, elementos de las figuras jurídicas de familia, separación de hecho, sucesión, sucesión intestada.

b) PROPOSITIVOS

Es propositivo porque se propone una propuesta legislativa, buscándose agregar un artículo más en la que se regule la presente figura jurídica.

1.4.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.4.2.1. MÉTODOS GENERALES.

DEDUCTIVO

Ramos Sujo, Juan precisa que "Consiste en descomponer formal e idealmente los hechos en busca de la causa. El proceso del razonamiento deductivo está condicionado por la actividad cognoscitiva; constituye uno de los que pueden aplicarse en la estructuración del conocimiento científico. Se procura sistematizar el material empírico."³. Ocurriendo en la presente investigación, puesto que se parte del estudio de los hechos y circunstancias, es decir de la separación de hecho entre los cónyuges y de la sucesión, delo cual se infiere una propuesta de adicionar un artículo al Código Civil, sistematizando así dicha situación jurídica. La presente propuesta se materializa mediante su aplicación. En la rama del derecho se parte de lo general a lo particular.

ANALÍTICO

Ramos Sujo, Juan señala sobre este método "Consiste en la descomposición, separación, aislamiento del conocimiento a priori en los elementos del conocimiento puro del entendimiento. Se le libera o se le desata cada uno de los elementos que integran la complejidad del objeto."⁴ Este método es necesario, pues se descompone el tema de investigación; la separación de hecho

³ RAMOS SUYO, Juan Abraham. Op. Cit., p. 466.

⁴ Ibíd., p. 498.

como causal de la pérdida de la vocación hereditaria, en las instituciones jurídicas de separación de hecho, herencia; así se desglosa equiparando otras figuras jurídicas relacionadas con el tema como son el matrimonio, procurando un mayor análisis en el tema.

1.4.2.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS.

1.4.2.2.1. METODO EXEGÉTICO

Este método consiste en la interpretación estricto sensu de los textos legales. El texto encierra el contenido de la ley. Así Carlos Ramos Nuñez dice “Es la puerta de ingreso a la interpretación jurídica.” Se confiere a los textos normativos o términos el significado que el diccionario determina.”⁵ Se va hacer uso de este método para determinar el significado gramatical de los términos de la norma, específicamente los del artículo 343 del Código Civil.

1.4.2.2.2. MÉTODO DOGMÁTICO

“La dogmática jurídica, como objeto principal, forma conceptos jurídicos basados en el Derecho vigente o en

⁵ RAMOS NÚÑEZ, Carlos Augusto., p. 144.

principios de Derecho positivo”⁶. Trata de la significación de los términos o problemas, es decir de las definiciones. Este método se va a utilizar para desarrollar las teorías contrapuestas que implica el problema de investigación, poder conocer su contenido y realizar un análisis para determinar por cual se va optar.

1.4.2.2.3. MÉTODO SOCIOLÓGICO

Tomando en cuenta la Escuela sociológica del Derecho, el jusfilósofo Federico Savigny sustenta como tesis que “... el Derecho evoluciona, transformándose constantemente y desarrollándose en el tiempo-espacio y; se transforma con toda independencia... Las normas jurídicas son el resultado de una larga labor humana...”⁷. La norma no tiene ni debe tener un carácter estable, se debe formular leyes de acuerdo a las necesidades de la sociedad. En el presente trabajo se va a manejar este método para poder formular una norma que se adecúe a las necesidades de los intervinientes, tomando en cuenta que la sociedad cambia, su modo de pensar, cultura y así

⁶ RAMOS SUYO, Juan Abraham. Op. Cit., p. 487.

⁷ Ibíd., p. 460.

poder formular la norma de acuerdo a la sociedad actual, para que rija sus actos de manera justa y equitativa.

1.4.2.2.4. METODO TELEOLÓGICO VALORATIVO

Sobre este ítem, Ramos suyo explica que “Este método consiste en buscar la explicación a la norma y de la regla para investigar los conceptos, aplicar las reglas positivas a los casos particulares, valorando los actos y las conductas.”⁸ Consiste en tener cual es el fin de la norma, conocer las necesidades sociales a las que el legislador tuvo la intención teórica de dar solución. Se va usar este método para avocarnos a la situación en la que se encontraba el legislador para elaborar el artículo 343 del Código Civil, el contexto imperante y así dar forma a la investigación pues la sociedad ha ido evolucionando y por ende la norma tiene que ir acorde a estos cambios.

1.4.2.2.5. MÉTODO FUNCIONAL

Al respecto Carlos Ramos Núñez dice “Las tesis funcionales se preocupan en descubrir la trama de intereses políticos, económicos o ideológicos que subyacen a la formulación, interpretación y aplicación de

⁸ Ibíd., p. 464.

las normas e instituciones jurídicas... procuran desnudar lo aparente, retirar el camuflaje que esconde la realidad que puede ser dolorosa o desagradable”⁹, lo que se procura con la presente investigación es el adecuar el Derecho a la realidad, al desenvolvimiento de la sociedad, adecuándonos a las nuevas conductas que adoptan y procurar una adecuada regulación de las mismas partiendo de una correcta formulación normativa.

1.4.2.2.6. MÉTODO LÓGICO-JURÍDICO

Consiste en plantear un cierto número de principios que sean los mejores para el funcionamiento del organismo político y por el razonamiento lógico, deducir sus diversas consecuencias... la doctrina de la voluntad soberana, la codificación y el racionamiento se coligarán para llegar a un concepto de la función jurisdiccional y de la lógica, que en su ejercicio se aplique, llamándole con justa razón, el deductivismo judicial cuya práctica es de suma importancia.¹⁰ Este método va a ser utilizado en esta investigación porque va a coadyuvar a un mayor

⁹ RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto. Op. Cit. p. 98.

¹⁰ RAMOS SUYO, Juan Abraham. Op. Cit., pp. 479-481.

análisis de las instituciones jurídicas estudiadas y utilizar la lógica para poder tener un mejor desarrollo en la investigación y una mejora en la aplicación de los operadores jurídicos con referencia al tema.

1.4.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

1.4.3.1. TRABAJO TEÓRICO

TECNICA	INSTRUMENTO
DOCUMENTAL	FICHA TEXTUAL
	FICHA DE RESUMEN

1.4.3.2. TRABAJO EMPÍRICO

TECNICA	INSTRUMENTO
DOCUMENTAL	FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO.

2.1. BASES TEORICAS

2.1.1. FAMILIA

Partiendo, de la legislación que pregona el deber de protección por parte del Estado a esta institución, partimos de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, que establece en su artículo 4 *“La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son regulados por la ley”*, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”*, de manera similar, se señala en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra dice *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de*

los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos". De igual forma, se establece en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros. Procediendo con el desarrollo de esta institución jurídica, nos avocamos a los conceptos que se esgrimen sobre la misma; así, en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española existen varias definiciones sobre la familia, siendo las mismas *"Del lat. Familia, 1.f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2.f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3.f. Hijos o descendencia. 4.f. Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia en común... 5.f. Conjunto de objetos que presentan características comunes. 6.f. Número de criados de alguien, aunque no vivan dentro de su casa. 7.f. Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella. 8.f. coloq. Grupo numeroso de personas. 9.f. Biol. Taxón constituido por varios géneros naturales que poseen gran número de caracteres comunes. Familia de Rosáceas. 10.f. Chile. Enjambre de abejas."*¹¹,

¹¹ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia**,

de manera más simplificada, Guillermo Cabanellas De Torres acota *“... se trata en todos los casos, de un núcleo, más o menos reducido, basado en el afecto o en necesidades primarias, que convive o ha convivido íntimamente y que posee cierta conciencia de unidad”*¹², en un sentido amplio, en el Diccionario Civil, se indica *“... es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico-familiar. Desde este punto de vista, la familiar está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este sentido de 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 son la existencia de que haya vida en común.”*¹³. Por su parte, Eduardo Zannoni la conceptúa como *“... un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco... el modelo prevaleciente de familia parte del reconocimiento social y jurídico de*

editorial Gaceta Jurídica, tomo I, Lima-Perú, 2011, p. 19.

¹² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, editorial Heliasta S.R.L., tomo 4, Buenos Aires-Argentina, 2008, p.25.

¹³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2013, pp. 205-206.

*relaciones conyugales y paterno-filiales heterosexuales.*¹⁴, pero este criterio puede resultar restringido para englobar la gran dimensión de la familia, es por ello que resulta más preciso conceptualizar a la familia con base en su naturaleza jurídica y extensión teniendo dos tipos, como sostiene Mendez Costa *“La familia institución, integrada por los padres e hijos no emancipados por el matrimonio que conviven bajo la autoridad parental y, la familia parentesco, conformada por personas unidas por un vínculo de parentesco, sin convivencia ni sujeción a autoridad familiar.”*¹⁵, tomando como base los preceptos constitucionales y los del Código Civil, Plácido Vilcachagua infiere que el concepto jurídico de familia es *“... aquella comunidad iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer, de origen matrimonial o extramatrimonial, destinada a la realización de actos humanos propios de la generación; que está integrada por personas que se hallan unidas por un afecto natural, derivado de la relación de pareja, de la filiación y, en última instancia, del parentesco consanguíneo y de afinidad, que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente y que, bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a uno o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos*

¹⁴ ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil, Derecho de Familia**, editorial Astrea, tomo I, 5ta edición, Buenos Aires – Argentina, 2006, p. 3.

¹⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia**, editorial Gaceta Jurídica, tomo I, Lima-Perú, 2011, pp. 16-17.

*para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo*¹⁶, en términos generales, Carlos Alberto Bittar dice que, podemos entender por familia *“... aquel grupo humano unido biológica y afectivamente cuya naturaleza jurídica es un organismo jurídico que el Estado protege y en el cual se interrelacionan, desarrollan e integran mutuamente las personas. La familia constituye la institución generadora y formadora de personas y el núcleo esencial para la preservación y el desenvolvimiento de la nación, alimentada con seres forjados y preparados para su misión en la sociedad*”¹⁷, por su parte, Muniz Francisco José Ferreira precisa *“La familia moderna es el resultado de un vínculo afectivo donde se elevan los sentimientos de solidaridad, lealtad, respeto y cooperación. Es un organismo compuesto de elementos jurídicos, éticos y morales. Podemos llamar a la familia como una comunidad de afecto y de ayuda mutua donde lo que cuenta es la intensidad de las relaciones personales de sus miembros*”¹⁸, como complemento de esta idea, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka dice que la

¹⁶ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. **La delimitación jurídica del concepto de familia** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia**, editorial Gaceta Jurídica, tomo I, Lima-Perú, 2011, p. 17.

¹⁷ BITTAR, Carlos. **Direito de Família** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia**, editorial Gaceta Jurídica, tomo I, Lima-Perú, 2011, p. 18.

¹⁸ MUNIZ, Francisco y Jose OLIVEIRA. **Curso de Direito de Família** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia**, editorial Gaceta Jurídica, tomo I, Lima-Perú, 2011, p. 18.

familia "... es el lugar donde se pueden integrar los sentimientos, esperanzas y valores y el camino hacia la realización del proyecto para la felicidad personal"¹⁹, conocido como el proyecto de vida; en resumen Enrique Varsi Rospigliosi indica "... el concepto de familia es un concepto cultural, es un concepto abierto. La familia es la base de la estructura social y la sede de la plenitud de bienestar de los seres humanos. Nada más que el pilar, el cimiento sobre el cual se organiza la sociedad. El desafío de los tiempos modernos es encontrar el vector de la caracterización de la variété de relaciones interpersonales que permita llamarlas familias. Y esa referencia, sin duda, solo se puede encontrar en el afecto"²⁰. Por su parte, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la constitución, explica "La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo... Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares

¹⁹ HIRONAKA, Giselda. **Familia e Casamento em evolucao** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia**, editorial Gaceta Jurídica, tomo I, Lima-Perú, 2011, p. 18.

²⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia**, editorial Gaceta Jurídica, tomo I, Lima-Perú, 2011, p. 18.

que hayan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco"²¹

La familia se define como aquél grupo de personas que se encuentran vinculadas por el parentesco, por la institución jurídica del matrimonio, siendo todo ello investido de reconocimiento social y jurídico. También, se define como el núcleo de la sociedad, entendida como un grupo de personas unidas por lazos sanguíneos, y por ende está conformada de manera clásica por el papá, la mamá e hijos, miembros que cumplen diversas funciones como familia dentro de una sociedad. Así mismo se procura una definición de dicha institución desde ópticas distintas, como la amplia que engloba a un mayor número de miembros o a la restringida que se avoca a la familia nuclear clásica conformada por papá, mamá e hijos.

Debido a cambios sociológicos, en la actualidad, se han formado las familias ensambladas, las mismas que han sido definidas por el Tribunal Constitucional, debido al tratamiento que debe recibir el hijastro, pronunciándose de esta manera que *"... Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede*

²¹ Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fundamento 6, 18/10/2011.

*definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa... A la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia – más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen... se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra."*²², Así, Olga María Castro Perez Treviño precisa que *"Las familias reconstituidas o ensambladas son aquellas que tienen su origen en el matrimonio o la unión de hecho, y están integradas por la pareja y los hijos (as) de uno o ambos cónyuges o en su caso convivientes producto de un matrimonio o convivencia anterior, pudiendo tener un hijo (a) o más en común."*²³, en consecuencia, Cecilia Grosman opina que *"Se trata de una estructura compleja, con nuevos lazos que se agregan y convivencias de hermanos de distinta sangre que no dejan de ser fraternos. El problema central de estas familias es la ambigüedad en los roles, particularmente en la relación de un cónyuge o*

²² Exp. N° 09332-2006-PA/TC, fundamentos 8 y 23, 18/10/2011.

²³ CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. Op. Cit. p. 66.

conviviente con los hijos del otro.”²⁴; paralelamente, Eduardo Zannoni dice “...la estructura familiar se amplía cuando personas que han tenido hijos en una unión matrimonial o de hecho, establecen una ulterior relación conyugal... y tienen, a su vez, hijos en ella. Esto da lugar a lo que se denomina familia ensamblada o reconstituida, que reconoce vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales... los vínculos que el Derecho pueda generar para su afianzamiento deben ser propiciados como un modo de coadyuvar al fortalecimiento del sentimiento de permanencia de cada uno de sus miembros.”²⁵.

De lo establecido por los autores se colige que en la sociedad se están conformando nuevas estructuras de familia, que requieren de ser reguladas por el ordenamiento jurídico y dejar lo cotidiano y moral, regular las relaciones entre los padres e hijos que pertenecen a dicha familia, enmarcado en principio de igualdad entre los hijos y el de solidaridad y respeto entre los miembros en su conjunto. Así, el Tribunal Constitucional precisa que se da nacimiento a este tipo de familias solamente con el matrimonio o con la convivencia, se entiende esta última que de ser la

²⁴ GROSMAN, Cecilia. **El interés superior del niño** citado por CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. **Hijos míos, hijos tuyos, hijos nuestros. Un reto legislativo**, En: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. **Observatorio de Derecho Civil**, 2010, 22/10/11, volumen II, p. 66, se encuentra ubicado en la biblioteca de la Dra. Manrique Gamarra Karina Yenny.

²⁵ ZANNONI, Eduardo. Op. Cit. pp. 11-12.

convivencia propia. Ello se desprende en base a lo señalado por este órgano, que solo se conforman a partir de la viudez o el divorcio, más no admiten a los cónyuges, que estando vigente el vínculo matrimonial, llegan a comprometerse nuevamente.

Por otro lado, con relación a la naturaleza jurídica de la familia y tomándola como categoría jurídica, muestra diversas y hasta contradictorias tesis de su explicación. Las cuales son: la Tesis de la Personalidad Jurídica de la Familia, la Tesis de la familia como organismo jurídico, y por último la Tesis de la familia como Institución. Así con respecto a la primera tesis que se postulaba, en el siglo XX, Savatier ha sostenido que la familia es una persona moral o persona jurídica a quien se atribuyen derechos de naturaleza tanto patrimonial como extrapatrimonial, siendo las primeras los bienes, las cargas del matrimonio y las segundas son, por ejemplo, el derecho al apellido, los derechos emergentes de la patria potestad. Así en la Doctrina Argentina, doctrina que fue sustentada por Williams, el cual postulaba que *"... la familia como un verdadero ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya personalidad consiste en la facultad de expresión del grupo (familiar) y en la medida que sus asociados han*

*perdido la facultad de expresarse individualmente.*²⁶. Siguiendo en la misma línea de ideas, Gustavino indica *"Subyace en todos estos razonamientos un fondo de verdad. En la realidad del fenómeno familiar, cada uno de sus componentes no actúa, ni debe actuar; en función exclusiva de su interés individual, sino reconociendo la existencia de verdaderos intereses familiares que relativizan a aquél en su ejercicio."*²⁷. De manera contraria y analítica, Eduardo Zannoni expresa *"... La personalidad jurídica, en otras palabras, presupone la subjetividad. La familia no es, desde este punto de vista, un sujeto: en ningún caso es titular de derechos, ni tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Y las limitaciones al ejercicio del interés individual no están impuestas por la existencia de un ente con voluntad e intereses distintos de los individuales de los miembros de la familia: si los miembros de la familia tienen derecho a exigir la observancia de tales limitaciones o a acatar los actos que no las respeten, lo tiene individualmente y no como órgano o representantes de un ente jurídico familia, que no existe."*²⁸

²⁶ WILLIAMS. **La Familia en el orden jurídico** citado por ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil, Derecho de Familia**, editorial Astrea, tomo I, 5ta edición, Buenos Aires – Argentina, 2006, p. 18.

²⁷ GUSTAVINO. **Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil** citado por ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil, Derecho de Familia**, editorial Astrea, tomo I, 5ta edición, Buenos Aires – Argentina, 2006, pp. 18-19.

²⁸ ZANNONI, Eduardo. Op. Cit. p. 19.

De lo dicho se llega a la conclusión que la familia no viene a ser un ente dotado de personalidad y por ende a ser un sujeto distinto al de sus miembros, tomando como punto que el interés familiar se superpone a los intereses particulares que posee cada uno de dichos miembros, pues para que se limiten intereses individuales no se necesita de tomar a la familia como una persona jurídica sino que basta que cualquiera de los que la conforma puede exigir el cumplimiento de dichas restricciones.

La segunda tesis instada, la familia como organismo jurídico, nació a razón de las críticas a la teoría de la personalidad jurídica de la familia, pues llevaron a afirmar que en ésta existe una interdependencia entre individuos y dependencia de un interés superior. Así el jurista Cicu precisa que se configuraría un vínculo jurídico orgánico *"Hay organismo aunque no exista personalidad, porque hay vínculo recíproco de interdependencia personal; lo que significa que falta en las relaciones familiares la independencia, la libertad, la autonomía, que contradistinguen las relaciones, especialmente las patrimoniales del derecho privado"*²⁹. La tesis de Cicu además establece una analogía entre el Estado y la familia, ambos como estructuras orgánicas provocando una serie de críticas, pues en ambas cuestiones existe una subordinación de los

²⁹ CICU. **El Derecho de Familia** citado por ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil, Derecho de Familia**, editorial Astrea, tomo I, 5ta edición, Buenos Aires – Argentina, 2006, p. 19.

miembros a un poder superior, ya que en el caso de la familia, está el poder familiar como si ésta fuera algo distinto a los miembros que la conforman. Este poder familiar conduce a una abstracción de la familia, en la que los poderes se deshumanizan, se despersonalizan, primando una voluntad familiar sobre la voluntad individual y, cuando replantea su tesis indica que no puede haber una analogía, entre la familia y el estado pues la soberanía lo tiene solo el estado y con relación al poder, el estado actúa sobre todos y es ilimitado a diferencia de la familia, que se rige por un determinado tiempo y a un grupo de personas.

Y finalmente, con relación a la tesis de la familia como institución se parte de la definición de la familia, en sus inicios, como institución social, en tal sentido Soler Millares dice *“La familia llena plenamente las notas conceptuales expuestas: combina pautas de comportamiento basadas en la dinámica de satisfacción de necesidades básicas –reproducción y educación de la prole-, pero incluye la referencia los valores de una cultura que es socializada mediante la internalización de cánones axiológicos en los sujetos individuales. Todo ello supone un tipo específico de agrupamiento caracterizado por sentimientos y comportamientos sistematizados en función de necesidades básicas y de esos*

valores.”³⁰. Tomando a la familia como una institución jurídica, Eduardo Zannoni menciona *“El derecho reconoce ese carácter institucional, pero no lo crea; la institución se impone y trasciende en función de los procesos de socialización que institucionalizan normas de comportamiento social”*³¹

Al adoptar a la familia como una institución sociológica implica la combinación de pautas de comportamiento que adoptan las personas, centradas en la satisfacción de necesidades teniendo como directriz ciertos valores. Cuando desde el punto de vista jurídico se reconoce el carácter institucional de la familia conlleva a la conservación de la unidad estructural, al ser reconocida la familia por el Derecho.

2.1.2. EL MATRIMONIO

Enrique Varsi Rospigliosi, recaba conceptos de la citada figura jurídica enfocándola de distintas óptica, las mismas que las detalla indicando que *“... sociológicamente, el matrimonio es la institucionalización de las relaciones interpersonales de dos sujetos cuyo sustento es la unión intersexual reconocida por ley. Para la sexología, el matrimonio es el ejercicio legítimo de los genitales.*

³⁰ MILLARES, Soler. **La Institución Familiar** citado por ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil, Derecho de Familia**, editorial Astrea, tomo I, 5ta edición, Buenos Aires – Argentina, 2006, p. 21.

³¹ ZANNONI, Eduardo. Op. Cit., p. 22.

Para el Derecho es un acto jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos...matrimoniarse implica compartir un destino, entregarse, amarse. Una comunidad de vida plena de existencia entre dos personas que se fijan un destino en común... ese binomio de vida, va a integrarse en compromisos que dejan del lado lo personal para sumar esfuerzos y llevar a cabo actividades afines con un mismo proyecto de vida que se encuentra consolidado por el grado más alto de efectividad”³², en el Diccionario Civil, el matrimonio desde un punto de vista sociológico constituye “... la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Es evidente que el matrimonio trasciende como una institución social, ya que está gobernado por normas institucionalizadas, en cuanto marido, mujer y también los hijos conceptualizan posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce, respeta y, de algún modo, organiza”³³, en consecuencia Enrique Varsi Rospigliosi indica “Se dice, que el matrimonio viene a ser la institucionalización de la unión entre una mujer y un varón para cumplir ciertos fines como si fuera uno solo, por lo que el Derecho de Familia institucionaliza la unión intersexual entre el

³² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, pp. 34-35.

³³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, Op. Cit. p. 293.

*hombre y la mujer a través del matrimonio (familia conyugal) y la procreación a través de la relación padres a hijos (familia filial)*³⁴.

A cerca de lo precisado por los diversos autores citados, se tiene que una conceptualización del matrimonio varía y va adquiriendo forma con el paso de los tiempos con los cambios sociales, así se tiene que, ahora el matrimonio no puede ser avocado a figuras como la procreación sino que se instituye por el sentir, inherente al ser humano por ser un ente dotado de razón, así el hombre siente amor y da amor, institucionalizándose este sentir en el matrimonio, denominado por la doctrina como familia conyugal.

El origen etimológico del matrimonio no es uniforme pues, “se dice que deriva de *matrimonium* expresión conformada de *matris*, madre u *munium*, carga o gravamen, identificando a la mujer en reconocimiento de su labor natural de engendramiento, preñez, parto y crianza (como lo refieren las partidas). Es la mujer quien dirige a la familia y quien carga desde el inicio hasta su fin, su labor natural de engendramiento, preñez, parto y crianza”³⁵ en el Diccionario Civil, se señala que “La palabra matrimonio deriva de

³⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit. p. 35

³⁵ Partida 4° T. II, ley 2° Onde tomo este nome Matrimonio: e por que razón así al casamiento, e nom patrimonio citado VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 36.

*las raíces latinas matriz y munium, y significa originalmente carga o misión de la madre, como decían las decretales del Papa Gregorio IX: Para la madre, el niño es antes del parto honeroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio más bien que patrimonio.*³⁶, Castán Tobeñas refiere que *“la gran trilogía amor, matrimonio, maternidad, tiene un origen folológico común, remontable a la raíz hebrea am, que ha originado nuestra palabra amor, mediante un sencillo movimiento de transposición, la raíz indoeuropea ma, de donde proceden nuestras voces madre y matrimonio”*³⁷. Para algunos llama la atención esta etimología, pues no la comparte, tomando como si derivara de padre, pues matrimonium surge cuando se era dueño, amo y señor, administrador de los bienes y de las personas, asemejándose al término patrimonio, indicándose que existe diferencia entre ambos solo una letra m por p; se ha querido expresar con el término que las cargas pesadas los tiene la madre, priorizándose esta sobre el aporte patrimonial que realiza el padre, así, *“hay quienes sostienen que deriva de matrem y muniens significativa de la defensa y*

³⁶ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**. Op.Cit., p. 294.

³⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José. **La crisis del matrimonio**, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 36.

protección que merece la mujer por parte del marido³⁸ en legítimo reconocimiento de ser esta madre de sus hijos³⁹.

Procediendo a efectuar una definición sobre el matrimonio, se va a enfocar a partir de la legislación, así como de la doctrina, así, el Código Civil de 1984, artículo 234, prescribe que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del mencionado cuerpo legislativo, a fin de hacer vida en común, teniendo el varón y la mujer en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades igualitarias, ello en concordancia con el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, el cual alude a la promoción del matrimonio. Con respecto a la doctrina, hay innumerables definiciones del matrimonio, tres son las más célebres definiciones del matrimonio, en la época clásica la de Modestino, precisa que *"Nuptiae sunt coiunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio (el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho*

³⁸ MENDEZ COSTA, María Josefa. **Derecho de Familia**, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 37.

³⁹ SAMBRIZZI, Eduardo. **Tratado de Derecho de Familia**, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 37.

*divino y humano)*⁴⁰ mientras la definición de Ulpiano, consagradas en las Institutas de Justiniano era, *“Nuptiae autem sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae contiens (La boda o matrimonio es la unión del hombre y la mujer, lo que implica la comunión indivisible de la vida)”*⁴¹ y, la de Portalis, al definirla como *“la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse, por asistencia mutua, para soportar el peso de la vida y para compartir el mismo destino”*⁴², priorizando a la ley en la institución jurídica del matrimonio, para Ennecerus *“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 entre los cónyuges”*⁴³, Moisés Arata Solís define al matrimonio desde dos puntos de vista, así *“... desde una primera perspectiva, el matrimonio es visualizado como un acto jurídico, cuya celebración válida está sujeta a la concurrencia u observancia de ciertos*

⁴⁰ Digesto, libro 23, Tít.2, Fr. I, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 38.

⁴¹ Institutas, lib.I, tit. IX, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima-Perú, 2011, p. 39.

⁴² PORTALIS, Jean Étienne Marie. **Discurso preliminar del Código Civil Francés de 1804** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima-Perú, 2011, p. 39.

⁴³ ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de Derecho Civil** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima-Perú, 2011, p. 39.

presupuestos, elementos y requisitos que, por la propia naturaleza del acto, resultan distintos o adicionales a los que corresponden a la celebración de otros tipos de actos jurídicos... Será necesario, además, que los sujetos contrayentes, aparte de contar con el atributo de la capacidad de ejercicio, sean de sexos opuestos; que estén libres de impedimento matrimonial; que no medie entre estos vínculo parental alguno y, de hacerlo, que este se encuentra comprendido dentro de los parámetros de aceptabilidad establecidos por el ordenamiento jurídico; que la manifestación de los contrayentes sea voluntaria y destinada a la realización de una vida en común; que el acto sea celebrado ante un funcionario público que controle la legalidad del acto...Desde una segunda perspectiva, el matrimonio es entendido como la relación jurídica que se crea entre los cónyuges como consecuencia de la celebración del acto jurídico matrimonio que lógicamente ha de reunir las características que son comunes a todo tipo de relación intersubjetiva regulada por el Derecho.”⁴⁴. Azpiri, siguiendo a Busso, considera que “... el matrimonio es la unión solemne de un varón y una mujer, que constituyen una plena comunidad de vida arreglada

⁴⁴ ARATA SOLÍS, Moisés. **La Sociedad de ganaciales, Régimen de comunidad y sus deudas**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2011, pp. 15-16.

a *Derecho*⁴⁵, de esta definición se destaca que la solemnidad deslinda las uniones de hecho y al ser una unión de varón y mujer, descarta las uniones poligámicas y homosexuales, para Díez-Picazo y Gullón *“es la unión de un varón y una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales tendientes a realizar una plena comunidad de existencia”*⁴⁶ Para Monteiro *“... es la unión permanente entre hombre y mujer, de acuerdo con la ley, a fin de reproducirse, ayudarse mutuamente y de criar a sus hijos”*⁴⁷, para Tartuce y Simao *“... el matrimonio puede ser conceptualizado como la unión entre personas de diferente sexo, reconocida y regulada por el Estado, formado con el objetivo de constitución de una familia y basado en un vínculo de afecto”*⁴⁸, para Paulo Nader el matrimonio ya no es un acto jurídico ni un contrato, sino un negocio jurídico, al definir al matrimonio como *“... un negocio jurídico bilateral que formaliza solemnemente la unión exclusiva e indefinida de dos*

⁴⁵ AZPIRI, Jorge. **Derecho de Familia** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 39.

⁴⁶ Díez PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 39.

⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Derecho Civil**, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 40.

⁴⁸ TARTUCE, Flavio y José SIMAO. **Direito Civil**, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 40

*personas de diferente sexo para una plena comunión de intereses y de vida*⁴⁹, Silvio Venosa ofrece una definición un poco más subjetiva al expresar que *"El matrimonio es el centro del Derecho de Familia. Desde él irradian sus normas fundamentales. Su importancia como negocio jurídica formal, va desde los procedimientos antes de su celebración, pasando por el acto material de conclusión hasta los efectos del negocio que vacían en las relaciones entre cónyuges, los deberes recíprocos, la creación y asistencia material y espiritual recíproca y de la descendencia, etc."*⁵⁰ A nivel local, Emilio F. Valverde considera que *"... el matrimonio es la más importante fuente jurídica del Derecho de Familia por el hombre y la mujer asociados en una perdurable unidad de vida, sancionada por la ley, se completan recíprocamente y perdurable unidad de vida, sancionada por la ley, se completan recíprocamente y cumpliendo los fines de la especie, la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia"*⁵¹, Plácido Vilcachagua manifiesta que *"... la palabra matrimonio puede tener tres*

⁴⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 40

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 40

⁵¹ VALVERDE, Emilio. **El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 40

significados diferentes, de los cuales solo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo sentido, es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y, el tercero, es la pareja formada por los cónyuges. Las significaciones jurídicas son las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio-fuente (o matrimonio-acto in fieri) y matrimonio-estado, (in facto esse) respectivamente. Matrimonio-fuente es el acto jurídico que tiene por objeto establecer la relación jurídica matrimonial. Matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración”⁵², de manera similar, Belluscio Augusto César dice “La palabra matrimonio puede tener tres significados diferentes, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y en el tercero, es la pareja formada por los esposos... las denominaciones de matrimonio-fuente (o matrimonio-acto) y matrimonio-estado, respectivamente. Matrimonio fuente es, pues, el acto por el cual la unión se contrae, y matrimonio-estado es la situación jurídica que

⁵² PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. **Manual de Derecho de Familia** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 41.

*para los cónyuges deriva del acto de celebración.*⁵³, refiriéndose al papel que cumple el matrimonio en la sociedad, Valverde Y Valverde Calixto, explica *"El matrimonio es la base fundamental de la familia... el matrimonio es un instituto jurídico... forma o constituye el fundamento de la organización civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer reconocida, amparada y regulada por el Derecho... ésta se encamina a la conservación y desarrollo de la especie..."*⁵⁴. Finalmente, Yolanda Gallegos Canales dice *"El matrimonio únicamente puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y no entre más de un hombre o más de una mujer. Se consagra así la monogamia en la familia... el matrimonio implica la cohabitación, vale decir, la mutua satisfacción de índole sexual de los cónyuges. De ellos se deriva la procreación de los hijos."*⁵⁵

De lo expuesto por los distintos especialistas se llega a la conclusión que el matrimonio viene a ser aquella institución jurídica que consiste en la unión entre una mujer y un varón con el fin de

⁵³ BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de Derecho de Familia** citado por GALLEGOS CANALES, Yolanda y S. JARA CANALES. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica**, Editorial Jurista, Lima-Perú, 2008, p. 28.

⁵⁴ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de Derecho Civil Español** citado por GALLEGOS CANALES, Yolanda y S. JARA CANALES. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica**, Editorial Jurista, Lima-Perú, 2008, p. 25.

⁵⁵ GALLEGOS CANALES, Yolanda y S. JARA CANALES. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica**, Editorial Jurista, Lima-Perú, 2008, p. 28.

hacer vida en común, recibir apoyo mutuo, así como para cohabitar y procrear. Esta figura jurídica viene a ser el acto previo para conformar la familia en sus diversas formas que se han ido constituyendo por los cambios sociales, económicos y políticos, en consecuencia, estas definiciones señalan como finalidad del matrimonio, no precisamente la constitución de una familia, ni la generación de hijos, sino el establecimiento de una plena comunidad de vida, un consorcio total de vida.

Acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio existen varias teorías así como posiciones, entre las primeras se encuentran la teoría contractualista, la teoría institucionalista, la teoría ecléctica, entre las segundas, como las nuevas posiciones, están la posición conciliadora.

La teoría contractualista también llamada individualista, es seguida por Pothier, Demolombe, Colin, Capitán, Josserand, Clóvis Beviláqua y Pontes de Miranda, todos ellos como los más radicales. En nuestro medio por Vidaurre en Proyecto del Código Civil, lo identificó como un contrato natural y civil, así mismo el proyecto del Código Civil de 1847 lo consideró un contrato. Silvio de Salvo Venosa acota que *"Tuvo dominancia en los siglos VII al XIX. Para el Derecho Canónico, matrimonio es un sacramento y también es un contrato natural debido a su naturaleza humana. Los derechos y*

*obligaciones derivados se fijan en la naturaleza y no pueden cambiarse por las partes o por la autoridad, al ser perpetuo e indisoluble*⁵⁶, al comentar la mencionada teoría, Enrique Varsi Rospigliosi dice que al tomar el matrimonio como un contrato se le definiría como “... una relación jurídica en la que prima la voluntad de las partes... es una especie de contrato de adhesión dado que sus efectos están predeterminados en la ley, siendo imposible pactar en contra de ellos. Dentro de esta teoría se presta especial importancia al régimen patrimonial y las denominadas capitulaciones matrimoniales, pudiendo los cónyuges decidir qué hacer con los bienes, acordar el régimen a someterse, siendo capaces, incluso, de crear aquel que más les convenga a sus intereses personales. La tesitura de esta teoría se sustenta en que los contratos comprometen el patrimonio de las partes, pero no afectan el estado de estas, quienes se encuentran vinculadas jurídica y sentimentalmente, lo cual nos hace deducir que existe una jerarquía superior del matrimonio en relación con los contratos, siendo presentado de forma mucho más lineal... además para la teoría contractualista, los cónyuges ejercen un derecho recíproco del dominio del cuerpo de su pareja al grado de lo absurdo, agravando el deber de fidelidad –casi al grado de obligación- y la

⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit. p. 42.

*consecuente reafirmación de la diabolicidad de la causal de adulterio. Se trata de una posición netamente individualista, patrimonialista y segmentaria*⁵⁷ para Pontes de Miranda viene a ser “... como un contrato de Derecho de Familia que regula la vida en común”⁵⁸, de similar manera lo define Silvio Rodrigues “... como un contrato de Derecho de Familia que tiene como fin promover la unión del hombre y la mujer, de conformidad con la ley, a fin de regular las relaciones sexuales, cuidar a la prole común y prestarse mucha asistencia”⁵⁹ Para Carvalho Santos “ ... el matrimonio es un contrato especial distinto de los demás contratos patrimoniales”⁶⁰, en la doctrina brasileña, otro firme defensor de la doctrina contractualista es Caio Mário da Silva Pereira para quien en el matrimonio lo que básicamente debe considerarse es “... el paralelismo con los contratos en general que proceden de un acuerdo de voluntades y hacen realidad los objetivos que cada uno tiene en vista, de acuerdo con la motivación inspiradora de los declarantes y los efectos garantizados por la ley... es un contrato

⁵⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit. pp. 42-43.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. p. 43.

⁵⁹ RODRIGUES, Silvio **Direito Civil. Direito de Família**, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 41.

⁶⁰ CARVALHO SANTOS, J.M. **Código Civil brasileiro** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 43.

*especial, dotado de consecuencias peculiares, más extenso y más profundo que los contratos con efectos puramente económicos, o contrato de Derecho de Familia, debido a las relaciones especiales que ha creado*⁶¹, Lehmann opina “... el matrimonio es una unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera”⁶². De igual manera, Planiol dice “... es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad”⁶³. En relación al tema in citu, Albaladejo nos ilustra de este modo “... jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, las de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial... muchos lo califican de contrato. Lo que sólo es admisible tomando la palabra contrato en el sentido de acuerdo de voluntades o negocio jurídico bilateral; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia patrimonial”⁶⁴, por último, en la STC Exp. N° 2868-2004-AA,

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 43.

⁶² LEHMANN, Heinrich. Op. Cit. p. 29.

⁶³ PLANIOL citado por MEZA INGAR, Carmen. **Ideas para un código de familia** citado por GALLEGOS CANALES, Yolanda y Rebeca S. JARA QUISPE. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica**, Editorial Jurista, Lima-Perú, 2008, p. 29.

⁶⁴ ALBALADEJO, Manuel. Op. Cit. pp. 29-30.

el Tribunal Constitucional señala que *“El derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tiene la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, si se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución.”*⁶⁵. Códigos Civiles como el de Chile (102), Ecuador (81), Colombia (113), Nicaragua (94) contrato solemne, también el Código de familia de Filipinas (art. 1). En Europa, uno de los partidarios de esta doctrina es el sistema jurídico portugués; el artículo 1577 del Código establece que el matrimonio es el contrato entre dos personas que deseen formar familias a través de la plena comunión de vida.

De lo afirmado por los autores optando por el matrimonio como un contrato pues vendría ser un acuerdo de voluntades entre ambas partes, pactando básicamente sobre el régimen patrimonial, al escoger cual quieren o sobre la distribución de los bienes, e incluso existe acuerdos sobre la disposición del cuerpo del otro cónyuge, afectándose en gran medida el deber de fidelidad, pero, en la mayoría de los casos solo se optan al matrimonio como un acuerdo de voluntades para el aspecto patrimonial pero se dice que

⁶⁵ STC Exp. N° 2868-2004-AA, fundamento 14, fecha 24/11/2004.

es más que un contrato porque está premunido de sentimientos, pues de dicho acuerdo emanan más que relaciones de naturaleza patrimonial, otras relaciones de índole personalísimo y de naturaleza ética, moral y espiritual, que no son susceptibles de ser valoradas monetariamente. Efectuándose, diferencias básicas como que en el matrimonio no es posible dejarlo sin efecto, a no ser por causas predeterminadas legalmente; mientras que en los contratos sí, pueden ser dejados sin efecto, ya sea por causas previstas en la ley o por decisión propia de los contratantes. Los cónyuges están impedidos de imponerse condiciones mutuamente, situación que si se puede dar contractualmente.

Con respecto a la teoría institucionalista, también llamada supraindividualista o anticontractualista, elaborada por Maurice Hauriou y seguida por Georges Renard, en base a esta teoría, Luis Echeopar García dice *"...el matrimonio es una institución trascendental que concierne a la subsistencia y felicidad del hombre en la tierra"*⁶⁶ sobre el particular, María Josefa Méndez Costa expresa que *"... es una forma social de realización de la persona en la que se conjugan una variedad de intereses. La persona contrae matrimonio para compartir su vida, crecer, desarrollarse, lograr sus*

⁶⁶ ECHECOPAR GARCÍA, Luis. **Régimen legal de los bienes en el matrimonio** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 44

*finés e ideales, realizar su proyecto de vida, su personalización integral*⁶⁷, no es un contrato porque tiene efectos personales que van más allá del simple efecto patrimonial. Para Guillermo Borda el matrimonio propone “... fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, un elemento vital de la sociedad... nadie se casa con el ánimo de crearse derechos, sino por amor. El matrimonio no es un acto de especulación, de cálculo, sino de entrega”⁶⁸, Georges Ripert señala que “El matrimonio es una institución. Los esposos deciden llevar una vida común, constituir un hogar, crear una familia. Constituyen así una agrupación con un cierto fin, lo que constituye el carácter propio de la institución, de lo que resulta que las voluntades individuales deben ceder ante el interés general de la familia que se creó”⁶⁹. Explicando la relación entre familia y matrimonio, Arias José opina “... Para nosotros, el matrimonio es una institución social que, dentro de los actos civiles, reviste de un carácter sui generis. Existe, sobre todo, un elemento especial que obliga a esta conclusión: no se olvide que, además del consentimiento mutuo, hay en el matrimonio la intervención de la

⁶⁷ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. **Derecho de Familia** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 44.

⁶⁸ BORDA, Guillermo A. **Tratado de Derecho Civil. Familia** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 44.

⁶⁹ RIPERT, Georges y Jean BOUTANGER. Op. Cit. p. 32.

autoridad divina si es religioso, y de la autoridad social si es meramente laico... Dentro de tal concepto, la institución sería la familia y, el matrimonio la fundación...”⁷⁰. Con respecto a si el matrimonio es un contrato o una institución, Yolanda Gallegos Canales expresa “... los que celebran pactos o convenciones, como se quiera, señalan comúnmente los efectos o resultados que se han de generar, pero, en el acuerdo matrimonial no sucede lo mismo, pues los contrayentes no se hayan en la posibilidad de determinar a ciencia cierta los resultados o fines que se deriven del acuerdo matrimonial. Ello es así, en primer lugar, porque resulta muy difícil o imposible poder anticipar todos y cada uno de ellos; en segundo lugar, porque los referidos efectos o resultados los fija la ley y lo que es peor, de un modo general y no concreto (como no puede ser de otra manera); y en tercer lugar, porque los contrayentes están impedidos de alterar los efectos o resultados del acuerdo matrimonial, pues se basan en disposiciones de orden público. Por otro lado, los contratos no surten efectos sino entre las partes contratantes, pero el matrimonio no sólo se extiende a la persona de los cónyuges, sino que alcanza, además, a los hijos, quienes quedan protegidos por el estado matrimonial de sus padres...”⁷¹ la

⁷⁰ ARIAS, José. Op. Cit. p. 32.

⁷¹ GALLEGOS CANALES, Yolanda y S. JARA CANALES. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica.** Op. Cit. pp. 32-33.

Ley para la familia del Estado de Hidalgo, México, califica al matrimonio como una institución social y permanente por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer que, con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable (art. 8); es un acto solemne e institucional (art. 9); es una institución social derivada de la permanencia conyugal y es una forma para crear la familia (II, art. 9); el Estado protegerá la institución del matrimonio por ser el fundamento de la familia y la conservación de la especie (art. 11).

Acerca de lo indicado por los juristas, se prolijee que, el matrimonio viene a un instituto y no un contrato, pues no pueden predecir las consecuencias del mismo, y a pesar que ciertas situaciones se encuentran previstas en la ley, al ser estas de orden públicos, los cónyuges no la pueden alterar. Además se le considera al matrimonio como una institución por la duración, porque a pesar que se extingue por el divorcio o el fallecimiento de cualquiera de ellos, sus efectos se perpetúan en los hijos.

La teoría ecléctica conocida como mixta o social, es seguida por Julien Bonnecase, Marcel Planiol y Georges Rippert. Esta teoría sostiene que el matrimonio es un acto complejo, a la vez un contrato y una institución. A nivel local tenemos el criterio de

Cornejo Chávez quien se ampara en que *“el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución”*⁷², de acuerdo a esta teoría, Enrique Varsi Rospigliosi comenta *“... el matrimonio tiene elementos que comparte con el contrato (manifestación de voluntad, efectos patrimoniales, formalidades), pero no se agota en el contenido contractual, sino que tiene un contenido fundamentalmente social que lo presenta como una institución... Se Distingue entre el matrimonio –fuente del matrimonio- estado, el primero con una naturaleza contractual, el segundo de naturaleza institucional.”*⁷³. A decir de Julien Bonnecase⁷⁴ hay claras diferencias entre el matrimonio y el contrato:

⁷² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima-Perú, 2011, p. 45.

⁷³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de las Familias**, Op. Cit. pp. 45-46.

⁷⁴ BONNECASE, Julien. **Elementos del Derecho de Familia** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima-Perú, 2011, p. 44.

ELEMENTOS	CONTRATO	MATRIMONIO
Error	El consentimiento debe presentarse libremente, sin vicios de la voluntad.	Solo el error y la violencia vician el consentimiento.
Objeto	Obligaciones de carácter económico. Dar, hacer o no hacer.	Obligaciones recíprocas entre los cónyuges de carácter personal.
Forma	La manifestación de voluntad es libre sin más límite que el orden público y las buenas costumbres.	Exige formalidades y solemnidades
Disolución	Consensuadas entre las partes	Establecida por funcionario público.
El matrimonio termina siendo más que un simple contrato.		

El Código Civil de Puerto Rico dice que el matrimonio es una institución civil que procede de un contrato civil (art. 68).

En el Código Civil peruano rige la teoría ecléctica del matrimonio.

Se trataría de un instituto de naturaleza híbrida, contrato en su formación e institución en su contenido. En su nacimiento y conformación está la diferencia. La creación del matrimonio sería considerada como un contrato, pues se ven los aspectos patrimoniales, con respecto a que régimen patrimonial van a adoptar, y en su contenido vendría a ser una institución, pues se

basa en el amor, en el apoyo mutuo, en la reciprocidad, y así se forma una comunidad de vida.

Por otro lado, se tiene la Posición conciliadora, con la que se considera que el matrimonio más que un contrato, es un acto jurídico, es seguido por la tesis de Paulo Dourado de Gusmao, Lafayette y Rodrigues Pereira. Enrique Varsi Rospigliosi no se encuentra de acuerdo plenamente posición, explica *“...el matrimonio es un acto jurídico familiar, que tiene una trascendencia social importante, que justifica el rol tuitivo del Estado y el singular interés que le presta. Como acto jurídico de naturaleza bilateral, el matrimonio es de carácter complejo en la medida que tiene una función de tipo constitutivo, lo que supone la declaración de voluntad del órgano estatal. Lo que si consideramos es que, más allá del contenido social del matrimonio, su constitución descansa en la voluntad de los contrayentes quienes, conscientes de su decisión, generan consecuencias jurídicas”*⁷⁵. Así se tiene que el matrimonio sería considerado como acto jurídico familiar, tomando en cuenta su función social, y la participación de un funcionario público al momento de su constitución, pero más que ello se debe de tener en cuenta la plena convicción de las partes de contraer matrimonio.

⁷⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia**, Op. Cit. pp. 46-47.

Se han desarrollado otros pareceres, como la de tratar al matrimonio como un negocio jurídico complejo (consentimiento ante autoridad pública); un acuerdo, pues el matrimonio se distingue del contrato en su modo de constitución, en este último los intereses de las partes son divergentes (yo compro, tu vendes), en el matrimonio son convergentes (yo amo, tu también); Leon Duguit adopta la posición que el matrimonio es “... *acto –condición, se trata de una declaración de voluntad que coloca al agente en una condición jurídica impersonal*”⁷⁶; los cónyuges adquieren un estado que no puede ser materia de negociación, aceptando tal como es el estatuto legal del matrimonio.

Con respecto a los caracteres, el matrimonio como acto jurídico presenta un conjunto de caracteres que lo diferencian y lo hacen especial frente a las demás instituciones del Derecho Civil. De esta manera, Enrique Varsi Rospigliosi desarrolla de forma general los caracteres del matrimonio señalando que es un “... *Acto jurídico, crea relaciones jurídicas familiares... modifica el estado civil, el nombre, extingue el régimen económico personal constituyendo el régimen económico matrimonial... institución jurídica ya que es fuente principal de constitución de la familia... Unión heterosexual porque hombre y mujer lo constituyen. Como pareja que se integran*

⁷⁶ DUGUIT, Leon. **Traite du Droit Constitutionnel**, Op. Cit. p. 47.

y complementan. Cada quien da lo suyo en reciprocidad y entrega, creando en conjunto su descendencia. Se dice que el matrimonio entre personas del mismo sexo va en contra de las buenas costumbres y está sujeto a nulidad virtual contemplada en el artículo V del Título Preliminar y en el artículo 219, inciso 8 del Código Civil... Perdurable, no es admisible el matrimonio a plazo determinado lo que no resta posibilidad al hecho de la disolución del vínculo conyugal vía divorcio... Legalidad y forma, su establecimiento y constitución están unidos a una forma que debe cumplirse, es la teoría de la celebración matrimonial, de allí que no todas las uniones sean matrimonio, mientras que todos los matrimonios implican necesariamente una unión... Comunidad de vida, involucra que los cónyuges deban hacer una vida en común... entendida como unidad conyugal, la comunidad de vida se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deberán compartir de un mismo destino: vivir bajo un solo techo, compartir la mesa y yacer en mismo tálamo... La monogamia está relacionada con el deber de fidelidad, siendo un límite a la concupiscencia... a nuestro criterio creemos que son tres los caracteres del matrimonio: la unidad, permanencia y juridicidad”⁷⁷ Azpiri menciona que el matrimonio contiene estos caracteres “Es la unión de un hombre y

⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 47-49.

una mujer y, como tal, monogámica, y heterosexual... Es una unión solemne, lo que significa que la forma de celebrar el matrimonio debe ajustarse a lo que la ley establece... Es una unión legal, porque el emplazamiento en un estado conyugal y los derechos y deberes que de él derivan están impuestos por la ley y resultan inmodificables por la voluntad de los esposos... Es una unión estable pero no inmutable, porque su disolución sólo puede producirse en la forma que la ley establece, esto es, por muerte de uno de los cónyuges, por la celebración de unas nuevas nupcias cuando medió declaración de muerte presunta de uno de los cónyuges, o por sentencia de divorcio vincular.”⁷⁸, de la misma manera, Augusto César Belluscio expresa acerca de las características del matrimonio que “... se señalan como caracteres del matrimonio actual la unidad, la monogamia, la permanencia y la legalidad... La unidad está dada por la comunidad de vida a que se hayan sometidos los esposos como consecuencia del vínculo que los liga... la monogamia implica la unión de un solo hombre con una sola mujer... La unión conyugal tiene carácter permanente en el sentido que se contrae con la intención que perdure y que su estabilidad está asegurada por la ley, la que sólo en circunstancias excepcionales permite su disolución... En cuanto a la legalidad,

⁷⁸ AZPIRI, Jorge. **Derecho de Familia** citado por GALLEGOS CANALES, Yolanda y Rebeca S. JARA QUISPE. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica**, Editorial Jurista, Lima-Perú, 2008, pp. 33-34.

*cabe considerarla desde el punto de vista del matrimonio-acto o desde el del matrimonio-estado. En el primer aspecto estaría dada por la celebración de las nupcias según las formas impuestas por la ley... En el segundo, porque los derechos y deberes que de él surgen forman un estatuto legal forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar...”*⁷⁹, en consecuencia, Gallegos Canales Yolanda dice “1) El matrimonio es de orden público: la regla general es que la legislación atinente al matrimonio... no puede ser alterada ni dejada sin efecto por los particulares, o sea, los cónyuges deben observar la normatividad referida al matrimonio, las mismas que son de orden público, vale decir, son de cumplimiento obligatorio por ser cruciales para la organización de la sociedad en su conjunto. 2) El matrimonio es una unión exclusiva: de esta característica derivase el deber de fidelidad de los cónyuges, pues cada uno de ellos debe recíprocamente respeto y consideración a su consorte. 3) El matrimonio es una unión permanente... tiene carácter de estabilidad. 4) El matrimonio representa una comunidad de vida: Es así porque los cónyuges hacen vida en común para amarse, respetarse, ayudarse, procrear a sus hijos, educarlos y formarlos...”⁸⁰ En sentido parecido se expresa Arias, al señalar que

⁷⁹ BELLUSCIO, Augusto César. Op. Cit. pp. 34-35.

⁸⁰ GALLEGOS CANALES, Yolanda y Rebeca S. JARA QUISPE. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica.** Op. Cit. pp. 35-36.

“... es de orden público; por regla general, la legislación conyugal no puede ser dejada sin efecto por convenios particulares... el matrimonio es una unión exclusiva, tanto que, en determinadas circunstancias, la violación de esta importa... adulterio... el matrimonio es permanente... importa una comunidad de vida para ambos esposos”⁸¹.

Con relación a las características del matrimonio, se deja sentado que es de orden público, por que las normas que la regulan son de tal naturaleza que, las mismas que no pueden pasar inadvertidas, por su carácter obligatorio. Es una unión exclusiva pues ambos cónyuges se deben fidelidad, de acuerdo a nuestro sistema, en caso contrario se estaría incurriendo en adulterio, siendo el mismo una causal de separación de cuerpos así como de divorcio según la normativa peruana vigente. Es una unión continua, permanente, pues no es transitoria y tampoco por un tiempo específico. Finalmente, el matrimonio también implica el vivir juntos bajo un mismo techo, es decir, hacer vida en común.

Con respecto a los fines de matrimonio, Silvio Rodríguez los toma partiendo de la unión sexual y los relaciona con la naturaleza humana, pues establece que *“... la sociedad conyugal permite a los cónyuges enfrentar el porvenir; dentro de esa unión satisfacen el*

⁸¹ ARIAS, José. Op. Cit. p. 36

*deseo sexual que es normal e inherente a su naturaleza. La aproximación de los sexos es natural en la convivencia entre marido y mujer que, originariamente, suscitan el desenvolvimiento de sentimientos afectivos recíprocos, de los cuales, el deber de mutua asistencia es un mero corolario; de la unión sexual resulta la prole... se quiera o no los fines del matrimonio están íntimamente ligados a la naturaleza humana*⁸² Por parte de Bittar, el matrimonio basado primordialmente, en el amor tiene un deber de procreación y subsecuente educación al señalar que “... en el matrimonio hombre y mujer liberan y realizan toda su potencialidad de amor y de espíritu de comunión asumiendo, socialmente, la responsabilidad de mantener, un vínculo, procrear y educar a la prole en beneficio de la propia subsistencia de la Nación...”, para Monteiro el matrimonio tiene una triple finalidad “... procreación, educación de los hijos y prestación de mutuos auxilios”⁸³, para Pereira las finalidades son complejas y múltiples llegando a la conclusión que serían 4, “... la constitución de familia, la procreación como finalidad natural, la comunidad de vida e intereses y otras finalidades como la atribución de nombre a la mujer casada”⁸⁴. Dice Diniz “... que es la institución de la familia matrimonial, procreación de hijos,

⁸² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Op. Cit. p. 51.

⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Op. Cit. p. 51

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituicoes de Direito Civil**. Op. Cit. p. 51

legalización de las relaciones sexuales, prestación de auxilio mutuo, establecimiento de deberes entre los cónyuges, educación de la prole, atribución del nombre de la cónyuge y de los hijos, reparación de errores del pasado, regularización de relaciones económicas, legalización de estados de hecho.”⁸⁵ Aveledo nos ilustra a cerca de las posiciones sobre la finalidad del matrimonio, “... de acuerdo a la concepción social del matrimonio (transpersonalista), es que el fin del matrimonio es la reproducción o procreación, la conservación de la especie, mientras que para la concepción individualista (personalista) del matrimonio, el fin de este es el auxilio el complemento entre los cónyuges”⁸⁶ desde el punto de vista de la ley, Pablo Nader precisa que “... el matrimonio basado en la comunión de vida, es destinado a organizar y dar estabilidad a la familia contribuyendo al equilibrio de la sociedad. Para los contrayentes, los propósitos no son idénticos en cada par. Por supuesto debe haber una aspiración común: el propósito de vida en común y solidaria... algunos apuntan como un gran objetivo, el advenimiento de los hijos y la participación en el proceso creativo, educativo y cultural. La regularidad en las relaciones sexuales parece estar, en gran medida de las parejas, entre uno de los

⁸⁵ DINIS, María Elena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Op. Cit. p. 51.

⁸⁶ AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. **Lecciones de Derecho de Familia**. Op. Cit. p. 51

principales objetivos.”⁸⁷, según Borda “... existen fines normales como la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, la procreación y la educación de los hijos”⁸⁸, en el mismo sentido Azpiri delinea “... que los fines del matrimonio se condensan en la plena comunidad de vida en la que se subsumen la constitución de una familia, la procreación, el socorro mutuo, la educación de los hijos y la vida en común”⁸⁹, prosiguiendo con la creación de los hijos como finalidad , para Méndez Costa “la finalidad del matrimonio es la comunidad de vida plena (física, existencial y económica) entre la pareja, responsabilizándose del desarrollo de su descendencia”⁹⁰, a reflexión de Fernández Clérigo, el Matrimonio “... se dirige a tres fines que se aspira... a llenar con la plena comunidad de vida que el movimiento instaure entre los casados, son los de ayudarse y complementarse espiritual y corporalmente, y posiblemente tener hijos y educarlos...”⁹¹, sobre el tema, Belluscio analiza y precisa “... el código del derecho canónico enuncia... los fines objetivos del matrimonio... distinguiendo un fin primario y otros secundarios,

⁸⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Op. Cit. p. 52.

⁸⁸ BORDA, Guillermo. **Tratado de Derecho Civil**. Op. Cit. p. 52.

⁸⁹ AZPIRI, Jorge. **Derecho de Familia**. Op. Cit. p. 52.

⁹⁰ MÉNDEZ COSTA, María. **Derecho de Familia**. Op. Cit. p. 52.

⁹¹ FERNANDEZ CLERIGO, Luis. **El derecho de familia en la legislación comparada** citado por GALLEGOS CANALES, Yolanda y Rebeca S. JARA QUISPE. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica**, Editorial Jurista, Lima-Perú, 2008, p. 37.

subordinados a aquél. El fin primario es la procreación y la educación de la prole, y los secundarios, la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia (regulación y satisfacción del instinto sexual)...⁹², para Gallegos Canales Yolanda, los fines del matrimonio son *“El reconocimiento legal de la unión sexual dirigida a la procreación de los hijos, de la que surgen importantes deberes de asistencia y formación de los hijos. Sentar la base de la organización familiar, de la cual el matrimonio es su principal fuente”*⁹³ A nivel local Echeopar García consideró un criterio bastante tradicional al sostener que *“... el fin primordial es la procreación de los hijos, que les permite mañana más tarde ser dichosos en la eternidad y, su fin complementario, la vida conyugal en común para ayudarse mediante socorros mutuos para soportar el peso de la vida”*, a criterio de Cornejo Chávez este tema puede abordarse desde dos puntos de vista *“Sociológico, en tanto que algunos filósofos la finalidad del matrimonio es la satisfacción del instinto sexual, otros que es el bienestar de la prole y una tercera posición sostiene que el matrimonio tiene un doble propósito: (i) la promoción y educación de la prole y, (ii) el mutuo auxilio entre los cónyuges... jurídico, tres posiciones al respecto: (i) creación de la*

⁹² BELLUSCIO, Augusto César. Op. Cit. p. 38.

⁹³ GALLEGOS CANALES Yolanda y Rebeca S. Jara Quispe. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica.** Op. Cit. p. 39.

*familia, (ii) establecimiento de una comunidad de bienes, y (iii) creación y educación de la prole y el mutuo auxilio en una comunidad de vida*⁹⁴.

RESUMEN DE POSICIONES Y TENDENCIAS UNIFORMIZADAS								
DINIZ	AZPIRI	CORNEJO	BORDA	MONTEIRO	PEREIRA	SAN AGUSTIN	ECHECOPAR	RODRIGUES
Prestación de auxilio mutuo	Vida en común y socorro mutuo	Mutuo auxilio en comunidad de vida	Mutua compañía y asistencia	Prestación de mutuos auxilios	Comunidad de vida e intereses	Vehículo de satisfacción	Vida conyugal para ayudarse y socorrerse	Asistencia mutua
Procreación	Procreación	Procreación	Procreación	Procreación	Procreación	Descendencia	Procreación	
Educación	Educación	Educación	Educación	Educación				Protección
Legalización de la sexualidad			Satisfacción del amor			fidelidad		Disciplinam. De la sexualidad conyugal
Constitución de familia	Constitución de familia	Constitución de familia			Constitución de familia			
Atribución de nombre a la mujer e hijos					Atribución de nombre a la mujer casada			
Establecim. de dbns conyugales								
Reparación de errores del pasado								
Regularización de relaciones económicas		Establecim. comunidad de bienes						
Legalización de estados de hecho								

Del cuadro planteado vemos que en la doctrina moderna existe unanimidad de criterio para establecer que los fines del matrimonio

⁹⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. **Derecho Familiar peruano**. Op. Cit. p. 52.

son la vida en común para la ayuda mutua y la procreación, con la correspondiente educación de la prole.

Delineando el tema, Enrique Varsi Rospigliosi indica que “... existen dos grandes finalidades del matrimonio: Individual, mutuo auxilio en una plena comunidad de vida, y; General, la procreación y educación de la prole... la finalidad del matrimonio no responde a reglas preestablecidas, menos aún hoy en día que los intereses de las parejas no son los mismos que antes... la finalidad del matrimonio, teniendo en consideración lo establecido en el primer párrafo del art. 234 del Código Civil, es la vida en común, el compartirse, entregarse, uno al otro y el otro al uno... a través del matrimonio, se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia; sin embargo, esto va cambiando conforme los entornos sociales se van haciendo más liberales.”. La doctrina brasileña parece ir en esa dirección, Cristiano Chaves de Farias afirma que “... el principal propósito del matrimonio es el de establecer una comunión de vida, no existiendo más los fines específicos que pueden o no estar presentes en las diversas relaciones de matrimonio; por ejemplo, el fin de procreación o la asignación de los nombres del cónyuge... el propósito del matrimonio es establecer la comunión de afectos... el

*establecimiento de una vida afectiva en conjunto, constituyendo una entidad familiar formal y solemne.*⁹⁵

De lo indicado en líneas anteriores, se deduce que los fines del matrimonio vienen a ser la procreación, para dar cabida a los hijos, los mismos que necesitan de atención así como de una adecuada educación y formación; también se tiene como fin hacer vida en común y la ayuda recíproca entre los cónyuges todo lo dicho basado en el amor, respeto, solidaridad mutua. No encontrándome de acuerdo con los juristas Pereira y Diniz en considerar como una finalidad del matrimonio al hecho que la mujer pueda llevar el apellido del marido mientras subsista la institución tratada, pues este vendría a ser un derecho de la mujer mas no una finalidad del matrimonio, ya que tiene la posibilidad de aceptar o negarse al mismo, de acuerdo con el artículo 24 del Código Civil⁹⁶, así como por parte de este último autor, que considera al nombre del hijo como una finalidad del matrimonio, siendo este mas bien el derecho de los hijos a llevar los apellidos del padre y la madre de acuerdo a

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de y Nelson ROSENVALD. **Direito das Famílias** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 54.

⁹⁶ Artículo 24 del Código Civil.- La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.

nuestra legislación⁹⁷, derecho relacionado con la identidad de la persona. Por otro lado, con respecto a la sexualidad, con tendencias a optar al matrimonio como la legalización del sexo, el amor físico y la entrega carnal, que tiene normalmente consecuencias procreacionales, han limitado la finalidad del matrimonio a la procreación, lo cual no es del todo acertado. El matrimonio no es la simple unión corporal de personas de sexo diferente, lo contrario sería deslegitimar el matrimonio *in extremis*, de los ancianos, o de los infértiles, situaciones estas en las que no existe la función reproductora.

Con respecto a los elementos del matrimonio, tanto en el Código Civil de 1852, como en el de 1936, cuando se trata de los elementos de esta institución se refieren a los sujetos que intervienen en dicha figura jurídica, los cuales son el hombre y la mujer. Con el Código Civil de 1984, los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio como acto jurídico, previstos en el artículo 234, son: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observación de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración.

⁹⁷ Artículo 20 del Código Civil.- al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.

ELEMENTOS			
Unión intersexual	Aptitud nupcial	Voluntad	Formalidad

De estos elementos han surgido variedad de teorías que trata de consagrarlo.

Una, establece que el matrimonio es la unión intersexual reconocida por ley.

Otra define al matrimonio como la unión libre, voluntaria y sujeta a forma, a través de la cual dos personas se unen para hacer vida en común.

Y, una tercera considera que el matrimonio es la comunidad jurídica que consagra la vida conyugal.

Con respecto a los requisitos o condiciones de validez, como los denomina Zannoni, son los elementos estructurales que hacen la formación del acto, y se clasifican en: internos y externos. Enrique Varsi Rospigliosi, sobre esta división, expone que *“Los Internos llamados subjetivos, intrínsecos o de fondo, entre los que se encuentran las condiciones de existencia –elementos estructurales y son: diversidad de sexos y consentimiento, se entiende que estos requisitos están relacionados con la teoría de los impedimentos matrimoniales, en virtud de la cual se puede*

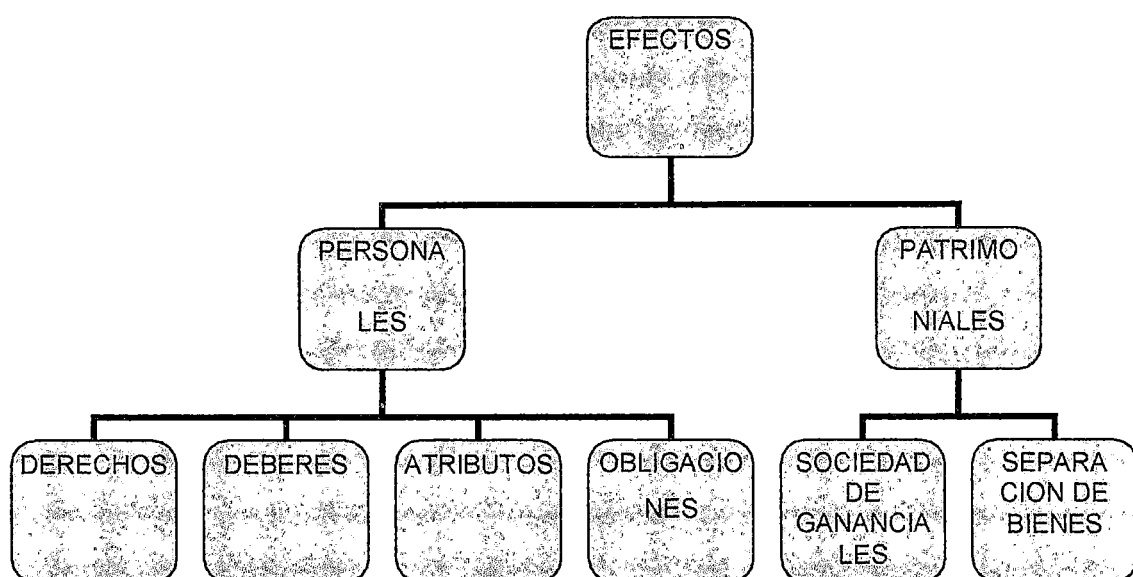
determinar las condiciones fisiológicas, de libre consentimiento, éticas y sociales con las cuales deben contar los contrayentes para que el matrimonio sea válido... los externos llamados formales, extrínsecos o de forma, por ejemplo, la presencia de autoridad competente para recibir la declaración del proyecto matrimonial; los requisitos formales de los cuales está revestido el matrimonio están directamente relacionados con la teoría de la celebración del matrimonio... la validez del matrimonio se determina por la capacidad de los contrayentes, ausencia de impedimentos dirimentes y libre consentimiento⁹⁸.

Con respecto a los requisitos del matrimonio, al clasificarlos en internos y externos, se entiende que los primeros vienen a estar relacionados con los impedimentos para celebrar el matrimonio mientras que los segundos se relacionan con la celebración misma de la institución.

En razón a la relación jurídica matrimonial, el matrimonio genera entre marido y mujer una relación conyugal que trasciende a los parientes de estos a través de una relación de parentesco por afinidad. Asimismo, Luis Díez-Picazo acota que *“La relación conyugal tiene un contenido complejo que determina un conjunto de*

⁹⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de las Familias: Matrimonio y Uniones Estables**. Op. Cit. p. 56.

*derechos y deberes atinentes a la vida en común de los casados y, al mismo tiempo, otro conjunto de derechos y deberes de contenido y de proyección económicos.*⁹⁹. Celebrado que fuera el vínculo jurídico matrimonial, surge de forma inmediata la relación jurídica matrimonial subjetiva de la cual surgen una serie de efectos:



Para Dias el casamiento significa “... el acto de celebración del matrimonio como relación jurídica que le da origen a la relación matrimonial, la cual se expresa en la noción comunión de vidas o de afectos; asimismo, crea un vínculo en los novios que no tenían,

⁹⁹ DIÉZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. **Sistema de Derecho Civil** citado por VARSIGLI ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, p. 95.

*pasando a disfrutar el estado de casados. Genera dos vínculos, el vínculo conyugal entre los cónyuges y el vínculo de parentesco por afinidad entre uno de los cónyuges y el pariente del otro*¹⁰⁰. Celebrado el matrimonio, surge de manera inmediata la relación jurídica matrimonial subjetiva de la cual se determinan los siguientes elementos o vínculos personales entre los cónyuges: efectos personales y efectos matrimoniales.

Tomando en cuenta los efectos personales y al ser el matrimonio el acto jurídico que más limita el derecho de los cónyuges restringiendo su libertad. Restringe la libertad sexual (monogamia y fidelidad), el derecho al domicilio, el derecho de propiedad (comunidad de bienes), el derecho a la identidad (cambio de estado civil, cambio del nombre en el caso de la mujer), el derecho al trabajo (se requiere asentimiento del cónyuge, 293 del Código Civil). El matrimonio genera obligaciones, deberes, derechos y facultades en virtud de los cuales surge la relación jurídica familiar. La obligación es exigible, existe el mecanismo legal para poder lograr su cumplimiento expresamente reconocido en la ley. Deber tiene una connotación moral, no se tiene el mecanismo legal para poder exigir su cumplimiento, es una situación meramente moral, dependiendo del individuo (si lo cumple o no), su

¹⁰⁰ DIAS, María. **Manual de Direitos das Famílias**. Op. Cit. p. 96.

naturaleza es de orden netamente natural. Facultad es de orden moral y ético, no se encuentra reconocido en la ley, se encuentra regulada dentro de los principios generales del Derecho. Derecho protege a los sujetos de derecho, garantizando el desarrollo del individuo en sociedad y, a diferencia de las facultades, se encuentra reconocido en la sociedad.

RELACIÓN JURIDICA FAMILIAR	
Derechos	Facultades
Derecho a elegir un régimen patrimonial. Derecho de la mujer a llevar el apellido del marido. Derecho a elegir un domicilio. Derecho alimentario: los cónyuges entre si se deben alimentos, Derecho hereditario. Derecho real de habitación.	Igualdad entre los cónyuges. Principio de la regulación voluntaria de la economía patrimonial Relación de igualdad y respeto entre padres e hijos.
Obligaciones	Deberes
Alimentos, todo aquello que necesita una persona para poder subsistir o desarrollarse. Es una obligación no solo recíproca entre los cónyuges, sino también con su descendencia. Sostenimiento de la familia, los cónyuges deben dar todo de si para sostener a la familia, por ejemplo asumir cargas, responsabilidades. Los cónyuges deben estar capacitados para responder personalmente para el sostenimiento económico y moral de la familia. Educación de los hijos, relacionada con la crianza y corrección.	Fidelidad, se encuentra relacionada con los valores, principios de la persona. Aquí se encuentran las relaciones amorosas. Material, implica entrar al tema genital de las relaciones. Se lleva a cabo con la relación sexual propiamente dicha, relacionada con la genitalidad de los cónyuges. Cohabitación, también es entendida como vida en común, vivir bajo un mismo techo, lecho o habitación. Asistencia, se entiende como el cumplimiento que debe realizar un cónyuge para satisfacer las necesidades y requerimientos del otro. La asistencia es económica y moral. El socorro y la ayuda recíproca. Asistencia económica, condición que tiene una persona para poder cumplir con las necesidades de su pareja. Si se tratade alimentos es una obligación. Asistencia moral, implica el compartir, conversar, etc con la pareja. Participación y cooperación en el gobierno del hogar, este deber permite al cónyuge poder decidir, ayudar o accionar judicialmente para poder participar en la administración del hogar si el otro cónyuge se excede en sus atribuciones. Respeto mutuo, entre los miembros que componente el matrimonio.
Atributos	
Cualidades que tiene una persona que la diferencia de los demás: Estado civil, situación que tiene una persona con respecto a otra en una sociedad, y que existen actos jurídicos, situaciones o hechos que determinan el estado de una persona. Se puede tener varios estados civiles al mismo tiempo. Como nombre, capacidad, domicilio, patrimonio, nacionalidad (esta podrá cambiar como consecuencia del matrimonio).	

Con respecto a los efectos patrimoniales, Enrique Varsi Rospigliosi dice “... *el matrimonio genera consecuencias patrimoniales de especial interés, por tal motivo se le ha equiparado con el contrato. La familia es fuente de riqueza de la sociedad y el matrimonio la empresa generadora. Las relaciones económicas derivadas del matrimonio se reflejan en los regímenes matrimoniales, la administración de los bienes, la administración del hogar, la participación en los derechos sucesorios, la asignación de los alimentos, etc.*”¹⁰¹. Los bienes que adquieren los cónyuges deben ser delimitados y ubicados dentro de una estructura económica que los cónyuges voluntariamente determinen. Los efectos patrimoniales en el matrimonio implican una relación jurídica familiar que va a definir el destino y características respecto a la propiedad de los bienes que se adquieran durante el matrimonio. Los cónyuges al escoger el régimen económico tienen que cumplir con la forma predeterminada por la ley. Antes de celebrar el matrimonio, o celebrado este, pueden escoger el régimen económico. En nuestro sistema jurídico hay dos regímenes económicos, sociedad de gananciales y separación de bienes. Si no se escoge uno de los regímenes, se presume el régimen de comunidad de bienes, en el cual lo adquirido durante el matrimonio y todo lo que se aporte a

¹⁰¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de las Familias: Matrimonio y Uniones Estables**. Op. Cit. p. 98.

este pertenece a ambos cónyuges, salvo expresas excepciones que establece la ley. En Brasil hay cinco regímenes matrimoniales: la comunión universal de bienes, la comunión parcial o sociedad de gananciales (régimen más común, utilizable frente al silencio de las partes), la separación convencional (art. 1687 del Código Civil), la separación forzada (en los casos previstos en el art. 1.641 del Código Civil)¹⁰² y el confuso sistema de participación final en los aqüestos¹⁰³. Según el art. 1.639 del CC brasileño es permisible para los cónyuges, antes de la celebración del matrimonio, establecer como su régimen lo que sea más conveniente para ellos. El art. 1.640 establece que a la falta de acuerdo, o siendo este anulable o no ejecutable, será aplicable entre los cónyuges el régimen de comunidad parcial. En el régimen de separación de bienes, los cónyuges optan por seguir con un régimen individual, en el que los bienes serán propios. En ambos regímenes existe un sistema de administración, de deudas, de responsabilidades y de derechos patrimoniales. En el régimen de separación de bienes esto es

¹⁰² Art. 1.641. É obrigatorio o regime de saparacao de bens no casamento:

I.- das pessoas que o contrairem com inobservancia das causas suspensivas da celebracao docasamento;

II.- da pessoa maior de sessenta anos;

III.- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

¹⁰³ Donde cada cónyuge tiene sus propios activos y en caso de disolución del matrimonio cada parte tiene derecho a la mitad de la propiedad adquirida por la pareja a título oneroso.

individual mientras que en el sistema de comunidad de bienes esto se ejerce en conjunto. Un sector de la doctrina ha dicho que es necesario introducir el sistema de las capitulaciones matrimoniales, de tal forma que los cónyuges puedan optar por otro sistema distinto a los consagrados por nuestro ordenamiento.

De los antecedentes, los codificadores de 1852 se inspiraron en el Código Civil francés de 1804, en el Derecho español, especialmente el Derecho Castellano, Derecho de Indias y el Derecho Canónico. Este Código se divide en un Título Preliminar (de las leyes en general) y 3 Libros: 1º De las personas y sus derechos; 2º De las cosas: del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellos; y, 3º De las obligaciones y contratos, conteniendo en total 2301 artículos. La regulación del matrimonio está en el Libro Primero: De las Personas y sus Derechos-Sección Tercera: Del Matrimonio-Título II: Reglas Generales sobre el Matrimonio (art. 132 al 140)

El Código de 1936 se inspira en la orientación germánica, a través del Código alemán de 1900 e imitando los códigos filiales como el suizo y el brasileiro. La estructura del Código del 36 comienza con el Título Preliminar conformado por normas generales comunes a todo el derecho y normas de Derecho Internacional Privado. Libro Primero: Del derecho de las personas;

Libro Segundo: Del Derecho de Familia; Libro Tercero: Del derecho de sucesión; Libro Cuarto: De los derechos reales; Libro Quinto: Del derecho de las obligaciones. Este fue un código altamente técnico, por ello no establecía nada con respecto al matrimonio (como acto y como institución), consignando solo el procedimiento para la celebración de este, esto en el Libro Segundo: Del Derecho de Familia – Sección Primera: Del Matrimonio – Título VI: De la Celebración del Matrimonio (art. 101 al 126).

Sobre la regulación jurídica vigente del matrimonio, la Constitución Política del Perú consagra en su artículo 4 que la comunidad y el Estado protegen, promueven el matrimonio, reconociéndolo como un instituto natural y fundamental de la sociedad. El matrimonio es tratado legalmente en el Código Civil. Este, de 1984, está conformado por 2122 artículos distribuido en 12 libros, encontrándose ubicado el matrimonio en el Libro III: Derecho de Familia-Sección Primera: Disposiciones Generales (art. 234 y ss.). De los 426 artículos del Libro de familia, 160 aproximadamente son referidos al matrimonio, es decir un 37.5% y del total del articulado del Código representa un 7.5%.

2.1.3. SEPARACIÓN DE CUERPOS

Partiendo de la definición de esta institución jurídica, Peralta Andía señala *“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*¹⁰⁴; por ello, tiene carácter transitorio, “... las características de la separación de cuerpos la suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación, subsistiendo el vínculo matrimonial; sin embargo, atendiendo a que la finalidad del matrimonio consiste en hacer vida en común (artículo 234 del Código Civil), la separación de cuerpos no puede más que tener una duración transitoria.”¹⁰⁵, por otro lado, atendiendo a las diferencias entre la separación de cuerpos y el divorcio, en el Diccionario Civil se indica “... 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. Siguiendo esta posición doctrinaria, en el Código Civil peruano 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

¹⁰⁴ PERALTA ANDÍA, Javier. **Derecho de Familia en el Código Civil**, citado por BUSTAMANTE ROSALES, Carola. **Separación de Cuerpos**, En: Código Civil Comentado, editorial Gaceta Jurídica, tomo II, Lima-Perú, 2003, p. 501.

¹⁰⁵ Cas. N° 119-2005-Lima, fecha 28/04/2006 En: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. **Diccionario de Jurisprudencia Civil**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2008, p. 707.

absoluto (disolución del vínculo) como a las dos caras de una misma moneda”, en la legislación comparada, tomando como punto de diferencia los efectos que pueden acarrear la separación personal y el divorcio vincular en la legislación argentina, Zannoni expresa “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 adquiera la aptitud nupcial; en tanto, tras el divorcio vincular los cónyuges pueden volver a contraer nuevo matrimonio.”¹⁰⁶. Así también, entre la separación de cuerpos y la separación de hecho, Carola Bustamante precisa “... 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

¹⁰⁶ ZANNONI, Eduardo. **Manual de Derecho de Familia**, citado por BUSTAMANTE ROSALES, Carola. **Separación de Cuerpos**, En: Código Civil Comentado, editorial Gaceta Jurídica, tomo II, Lima-Perú, 2003, p. 501-502.

*convencional.*¹⁰⁷; Asimismo, con la separación de cuerpos surgen determinados efectos en las relaciones personales y económicas de los cónyuges, siendo para Carola Bustamante Rosales “*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;... los cónyuges se encuentran impedidos de contraer nupcias debido a que el vínculo matrimonial se mantiene vigente, lo que implica a su vez que subsiste el deber recíproco de fidelidad. Fin del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales; tanto el artículo 332 como el numeral 2) del artículo 318 del Código Civil disponen que el régimen de sociedad de gananciales fenece por la separación de cuerpos... 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*

¹⁰⁷ BUSTAMANTE ROSALES, Carola. **Separación de Cuerpos**, En: Código Civil Comentado, editorial Gaceta Jurídica, tomo II, Lima-Perú, 2003, p.502.

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... Pérdida de los derechos hereditarios, esta circunstancia se presenta únicamente cuando la separación de cuerpos no es convencional pues solo se pierde los derechos hereditarios el cónyuge que tuvo la culpa de la separación. 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”¹⁰⁸.

De lo citado, se colige, que la separación de cuerpos viene a ser aquella institución jurídica mediante la cual se produce el decaimiento del matrimonio, y de tal dimensión que, se suspenden deberes como el de habitación y lecho, y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales. No obstante, permanece el deber de fidelidad, pues aun no ha fenecido el vínculo conyugal. Como es de verse, guarda relación, con la separación de hecho, por sus efectos. Sin embargo, la diferencia entre ambos, viene a ser que para la primera, se requiere una decisión judicial que declare

¹⁰⁸ Ibid., pp. 502-503.

dicha separación, y para ello, debe de existir una de las causales previstas en el artículo 333 o en todo caso una solicitud de separación convencional, entendiéndose, que la separación de hecho viene a ser una de las causales para solicitar la separación de cuerpos. Además de los efectos citados con la separación de cuerpos, también se produce la pérdida de la vocación hereditaria, en cuanto se determine el cónyuge culpable, elemento que no se produce en la separación de hecho, no compartiendo de esta forma, lo precisado por la autora, que solo no procede en la separación convencional, sino también en la separación de hecho, al ser una causal objetiva.

2.1.4. SEPARACIÓN DE HECHO

La separación de hecho constituye una causal para la separación de cuerpos así como para el divorcio. Esta institución está establecida en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, incorporándose con posterioridad a la dación del código mediante la ley N° 27495, y acerca del concepto de la separación de hecho, Enrique Varsi Rospigliosi alude “... *es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, la cohabitación. Nuestra legislación civil relativa al matrimonio, consigna bajo el nombre de*

*cohabitación, al deber que tienen los cónyuges de hacer vida conjunta y comunitaria en el domicilio conyugal, de conformidad con el artículo 289 del Código Civil, siendo esto es lo que se incumple*¹⁰⁹, así el siempre útil diccionario jurídico Omeba la conceptúa como aquella “... situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin causa justificada alguna lo imponga y ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos”¹¹⁰, también el Diccionario enciclopédico de derecho usual dirigida por el jurista Guillermo Cabanellas lo entiende de la siguiente manera “Al hablar de separación de hecho se entiende por antonomasia la del marido y la mujer, aun estando justificada; como el trabajo, el desempeño de cargos públicos en lugares distantes, los viajes, la enfermedad que requiere internamiento, la reclusión penitenciaria y el abandono unilateral de la familia. Sin embargo, cual tecnicismo jurídico se reserva para la ruptura de la convivencia entre los consortes por iniciativa de uno de ellos o por convenio entre ambos, que tiende a prolongarse e incluso a tornarse definitiva”¹¹¹, por su

¹⁰⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de derecho de familia: Matrimonio y Uniones Estables**. Op. Cit. p. 353.

¹¹⁰ LAGOMARSINO, Carlos. **Separación de hecho**. En: **Enciclopedia Jurídica Omeba**, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. **La indemnización en la separación de hecho**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2011, p. 28.

¹¹¹ CABANELLAS, Guillermo. **Separación de Hecho**. En: **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. **La indemnización en la separación de hecho**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2011, p. 28.

parte la Corte Suprema, en la sentencia emitida en el III Pleno Casatorio Civil, recogiendo la posición del jurista Jorge Azpiri, ha conceptualizado a la separación de hecho como “... *la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos*”¹¹², similarmente, Luis Alfaro Valverde dice “... *importa un quiebre del deber de cohabitación de manera constante, sustentada únicamente a la voluntad de cada uno. Además, se advierte que el precepto normativo nacional encuentra su más resaltante expresión, en el principio de la protección del interés del cónyuge más débil, que resultaría ser en el caso peruano el cónyuge más perjudicado.*”¹¹³, Para Aida Kemelmajer de Carlucci, la separación de hecho es “... *el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno o de ambos cónyuges.*”¹¹⁴, se conceptualiza a la separación de hecho

¹¹² AZPIRI, Jorge. **Derecho de Familia**. En: III Pleno Casatorio Civil.

¹¹³ ALFARO VALVERDE, Luis. **La indemnización en la separación de hecho**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2011, pp. 28-29.

¹¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. **Separación de hecho entre cónyuges**, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires- Argentina, 1978, p. 3. En : III Pleno Casatorio Civil.

como el quebrantamiento del deber de cohabitación, estatuido al momento de celebrar el matrimonio, es decir la imposibilidad de hacer vida en común, de compartir el mismo domicilio conyugal, del mismo modo, respecto de las definiciones a cerca de la separación de hecho, tenemos al maestro Enrique Varsi Rospigliosi, quien afirma *“Como su propio nombre lo indica implica una separación fáctica, una ausencia de convivencia que se aprecia en la práctica y que afecta la relación jurídica conyugal. Doctrinariamente, la separación de hecho constituye una causal no culposa sustentada en uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio: la vida en común. Se presenta como el incumplimiento del deber que los cónyuges tienen en compartir el lecho, techo y mesa. Esta causal es de orden objetivo al demostrar un hecho real y directo: la falta de convivencia por un plazo determinado e ininterrumpido. Se presenta como una fórmula necesaria para incorporar la teoría del divorcio-remedio por la propia realidad social, familiar, económica y política que hoy vive nuestro país. Pone fin a matrimonios ficticios”*¹¹⁵, de igual modo, Carmen Julia Cabello Matamala precisa *“... posibilita la invocación de hecho propio, al no distinguir responsables de la ruptura factual de la relación matrimonial...*

¹¹⁵ *Ibíd.*

*como causal objetiva remedio...*¹¹⁶, similarmente, la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha definido a esta causal como *“... la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”*¹¹⁷, de manera similar, en la Cas. N° 784-2005-LIMA se expone *“... que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; es por ello, que cuando ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable o de un cónyuge perjudicado; es más, cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción por esta causal, si se tiene en cuenta que ambos cónyuges disfrutaban de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminados por ninguna razón.”*¹¹⁸; y, particularmente se ha establecido que *“El artículo 333 inciso 12 del Código Civil... regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tiene los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya*

¹¹⁶ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia y otro. **Causales de separación de Cuerpos**, En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. **Código Civil Comentado**, tomo II, 2003, p. 526, se encuentra en la oficina de la Dra. Manrique Gamarra Karina Yenny.

¹¹⁷ Cas. N° 1120-2002-PUNO, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31/03/2003.

¹¹⁸ Cas. N° 784-2005-LIMA, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 14/03/2006 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, pp. 77-78.

sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión jurídica previa”¹¹⁹

La separación de hecho es aquella institución jurídica, en la que los cónyuges no comparten el mismo lecho, debido a causas que si bien existen no son invocadas de manera expresa. Por ello es una causal objetiva, proveniente del divorcio remedio. Es un estado de hecho, en el que se encuentra vigente el vínculo matrimonial; no obstante, se da incumplimiento a ciertos deberes maritales como la convivencia y la vida en común, sin que medie justificación alguna, como laborales, económicas, entre otros.

Respecto a la naturaleza jurídica de esta causal, en el tercer acuerdo plenario, la Corte Suprema señala “... es la de una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del CC alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de

¹¹⁹ Cas. N° 157-2008-LIMA, publicada en El Peruano, 28/02/2008.

bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir. Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del CC es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no solo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.”¹²⁰, en la jurisprudencia peruana se señala que “Respecto a la causal in iudicando, se advierte que la inclusión en la normativa sustantiva de la causal de divorcio por la separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, por su naturaleza resuelven un conflicto y no sancionan al culpable de este; 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 mutuo acuerdo de los esposos para

¹²⁰ III Pleno Casatorio Civil, fundamento 34, fecha 18/03/2011.

*vivir separados*¹²¹, Así, la naturaleza jurídica de la separación de hecho viene a ser objetiva y a la vez subjetiva, toda vez que se debe de probar la ruptura de la vida en común de manera permanente y por el lapso de tiempo que exige la norma, y a su vez, el juez debe analizar los aspectos subjetivos inculpatórios con el único propósito de determinar si procede o no una indemnización y el monto del mismo en caso hubiere, ello en atención a lo prescrito en el artículo 345-A del Código Civil, norma que contiene un deber por parte del juzgador.

Respecto a la finalidad de la causal de separación de hecho, la Corte Suprema expone *“...debe entenderse el contexto en el que se ha desarrollado la causal de separación de hecho, es así que, los legisladores, al momento de redactar esta norma, tuvieron en cuenta, que su finalidad era la de resolver un problema social, el cual consistía en dejar de mantener la ficción de una relación conyugal existente, la cual producía daños a las partes, quienes tendrían la posibilidad de rehacer, sentimentalmente, su vida o formalizar sus nuevas relaciones de pareja. Por ende, al igual que toda norma legal, el fin último de los legisladores fue el procurar resolver el problema social surgido entre dos personas que, a pesar*

¹²¹ Cas. N° 2178-2005-LIMA, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 13/03/2007 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, pp. 82-83.

del tiempo de separación, no tenían posibilidad legal de separarse y divorciarse, bajo las estrictas causales de divorcio, propias de un sistema jurídico absolutamente protector del matrimonio. Es en estas circunstancias en que se dicta la norma que instituye como causal de divorcio, la separación de hecho, convirtiendo nuestro sistema o modelo de divorcio sanción, en un sistema o modelo plurimodal en donde también se insertan causales propias del sistema o modelo del divorcio remedio, lo cual es analizado por la doctrina nacional...”¹²², en este orden de ideas, en otra sentencia precisa “... tiene como fin dar respuesta a un problema social que responde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con la finalidad del matrimonio que prevé el artículo 234° del Código Civil, figura jurídica protegida por la propia Constitución Política del Estado en su artículo 4°; por lo que la tendencia del legislador a través de la citada ley, es poner fin a un matrimonio ficticio, que en su mayoría ya han formado nuevos núcleos familiares los cuales se encuentran sin protección; por tal razón, no se evidencia que se configure la denuncia in iudicando alegada por la impugnante”¹²³, así también

¹²² Cas. N° 2294-2005-LIMA, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 15/05/2006 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, p. 84.

¹²³ Cas. N° 1618-2004-ICA, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 30/11/2006 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de**

explica *“Que es evidente que el divorcio por dicha causal tiene por finalidad solucionar un problema real que, a diferencia del resto de las causales que pueda conllevar a la ruptura del vínculo matrimonial-salvo la del inciso 11 del artículo 333° del citado código sustantivo- no se orienta a determinar la culpa de uno de los cónyuges para que se declare el divorcio...”*¹²⁴ tal como se advierte de lo expuesto, la finalidad de la separación de hecho, fue el dar respuesta a un problema social, esto es , la permanencia del matrimonio sin que coexistan sus fines, instaurándose de tal forma el divorcio remedio. Dando cabida a un sistema o modelo plurimodal, en el que coexisten no solo las causales del divorcio sanción sino también la del divorcio remedio. Si bien, antes de la expedición de la causal comentada, se tornaba en imposible, muchas veces el divorcio, por no cumplirse las estrictas causales estipuladas en el ordenamiento, por más que halla pasado un tiempo considerable, y de esta forma, no se formalizaba esta situación, por lo que se dio paso a este tipo de causales, dando solución a este tipo de conflicto social.

cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, pp. 84-85.

¹²⁴ Cas. N° 2821-2003-HUAURA, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 28/02/2005 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, p. 86.

A continuación, se procede a tratar sobre la configuración de la separación de hecho, de la cual, en la doctrina mayoritaria se señala que está compuesta de dos elementos; el objetivo y el subjetivo y otros autores adoptan como tercer elemento la temporalidad. A cerca del elemento objetivo, Julia Cabello Matamala dice que viene a ser el *“Cese efectivo de la vida conyugal, alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación”*¹²⁵, así mismo Manuel Muro Rojo precisa que consiste en *“...la evidencia del quebrantamiento definitivo y permanente, sin solución de continuidad de la convivencia.”*¹²⁶, así mismo la Corte Suprema se ha pronunciado *“Es la separación de hecho, la falta de convivencia y la interrupción de la vida en común y se produce por voluntad de uno o de ambos”*¹²⁷ igualmente, Enrique Varsi Rospigliosi dice *“Implica (i) ausentarse del hogar conyugal sin autorización judicial, con la sola voluntad del cónyuge que se retira (unilateral) o de una decisión conjunta (bilateral), cuando ambos cónyuges quiebran la convivencia de facto, o; (ii) vivir en una misma casa sin convivir como pareja, incumpliendo el deber de*

¹²⁵ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia y otro. Op. Cit. p. 526.

¹²⁶ MURO ROJO, Manuel. **Separación de hecho e indemnización en caso de perjuicio** En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. **Código Civil Comentado**, tomo II, 2003, p. 576, se encuentra en la oficina de la Dra. Manrique Gamarra Karina Yenny.

¹²⁷ Cas. N° 1120-2002, Puno, Sala Civil Transitoria, 31/03/2003; Cas. N° 784-2005, Lima, Sala Civil Transitoria, 14/03/2006.

*cohabitación o de vida en común*¹²⁸, la Corte Suprema en el III Pleno Casatorio en materia civil dice *“Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (corpus separationis), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común*¹²⁹, con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que *“Este deber, llamado también deber de cohabitación significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación – entre otros- que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo*¹³⁰, de esta forma, en el Diccionario Civil se define a este elemento como *“cese efectivo de la vida conyugal; alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o por acuerdo de ambos. Esto implica el incumplimiento del deber de cohabitación*¹³¹. El elemento objetivo de la separación de hecho viene a ser la materialización del quebrantamiento matrimonial inobservando el deber de cohabitación, entendiéndose este último

¹²⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y Uniones Estables**. Op. Cit. p. 354.

¹²⁹ III Pleno Casatorio Civil, fundamento 36.

¹³⁰ Casación N° 157-2004- CONO NORTE, 02/06/2005.

¹³¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, Op. Cit., p. 457.

como la de no habitar juntos en el domicilio conyugal, en rompimiento de la vida en común.

Respecto al elemento subjetivo, Carmen Julia Cabello Matamala lo define como *"... la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante separación"*¹³², en el Diccionario Civil se precisa *"... aunque resulte discutible que se contemple en una causal de carácter objetivo la presencia del elemento intencional; sin embargo, la legislación peruana así lo hace al permitir la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose, por lo tanto, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación"*¹³³, del mismo modo, la Corte Suprema la define como *"Falta de intención de normalizar la vida conyugal finiquitando la convivencia por más que algún deber se cumpla. La separación se supone que se ha producido por razones no constitutivas de estados de necesidad o fuerza mayor"*¹³⁴; a este elemento, Manuel Muro Rojo que también lo denomina elemento psíquico indica *"... determinado por la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de los cónyuges de no continuar viviendo juntos. Este elemento permite*

¹³² CABALLO MATAMALA, Carmen Julia y otro. Op. Cit., p. 526.

¹³³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, Op. Cit., p. 457.

¹³⁴ Cas. N° 157-2004, Cono Norte, Sala Civil Permanente, 02/06/2005.

distinguir los supuestos en que la separación obedece a circunstancias involuntarias (guerras, prisión, etc.).”¹³⁵, la Corte Suprema refiere que “Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges –sea de ambos o de uno de ellos– para reanudar la comunidad de vida (animus separationis). Por lo tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando esta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales... Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho... Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que, el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse”¹³⁶, en esta línea de ideas, se ha pronunciado la jurisprudencia peruana, así señala que “En cuanto al elemento subjetivo, este viene a ser la falta de intención para renormalizar la vida conyugal, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla, lo que supone que esta separación debe haberse producido por razones que no

¹³⁵ MURO ROJO, Manuel. Op. Cit. p. 576.

¹³⁶ III Pleno Casatorio Civil, fundamento 37, fecha 18/03/2011.

*constituyan verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor*¹³⁷, adoptando el criterio de la configuración objetiva de la causal de separación de hecho con el incumplimiento del deber de hacer vida en común, *“Que, lo señalado anteriormente implica que la causal de separación de hecho se configura de manera objetiva cuando se quiebra el deber de hacer vida en común, a que se refiere el artículo 289° del Código Civil, durante el plazo que prevé la ley, no resultando relevante para ello determinar si la separación resulta imputable a una de las partes”*¹³⁸. De lo dicho se colige que el elemento subjetivo de la separación de hecho está enmarcado por la intención de los cónyuges de no vivir juntos. Aunque, existen posiciones como en la Cas. N° 220-2004-LIMA, en los que, se explica que no es necesario el elemento subjetivo, al ser una causal objetiva se debe prescindir del mismo.

Por último, referente al elemento temporal, Carmen Julia Cabello Matamala indica que *“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 si tiene hijos menores de*

¹³⁷ Cas. N° 157-2004-CONO NORTE, publicado en el Peruano, 02/06/2005.

¹³⁸ Cas. N° 220-2004-LIMA, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 01/06/2006 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, pp. 88-89.

edad”¹³⁹, igualmente, en el Diccionario Civil se define “... se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.”¹⁴⁰, del mismo modo, Enrique Varsi Rospigliosi señala que este elemento está dividido en dos aspectos “Falta de convivencia, se exige un periodo de alejamiento. Es el plazo transcurrido en el que los cónyuges no hacen vida en común. Tiempo en el que no existe convivencia. Con base en la corriente de protección de la familia y de los hijos se ha considerado dos tipos de plazos: cuando hay hijos menores de edad, el plazo es de cuatro (4) años o cuando no hay o existiendo son mayores de edad, el plazo es de dos (2) años... Plazo ininterrumpido, la separación de hecho debe cumplir un plazo que no puede ser paralizado o suspendido por actos de convivencia (no esporádicos, ni ocasionales)”¹⁴¹, a este tenor, la Corte Suprema señala “Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que puedan sumarse plazos independientes en caso que se configure solución

¹³⁹ CABALLO MATAMALA, Carmen Julia y otro. Op. Cit. p. 526

¹⁴⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, Op. Cit. p. 457.

¹⁴¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y Uniones Estables**. Op. Cit. p. 354.

*de continuidad, en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda*¹⁴², la Sala Civil respecto a este elemento precisa que *“En cuanto al elemento temporal se presenta con la exigencia del transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, de cuatro, a los que tuvieran.”*¹⁴³. El elemento temporal está dado por el lapso de tiempo necesario y continuo, para que se configure la separación de hecho como causal; que viene a ser de cuatro años si se tiene hijos menores de edad y dos años en caso contrario.

Con respecto a la improcedencia, de acuerdo a la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 27495, ley con la que se incorpora la separación de hecho como causal de la separación de cuerpos y divorcio, para fines de esta causal no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Asimismo, Enrique Varsi Rospigliosi dice “No se

¹⁴² III Pleno Casatorio Civil, fundamento 38, fecha 18/03/2011.

¹⁴³ Cas. N° 157-2004-CONO NORTE, publicado en el Peruano, 02/06/2005.

considera las razones de salud, siendo estas, a nuestro criterio, tanto o más justificadas que las laborales”¹⁴⁴.

Con respecto a la clasificación, esta causal pertenece al sistema objetivo no inculpatario del divorcio-remedio. Buscar resolver un problema social claramente identificado: el mantener en la ficción las relaciones conyugales existentes fundadas en falsas verdades, la existencia de matrimonios fracasados.

2.1.4.1. LA INDEMNIZACION EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos de divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley N° 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos del presente trabajo es necesario desarrollar los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio. Así, la Corte

¹⁴⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y Uniones Estables**. Op. Cit. p. 355.

Suprema expone *“En la doctrina y el derecho comparado se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria... es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo. A fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que ha consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso daño moral”*¹⁴⁵ Así, para brindar seguridad y garantía al cónyuge demandado por esta causal, se faculta expresamente al juez para que vele por su estabilidad económica y la de los hijos, debiendo señalar

¹⁴⁵ III Pleno Casatorio Civil, fundamentos 48 y 50.

una reparación por el daño moral u ordenar la adjudicación preferente de los bienes gananciales. Con relación al tema Carmen Julia Cabello Matamala dice *“... 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... 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 cual de los derechos hará efectivo.”*¹⁴⁶. Por el contrario, Julio César Rivera expone *“... 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*

¹⁴⁶ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia y otro. Op. Cit. p. 529.

hecho de un tercero (el mandato del juez por ejemplo).¹⁴⁷, por otro lado, a fin de determinar la naturaleza de la indemnización, la Corte Suprema expone “la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial... se trata de una obligación legal basada en la solidaridad nacional... la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la estabilidad

¹⁴⁷ RIVERA, Julio César. **Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio** citado por MUÑOZ ROJO, Manuel. **Separación de hecho e indemnización en caso de perjuicio** En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. **Código Civil Comentado**, tomo II, 2003, p. 578.

económica del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge... resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí... para que proceda la indemnización (juicio de procedibilidad) por los daños producidos como consecuencia -nexo causal- del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, el juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba existir la concurrencia del factor de atribución, pues se trata del divorcio remedio... Cosa distinta es que en ámbito del juicio de fundabilidad se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así, por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos...”¹⁴⁸, en este mismo sentido, Luis Zarraluqui apunta que “En lo que respecta a la relación de causa a efecto, es evidente que en cada caso particular habrá de constatare la realidad de que ese

¹⁴⁸ III Pleno Casatorio Civil, fundamentos 54, 57, 58, 59 y 61, fecha 18/03/2011.

desequilibrio –daño- haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría.”¹⁴⁹ respecto a las consecuencias, Enrique Varsi Rospigliosi acota “... el juez podrá otorgar al cónyuge que resulte más perjudicado el derecho de habitación (Art. 323), la pensión de alimentos (art. 342) y/o la reparación por el daño moral (art. 351), mientras que respecto al cónyuge que motivó el proceso se podrá disponer la pérdida de gananciales (art. 324 y 352) y la pérdida de derechos hereditarios (art. 343)”¹⁵⁰, pérdida esta última, con la que no se comparte, pues solo se determina al cónyuge que motivó la separación para determinar a quien le corresponde la indemnización. Con respecto a la indemnización y la adjudicación de bienes “... la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio-remedio; empero aquella

¹⁴⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. **La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución** en el III Pleno Casatorio Civil, fundamento 59.

¹⁵⁰ VARSÍ ROSIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y Uniones Estables**. Op. Cit. 355.

culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación”¹⁵¹

Al respecto, Alex Plácido Vilcachagua desarrolla los dos supuesto que previene la norma:

a) Daños ocasionados por la separación de hecho. Se trata de un supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar, que está referido a la trascendencia de la separación de hecho, como causal invocada y probada de la separación de cuerpos y del divorcio, hacia el cónyuge perjudicado y que resulta de la conducta antijurídica del consorte que la motivó. En este orden de ideas, la Corte suprema expresa “... *el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio... uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho*

¹⁵¹ III Pleno Casatorio Civil, fundamento 62, fecha 18/03/2011.

o, en su caso, con el divorcio en sí... El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal... Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona.”¹⁵² Alex Plácido Vilcachagua “... para determinar la indemnización primero se debe establecer la existencia, en el proceso que se trate, del cónyuge perjudicado. De no ser así, no se configura el supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar. Establecido quien es el cónyuge perjudicado- aquel que no motivó la separación de hecho-, la indemnización asume el significado de otorgar a la persona una satisfacción por las consecuencias del daño causado, por carecer de connotación patrimonial”¹⁵³. Por eso, resulta importante la prueba de los daños ocasionados a fin de permitir al juzgador definir su magnitud y, entonces, fijar una reparación acorde al daño inferido. De no haberse ofrecido tal prueba, el juzgador está obligado a fijar la indemnización

¹⁵² III Pleno Casatorio Civil, fundamentos 64, 70 y 71, fecha 18/03/2011.

¹⁵³ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. **Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la Jurisprudencia civil**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2008, p. 56.

de acuerdo a su prudente juicio, considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso. En ese supuesto, la Corte Suprema se ha pronunciado, en el sentido que *“... aún cuando no se haya solicitado sobre si uno de los cónyuges ha resultado más perjudicado por la separación de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que puedan adjudicársele de modo que compense se mayor perjuicio...”*¹⁵⁴. Un caso paradigmático en la jurisprudencia es el de la indemnización de treinta mil dólares americanos otorgada a favor de la ex cónyuge, *“debido a la actitud machista y celos excesivos del esposo, que le impidieron desarrollarse laboralmente, no pudiendo obtener ingresos propios y además perdiendo la oportunidad de generarlos.”*¹⁵⁵. Cabe señalar que la jurisprudencia ha establecido que *“No procede el pedido indemnizatorio por el divorcio por separación de hecho si posteriormente a este ambos cónyuges acordaron la separación de bienes comunes, disposición de bienes para*

¹⁵⁴ Cas. N° 802-2003-CHINCHA, tercer considerando, El Peruano 03/05/2004.

¹⁵⁵ Cas. N° 3973-2006-LIMA, segundo considerando, El Peruano.01/02/2007.

*cumplir con las deudas sociales y otros aspectos referidos a obligaciones alimentarias*¹⁵⁶.

b) Adjudicación preferente de bienes sociales por la separación de hecho. Al respecto es necesario definir 2 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 corresponderán de la liquidación al cónyuge perjudicado, con la obligación de reintegrar el exceso de valor con los bienes propios del beneficiado. Si bien el aludido 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. Alex Plácido Vilcachagua precisa *“En consecuencia, y considerando el fundamento asistencial de la norma, de una interpretación extensiva y concordada con 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*

¹⁵⁶ Cas. N° 458-2004-LIMA, sexto considerando, El Peruano 31/05/2005.

agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, y, b) que la adjudicación no se realiza con cargo a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge perjudicado; por tanto, o existe obligación de reintegrar el exceso de valor de bien adjudicado no cubierto por sus gananciales, que se producirá con bienes propios del beneficiado".¹⁵⁷, en la misma línea de ideas, la Corte Suprema dice "Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil; y en consecuencia, debe concluirse que el juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar... La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado..."¹⁵⁸

Al producirse la separación de hecho y plantearse el divorcio, el juez por el cual se tramita la litis, tiene que

¹⁵⁷ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. **Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la Jurisprudencia civil.** Op. Cit. p. 57.

¹⁵⁸ III Pleno Casatorio Civil, fundamento 76, fecha 18/03/2011.

otorgar la indemnización correspondiente, tomando en cuenta el daño personal del afectado o sino otorgar la adjudicación preferente de los bienes. Ello ya se encuentra establecido en un plenario en materia civil. Todo ello debe ser pedido por el solicitante, no pudiendo ser declarado de oficio por el juez pues sino se estaría afectando el derecho de defensa de la otra parte, al atribuirle ya sea los hechos y el monto de la indemnización sin antes haber podido refutarlas.

2.1.4.2. ALIMENTOS

El primer bien que una persona posee en el orden jurídico es su vida. El primer interés que tiene es su conservación y la primera necesidad con que se enfrenta es procurarse los medios para ello. Ningún ordenamiento jurídico puede permanecer indiferente ante esta cuestión, por lo que las leyes establecen preceptos que tienden a asegurar los bienes vitales, satisfacer el interés de ellos y facilitar la obtención de los medios de conservación. Sin embargo, esporádicos preceptos y aisladas obligaciones son insuficientes para asegurar en todo momento aquellos bienes e intereses. Los alimentos se presentan como una institución esencial del Derecho de las familias, a través del

cual se permite el sostenimiento y subsistencia de sus integrantes. El término alimentos proviene del latín alimentum o ab alere que significa nutrir, alimentar, alêre, así, Enrique Varsi Rospigliosi precisa que el concepto de alimentos *“... apunta a la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano que se dan, tanto en el espacio material, entiéndase comida, vestido, alimentos propiamente dichos, como en el aspecto espiritual o existencial tal como la educación, esparcimiento, recreación que resultan imprescindibles para el desarrollo ético, moral e intelectual de la persona, nutriendo el alma”*¹⁵⁹, en este orden de ideas, Raúl Sojo Bianco señala *“A decir del Derecho Natural, el deber de alimentar a la prole es la ley de las especies animales superiores, un deber moral officium pietatis”*¹⁶⁰, dado ello, la obligación alimentaria que la ley impone, para Washington de Barros Monteiro se configura *“... como una prestación autónoma, con entidad propia e independiente del resto de obligaciones, en tanto*

¹⁵⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, p. 419.

¹⁶⁰ SOJO BIANCO, Raúl. **Apuntes de Derecho de Familia y sucesiones** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, p. 419.

que su finalidad es la de brindar alimentos. Se trata de una obligación legal de prestación de asistencia y socorro entre los cónyuges y los parientes cercanos.”¹⁶¹, procediendo con la definición de la obligación alimentaria, el tratadista francés Josserand expresa que “... es el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar su subsistencia de la otra; como toda obligación, implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar”¹⁶², para Cabanellas los alimentos son “... las asistencias que por ley, contratos o testamentos se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia”¹⁶³, por su parte, Manuel Campana señala que los alimentos son “... una relación interpersonal, un derecho subjetivo que forma parte de los derechos de crédito, pues sitúa al acreedor y deudor uno frente del otro, es decir,

¹⁶¹ LASARTE, Carlos. **Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, p. 419.

¹⁶² JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, p. 420.

¹⁶³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, p. 420.

*alimentante y alimentista frente a frente*¹⁶⁴, complementando lo señalado, Enrique Varsi Rospigliosi propone que “... los alimentos comprenden jurídicamente todo aquello que permite el sustento y sobrevivencia del ser y que no se circunscribe exclusivamente al aspecto comestible, comida no es lo único. Para lograr estos objetivos se debe procurar otorgar los mayores recursos disponibles, es decir, una amplia base de cálculo para su fijación”¹⁶⁵ a decir de María Helena Diniz “... el fundamento de la obligación de prestar alimentos es el principio de preservación de la dignidad de la persona humana y el de la solidaridad familiar”¹⁶⁶, como indica Borda “... la solidaridad humana impone el deber moral de ayudar a quien sufre necesidades”¹⁶⁷ Carmen Julia Cabello Matamala señala “...

¹⁶⁴ CAMPANA VALDERRAMA, Manuel. **La naturaleza jurídica de la pensión de alimentos** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, p. 420.

¹⁶⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, Op. Cit. p. 420.

¹⁶⁶ DINIZ, María. **Curso de Derecho Civil Brasileiro** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, pp. 419-420.

¹⁶⁷ BORDA, Guillermo. **Tratado de Derecho Civil** citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, p. 420.

al respecto su fijación debe considerar como en el caso de 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.”¹⁶⁸, tomando en cuenta los criterios para el otorgamiento de los alimentos, Augusto César Belluscio indica un cúmulo de directrices “... 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 que habla el artículo son los frutos de los capitales,

¹⁶⁸ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia y otro. Op. Cit. p. 530.

*o del trabajo o profesión, pero no los capitales mismos.*¹⁶⁹.

Finalmente, Eduardo Zannnoni expone *“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.”*¹⁷⁰. Cabe señalar que el divorcio por separación de hecho, de conformidad con el citado artículo 345-A, no le es aplicable la regla general de que con el divorcio cesa la obligación alimentaria contenida en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, pues *“...con ello compensa la facilidad de acceso a la disolución del vínculo, evitando que la causal sea una forma de evasión de las obligaciones que correspondería al actor y se convierta en una fórmula perjudicial para la contraparte que resulta en desventaja en la relación matrimonial”*¹⁷¹, No

¹⁶⁹ BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de Derecho de Familia** citado por citado por MURO ROJO, Manuel. **Separación de hecho e indemnización en caso de perjuicio** En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. **Código Civil Comentado**, tomo II, 2003, p. 577, se encuentra en la oficina de la Dra. Manrique Gamarra Karina Yenny.

¹⁷⁰ ZANNONI, Eduardo. **Derecho de Familia** citado por citado por MURO ROJO, Manuel. **Separación de hecho e indemnización en caso de perjuicio** En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. **Código Civil Comentado**, tomo II, 2003, p. 577, se encuentra en la oficina de la Dra. Manrique Gamarra Karina Yenny.

¹⁷¹ Casación N° 2821-2003-HUaura, Considerando cuarto, El Peruano, 28/02/2005.

obstante, la misma jurisprudencia ha precisado que “... *si bien es cierto que el artículo 345-A del Código Civil hace referencia a una pensión de alimentos, esta se encuentra en función de los presupuestos legales para su mantenimiento, como son: a) capacidad del acreedor alimentario; b) incapacidad del deudor alimentario; tal es así que el legislador es condicionante respecto a este elemento al señalar que el divorcio se declarará, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder*”¹⁷², así también la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Corte Suprema indica “*Que, en ese sentido, los alimentos a que se refiere el artículo 345°-A del Código Civil deben entenderse como aquellos a los cuales los cónyuges están obligados de manera natural durante su relación, no siendo necesario que la mujer carezca absolutamente de recursos para acceder a ellos, sino que basta que los que posea no resulten suficientes... Que, en consecuencia, siendo los alimentos un derecho humano fundamental de atención prioritaria, que se encuentra estrechamente ligado a la subsistencia y desarrollo de la persona, por lo que goza de protección, existe la obligación*

¹⁷² Casación N° 3710-2006-LIMA, Considerando octavo, El Peruano, 02/01/2008.

del juez que decreta el divorcio por separación de hecho de fijar una pensión alimenticia a favor del cónyuge que resulte más perjudicado como consecuencia de la separación... Que, es por tal situación que en el divorcio por la causal de separación de hecho amparado en virtud del citado artículo 345°-A, no es aplicable la regla general que establece que con el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer, contenida en el primer párrafo del artículo 350° del Código Civil, pues con la vigencia de los alimentos se compensa la facilidad del acceso a la disolución del vínculo, evitando que la causal sea una forma de evasión de las obligaciones que corresponderían al actor y se convierta en una fórmula perjudicial para la contraparte que resulta en desventaja en la relación matrimonial...¹⁷³, en este mismo sentido se expidió otro fallo en el que alude "... los alimentos a que se refiere la norma bajo comentario (artículo 345-A del Código Civil) debe entenderse como aquellos a los cuales los cónyuges están obligados de manera natural durante su relación, como si la separación no se hubiera producido; pues no es necesario que la mujer

¹⁷³ Cas. N° 1578-2005-LAMBAYEQUE, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 02/10/2006 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, pp. 96-97.

*carezca absolutamente de recursos, sino que basta que los que posea no sean suficientes, situación que se comprende por lo especial y drástico de la causal que solventa el divorcio, que se basa únicamente en un supuesto fáctico que como tal debe tener sus limitaciones, las que se dan en los extremos que se refiere a alimentos y a la indemnización en caso de que uno de los cónyuges resulte más perjudicado por la disolución del vínculo... Que, en consecuencia, siendo los alimentos un derecho humano fundamental de atención prioritaria, que se encuentra estrechamente ligado a la subsistencia y desarrollo de la persona, por lo que goza de protección...*¹⁷⁴. De lo dicho por los autores se concluye que, los alimentos son aquellos bienes necesarios e indispensables para que el cónyuge pueda vivir de manera adecuada. Estos alimentos requieren de probanza, es decir que el cónyuge debe de ofrecer medios de prueba que acrediten su petición a diferencia de los alimentos para los hijos los cuales se presumen.

¹⁷⁴ Cas. N° 2190-2003-SANTA, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 30/09/2004 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, p. 99.

2.1.4.3. PATRIA POTESTAD

Carmen Julia Cabello Matamala indica “... 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.”¹⁷⁵, en este orden de ideas, la Corte Suprema dice “... cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los hijos y adolescentes se determinará de común acuerdo con ellos, y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente conforme lo prescriben los artículos 89 y 92 del Código de los Niños y Adolescentes teniendo siempre en consideración el interés superior del niño y adolescente respecto a sus derechos, estando al principio recogido en el artículo VIII del Título Preliminar del código anotado”¹⁷⁶, en el supuesto de la suspensión de la patria potestad en la

¹⁷⁵ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia y otro. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica**. Op. Cit. p. 530.

¹⁷⁶ Cas. N° 1015-2000-LIMA, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 23/10/2000 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, p. 100.

separación de hecho se dice que “... en efecto, según el artículo 420° del Código Civil, entre otros supuestos, en caso de divorcio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos en tanto que el otro cónyuge, queda suspendido en su ejercicio, no por pérdida o privación, sino porque así lo establece esta norma, por lo que habiéndose determinado que la tenencia del menor le corresponde a la cónyuge es a ella a quien igualmente le corresponde el ejercicio de la patria potestad...”¹⁷⁷. De lo expuesto se colige, que no se puede aplicar el artículo 340 del Código Civil, por cuanto, en la separación de hecho no existe las figuras del cónyuge culpable ni el inocente, es así que, en el primer párrafo invoca un supuesto de causa específica los cuales son del inciso 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil, en el segundo párrafo si ambos son culpables y en último párrafo prescribe las consecuencias, en la que uno de los padres ejerce la patria potestad y el otro en consecuencia queda suspendido de la misma, por tanto no entra a tallar en los supuestos de dicho articulado. Por esta razón, con la separación de hecho ambos padres

¹⁷⁷ Cas. N° 2263-2004-JUNIN, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 01/03/2006 citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, p. 100.

tiene vigente la patria potestad, ejerciendo uno de ellos la tenencia.

2.1.4.4. FENECIMIENTO DEL REGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

Carmen Julia Cabello Matamala acota "... de conformidad con lo dispuesto por el artículo 319 del Código Civil modificado... se considera que la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho, apartándose de la regla general aplicable en la materia cual es que el fenecimiento se produce desde la fecha de la notificación de la demanda... sin distinguir entre inocentes y culpables dispone la conclusión del régimen de sociedad de gananciales desde la fecha de separación de hecho."¹⁷⁸. Con la separación de hecho, el régimen de la sociedad de gananciales, esto es los bienes que pertenecen a la sociedad se extingue o desaparece desde el momento en que se produce dicha separación.

2.1.4.5. LEGITIMIDAD

Tenemos los siguientes supuestos:

¹⁷⁸ Ibid., pp. 530-531.

- Con respecto, a los cónyuges, para demandar esta causal, el demandante debe acreditar estar al día en el pago de los alimentos u otras obligaciones que se hubieren pactado entre los cónyuges, cualquiera de los cónyuges puede demandar la causal, incluso alegando sus propios hechos. Enrique Varsi Rospigliosi indica *“Es un criterio unánime en doctrina considerar a la separación de hecho como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos y que, producida la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge inocente, por lo que es posible que el accionante fundamente su pretensión en hechos propios”*¹⁷⁹.

En el supuesto que muera, cualquiera de los cónyuges:

- El Ministerio Público, si es que existen menores de edad o incapaces para salvaguardar sus derechos.

- Los herederos, al verse afectados en sus derechos patrimoniales.

¹⁷⁹ Ibídem.

Pues, como es de verse, para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio por la separación de hecho, al ser esta una causal objetiva, es decir, no importa quien es el cónyuge culpable y quien el inocente, es por ello que se puede sustentar hasta en hechos propios.

2.1.4.6. CADUCIDAD

Con referencia a la caducidad, Enrique Varsi Rospigliosi dice *“La acción que se fundamenta en esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan”*¹⁸⁰ Carmen Julia Cabello Matamala alude que *“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 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.”*¹⁸¹.

Se puede solicitar el divorcio o la separación de cuerpos por esta causal siempre y cuando subsistan los

¹⁸⁰ VARI RSPGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y Uniones Estables**. Op. Cit. p. 354.

¹⁸¹ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia y otro. Op. Cit. p. 532.

hechos que la motivaron, es decir, que se cumpla el plazo impuesto por la ley al momento de la interposición de la demanda.

2.1.5. HERENCIA

En comentario al artículo 660 del Código Civil, Augusto Ferrero Costa expone *“La transmisión sucesoria debe entenderse con todos los bienes y obligaciones de las que el causante es titular al momento de su fallecimiento; vale decir, con todo el activo y con todo el pasivo sucesoral...”*¹⁸², esta figura jurídica es desarrollada en el Diccionario Civil, en el que se refiere *“La herencia consiste en el hecho de suceder el patrimonio del causante, desde el momento de su muerte produciéndose la transmisión de su patrimonio, comprendido por bienes, derechos u obligaciones a sus herederos. En este sentido, debe entenderse que el concepto de patrimonio hereditario no está circunscrito al aspecto material de bienes, sino también al aspecto inmaterial de derecho y obligaciones... La herencia, también denominada masa hereditaria, acervo sucesorio o caudal relicto, es el patrimonio dejado por el causante y que está constituido por sus bienes, deudas y otros derechos transmisibles por*

¹⁸² FERRERO COSTA, Augusto. **Transmisión Sucesoria de pleno derecho** En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. **Código Civil comentado**, tomo IV, 2003, p. 16, se encuentra en la Oficina de la Dra. Karina Yenny Manrique Gamarra.

*causa de muerte, que pasan a sus sucesores.*¹⁸³. La herencia está conformada por todos aquellos bienes, derechos y obligaciones que ha tenido el causante en vida. Por la sucesión se transmiten dichos bienes a sus herederos, ya sean forzosos o legatarios según sea por la voluntad del causante o por disposición de la ley.

2.1.6. SUCESION

En su sentido gramatical, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la voz sucesión indica la “...*entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra*”, de manera genérica, Guillermo Cabanellas De Torres dice “*Sustitución de una persona por otra. Reemplazo de cosa por cosa. Transmisión de derechos u obligaciones, entre vivos o por causa de muerte...*”¹⁸⁴, en su sentido gramatical, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la voz sucesión indica “... *entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra*”¹⁸⁵, por lo que, Augusto Ferrero Costa precisa “... *el término sucesión es sinónimo de transmisión. Sucesión es el hecho jurídico por el cual los derechos y obligaciones pasan de unas personas a otras. Aquellas a quienes*

¹⁸³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, Op. Cit. pp. 230-231.

¹⁸⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, editorial Heliasta, Tomo 7, Buenos Aires-Argentina, 2008, p. 614.

¹⁸⁵ **Diccionario de la Lengua Española** citado por FERRERO ACOSTA. Augusto. **Tratado de Derecho de Sucesiones**, editorial Gaceta Jurídica, séptima edición, Lima-Perú, 2012, p. 107.

se les trasmite estos conceptos suceden a los anteriores titulares. Así, hay identidad en el derecho y cambio en el sujeto.”¹⁸⁶, como anota Demolombe “... suceder significa venir después de otro y tomar su lugar, aplicándose la voz sucesión a todas las maneras derivadas de adquirir”¹⁸⁷, Benjamín Aguilar Llanos, al establecer el significado del término sucesión, indica “El Derecho Sucesorio está referido al ingreso de una persona en el lugar de otra que acaba de fallecer, tomando la posición jurídica que a ésta correspondía. En términos generales ese sería el significado del término suceder en el ámbito jurídico. Sin embargo, importa esclarecer en sentido amplio el término sucesión, el cual proviene del verbo latino succedere y del correspondiente sustantivo succesio, que en un sentido gramatical significa entrar una persona en lugar de otra, o una cosa en lugar de otra. En el lenguaje jurídico el término sucesión expresa una situación jurídica a través de la cual una persona reemplaza o sustituye a otra para recibir las obligaciones y derechos, en todo o en parte”¹⁸⁸, Zanon Eduardo acota sobre la sucesión “... se designan todos aquellos supuestos en que se produce el cambio o sustitución de uno o más sujetos de una

¹⁸⁶ FERRERO ACOSTA. Augusto. **Tratado de Derecho de Sucesiones**, editorial Gaceta Jurídica, séptima edición, Lima-Perú, 2012, p. 108.

¹⁸⁷ DEMOLOMBE. **Traité des Successions** citado por FERRERO ACOSTA. Augusto. **Tratado de Derecho de Sucesiones**, editorial Gaceta Jurídica, séptima edición, Lima-Perú, 2012, p. 108.

¹⁸⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín. **Derecho de Sucesiones**, editorial Ediciones Legales, Lima-Perú, 2011, p. 27.

*relación jurídica, o de un conjunto de relaciones jurídicas, en virtud de una transferencia o transmisión: cesión enajenación, etcétera. La sucesión, de tal modo, provoca una modificación subjetiva de la relación jurídica aunque queda inalterado, en principio, su contenido y objeto.*¹⁸⁹.

De lo dicho, se define como sucesión a una especie de modificación de la relación jurídica, al reemplazarse a uno de los sujetos, como la transmisión de la masa hereditaria, de los derechos y obligaciones que tiene el causante a sus sucesores.

Respecto a los elementos de la sucesión, la doctrina los suele dividir en “... *personales (personas que interviene), reales (titularidades jurídicas dejadas por el causante) y formales o causales (título de la sucesión y la aceptación del heredero)*”¹⁹⁰, por su parte Augusto Ferrero Costa dice que los elementos de la sucesión son “...*el causante, los sucesores y la herencia. El causante es el actor de la sucesión, quien la causa, quien la origina. Se le denomina también de cuius... Los sucesores son los causahabientes, o sea, las personas llamadas a recibir la herencia, que pueden ser herederos o legatarios... La herencia*

¹⁸⁹ ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de Sucesiones**, Editorial Astrea, 5ta Edición, Buenos Aires – Argentina, 2007, p. 1.

¹⁹⁰ LEÓN BARANDIARÁN, José. **Derecho de Sucesiones** citado por FERRERO ACOSTA. Augusto. **Tratado de Derecho de Sucesiones**, editorial Gaceta Jurídica, séptima edición, Lima-Perú, 2012, pp. 111-112.

está constituida por el patrimonio dejado por el causante, entendiéndose por tal el activo y pasivo del cual es titular el de cujus al momento de su fallecimiento. Se le denomina también masa hereditaria. Es el objeto de la trasmisión."¹⁹¹, en este orden de ideas, los elementos de la sucesión vienen a ser los que constituyen la sucesión, como el sucesor (a causa de su fallecimiento se produce la sucesión), los causahabientes (personas que heredan los bienes del causante ya sea a título universal o particular) y los bienes, derechos y obligaciones que forman la masa hereditaria.

2.1.6.1. SUCESION INTESTADA

Efectuando una comparación con la sucesión testada, Manuel Miranda Canales conceptúa *"Cuando la voluntad del causante se encuentra expresada, nos encontramos ante una sucesión testamentaria; cuando no, hay, nos encontramos frente a una sucesión intestada, normada por la ley... Ante la ausencia de declaración de voluntad del causante, la ley señala un orden sucesoral y la parte que le corresponde a cada heredero; se reconoce el valor legal del vínculo de parentesco existente entre familiares por la sangre o por la adopción y el vínculo sucesorio, que se da*

¹⁹¹ FERRERO ACOSTA. Augusto. **Tratado de Derecho de Sucesiones**. Op. Cit. p. 112.

*entre los cónyuges*¹⁹², en este orden de ideas, Benjamin Aguilar Llano dice “... el proceso hereditario tiene dos fuentes principales de las que derivan las diversas formas en la que la masa hereditaria del causante se trasmite: la voluntad del causante y la ley. De la primera emana la sucesión testada que se refiere por la propia voluntad del testador... De la segunda, encontramos a la ley como fuente de la convocatoria a los sucesores, caso en el cual esta sucesión toma el nombre de sucesión intestada, llamada herencia legal o sucesión legal, se le conoce también como sucesión ab intestato, que significa sin testamento. En esta clase de sucesión los llamados a la herencia los hace la ley... la sucesión intestada no sólo opera ante ausencia total de testamento, que vendría a ser el caso típico, sino también se da cuando existiendo testamento el testador no ha instituido herederos, o no existiendo herederos forzosos no ha instituido herederos voluntarios, o no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, o cuando algunas disposiciones testamentarias terminan siendo invalidadas. En estos supuestos nos encontramos con sucesiones mixtas, y ello es posible en

¹⁹² MIRANDA CANALES, Manuel. **Manual de Derecho de Sucesiones**, ediciones jurídicas, segunda edición, Lima-Perú, 2000, p. 195.

*casos donde se aplica el testamento, pero también se acude a las normas de la sucesión legal. En conclusión, hay sucesión intestada cuando no hay testamento o, cuando existiendo, éste no es suficiente para declarar una voluntad completa del causante y, en una suerte de complemento, interviene la ley para regular la sucesión del causante*¹⁹³, en este sentido la Corte Suprema explica *“El Derecho sucesorio está regulado por normas de carácter imperativo, distinguiéndose como elemento fundamental la voluntad expresa del causante tratándose de la sucesión testamentaria, o en ausencia de aquella, por una transmisión hereditaria, es decir mediante la sucesión intestada*¹⁹⁴, con respecto a la sucesión intestada, Augusto Ferrero Costa explica *“En la mayoría de los casos, la voluntad del causante no es conocida cabalmente por cuanto este ha fallecido sin dejar testamento; o, de haberlo hecho, resulta este incompleto o nulo... Mediante un conjunto de normas que regulan la transmisión hereditaria, el legislador ha creado una voluntad supletoria: la ley. Esta hermana dos institutos constitucionales como la propiedad y*

¹⁹³ AGUILAR LLANOS, Benjamín. **Derecho de Sucesiones**, Op. Cit. pp. 171-172.

¹⁹⁴ Exp. N° 1014-97-Lima, 11 de diciembre de 1997, citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. **Diccionario de Jurisprudencia Civil**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2008, p. 733.

*la familia, ligándolos al Derecho Sucesorio, que también está tutelado en la carta fundamental. Esta rige la sucesión a falta de testamento. Cuando ello ocurre, nos encontramos ante una sucesión denominada intestada o abintestato*¹⁹⁵, asimismo, Maffia refiere que *"Sucesión intestada... significa sucesión por voluntad de la ley, y no por virtud de la voluntad del causante."*¹⁹⁶, del mismo modo, Puig Peña entiende por sucesión intestada *"... aquella establecida por la ley para regular la ordenación y distribución de los bienes dejados por una persona cuando muere sin testamento o con testamento ineficaz o insuficiente para poder llevarse a cabo aquella distribución"*.¹⁹⁷, Emilia Bustamante Oyague opina *"... en los casos que falte testamento o por defecto de éste, se habla de sucesión intestada... la sucesión intestada es la remisión a lo que establece la ley para la determinación de los herederos del causante."*¹⁹⁸, del mismo modo, Zannoni Eduardo define a la sucesión

¹⁹⁵ FERRERO COSTA, Augusto. **Tratado de Derecho de Sucesiones**, Op. Cit. p. 113.

¹⁹⁶ MAFFIA, Jorge. **Manual de derecho sucesorio**, citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. **Comentarios al Código Procesal Civil**, editorial Gaceta Jurídica, tomo II, Lima-Perú, 2004, p. 1559.

¹⁹⁷ PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de Derecho civil Español**, citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. **Comentarios al Código Procesal Civil**, editorial Gaceta Jurídica, tomo II, Lima-Perú, 2004, p. 1559.

¹⁹⁸ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. **Sucesión Intestada** En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. **Código Civil comentado**, tomo IV, 2003, p. 594, se encuentra en la Oficina de la Dra. Karina Yenny Manrique Gamarra.

intestada como “... aquella que opera en virtud de llamamientos legítimos, sin intervenir la voluntad del causante expresada en un testamento válido”¹⁹⁹, de forma similar, en el Diccionario Civil se le define como “... es aquella que se da en la condición mortis causa ante la inexistencia o invalidez de testamento del fallecido. Dada la necesidad de la elección de su sucesor, y ante la inexistencia de voluntad escrita del fallecido, el Derecho suple esa voluntad designando sucesores por defecto. De este modo, la atribución de la herencia puede darse por mandato de la ley, y cuando esto se verifica, se habla de sucesión legítima o sucesión intestada o ab intestato...”²⁰⁰.

De lo dicho por los autores, se colige que la sucesión intestada viene a ser aquella figura jurídica de derecho sucesorio, por la cual, la ley suple la voluntad del causante, dando la correspondiente protección a los herederos forzosos, así como a los legatarios, tomando en cuenta distintos supuestos que se pueden presentar en la realidad. La figura de la sucesión intestada se produce cuando el causante no ha dejado testamento y los bienes,

¹⁹⁹ ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de Sucesiones**, Op. Cit. p. 435.

²⁰⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, Op. Cit., pp. 478-479.

derechos y obligaciones del causante se transmiten por ende, a los herederos forzosos.

Acerca del fundamento de la sucesión legal, Emilia Bustamante Oyague precisa *“... el sistema hoy predominante funda la sucesión legal en un doble orden de consideraciones: por un lado el interés familiar y la mejor distribución de la riqueza; por el otro, el afecto presunto del causante. Habiendo herederos forzosos, la mayor parte de los bienes hereditarios debe distribuirse de acuerdo con normas que no pueden ser alteradas por la voluntad del difunto; con ello se asegura la protección de la familia y la distribución equitativa de los bienes.”*²⁰¹, Andrea Zoppini argumenta que *“En efecto, ya al interior de la familia fundada en base al matrimonio conviven sujetos diferentes difícilmente asimilables, que justifica la demanda de los cónyuges de una mayor autonomía en la regulación de las relaciones patrimoniales. Sin embargo, el discurso deviene más articulado cuando se toma conciencia de la multiplicidad de las formas y de las relaciones (para) familiares, del cual son expresión-en un continuo ideal que ve el tipo legal progresivamente*

²⁰¹ Ibid., pp. 594-595.

empobrecerse de sus características típicas-las familias fundadas en el matrimonio, en cual falta la cohabitación (y, entonces, la cooperación) entre los cónyuges, las familias “ensambladas” por efecto de un sucesivo matrimonio, las familias de hecho, las convivencias homosexuales, las familias conocidas como monoparentales... Pero el caso verdaderamente significativo está representado por la regulación sucesoria de la casa habitación – sea ésta de propiedad o en locación-, que es, en general, atribuida al cónyuge supérstite sobre la base del argumento que se trata de la parte del patrimonio necesario para preservar el estado de vida del heredero.”²⁰².

La fundamentación de la sucesión ab intestato viene a ser el no dejar en desamparo económico a los herederos llamados por ley. Así como, la distribución adecuada de la masa hereditaria.

Respecto a los parámetros que se encuentran establecidos en la sucesión intestada, Benjamín Aguilar Llanos señala *“La sucesión se da atendiendo órdenes de parentesco... Los órdenes son la línea descendente,*

²⁰² ZOPPINI, Andrea. **Las sucesiones en derecho comparado**, En: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, **Observatorio de Derecho Civil, Las Sucesiones**, volumen VI, editorial Motivensa, Lima-Perú, pp. 76-80.

*ascendente, colateral a los que suma el cónyuge, que no siendo pariente del causante lo hereda en su calidad de consorte, derivando su derecho del matrimonio. Los órdenes son excluyentes, lo que significa haber establecido un orden de prelación, donde el segundo orden sólo entra en defecto del primero y así sucesivamente... Los parientes en línea recta (comprendiéndose a los descendentes y ascendentes) excluyen a los parientes en línea colateral sin ninguna excepción... En el parentesco en línea recta, la rama descendente excluye a la rama ascendente... Entre los parientes que se encuentran en una misma línea (recta o colateral), los parientes más próximos en grado al causante excluyen a los más remotos...*²⁰³ Atendiendo a las reglas del sistema sucesorio intestado, se atina a mencionarlas en base a principios sucesoriales que gobiernan esta sucesión.

Por lo que, el artículo 830 trata sobre la procedencia de la sucesión intestada y se señala que la misma procede en los casos previstos en el artículo 815 del Código Civil, cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso

²⁰³ AGUILAR LLANOS, Benjamín. **Derecho de Sucesiones**, Op. Cit., pp. 175-176.

sucesorio. Cuando se trate de interés de incapaces sin representante, puede solicitarlo el Ministerio Público.

- El inciso 1) del artículo 815 del Código Civil. El causante muere sin dejar testamento; el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación.

- El inciso 2) del artículo 815 del Código Civil. El testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo sustituye.

- El inciso 3) del artículo 815 del Código Civil. El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes.

El inciso 4) del artículo 815 del Código Civil. El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición establecida por éste; o por renuncia, o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados.

- El inciso 5) del artículo 815 del Código Civil. El testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, en cuyo caso la sucesión legal solo funciona con respecto a los bienes que no dispuso.

El último párrafo del artículo 815 del Código Civil. La declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada, no impide al preterido por la declaración haga valer los derechos que le confiere el artículo 664.

Sucesión del Cónyuge.

Respecto a la sucesión del cónyuge, Benjamín Aguilar Llanos indica *"El cónyuge es un heredero privilegiado, pues termina siendo heredero de tres órdenes. Así, hereda en concurrencia con los descendientes, con los ascendientes y, a falta de éstos, la herencia se defiende exclusivamente a su favor... en el caso del cónyuge del causante la fuente de sus sucesión no está en el parentesco, sino en la institución matrimonial, que es fuente generadora de derechos y obligaciones recíprocas*

*entre los cónyuges*²⁰⁴, sobre el tema, la Corte Suprema refiere *“En todos los casos a que se refiere el artículo 815º del Código Civil la sucesión intestada corresponde a los herederos legales de que trata el subsiguiente numeral 816º, entre los que únicamente se toma en cuenta a los consanguíneos; que entre dichos herederos legales debe considerarse al cónyuge, pero a condición de que sobreviva al causante*²⁰⁵, asimismo, también señala *“Conforme lo prescribe el artículo 826 del Código Civil la sucesión que corresponde al viudo o a la viuda no procede, cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes*²⁰⁶.

Tomando como ítem la cuota hereditaria del cónyuge solo, o en concurrencia con descendientes o ascendientes del causante, Benjamín Aguilar Llanos explica que *“Si el cónyuge concurre con sus hijos del causante, sean o no hijos del cónyuge heredero, entonces le corresponde una cuota igual a la de un hijo. Al respecto, el artículo 822 del*

²⁰⁴ AGUILAR LLANOS, Benjamin. **Derecho de Sucesiones**, Op. Cit., p. 197.

²⁰⁵ Ejecutoria Suprema 19 de marzo de 1996, citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. **Diccionario de Jurisprudencia Civil**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2008, p. 733.

²⁰⁶ Ejecutoria Suprema 7 de agosto de 1990, citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. **Diccionario de Jurisprudencia Civil**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2008, p. 733-734.

*Código Civil refiere que el cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante hereda una parte igual a la de un hijo... Si el cónyuge hereda con ascendientes del causante, el artículo 824 señala que al cónyuge le corresponde una parte igual a la de uno de los ascendientes...*²⁰⁷. De lo expuesto, se tiene que el cónyuge se va a ver beneficiado en gran medida si la herencia la comparte con los hijos del causante, pues recibe en la misma proporción que estos últimos, y a pesar que existan nietos (hijos de los hijos del causante), no se va a ver afectado, pues no se va a dividir entre todos en partes iguales sino que, éstos últimos van a recibir la porción que le corresponde a un hijo y este se va a partir porciones iguales entre estos, situación que no ocurre cuando el cónyuge concurre con los ascendientes, pues se va a dividir en partes iguales sin hacer distinción, viéndose perjudicado el cónyuge conforme aumente el número de ascendientes, situación que no tiene mucha incidencia en la realidad.

Respecto al derecho de usufructo del cónyuge respecto de la tercera parte de la herencia, Benjamín Aguilar Llanos

²⁰⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamin. **Derecho de Sucesiones**, Op. Cit., pp. 198-199.

dice "... el derecho de habitación se da tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, mientras que el usufructo sólo se da en la sucesión legal. Sobre esto último nace una inquietud: Por qué el derecho de usufructo sobre la tercera parte del patrimonio hereditario sólo cabe en la sucesión legal y no en la sucesión testamentaria... En consecuencia, en una sucesión testamentaria con presencia de herederos legitimarios (descendientes, ascendientes y cónyuge) los derechos de éstos son intangibles, por lo que el derecho de usufructo constituiría una limitación debido a que el cónyuge sobreviviente tendría derecho a usar y disfrutar la tercera parte del patrimonio hereditario que, precisamente, pertenece a todos los legitimarios; entonces el derecho de usufructo terminaría limitando estas cuotas legitimarias que no podrían ser dispuestas por los descendientes o ascendientes que concurren con el cónyuge. En la sucesión legal, cierto es que también encontramos a los herederos forzosos, sin embargo, aquí es la ley la que estaría imponiéndose al pleno ejercicio de los derechos de los otros herederos que concurren con el cónyuge, herederos que serían sólo los descendientes y no los ascendientes. Por último, no debe ser aplicable el

*usufructo de la tercera parte del patrimonio en la sucesión testamentaria, pues este usufructo terminaría violentando la voluntad del testador, quien no podría testar libremente ya que la existencia del usufructo lo obligaría a considerar este derecho al momento de testar, lo que sería una limitación a su libre voluntad de disposición sobre todo el patrimonio hereditario. La opción del usufructo sobre la tercera parte del patrimonio hereditario, termina afectando el derecho de los demás herederos, a quienes se les suspende el derecho de pedir partición mientras continúe el derecho de usufructo, el cual tiene la calidad de vitalicio.*²⁰⁸, de lo expresado por el autor, se infiere que, el derecho de usufructo respecto de la tercera parte de la masa hereditaria por parte del cónyuge solo se aplica a la sucesión legal mas no en la sucesión testamentaria, pues la primera es por disposición de la ley, para favorecer al cónyuge sobreviviente, tomando en cuenta su calidad e inclinación a su protección; además que, si dicho derecho se aplica en la sucesión testamentaria se estaría afectando no solo el derecho de los otros herederos sino también la voluntad del causante, pues como ya se

²⁰⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamin. **Derecho de Sucesiones**, Op. Cit., pp. 201-202.

expresó, este al momento de realizar su testamento tendría que ponerse en esta suposición; aunado a ello, se afecta a los demás herederos, pues, se suspende su derecho de pedir partición mientras siga vigente el derecho de usufructo, el cual es vitalicio. En consecuencia, es claro el trato preferente que da el legislador al cónyuge del causante.

2.1.7. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Respecto al tema, Eric Palacios Martínez refiere *“La idea central que gira en torno al enriquecimiento sin causa puede ser extraída a partir de considerar a este como un arreglo a favor del que ha sido perjudicado por un desplazamiento patrimonial eficaz. El Derecho le otorga contra el enriquecido una pretensión para que entregue aquello en que injustamente se enriqueció, o sea una conditio.”*²⁰⁹. Pero esta pretensión no nace por el solo hecho de que uno se enriquezca a costa de otro; ni el Derecho común ni el Derecho Civil reconocen una acción general de enriquecimiento. Tal como razona Enneccerus *“Deben mediar razones especiales que hagan aparecer este enriquecimiento como injustificado, es decir,*

²⁰⁹ PALACIOS MARTINEZ, Eric. **Código Civil Comentado**, editorial Gaceta Jurídica, tomo IX, Lima-PERÚ, 2007, p. 878.

*que no sea conforme a la justicia y a la equidad.*²¹⁰, tomando en cuenta el patrimonio del afectado para determinar el enriquecimiento, Eric Palacios Martinez explica *“La aplicación práctica de la figura submateria pasa por considerar que esta se ha basado en lo que la doctrina alemana e italiana han denominado como la concepción patrimonial del enriquecimiento, que se plasma, por decir, cuando con respecto a la medida de indemnización (de corte solo restitutorio), se debe tener en cuenta repercusiones del hecho productivo del enriquecimiento en el entero patrimonio del perjudicado.”*²¹¹, Para un mejor entendimiento considérese que existen dos concepciones del enriquecimiento que, para usar la terminología corriente en la literatura más moderna, se suelen denominar como real y patrimonial. *“Según la primera concepción, en el caso que reciba indebidamente una cosa determinada, el enriquecimiento coincide con la cosa misma que debe, por tanto, ser restituida al solvens en las mismas condiciones en las que se encontraba en el momento del pago indebido. La segunda, en cambio, se tiene cuando se debe tener en cuenta no tanto al bien indebidamente recibido, o a sus sucesivas transformaciones, cuanto*

²¹⁰ ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de Derecho Civil**, citado por PALACIOS MARTINEZ, Eric. **Código Civil Comentado**, editorial Gaceta Jurídica, tomo IX, Lima-PERÚ, 2007, p. 878.

²¹¹ PALACIOS MARTINEZ, Eric. **Código Civil Comentado**, Op. Cit. p. 880.

*a las repercusiones del pago en el entero patrimonio del sujeto*²¹², tomando como punto de análisis al remedio patrimonial con relación al real, Eric Palacios Martinez explica *“Ello supone que el remedio así considerado no se detenga ante una eventual imposibilidad de restitución in natura, con lo que, cabe anotarlo de una vez, se marcaría solo una aparente aproximación a las fattispecies resarcitorias, pues en el caso del enriquecimiento sin causa no se apunta al resarcimiento integral sino solamente a la restitución de un valor con el cual un sujeto a expensas de otro se ha enriquecido.”*²¹³, en el Diccionario Civil se le define como *“Aquel que se haya enriquecido sin justa causa en daño de otra persona, es constreñido en los límites del enriquecimiento a compensar a la contra parte por la correlativa disminución patrimonial. Tiene un efecto restitutorio... se debe advertir una distinción entre el enriquecimiento indebido o sin causa con la responsabilidad civil, pues aquella busca reclamar aquel valor con el que se ha enriquecido el sujeto beneficiado, mas no busca resarcir los daños y perjuicios sufridos por el perjudicado... La institución del enriquecimiento sin causa supone estar ante: a) La adquisición de una ventaja patrimonial de un sujeto. b) La correlación entre el*

²¹² MOSCATI, Enrico. **Fonti legali e fonti private delle obbligación**, citado por PALACIOS MARTINEZ, Eric. **Código Civil Comentado**, editorial Gaceta Jurídica, tomo IX, Lima-PERÚ, 2007, p. 880.

²¹³ PALACIOS MARTINEZ, Eric. **Código Civil Comentado**, Op. Cit. p. 880.

*empobrecimiento y el enriquecimiento. c) La falta de justificación del enriquecimiento.*²¹⁴; en este orden de ideas, efectuando una comparación con el daño y la relación obligatoria, la Corte Suprema explica que *“En el enriquecimiento indebido no es necesaria la presencia del daño propiamente dicho, según los alcances del artículo 1969 del Código Civil; y menos la presencia del daño derivado del incumplimiento de la relación obligatoria, ya que a este último caso no correspondería un supuesto de enriquecimiento indebido sino de incumplimiento de obligaciones; sin embargo, ello no es óbice para que un mismo hecho origine no solo un supuesto de enriquecimiento indebido sino también de responsabilidad civil extracontractual”*²¹⁵.

Enfocándonos en los presupuestos para la configuración del enriquecimiento sin causa, en la Casación N° 936-2005, la Corte Suprema precisa *“El enriquecimiento requiere de la existencia de los siguientes supuestos: la ventaja y el detrimento patrimoniales correlativos; la falta de justificación y la consecuencia o mandato legal de indemnización. También hay que agregar que el artículo 1955 establece otro requisito más, esto es, que esta acción de enriquecimiento sin causa no es procedente cuando la persona que*

²¹⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, Op. Cit., p. 182.

²¹⁵ Casación N° 3955-2001-Lima.

ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización; siendo así, se entiende que la acción de enriquecimiento sin causa es subsidiaria de otra acción.”²¹⁶, en la Casación N° 513-2008 se indica “La institución del enriquecimiento sin causa supone estar ante: a) la adquisición de una ventaja patrimonial de un sujeto; frente al empobrecimiento de otro sujeto; b) la existencia de conexión entre ese enriquecimiento y ese empobrecimiento; c) la falta de justificación del enriquecimiento. Bajo tal esquema, se debe advertir una distinción entre el enriquecimiento indebido y la indemnización de daños y perjuicios, pues aquella busca reclamar aquel valor con el que se ha enriquecido el demandado (aspecto restitutorio), mas no busca indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el demandante (aspecto resarcitorio). Entonces, el supuesto de hecho contenido en el artículo 1954 del Código Civil, tiene un efecto restitutorio, en donde su límite está constituido en la magnitud del empobrecimiento, por ello, el término indemnizatorio contenido en la norma materia de análisis no consiste en la búsqueda de la reparación del daño sufrido y como tal abarque a los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales, sino a buscar la reducción del patrimonio del

²¹⁶ Casación 936-2005- Ayacucho.

*demandado, dentro de los límites del enriquecimiento injustificado que ha obtenido*²¹⁷, en base a un sistema de ordenación que se podría intitular como tradicional, pero no por ello necesariamente desdeñable, Eric Palacios Martínez considera que los requisitos de actuación (elementos constitutivos de la acción) del enriquecimiento sin causa son cinco: “1) *El enriquecimiento*, 2) *El daño*, 3) *La correlación entre daño y enriquecimiento*, 4) *La ausencia de justa causa*, 5) *La subsidiaridad...* El enriquecimiento consiste en el hecho objetivo de haber conseguido un incremento en la esfera de ventas de las cosas que goza un sujeto. El incremento puede tener carácter patrimonial, es decir económicamente valorable en un contexto social determinado, esto en armonía con cuanto se considera aplicable con respecto a la prestación obligacional; este, sin embargo, no solo puede materializarse en un aumento del patrimonio estrictamente considerado, sino también puede revelarse a través de un gasto necesario no efectuado, lo que comúnmente se denomina ahorro. Se piensa en el caso de un poseedor, de buena fe, que no efectúa retribución alguna por el local que ocupa su negocio o en el caso que un sujeto consuma bienes o frutos que no le correspondan.”²¹⁸, enfocándonos sobre las

²¹⁷ Casación N° 513-2008-Piura.

²¹⁸ PALACIOS MARTINEZ, Eric. **Enriquecimiento sin causa**, En: **Código Civil Comentado**, editorial Gaceta Jurídica, tomo IX, Lima-Perú, 2007, pp. 881.

relaciones familiares, la Corte Suprema precisa *“Cuando uno de los concubinos participa activamente en la adquisición del patrimonio común, y el otro, con su cónyuge obtienen una ventaja patrimonial en detrimento del concubino demandante y sin legitimidad alguna, procede amparar la demanda por enriquecimiento indebido”*²¹⁹.

El enriquecimiento indebido se produce cuando existe una ventaja patrimonial injusta, en desmedro económico de otro sujeto, siendo que entre ambas debe existir una correlación, además que, dicho enriquecimiento debe ser injustificado. Para la configuración del enriquecimiento indebido no es necesario el daño producto del incumplimiento de una obligación. Con respecto a la restitución, doctrinariamente, puede ser de dos formas: real y patrimonial, siendo la más apropiada esta última, pues lo que se busca es la restitución de un valor, mediante el cual uno se enriquece a expensas de otro. No teniendo como fin que se restituya el mismo objeto, pues ello haría imposible el remedio. Por otro lado, también es de recalcar, que la acción de enriquecimiento sin causa es subsidiaria, dado que, no procede si existe la posibilidad de ejecutar otra acción. Asimismo, la diferencia entre el enriquecimiento indebido y la indemnización de daños y perjuicios, es que el primero tiene un efecto restitutorio mas no resarcitorio, porque busca

²¹⁹ Exp. N° 85-92-Lima, En: **Código Civil Comentado**, editorial Gaceta Jurídica, tomo IX, Lima-Perú, 2007, p. 885.

recuperar aquel valor con el que se ha enriquecido un determinado sujeto a causa del empobrecimiento de otro, mas no equipara a los daños y perjuicios que puedan surgir, sean estos patrimoniales como extrapatrimoniales. Avocándonos al tema de investigación; durante la separación de hecho, espacio de tiempo en que se produzca, a la vez, una convivencia impropia, la riqueza que se podría adquirir durante esta, y que al término de la misma, uno de ellos fallece, sería injusto que pase a formar dentro de la masa hereditaria, pues aquí se estaría produciendo un enriquecimiento indebido, situación que podría evitarse con el dispositivo que permita que durante la separación de hecho, se pierda la vocación hereditaria entre ambos cónyuges, prescindiéndose, de esta manera, de determinar quien fue el cónyuge culpable.

2.2. DEFINICION DE TERMINOS

CAUSAL

Supuesto señalado en la ley al que se le atribuye determinado efecto jurídico. Refiere además al hecho generador del derecho que intenta hacer valer el accionante en un juicio o a título en que se fundamenta la acción interpuesta. Se identifica con la razón o fundamento de la pretensión alegada en un proceso judicial.

ELEMENTO DE PRUEBA

Es la prueba propiamente dicha, todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso mediante los medios probatorios, capaz de producir certeza en el juzgador respecto a todo aquello sobre el cual recae la actividad probatoria, es decir, los hechos que son objeto de demostración o las argumentaciones de las partes.

FAMILIA

La familia se define como aquél grupo de personas que se encuentran vinculadas por el parentesco, o por el matrimonio, con reconocimiento social y jurídico.

GRADO DE PARENTESCO

Cómputo de distancia familiar entre un pariente y otro. Se calcula conforme a la proximidad o lejanía entre los individuos. Está referida también a cada una de las generaciones que hay desde el tronco común de una familia hasta cada uno de sus miembros.

LIQUIDACIÓN

Detalla, ordena y salda las cuentas materia de controversia y las que se generaron a partir del proceso. La liquidación la elabora el juzgado, pero también se ofrece de parte.

MATRIMONIO

Es la unión de un hombre y una mujer para hacer vida en común,
es el punto de partida, el inicio, la fuente para establecer la familia.

CAPÍTULO 3: RESULTADOS OBTENIDOS Y ANÁLISIS DE LA VALIDACIÓN

3.1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En este acápite se va a desarrollar los fundamentos por los cuales se plantea la incorporación a la legislación civil el contenido de la presente tesis.

Conforme al desarrollo del marco teórico del presente trabajo, respecto a la figura de la separación de hecho como causal para perder el derecho hereditario por parte del cónyuge, en primer lugar, se tiene una primera posición, que con la separación de hecho no se pierden los derechos hereditarios entre los cónyuges pues, se encuentra vigente el vínculo matrimonial, pues se extingue dicho derecho con el divorcio o con la separación de cuerpos en cuanto sea pertinente la aplicación del artículo 343 del Código Civil, máxime si no existe una norma expresa que legitime la extinción de la vocación hereditaria durante el tiempo en que se encuentren separados de hecho los cónyuges, en forma contraria, se tiene la segunda posición, referida a la regulación prevista en el artículo 343 del Código Civil, en el que se estipula que el **cónyuge culpable** de la separación pierde los derechos hereditarios; es en esta situación en la cual existe discrepancia; en el entendido que, si en la separación de hecho, se debe determinar quién es el cónyuge que provocó la separación, y en consecuencia sería de aplicación el artículo 343 del Código Civil. Por el contrario, existe, otra

posición, avalada por varios autores entre ellos Luis Alfaro Velarde, Enrique Varsi Rospigliosi, la misma que también es desarrollada en el tercer pleno casatorio en materia civil, en sus fundamentos, respecto a la naturaleza de la separación de hecho, si bien se establece que es una causal objetiva, sin embargo también es subjetiva, a fin de determinar el cónyuge que ocasionó la separación **solamente** para efectos de la indemnización apoyando de manera implícita a que únicamente es para temas indemnizatorios, aunque, en la concepción del divorcio-remedio resulta irrelevante identificar al cónyuge inocente o culpable, siendo que los fundamentos por los cuales se debe de perder la vocación hereditaria durante la separación de hecho entre cónyuges, es básicamente que como se encuentran separados de hecho, se han perdido los derechos de cohabitación, apoyo y auxilio mutuo, y a diferencia de las demás causales, en esta no existe un culpable de la separación, causales propias del divorcio sanción, que busca castigar al cónyuge que provocó la disolución, siendo de aplicación como castigo, entro otros, la pérdida de la vocación hereditaria, en aplicación del artículo 343 del Código Civil, sin embargo, con la aprobación de la ley N° 27495, de fecha 7 de julio del 2001, mediante la cual se inserta una causal adicional a las previstas para el divorcio y la separación de cuerpos, refiriéndose en este contexto, a la separación de hecho, conllevando a la vigencia de dos sistemas dentro de la institución del divorcio: uno subjetivo, que procura determinar el cónyuge culpable a fin que sea castigado, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial y como solución a este tipo de conflictos, dando nacimiento a un sistema mixto, al ser un sistema jurídico que obedece a heterogéneos fundamentos jurídicos; los cuales son las causales

del divorcio sanción y las del divorcio remedio. La doctrina mayoritaria, acepta que la idea fundamental del divorcio-remedio, no se conciba al divorcio como una sanción (existiendo de tal forma un cónyuge culpable y un inocente) frente al incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes matrimoniales, sino propiamente como una salida, reservada para los casos en los que el conflicto ha llegado a tal magnitud gravosa, que hace imposible la continuación del matrimonio.

Como ya se ha precisado, la separación de hecho viene a ser como una solución al conflicto irremediable entre los cónyuges, que torna insoportable la vida en común, poniendo fin a una situación cuya continuación se hace imposible y que evidencia la quiebra de la unión matrimonial, por ello esta edificada sobre la teoría del divorcio remedio, en virtud del cual se prescinde de toda búsqueda de algún cónyuge inocente o culpable, el cual es propio de la concepción del divorcio sanción. No siendo de aplicación, por ende el artículo 343 del Código Civil, existiendo de esta forma, un vacío normativo. El cual busca regularse bajo los fundamentos esgrimidos en la presente investigación.

Se debe perder la vocación hereditaria durante la separación de hecho, básicamente porque si bien esta vigente el vínculo matrimonial, sin embargo ya no se cumplen los fines instituidos, como apoyo y auxilio entre ambos, la convivencia, la cohabitación, es decir la comunidad de vida. Paralelamente, se debe de analizar, el fundamento de la sucesión intestada, que es el no dejar en desamparo

a la familia, la misma que lo acompaña, estado que no se produce en la separación fáctica, en la que muchas veces han conseguido nueva pareja.

3.1.1. JURISPRUDENCIA

De la revisión minuciosa y exhaustiva de la jurisprudencia expedida en la materia, se tiene las siguientes:

Casación N° 1406-2005-Lima:

“Cuando el artículo 343 del Código Civil establece de manera contundente que el cónyuge culpable de la separación perderá los derechos hereditarios que le corresponden, es evidente que esta norma se refiere única y exclusivamente a la separación por causa específica, entendiéndose como separación de cuerpos a aquella que nace de una resolución judicial dictada en el procedimiento correspondiente. Es decir, no se trata de la simple separación de hecho de los casados, sino de un nuevo estatus jurídico que emana de un procedimiento judicial.”²²⁰

COMENTARIO

De lo expuesto se desprende que, la legislación peruana regula la pérdida de la vocación hereditaria solo en el caso de la separación de cuerpos, declarada mediante resolución judicial, entendiéndose que la misma es por causa específica, es decir, par las causales establecidas del inciso 1 al 10 del artículo 333 del

²²⁰ Casación N° 1406-2005-Lima, fecha 24/07/2006.

Código Civil, fundamento enmarcado en el ámbito del divorcio-sanción, pues la pérdida de dicho derecho viene a ser un castigo para el cónyuge culpable, pues es la sanción por haber sido el causante de dicha separación; siendo que, en la propia sentencia, se distingue la separación de cuerpos con la separación de hecho; causa esta última basada en el divorcio-remedio; ello no es óbice para que se regule la separación de hecho como causal de la pérdida de la vocación hereditaria, pues en ambos se ha perdido el derecho de cohabitación así como los fines del matrimonio, por otro lado, en la separación de hecho solo se le exime el derecho a heredar al cónyuge culpable, dado que esta figura permite que exista uno conforme a las causales del 1 al 12 del 333; por el contrario en la separación de hecho, al ser una causal del divorcio-remedio, en el que resulta irrelevante la determinación del cónyuge culpable, pues tiene como fin trascendental el dar solución a un conflicto irreversible en el matrimonio, es por ello que, debe ser de ambos cónyuges los que deben de perder la vocación hereditaria.

Casación N° 4776-2009-Lima:

“...cuando el artículo 343 del Código Civil establece que el cónyuge culpable de la separación perderá los derechos hereditarios que le corresponden, debe entenderse que dicha separación de cuerpos deberá encontrarse acreditada mediante una sentencia judicial firme, más aún, si los efectos de la separación de cuerpos que establece el artículo 332 del Código Civil sobre suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación y finalización del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, no serían legalmente posibles, sin la existencia de

pronunciamiento del órgano jurisdiccional correspondiente que emita sentencia en esos términos, situación que en el caso de autos no se llega a tratamiento acorde con los hechos expuestos por las partes, en concordancia con las pruebas valoradas en el proceso, pues no debe perderse de vista que se encuentran en juego de manera ineludible el derecho de familia y el derecho hereditario o sucesorio, por tanto, debe partirse de que la regla general es que los cónyuges se heredan recíprocamente (artículo 825 del Código Civil), de donde surge como pauta interpretativa fundamental que la pérdida de la vocación hereditaria no es más que una excepción, que como toda excepción debe tener alcances restrictivos; en efecto, si bien el texto del artículo 343 del Código Civil hace alusión a la existencia del cónyuge culpable para efectos de la pérdida de los derechos hereditarios, no obstante, este aspecto subjetivo de la culpabilidad debe fundarse en las causas que determinaron dicha separación, es decir, en la culpa de la conducta incurrida que impidió la continuidad de la convivencia conyugal...»²²¹.

COMENTARIO

Que si bien existía por parte del de cujus una demanda de divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar contra la demandante y en primera instancia obtuvo una sentencia a su favor, sin embargo ello no tiene naturaleza de cosa juzgada, por lo que, aun se encontraba vigente el vínculo matrimonial, y la vocación hereditaria de la cónyuge no se extinguió, de tal forma que la sentencia

²²¹ Casación N° 4776-2009-Lima.

resultó, en cierta forma, injusta, pues, ellos ya no compartían el mismo lecho y se encontraban separados de hecho; por esta razón, si estuviera regulado la separación de hecho como causal de la pérdida de la vocación hereditaria, la cónyuge no hubiera heredado, sin importar si era la culpable o no de la separación, entendiéndose que en este estado de facto, se ha perdido tanto los fines del matrimonio, de cohabitación auxilio mutuo, así como los de la sucesión intestada, que viene a ser el resguardo de la calidad de vida de los sucesores, en caso de herederos forzosos; siendo este caso, en el que se encuentra el cónyuge como sucesor legal, y que en que en gran medida llega a ser beneficiario para la misma, pues hereda no solo conjuntamente con los descendientes sino también con los ascendientes.

3.1.2. TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Se procede a efectuar un análisis de las legislaciones de otros países, que se inclinan por la postura que coadyuva a la presente investigación. Así tenemos a la legislación Argentina, Española, Holandesa.

CODIGO CIVIL ARGENTINO DE 1871

LIBRO CUARTO

DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

DISPOSICIONES COMUNES

SECCIÓN PRIMERA

De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían

TÍTULO IX

Del orden en las sucesiones intestadas

CAPÍTULO III

Sucesión de los cónyuges

ARTICULO 3.574.- Estando separados los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del artículo 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores.

Si la separación se hubiese decretado en los casos del artículo 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria. En los casos de los artículos 204, primer párrafo, y 205, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro.

En caso de decretarse separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro.

En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge.

Estando divorciados vincularmente por sentencia del juez competente o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos declarados en los artículos anteriores.

ARTICULO 3.575.- Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente.

Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3554.²²²

Doctrina argentina

Dentro de los fundamentos de la falta de vocación hereditaria del cónyuge culpable y de la vocación del inocente

El fundamento de la extinción de la vocación hereditaria en caso de separación de hecho ha dado lugar a dos teorías:

- a) Para unos autores, el artículo 3575 tutela el deber de cohabitación de los cónyuges; por tanto, se sanciona su violación con la pérdida de la vocación hereditaria.²²³

²²² http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/CODIGO_CIVIL.pdf, 05/12/2012

Entendemos, al igual que Guastavino²²⁴, que el deber de cohabitación tiene tutela específica en las disposiciones que lo consagran (arts. 199 y 200 del Código Civil); por sí, no es suficiente para fundar la pérdida de la vocación, porque el cónyuge inocente que no desea reanudar la vida en común no pierde la vocación hereditaria.

- b) Para otros, como Héctor Lafaille²²⁵, adoptan la posición que, la exclusión se funda en que esa separación prueba que no existe el afecto en que se basa el derecho de heredar.

Según esta opinión – que compartimos-, la ratio legis del art. 3575 radica en que la desintegración del hogar revelaría la falta de un presupuesto del derecho hereditario conyugal, consistente en el afecto del causante. Aun cuando no haya atribución de culpabilidad ni juicio de reproche, el estado de separado de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges.

En tanto, el fundamento de la vocación del cónyuge inocente de la separación lo hallamos, no en el afecto presunto del causante (cónyuge culpable) hacia él, que comúnmente cesa por la separación, sino en el

²²³ MENDEZ COSTA, **La culpa**, p. 383 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1538/13.pdf>, 05/12/2012.

²²⁴ GUSTAVINO, Elias. **Aspectos subjetivos de la separación de hecho**, p. 383, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1538/13.pdf>, 05/12/2012.

²²⁵ LAFAILLE, Héctor. **Sucesiones**, p. 383 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1538/13.pdf>, 05/12/2012.

respeto al afecto que se presume que existió, en concordancia con una conducta irreprochable durante la unión, ya que él no dio lugar al estado anómalo de la separación de hecho.²²⁶

COMENTARIO

En el primer párrafo del artículo 3575 del Código Civil Argentino, se relación en gran medida con el aporte de la presente investigación, discrepando básicamente con lo dispuesto en el segundo párrafo.

Se dispone el cese de la vocación hereditaria entre los cónyuges, en caso que viviesen separados de hecho, estableciéndose de esta forma el elemento objetivo de la separación de hecho, para después establecer el presupuesto subjetivo que viene a ser: sin voluntad de unirse. Elementos que deben de concurrir conjuntamente.

Como es tratado en la doctrina argentina, dicho dispositivo tiene como fundamento en primer lugar, el incumplimiento de los fines del matrimonio, como es el deber de cohabitación que tiene los cónyuges, siendo que en la separación de hecho, como resulta obvio, se produce la falta de cohabitación.

En segundo lugar, y fundamentado por otro sector de la doctrina, se tiene que, como se encuentran separados de hecho los cónyuges, obedeciendo ello, a la falta de amor y cariño entre ambos, pues ya no existe la voluntad de volver a

²²⁶ PEREZ LASALA. Op. Cit. p. 383 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1538/13.pdf>, 05/12/2012.

unirse, se entiende que, ya no condice con los fines de la institución jurídica de la herencia, pues para la doctrina argentina, la herencia se basa en el afecto que se tiene ambos cónyuges; y, al haberse separado, se presume que, dicho afecto se ha desvanecido.

La razonable interpretación del artículo 3575 del Código Civil, atendiendo al segundo párrafo, en su actual redacción lleva a concluir que la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge no divorciado legalmente requiere la concurrencia de dos presupuestos que deben operar conjuntamente: la separación de hecho sin voluntad de unirse y la culpabilidad de la separación.

Privilegia el legislador, en el derecho sucesorio, la convivencia matrimonial al título de estado de familia, pues cuando ha cesado la comunidad de vida, en principio, ya no hay razones para mantener la vocación sucesoria. Adquiere de esta manera, trascendencia fundamental la plena convivencia matrimonial.

La última parte de la norma transcrita permite al cónyuge supérstite inocente de la separación de hecho mantener la vocación hereditaria, en consecuencia, debería el cónyuge supérstite que pretende heredar, debe probar que no dio causa a la separación de hecho, o, lo que es igual, que la culpa deber ser atribuida al causante. Esta interpretación significaría que la separación de hecho importa ausencia de vocación hereditaria recíproca entre los cónyuges, a menos que el supérstite alegue y pruebe que el premuerto viene a ser el culpable de dicha separación.

Consecuencia jurídica que no es regulada en nuestra legislación, sin embargo, ello no es óbice para poder insertar la extinción de los derechos hereditarios entre los cónyuges durante el lapso en el que se encuentran separados de hecho.

Si bien en la legislación argentina, se da la posibilidad de que conserve uno de los cónyuges la vocación hereditaria durante la separación de hecho, siempre y cuando acredite que no fue su persona quien provocó la separación, propuesta que no tomo como nuestra en el presente trabajo de investigación, pues, adoptamos la posición que al ser la separación de hecho una causal de divorcio remedio, y que se caracteriza por ser objetiva, sin la necesidad de establecer quién es el cónyuge culpable y quién el inocente, caso contrario nos encontraríamos ante las causales del divorcio sanción. Precisiones que ya han sido desarrolladas en el tercer acuerdo plenario en materia civil. Por lo que, el solo hecho de encontrarse separados de hechos, el derecho a heredar entre los cónyuges debe extinguirse.

Tal como se precisó anteriormente, se encuentra establecido en el segundo párrafo del artículo 3575 del Código Civil Argentino, si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, entiéndase con ello, a pesar que, la separación de hecho viene a ser una causal del divorcio-remedio, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, pues como ya se explicó viene a ser como un mecanismo de solución de conflictos cuando la convivencia se torna en insoportable, haciéndose imposible la vida en común, instaurándose como remedio a este hecho, la

separación hecho, en el que no es relevante determinar el cónyuge inocente o el cónyuge culpable, pues viene a ser una causal objetiva, a diferencias de las otras causales previstas en el artículo 333 del Código Civil, en las cuales se encuentran, especificadas quien viene a ser el cónyuge culpable, advirtiéndose que las mismas responde a un sistema propio del divorcio-sanción, es por ello que, no se comparte la posición mediante la cual, se deba establecer el cónyuge culpable, en la separación de hecho, para que si el cónyuge sobreviviente no es la cónyuge culpable sino el fallecido, la cónyuge supérstite tiene derecho a heredar.

Debe tenerse en cuenta además, que tanto en el primer como en el segundo párrafo, los deberes matrimoniales, de cohabitación, auxilio mutuo y por consiguiente la comunidad de vida que se espera en un matrimonio han sido incumplidos con la separación de hecho, es por ello que se debe de perder la vocación hereditaria en el lapso que dura el mismo.

Aunado a ello, un sector de la doctrina precisa que al encontrarse separados de hecho los cónyuges se infiere que se ha desaparecido el afecto que se tenían ambos, afecto que viene a ser el fin de la herencia, pues, como se advierte, la herencia que puede dejar el causante a sus herederos se rige por el afecto que tiene respecto a aquellos, estableciéndose de esta forma el afecto como fundamento no solo en las sucesiones testamentarias sino en las sucesiones intestadas, lo afirmado se infiere en base a que, el cónyuge viene a ser un sucesor legal, y el dispositivo in comento se encuentra dentro de la Sección Primera, referida a la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes

correspondían, del Título IX, correspondiente al orden en **las sucesiones intestadas**, del Capítulo III, que trata sobre la sucesión de los cónyuges.

CODIGO CIVIL DE ESPAÑA

LIBRO TERCERO. De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

TITULO III. De las sucesiones.

CAPÍTULO II. De la Herencia

Sección 7. Derechos del cónyuge viudo

Artículo 834.-

El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Artículo 835.-

Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito.

Si entre los conyugues separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.

CAPITULO IV. Del orden de suceder según la diversidad de líneas.

Sección 3. De la sucesión del cónyuge y de los colaterales

Artículo 943.-

A falta de las personas comprendidas en las dos secciones que preceden, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establecen en los artículos siguientes

Artículo 944.-

En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederán en todos los bienes del difundido el cónyuge sobreviviente.

Artículo 945.-

No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

Jurisprudencia referida al tema.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2003²²⁷

“... e) Cónyuge con separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Derechos a la sucesión legal y usufructo virtual. Caso resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

²²⁷ Sentencia citada por MARTINEZ MARTINEZ, María. **El cónyuge separado de hecho por mutuo Acuerdo que conste fehacientemente. Excepción al llamamiento a la Sucesión legal en el artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte**, España, pp. 246-247. En: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/23/24/07martinez.pdf>, 05/03/2013.

El Tribunal entiende que en el caso litigioso quedó acreditado que entre los cónyuges, al fallecimiento del causante, existía separación de hecho por mutuo acuerdo y que dicho mutuo acuerdo constaba fehacientemente. En tal supuesto, tal como prevé expresamente el artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones, no hay derecho a sucesión legal. Lo mismo prevé el artículo 945 del Código Civil. En los supuestos de ambas normas hay vínculo matrimonial y, por tanto, viuda, pero no hay derecho a suceder abintestato... La única discusión en la apreciación sobre si hay o no constancia fehaciente de la separación de mutuo acuerdo... Desde que los cónyuges otorgan el documento fehaciente, o sea, las capitulaciones matrimoniales, no sólo pactan el régimen de separación de mutuo acuerdo. Los argumentos de la sentencia parecen contundentes. Desde que los cónyuges otorgan el documento fehaciente, o sea, las capitulaciones patrimoniales, no sólo pactan el régimen de separación de bienes, sino que además renuncian recíproca y genéricamente a todos los derechos de usufructo (expectante y viudal). Pero, lo que me parece importante, ambos acuerdan que fijarán libremente su respectivo domicilio y, finalmente, así han vivido durante 15 años: separados tal como convivieron por mutuo acuerdo. Es evidente la separación de hecho de los cónyuges de mutuo acuerdo y, sin duda, consta fehacientemente en documento ante notario”.

Comentario

En la legislación española, se entiende que en el artículo 834, el beneficio consagrado en este dispositivo (el derecho de usufructo) perderá el cónyuge

supérstite, en el supuesto de encontrarse separado, y si se produce este último supuesto, la causa es atribuible al fallecido y no al sobreviviente. Situación que, en parte, es regulada en nuestra legislación, pues, en el artículo 343 del Código Civil prescribe que *“El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden”*, con separación, se refiere a la separación de cuerpos, y las causales se encuentran establecidas en el artículo 333 del Código Civil, siendo que, las señaladas en los incisos comprendidos del 1 al 11, existe un cónyuge culpable, al ser causales producto del divorcio sanción; sin embargo, en la separación hecho, previsto en el inciso 12, al ser una causal perteneciente al divorcio remedio, no es necesaria la determinación del cónyuge culpable y del inocente. La figura de la separación en la legislación española se encuentra regulada en los artículos comprendidos del 81 al 84, y viene a ser la misma figura jurídica que la separación de cuerpos, denominación que se adopta en nuestra legislación civil.

Así, también, la legislación española, en su artículo 945, precisa taxativamente la falta de vocación a hereditaria tanto en el caso de la separación de cuerpos, como en la separación de hecho, sin tomar en cuenta, quien provocó esta última separación, a diferencia de la legislación argentina, tratada precedentemente.

Por último, del análisis del artículo 945 del Código Civil Español, en atención a la jurisprudencia emitida en base a la aplicación de este dispositivo, avocándose al análisis de la extinción del derecho a heredar por parte del cónyuge sobreviviente, durante la separación de hecho, se advierte que, debe existir un acuerdo de

voluntades respecto a dicha separación, la misma que conste en documento. No siendo posible, el simple hecho de estar separados sin que exista documento que acredite o corrobore dicha separación. Adhiriéndose, de esta manera, a una norma sustantiva como es el artículo 945, dispositivo que prescribe textualmente ***“No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo”***, una norma de carácter procesal, por su naturaleza probatoria, ***“que conste fehacientemente”***.

CÓDIGO CIVIL DE HONDURAS

LIBRO III

DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS

TITULO II

REGLAS RELATIVAS A LA SUCESION INTESTADA

CAPITULO II

DISTRIBUCION DE LA HERENCIA

Artículo 971

El cónyuge separado de cuerpos, no tendrá parte alguna en la herencia ab intestado de su mujer o marido, si hubiere dado motivo la separación por su culpa.

Tampoco tendrá derecho en la sucesión del cónyuge premuerto, el cónyuge sobreviviente que sin justa causa le había abandonado por más de seis meses, si durante este abandono ocurrió la muerte.

COMENTARIO

En Honduras, existe una regulación similar a la nuestra, con respecto a la separación de cuerpos, al señalar como consecuencia de la misma, la pérdida de la vocación hereditaria para el cónyuge que provocó la separación. Así también, en esta legislación, no se ha regulado el supuesto de la pérdida o no de la vocación hereditaria en la separación de hecho. Por lo que, como aun sigue vigente el matrimonio, se goza de la vocación hereditaria del causante.

En este orden de ideas, la cesación de los derechos hereditarios respecto del cónyuge sobreviviente obedece a presupuestos subjetivos, en los cuales, es necesario determinar si el cónyuge supérstite viene a ser el que ocasionó la separación resultando de esta manera como cónyuge culpable.

Que, las causas deben estar prescritas taxativamente en la legislación, cuya especificación obedece al principio de legalidad, que es de aplicación en este tipo de casos, pues se está restringiendo un derecho. Estando claro que es de aplicación en las causales establecidas en los incisos 1 al 10 del artículo 333º del Código Civil, causales propias del divorcio-sanción.

Estando a las ideas planteadas, y tal como está prescrito en el artículo 971 del Código Civil de Honduras, también dicho tenor se encuentra previsto en el artículo

343 del Código Civil peruano; tal como se advierte del análisis de los mismos, se debe tomar en cuenta que, si es adecuado aplicar dicho dispositivo (artículo 343 del Código Civil Peruano) en las separaciones de hecho, a la luz del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, el cual prescribe; ***La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.*** Siendo que, del artículo 343 del Código Civil, se restringe el derecho a heredar, por parte del cónyuge culpable de la separación de cuerpos, y en la separación de hechos, al ser una forma de solución de los conflictos matrimoniales, cuando los mismos se tornan en insoportable, no es pertinente determinar quién es el cónyuge culpable, además que viene a ser una causal objetiva. Por esta razón, no es de aplicación el artículo 343 a la causal de la separación de hecho.

3.2. CONCLUSIONES

En nuestro ordenamiento jurídico el único supuesto en que los cónyuges pierden la vocación hereditaria es cuando se determina el cónyuge culpable de la separación de cuerpos.

Por los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico resulta injusto que cuando se produce la separación de hecho entre los cónyuges, se mantenga la vocación hereditaria entre ambos, cuando ya han cesado de hecho todos los deberes y obligaciones entre ellos.

Al producirse el cese de la vocación hereditaria entre los cónyuges separados de hecho, los bienes adquiridos por éste realmente se repartirán entre sus reales beneficiarios.

Si bien en el tercer acuerdo plenario en materia civil, se dispone que el juez debe determinar quién es el cónyuge perjudicado con la separación de hecho, ello en aplicación del artículo 345-A del Código Civil; sin embargo, no existen en nuestra legislación, una norma que señale expresamente, que en la separación de hecho, se debe determinar al cónyuge culpable, a fin que este pierda la vocación hereditaria, dado que ello no se condice con la naturaleza propia de la separación de hecho, dado que esta al ser una causal objetiva, no es pertinente determinar quien fue el culpable e inocente en dicha separación, pues, sería de aplicación el artículo 343 del Código Civil (dispositivo previsto para las causales del divorcio sanción- previstas

en los incisos del 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil), mas aún, al haberse extinguido el derecho de cohabitación y vida en común, ambos deben de perder la vocación hereditaria, entendiéndose que en esta situación no existe un culpable ni un inocente, al ser una causal objetiva.

Debe incorporarse un artículo al Código Civil, donde se señale en forma expresa que los cónyuges separados de hecho pierden la vocación hereditaria, sin necesidad de determinar quién es el cónyuge culpable.

3.3. SUGERENCIAS

El desarrollo de la presente investigación tiene como fin evitar que, la masa hereditaria proveniente de la muerte de uno de los cónyuges, se reparta a quienes realmente no la merecen. Enfocándose, de manera específica a la separación de hecho en el que se puede encontrar los cónyuges. Es así que, si bien se encuentra vigente el matrimonio, sin embargo no se cumplen con los fines propios de esta institución, como es el deber de cohabitación entre los cónyuges, así como el apoyo y auxilio mutuo, la comunidad de vida, la procreación, crianza y educación de los hijos, ejerciéndose la tenencia solamente uno de ellos.

Conforme a los fundamentos esgrimidos y atendiendo además que la separación de hecho viene a ser una causal del divorcio - remedio, en el que por su naturaleza misma, no es imprescindible determinar en dicha relación jurídica, quien viene a ser el cónyuge culpable de dicha separación, básicamente porque, viene a ser una solución al conflicto que tienen los cónyuges que muchas veces se torna en imposible el continuar casados.

Aunado a ello, no es óbice para que se pierda el derecho a heredar durante la vigencia de la separación de hecho, pues el fin de la sucesión es el no dejar desprotegida a la familia que lo acompaña y que necesita de él conforme a lo vertido por los autores nacionales, así como para la doctrina argentina, se explica que, el fundamento de la herencia viene a ser el afecto que sentía el fallecido, y como se han separado, se entiende que se ha desvanecido dicho afecto así como el no dejar en desamparo al cónyuge.

Enfocándonos sobre la parte pertinente en el que se debe incorporar dicho dispositivo, si es el libro de familia o en el de sucesiones. Se tiene, por ejemplo, en la codificación argentina, dicho artículo se encuentra en el Libro Cuarto que versa sobre Los Derechos Reales y Personales, Disposiciones Comunes, en la Sección Primera, que trata sobre la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían, del **Título IX: Del orden en las sucesiones intestadas, del Capítulo III: Sucesión de los cónyuges**. De igual forma, en la codificación española, se encuentra previsto en el Libro Tercero, referido a los diferentes modos de adquirir la propiedad, en el **Título III: De las sucesiones, del Capítulo II: De la herencia, de la Sección 7: Derechos del cónyuge viudo**. Por el contrario, en el presente trabajo, la sugerencia es que el dispositivo se incorpore en el Libro III: Derecho de Familia, de la Sección Segunda: Sociedad Conyugal, del **Título IV: Decaimiento y disolución del vínculo, del Capítulo Primero: Separación de Cuerpos**. Toda vez que, en este libro, en el que se desarrolla las causales del divorcio y de la separación de cuerpos, y una de las causales viene a ser la separación de hecho (inciso 12 del artículo 333 Código Civil), además que, en el artículo 343 del Código Civil, prescribe sobre la pérdida de la vocación hereditaria por parte del cónyuge que provocó la separación, dispositivo aplicable a las causales estipuladas en los incisos del 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil, mientras que en la separación de hecho, al ser una causal objetiva, no cabe la posibilidad de determinar al cónyuge culpable, es por ello que debe incorporarse inmediatamente después del artículo 343 del Código Civil.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO III: Derecho de Familia

SECCIÓN SEGUNDA: Sociedad Conyugal.

TÍTULO IV: Decaimiento y disolución del vínculo

CAPÍTULO PRIMERO: Separación de cuerpos

Artículo 343°-A.- Pérdida de derechos hereditarios.

Por la separación de hecho, los cónyuges pierden los derechos hereditarios que les corresponde.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AGUILAR LLANOS, Benjamín. **Derecho de Sucesiones**, editorial Ediciones Legales, Lima-Perú, 2011, pp. 594, se encuentra en el Poder Judicial Oficina de Abog. Karina Yenny Manrique Gamarra.

ALFARO VALVERE, Luis. **La indemnización en la separación de hecho**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2011, pp. 223, se encuentra en el Poder Judicial Oficina de Abog. Karina Yenny Manrique Gamarra.

ARATA SOLÍS, Moisés. **La Sociedad de gananciales, Régimen de comunidad y sus deudas**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2011, pp. 518.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Diccionario Civil**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2013, pp. 557, se encuentra en la oficina del Dr. Mash Longobardi, Ministerio Público-Sede de Anticorrupción de Funcionarios.

BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. **Código Civil Comentado**, editorial Gaceta Jurídica, tomo IV, Lima-Perú, 2003.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, editorial Heliasta S.R.L., tomo 4, Buenos Aires-Argentina, 2008, pp. 645, se encuentra en la oficina

del Dr. Mash Longobardi, Ministerio Público-Sede de Anticorrupción de Funcionarios.

CASTRO PEREZ TREVIÑO, Olga María. Hijos míos, hijos tuyos, hijos nuestros. Un reto legislativo, En: **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Observatorio de Derecho Civil, La Familia,** volumen II, editorial Motivensa, Lima-Perú, 2010, pp. 287, se encuentra ubicado en la biblioteca de la Dra. Manrique Gamarra Karina Yenny.

Código Civil Comentado, editorial Gaceta Jurídica, tomo IV, Lima-Perú, 2003, pp. 833.

El ABC del Derecho Civil Extrapatrimonial, editorial San marcos, Lima-Perú, 2011, pp. 399.

El Código Civil en su jurisprudencia, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2007, pp. 766, se encuentra en el Poder Judicial Oficina de Abog. Karina Yenny Manrique Gamarra.

El proceso civil en su Jurisprudencia, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2008, 641-642.

FERRERO ACOSTA. Augusto. Tratado de Derecho de Sucesiones, editorial Gaceta Jurídica, séptima edición, Lima-Perú, 2012, pp. 893, se encuentra en el Poder Judicial Oficina de Abog. Karina Yenny Manrique Gamarra.

FERRERO CONSTA, Augusto. **Código Civil Comentado**, tomo IV editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2003, pp. 854, se encuentra en el Poder Judicial Oficina de Abog. Karina Yenny Manrique Gamarra.

GALLEGOS CANALES, Yolanda y S. JARA CANALES. **Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica**, Editorial Jurista, Lima-Perú, 2008, pp. 755.

GUTIERREZ CAMACHO Walter, **Diálogo con la Jurisprudencia**, editorial Gaceta Jurídica, año 17 y N° 154.

GUTIERREZ CAMACHO, Walter. **Diálogo con la Jurisprudencia**, editorial Gaceta Jurídica, N° 142, año 16, Lima –Perú, 2010, pp. 406.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. **Comentarios al Código Procesal Civil**, editorial Gaceta Jurídica, tomo II, Lima-Perú, 2004, pp. 1638.

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dII?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>, fecha 28/09/11.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>, fecha 28/09/11.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. **Comentarios al Código Procesal Civil**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2008, tomo III, pp. 910.

MESINAS MONTERO, Federico. **Vocabulario de uso judicial**, 2004, 01/12/2011, pp. 221 se encuentra ubicado en la biblioteca de la Dr Manrique Gamarra Karina Yenny.

MIRANDA CANALES, Manuel. **Manual de Derecho de Sucesiones**, ediciones jurídicas, Lima-Perú, pp. 317, se encuentra en el Poder Judicial Oficina de Abog. Karina Yenny Manrique Gamarra.

PALACIOS MARTINEZ, Eric. **Enriquecimiento sin causa**, En: **Código Civil Comentado**, editorial Gaceta Jurídica, tomo IX, Lima-Perú, 2007, pp. 958.

PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. **Las Causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil**, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, pp. 253, se encuentra en el Poder Judicial Oficina de Abog. Karina Yenny Manrique Gamarra.

TAYA RUTTI, Patricia. **Código Civil Comentado**, tomo II, editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2003, pp. 845, se encuentra en el Poder Judicial Oficina de Abog. Karina Yenny Manrique Gamarra.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. **Diccionario de Jurisprudencia Civil**, editorial Grijley, Lima-Perú, 2008, pp. 807, se encuentra en la oficina del Dr. Mash Longobardi, Ministerio Público-Sede de Anticorrupción de Funcionarios.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio y separación de cuerpos, monografías de jurisprudencia especializada 5**, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2007, pp. 141.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar**, editorial Gaceta Jurídica, tomo III, Lima-Perú, 2012, p. 814.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia**, editorial Gaceta Jurídica, tomo I, Lima-Perú, 2011, pp. 511.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables**, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima-Perú, 2011, pp. 486.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil, Derecho de Familia**, editorial Astrea, tomo I, 5ta edición, Buenos Aires – Argentina, 2006, pp. 804.

ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de las sucesiones**, editorial Astrea, 5ta edición, Buenos Aires – Argentina, 2007, pp. 779.

ZOPPINI, Andrea. **Las sucesiones en derecho comparado**, En: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. **Observatorio de Derecho Civil, Las Sucesiones**, volumen VI, editorial Motivensa, Lima-Perú, pp. 247, se encuentra ubicado en la biblioteca de la Dr Manrique Gamarra Karina Yenny.