

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**  
**ESCUELA DE POST GRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL**



**EFFECTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL CON HIJOS MENORES DE EDAD, EN LAS SENTENCIAS DEL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO, ENERO A DICIEMBRE 2012**

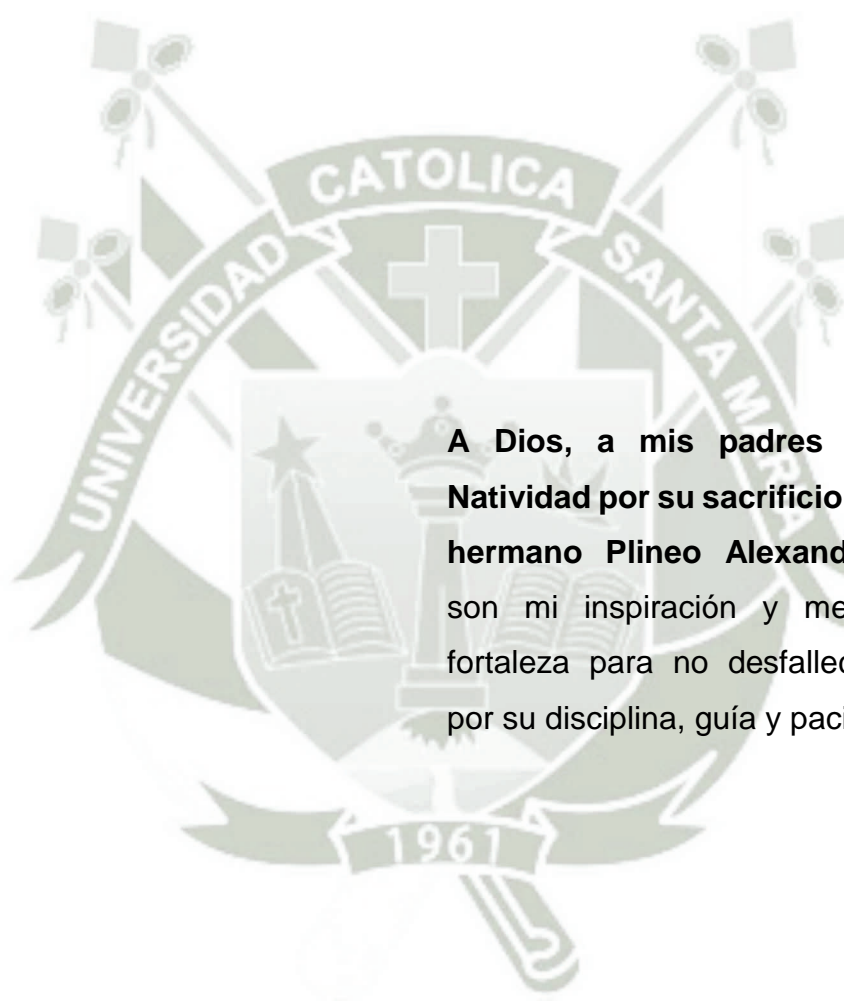
**Tesis presentada por la Bachiller:**  
EDITH VELASQUEZ PEREZ

**Para optar el Grado Académico de:**  
MAESTRO EN DERECHO CIVIL

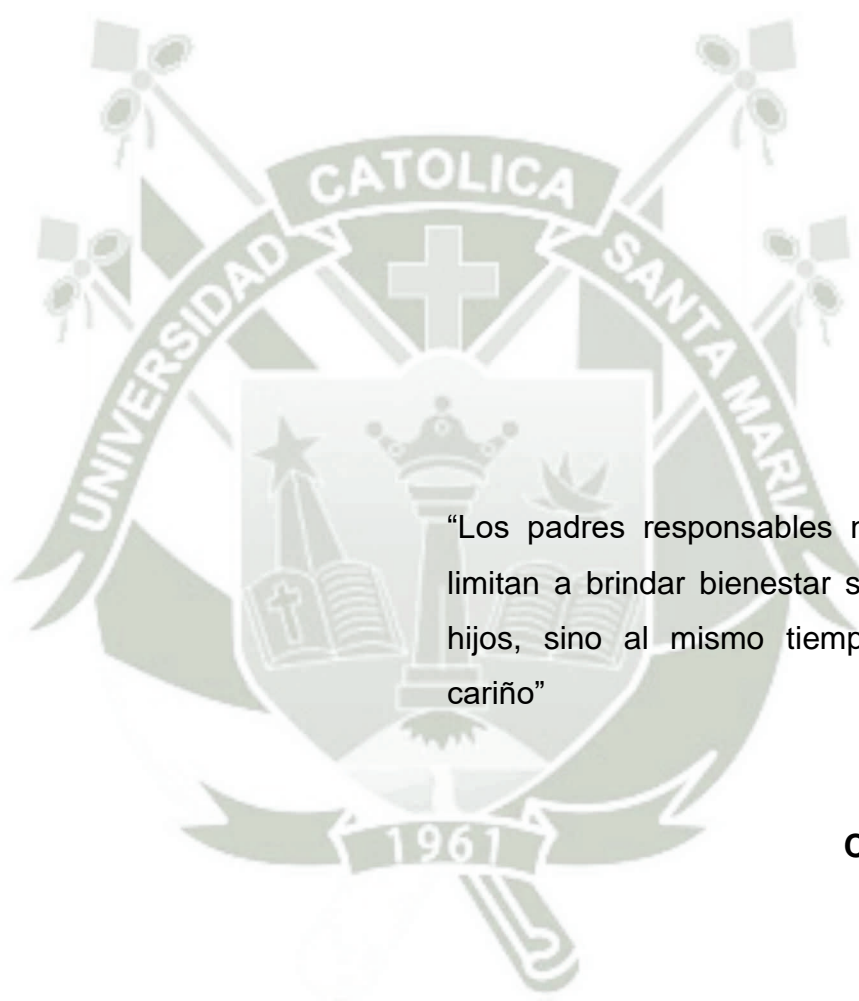
**Asesor:** Dr. Luis Vargas Fernández

**AREQUIPA – PERÚ**

**2017**



**A Dios, a mis padres Lorenzo y Natividad por su sacrificio, a mi único hermano Plineo Alexander quienes son mi inspiración y me dieron la fortaleza para no desfallecer; gracias por su disciplina, guía y paciencia.**



“Los padres responsables no solo se limitan a brindar bienestar social a los hijos, sino al mismo tiempo amor y cariño”

**CONFUCIO**

## INDICE GENERAL

<b>RESUMEN.....</b>	<b>6</b>
<b>ABSTRAC .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>11</b>
<b>1. La Familia .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Génesis y Evolución.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 Concepto .....</b>	<b>18</b>
<b>1.3 Naturaleza Jurídica .....</b>	<b>19</b>
<b>1.4 Importancia .....</b>	<b>21</b>
<b>1.5 La familia en el ordenamiento legal nacional .....</b>	<b>22</b>
<b>2. El Matrimonio .....</b>	<b>28</b>
<b>2.1 Concepto .....</b>	<b>28</b>
<b>2.2 Aspectos Históricos.....</b>	<b>29</b>
<b>2.3 Naturaleza del Matrimonio.....</b>	<b>42</b>
<b>2.4 Deberes y derechos que nacen del matrimonio .....</b>	<b>45</b>
<b>3. Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.....</b>	<b>54</b>
<b>3.2 Sustitución del Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.....</b>	<b>55</b>
<b>3.3 Liquidación del Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.....</b>	<b>59</b>
<b>3.4 Bienes comprendidos en el Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.....</b>	<b>59</b>
<b>3.5 Obligación de sostener el hogar bajo cualquier Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.....</b>	<b>59</b>
<b>3.6 Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales.....</b>	<b>62</b>
<b>4. Régimen Patrimonial de Separación de Patrimonios.....</b>	<b>78</b>
<b>4.1 Generalidades.....</b>	<b>78</b>
<b>4.2 Responsabilidad por Deudas Personales.....</b>	<b>80</b>
<b>4.3 Sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios.....</b>	<b>80</b>
<b>4.4 Fenecimiento del régimen de separación de patrimonios.....</b>	<b>83</b>
<b>5. Disolución del vínculo matrimonial: El Divorcio en la Legislación Peruana.</b>	<b>84</b>
<b>5.1 Generalidades.....</b>	<b>84</b>
<b>5.2 Sistemas de Divorcio Vincular.....</b>	<b>95</b>
<b>5.3 Las causales de divorcio en el Perú .....</b>	<b>101</b>
<b>5.4 Efectos del divorcio .....</b>	<b>110</b>
<b>5.5 Patria potestad.....</b>	<b>117</b>



5.6 Alimentos.....	131
5.7 Patrimonio familiar.....	135
CAPÍTULO II.....	144
CONCLUSIONES.....	163
SUGERENCIAS.....	164
PROYECTO DE LEY.....	165
BIBLIOGRAFÍA.....	166
ANEXOS.....	167
PROYECTO DE INVESTIGACION	
CUADRO DE REGISTRO DE LA MUESTRA	
ENCUESTA	



## RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “Efectos jurídicos patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial con hijos menores de edad, en las sentencias del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Puno, Enero a Diciembre 2012” comprende el estudio de un problema de estructural que se presenta en los diferentes estratos sociales en el cual resulta, la falta de una adecuada regularización legislativa y mejor tratamiento a las relaciones del matrimonio ya que es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código civil, a fin de hacer vida común en donde el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, a la vez ambos están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Sin embargo, existen diversas razones por las cuales una pareja unida en matrimonio decide dar por concluida dicha unión, en donde el matrimonio se disuelve.

Es importante saber la situación en la cual van a quedar los hijos menores de edad, relativas a la tenencia, pensión alimenticia que se les suministrará y el derecho de visitas a los menores, para el cónyuge que no vaya a quedar bajo su responsabilidad la tenencia de los mismos.

La tenencia es el ejercicio activo de la patria potestad. Por visitas uno entiende que es verlos periódicamente, pero no se limita a ello la facultad del progenitor. No sólo es verlos, es controlar la educación, la salud, las vacaciones, mantener una comunicación fluida con sus hijos y controlar, incluso, la relación entre los hijos y la madre cuando hay una situación crítica. Una de las partes en que posee mayor generación de recursos económicos está obligado a pasarle alimentos a la parte menos favorecida, es decir, esta obligación no es automática, ya que depende de que el hijo menor o bien la esposa desfavorecida reclame los alimentos.

Sin embargo, en la práctica de la vida doméstica familiar, no se llega a concretizar debido a una serie de vacíos legales, donde los conyugues, uno de ellos falta su responsabilidad tal como se habría mencionado con anterioridad, pues los efectos patrimoniales gira en entorno a los alimentos, la tenencia de los hijos, las visitas, siempre en cuando se lleven a cabo con un acuerdo extra o judicialmente, ya que cada Juez tiene un criterio de dar su dictamen, primeramente, por derecho inherente de proteger al niño y la esposa si fuese necesario, de acuerdo a la función de sus ingresos económicos, por otro lado, la tenencia del hijo (a) está bajo el criterio que uno de ellos

tiene las condiciones adecuadas de brindarle la seguridad psicológica, material, puesto que debido a que muchas de las parejas, al rehacer su vida conyugal, prefieren transferir sus responsabilidades a familiares cercanos, en otros casos, no tienen los suficientes ingresos económicos, a esto se suma, que uno de los conyugues puede tener una conducta negativa.

En concreto, el efecto patrimonial en el caso de los hijos menores, solo está limitado al reclamo de los alimentos, para todo tipo de sostenimiento, pese a ello existen casos que muchos de los padres se muestran irresponsables, por lo que ha sido necesario reglamentar con penas duras, como el encarcelamiento del padre en especial, por la falta de suministrar los alimentos.

El objetivo de nuestra investigación es determinar los Efectos jurídicos patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial con hijos menores de edad, en las sentencias del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, enero a diciembre 2012.

Nuestra hipótesis fue comprobar que solo los efectos patrimoniales en la disolución de hijos menores de edad solo están limitados en los alimentos mas no en el patrimonio conyugal que solo es disposición de los padres.

Respecto a la metodología que se había establecido en el contraste de la información a través de la bibliografía y al mismo tiempo el dictamen de las sentencias emitidas por parte de los Juzgados de Familia, en que cada juez toma un criterio adecuado.

Palabras claves: Efectos jurídicos patrimoniales, vínculo matrimonial, familia.



## ABSTRAC

This research paper entitled "Legal effects of the economic dissolution of marriage with minor children, according to judgments of the First Family Court of the Superior Court of Arequipa, January to December 2012" includes the study of a problem structural to be present in the different social strata in which it is the lack of an appropriate legislative and better treatment relationships marriage regularization as it is the voluntary union for a man and a woman legally eligible for it and formalized subject to the provisions of the Civil Code, to make common life where the husband and wife have home authority considerations, rights, duties and responsibilities equal, while both are obligated to provide the maintenance, protection, education and training of their younger children according to their situation and possibilities. However there are several reasons why a couple united in marriage decides to terminate this union, where the marriage is dissolved.

It is important to know the situation in which the children will be children, regarding tenure, alimony shall be provided and visitation rights to the children, for the spouse who will not be under the responsibility of tenure thereof. Tenure is the active exercise of parental authority. For visits one understands that is them periodically, but not limited thereto progenitor faculty. Not only them, it is to control the education, health, holidays, maintain good communication with their children and monitor even the relationship between the children and the mother when a critical situation. A party that has increased generation of funds is obliged to pass food to the disadvantaged part is, this obligation is not automatic, since it depends on the child or wife claiming disadvantaged child food.

However, in the practice of family domestic life, you do not get to materialize due to a number of loopholes, where spouses, one of them is your responsibility as have mentioned previously, since the economic effects revolves environment food, child custody, visitation, always when carried out with an extra agreement or judicially, as each judge has a discretion to give its opinion, first, by inherent right to protect the child and wife if necessary, according to the terms of their income, on the other hand, holding the child (a) is under the crie river that one has the right conditions to provide psychological security, materials, since due to many couples, to rebuild their married life, they prefer to transfer their responsibilities to close relatives in other cases, they do not have sufficient income, to this is added, that one spouse may have a negative behavior.

Specifically, the equity effect in the case of minor children, the claim is limited only food for all kinds of support, despite that there are cases that many of the parents are



irresponsible, so it was necessary to regulate with harsh penalties, including imprisonment of the father in particular, the lack of food supply.

The aim of our research is to determine the economic effects of legal dissolution of marriage with minor children, according to statements of the First Family Court of the Superior Court of Arequipa, January to December 2012

Our hypothesis was sure that only the economic effects on the dissolution of minor children are only limited in food but not in the marital property that is only available to parents.

Regarding the methodology that had been established in the contrast of the information through the literature and at the same time the opinion of the rulings issued by the Family Court, where each judge makes an appropriate criterion.

Keywords: Economic Legal effects, marriage, family.



## INTRODUCCIÓN

El presente estudio de investigación se encuentra enfocado a uno de los aspectos que está vinculado con la Familia, se trata sobre “Efectos jurídicos patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial con hijos menores de edad”, ha sido posible, gracias a las enseñanzas, estimulación y motivación recibida en la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.


Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 establece el derecho de la persona a casarse y formar una familia; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su artículo 10, declara que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y garantiza luego, la libertad del consentimiento matrimonial para la persona; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en su artículo 23, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio.

Acorde con el ordenamiento internacional, nuestra Constitución en su artículo 4° y el Código Civil, además de reconocer el derecho a casarse, reconocen también el derecho al divorcio para disolverse el vínculo matrimonial fijándose las causales en el artículo 333 de la norma sustantiva

De otro lado, nuestra investigación se encuentra estructurada en dos capítulos. En el primer capítulo se desarrolló el marco teórico. En el segundo capítulo se enfatizó la presentación de los resultados con la aplicación de los instrumentos de la revisión documental en base a las sentencias relacionadas a la problemática de la Familia y la en cuenta.

De la misma manera se llegó a la conclusión que en la disolución del matrimonio con hijos menores, la ley contempla únicamente que los efectos jurídicos patrimoniales, solo corresponde a los alimentos, el bienestar social y familiar, la tenencia de los hijos menores que puede ser en acuerdo a ambas partes o caso contrario del criterio del Juez, mas no en los derechos patrimoniales que tan solo es de exclusividad de los padres.

En el desarrollo de la investigación se presentó en calidad de limitación la burocratización administrativa judicial, en el momento que se solicitó las sentencias el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Arequipa, ya que, debido a la carga judicial, dilataron en proporcionar la información debida. Es por ello que dicha investigación fue realizada en la Corte Superior de Justicia de Puno.



**CAPÍTULO I**  
**EFFECTOS JURIDICOS PATRIMONIALES**  
**TITULO I**

**EFFECTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO  
MATRIMONIAL**

Las relaciones patrimoniales determinan como contribuirán marido y mujer en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como las consideraciones, derechos y responsabilidades iguales, a la vez ambos están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Así mismo la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes que los cónyuges aportan o que adquieren durante la unión. Sin embargo, existen diversas razones por las cuales una pareja unida en matrimonio puede disolverse por diversas causas sobrevinientes a su celebración.

En concreto, el efecto patrimonial en el caso de los hijos menores, solo está limitado al reclamo de los alimentos, para todo tipo de sostenimiento, pese a ello existen casos que muchos de los padres se muestran irresponsables por lo que ha sido necesario reclamar con penas duras, como el encarcelamiento del padre en especial, por la falta de suministrar los alimentos.



## 1. La Familia

### 1.1 Génesis y Evolución

#### A. Teorías sobre el origen de la familia.

El origen de la familia, cedula primaria y vital de la sociedad, se remonta a tiempos inmemoriales siendo dos las teorías que explican su génesis: la providencialista y la evolucionista.

La teoría providencialista parte de la idea de que Dios creó los cielos y la tierra, todo era confusión y no había nada sobre la tierra y dijo hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza, entonces formó al hombre con el polvo de la tierra y luego la primera pareja en el paraíso terrenal. Se habla de las sagradas escrituras, de la familia patriarcal y algunos autores fundamentan ese concepto como resultado de la tendencia natural del ser humano de vivir agrupado para contrarrestar los peligros y las necesidades comunes.

De la familia natural, en el sentido expresado, surge el Estado y por ello los antiguos juristas como Modestino definieron a la familia como una relación para toda la vida y Cicerón como principio de la sociedad y semillero de la república. Su principal expositor fue Fustel de Coulange, quien en su famosa obra "la Ciudad Antigua" expuso como fundamento de la familia el vínculo religioso, más cohesionante entre los antiguos que el parentesco, basado en los ritos creencias sobre el alma y la muerte, el culto a los muertos y el fuego sagrado.

En cambio, la teoría evolucionista, basa sus estudios en las investigaciones realizadas por Lewis H. Morgan, Federico Engels, Karl Marx y otros, quienes aportando pruebas científicas demuestran el origen de la evolución no solo del hombre, la familia sino también de la sociedad, para lo que plantean diferentes puntos de vista que a continuación se expone:

#### B. Comunidad primitiva.

Las recientes investigaciones sociales consideran que en el periodo más temprano de la historia, cuando las personas acababan de separarse del reino animal y vivían en las condiciones propias de la manada primitiva, las

relaciones entre los sexos tenían un carácter absolutamente desordenado y la familia no exista aun, lo que pudo durar muchos siglos.

Los evolucionistas clásicos, sostienen que la primera etapa de interrelación privada del hombre fue la promiscuidad sexual o del *vagus concubitus*, que estuvo caracterizada por un *hetairismo* tal que, varón y mujer, satisfacían el hambre. En esta, el hombre primitivo ni siquiera tuvo conciencia del nexo causal entre la cúpula sexual y el parto.

Luego sobrevino la etapa del emparejamiento transitorio o de la *voubeergende paarung*, la que se distingue de la anterior, porque en ella surgió la forma más elemental de organización humana caracterizada por la unión de la madre y el hijo. El padre estuvo excluido de la relación paterno-filial, en tanto que la relación madre e hijo solo duro hasta el destete.

El matriarcado viene a ser la tercera etapa, que se peculiariza no solo porque la mujer jugo un papel importante en la economía social, sino también por el surgimiento de la *ginecocracia*, el establecimiento de la *poliandria* y la determinación del parentesco uterino. Aquí desarrollo la gran familia matriarcal, la comunidad y matrimonio por grupos, convertido luego en matrimonio por parejas.

Mucho tiempo después, aparece la etapa del patriarcado con tendencia hacia la monogamia, donde la gran familia patriarcal se caracterizó por la supremacía del varón sobre la mujer, el establecimiento de la potestad marital y de la patria potestad, así como por la imputación del hijo por el lado paterno. En este periodo la mujer se convierte en propiedad del marido, en su esclava.

Desde otra perspectiva, los evolucionistas modernos, se encargan de presentar otro proceso distinto. Comienza aceptando las etapas de la promiscuidad sexual y la del emparejamiento transitorio, para luego dar cabida a otros tipos familiares como la *consanguínea*, la *punalua*, la *sindiasmica* y la *monogámica*.

En la familia *consanguínea* los grupos conyugales se clasificaron por generaciones: abuelos y abuelas, padres y madres, hijos e hijas, nietos y

nietas, donde todos eran maridos y mujeres a la vez, excepto los padres e hijos que estaban excluidos de las relaciones sexuales.

Los hermanos y hermanas, primo y primas de primer, segundo y tercer orden eran hermanos y hermanas a la vez, por tanto, maridos y mujeres.

Luego le sigue la familia punalua, que es solo una derivación de la familia consanguínea con la diferencia de que los hombres de una agrupación de punaluas se unían con mujeres de otro grupo, constituyendo una agrupación de punaluas (compañeros). El rasgo característico era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en un determinado círculo familiar. En este grupo familiar se excluyeron de las relaciones sexuales a los hermanos y hermanas, pero subsistieron entre primos. El proceso fue lento y paulatino; primero, se excluyó a los hermanos uterinos y luego a los colaterales. Tal ocurrió en la familia hawaiana.

Con el correr del tiempo aparece la familia sindiasmica, caracterizada por la existencia de un círculo más restringido en las relaciones sexuales, excluyendo a los parientes lejanos. En este tipo de familiar el varón asumió la función gobernante sobre la mujer, los hijos y su patrimonio, se practicó la poligamia o poliginia, donde el varón opta por una favorita sin perjuicio de tener varias mujeres. El harén se constituyó en la casa del polígamo y fue el recinto donde vivían las esposas y sus servidoras. Han existido recintos de esta naturaleza en las sociedades judías, babilónicas, hindúes e incas. En el mundo islámico es una institución establecida desde hace mucho tiempo, por eso, el Corán, permite tener hasta cuatro esposas.

Por último, se llega a formas de familia matriarcal o patriarcal con tendencia a la monogamia. Este tipo de familia monogámica fue fruto del triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva. De este sistema, nacen muchas instituciones que sirven de base para la actual organización jurídica de la familia, siendo sus notas típicas: la potestad marital, la patria potestad y la filiación paterna, destacándose la preponderación del varón sobre la mujer.



### **C. Derecho antiguo.**

El pueblo hebreo, mentor del cristianismo se basa inicialmente en la poligamia, estableciendo con posterioridad la familia monogámica y el derecho de repudio previsto en la ley mosaica.

Los griegos adoptaron también la poligamia y el repudio, considerando a la mujer como a un ser inferior al varón. Aquí, el matrimonio fue utilizado como un medio para hacer arreglos políticos y en la mayoría de los casos con sentido de comercio, al extremo de vender a la mujer desde temprana edad. Los hijos no tenían derecho a formar patrimonio propio, pero competían entre legítimos e ilegítimos.

En el Derecho Romano, la familia o domus era la célula social o la base del Estado, la que estuvo organizada en dos sentidos: la cognada, integrada por personas unidas por vínculo consanguíneos o de parentesco y, la agnada, por personas ligadas entre sí por el parentesco civil. El matrimonio tuvo carácter monogámica y admitió varias formas como confarreatio, la coemptio, el usus y el matrimonio sine manus. Lo típico de estas familias ha sido el sometimiento absoluto de los miembros de la familia (inclusive esclavos) a la autoridad del pater familias que tuvo la triple condición de jefe, juez y sacerdote. La fuente principal de esta autoridad se hallaba en la justae nuptiae o matrimonio legítimo.

La familia en el Derecho Germano se fundó en la poligamia, pero con el correr de los tiempos se instala las formas monogámica y la organización patriarcal de la misma. El matrimonio se realizó por medio de la compra que daba derecho al repudio, de lo contrario a mujer quedaba bajo la dependencia del mundium o marido.

### **D. Derecho medieval.**

La familia en esta etapa se fundó en la más completa desigualdad y en el predominio del sexo masculino derivado de la propiedad privada. Con razón se asevera, que ni los esclavos ni la nobleza feudal conocieron o apenas conocían el matrimonio basado en el amor recíproco, porque entre ellos el matrimonio solía ser un acto político, un procedimiento para extender sus dominios mediante la alianza matrimonial. Aquí lo decisivo no eran precisamente las simpatías personales sino los intereses de la casa señorial.

Debe recordarse, en este mismo orden, el derecho de pernada del señor feudal en la Europa medieval. Pernada, deriva de poner la pierna sobre el lecho del vasallo y de su esposa, y de la facultad del señor de sostener relaciones con la mujer de aquel, quien a cambio de ello obtenía determinados beneficios o derechos, como por ejemplo, cazar en los bosques y en los cotos del señor, caso en el cual y para dar mayor publicidad a ese derecho, el vasallo colocaba cuernos sobre la puerta de su vivienda.

Aquí, la filiación se establece con criterios de legitimidad e ilegitimidad. La herencia pertenecía íntegramente a los hijos legítimos particularmente al hijo mayor, excepcionalmente, a los segundones e hijas mujeres; pero, para las familias de las clases oprimidas, no tenían ninguna significación, salvo en lo que concierne al tamaño de estas, ya que constituía un activo desde el punto de vista económico.

La iglesia introduce el carácter sacramental del matrimonio y la concepción de su indisolubilidad, fortalece el parentesco espiritual con la administración del bautismo y la confirmación. Su influencia sirvió para moderar la autoridad despótica del padre. No cabe duda de que el cristianismo transformo profundamente con su doctrina el concepto de familia que legara el Derecho romano, dotándose de contenido ético y humanizando las relaciones entre los miembros que la integran.

#### **E. Derecho moderno.**

la familia se cimienta sobre la unión monogámica con posibilidad de elegir el cónyuge partiendo de la inclinación mutua, porque como resabio de épocas pasadas lo más importante para los pretendientes es el origen, la fortuna, la herencia, la religión y excepcionalmente, el amor; pero cuando el matrimonio y la familia no se basan en él, solo existe una vida familiar cruel, una ilusión de vida familiar, al que suele reducirse frecuentemente el matrimonio de familias acomodadas en las que el tedio y el dinero actúan de nexos entre los cónyuges.

Por otro lado, la influencia del capitalismo y del industrialismo en la vida familiar, frecuentemente condena al obrero a no poder formar una familia o a formarla y a vivir en la estrechez, los hijos se venden a las fábricas y las mujeres al incorporarse a la producción se ven imposibilitadas de cumplir

con sus obligaciones familiares. Engels, escribe, que esta incorporación a pesar de ser un fenómeno progresivo, conduce constantemente a que un hombre fuerte sea despedido de su trabajo mientras que la mujer se convierte en sostén de la familia, absurda situación que tiene como secuelas inevitables el adulterio y la prostitución.

Según la concepción más generalizada, el matrimonio es un contrato, una cuestión de derecho. Rousseau explicaba, que la familia era una institución regida por leyes naturales y que las humanas no tenían por qué interferir en ese desarrollo, que el matrimonio no era necesario y si existía, debería considerarse como un contrato civil. Por su parte, Voltaire, afirmaba que el matrimonio era una institución donde el divorcio resultaba una necesidad natural.

#### **F. Derecho contemporáneo**

Los filósofos del siglo XVIII pregonaron la libertad, la igualdad y la fraternidad; sin embargo, el Código de Napoleón de 1804, consagra la preeminencia del marido, la subordinación de la mujer y la desigualdad de los derechos de los hijos. Su influencia repercutió en la mayor parte de los códigos civiles del mundo.

Cabe mencionar, que con preocupación se constata lo que Engels y Enccerus sostenían, que la historia de la familia no era más que la historia de su descomposición en grupos cada vez más reducidos. En efecto, de la gran familia comunal (hordas), se pasa a la familia por grupos (consanguinidad, punalua y sindiasmica), luego a la familia estirpe (romana) y, por último, a la familia nuclear (solo padres e hijos). Inclusive, hoy ya es posible constatar la forma más elemental de organización humana, expresada en el binomio madre-hijo, cuyo número es cada vez más creciente.

De otro lado, van surgiendo fenómenos que van modificando la estructura familiar, llegando a amenazar su propia existencia como el aumento de las uniones de hecho y la disminución de las uniones matrimoniales, el incremento de la natalidad y las prácticas abortivas, el desarrollo de las ciencias biogenéticas como la inseminación artificial, la fecundación



extrauterina, la manipulación genética, la clonación y la partenogénesis que exigen una posición más decidida en lo que corresponde al derecho.<sup>1</sup>

## 1.2 Concepto

No hay concepto sobre la acepción etimológica de familia. El nombre se habría derivado de fames que significa hambre. Para Cornejo Chávez esta voz “alude al hecho de que es en el seno del grupo domestico donde el hombre satisface sus necesidades primarias”<sup>2</sup> También se acepta que derivarían del vocablo famulus que significa, siervo, esclavo, este término se habría usado en Roma debido a la conformación del grupo familiar también por esclavos. Todos los miembros del grupo estaban sujetos a la autoridad de un jefe.

Sin embargo la concepción etimológica, resulta insuficiente para llegar al concepto de familia por lo que resulta necesario buscar su concepto en la esencia sociológica y jurídica. Desde el punto de vista sociológico, la familia resulta ser una organización de personas determinadas por la propia naturaleza humana para llevar a cabo actos de la vida diaria consustanciales a los seres humanos. En cambio desde el punto de vista jurídico el concepto de familia tiene un sentido amplio y un sentido restringido.

La más importante finalidad de la familia es de carácter natural y está unida a la reproducción.

### Características

- Es una comunidad de personas, en la medida en que supone una organización.
- Tiene su base en la unión de un hombre y una mujer para realizar actos propios de la generación humana.
- Las personas que integran la comunidad familiar, vinculan su desarrollo al grupo, existe entre ellas un afecto que las induce a colaborar entre sí, a prestarse auxilio, a compartir las alegrías, lo que se conoce con el nombre de afecto familiaris.

---

<sup>1</sup> PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Op. Cit. Pág. 34.

<sup>2</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Op. Cit. Pág. 18.

Dentro del ámbito del desarrollo de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, encontramos que se han establecido algunas nociones de familia, debido que la Constitución Política vigente, y las que la precedieron, no llegaron a plasmar un concepto específico que defina la familia o las familias dentro del texto normativo. Por tal razón, el TC en su labor de defensa de la Constitución y la tutela de los derechos constitucionales ha establecido algunos criterios, que contribuyen a llenar el vacío conceptual y de contenido, que tiene la familia dentro de nuestro sistema jurídico.

El supremo colegiado constitucional, ha establecido un concepto de familia elaborado con base en una compilación conceptual proveniente de los tratados internacionales, señalando que:

“A nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como (núcleo fundamental de la sociedad), (elemento natural y fundamento de la sociedad), (fundamento de la sociedad), (asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas), (base de la sociedad), (célula fundamental de la sociedad). Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 23 del PIDCP establece que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Es resumen, el Tribunal Constitucional ha resaltado de manera imperiosa la obligación y la necesidad del Estado de proteger y salvaguardar a la familia como institución fundamental de la sociedad, reconociéndola como un espacio privilegiado de desarrollo para los ciudadanos.<sup>3</sup>

### 1.3 Naturaleza Jurídica

La familia es objeto de protección constitucional y también legal por ello. Resulta necesario regular las relaciones entre sus miembros. Sin embargo, no se puede prescindir de su naturaleza sociológica constituida por las relaciones que se dan entre sus miembros que constituyen un sistema integrado en la estructura social. El Derecho trata de regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar, imponiendo deberes y obligaciones

---

<sup>3</sup> ILLIAN MILAGROS HAWIE LORA, Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia, Pág. 22, Gaceta Jurídica 2015.

entre sus miembros, sin embargo, a esta regulación escapan las costumbres y las tradiciones relacionadas con las concepciones éticas y morales de los conformantes de la familia. La familia es pues, una institución jurídica social.

Habida cuenta que la familia se caracteriza por una vida conjunta de sus miembros, que tiene como base la unión de dos personas con una vida en común en la cual, los miembros se prestan mutuo apoyo moral y material con proyectos de vida respecto de los hijos; la ley regula estas relaciones y ello determina la naturaleza jurídica de la familia. Sin embargo, no es posible admitir que todos los problemas de la familia se solucionen mediante el Derecho ya que los miembros de la familia actúan frecuentemente con reglas o impulsos no son jurídicos.

Conforme a nuestra legislación la principal forma de constituir una familia es el matrimonio, de él se deriva un parentesco que es reconocido y amparado por Ley. Sin embargo, existen otras formas que también generan parentesco como es el caso de las uniones de hecho admitidas por nuestra Constitución y reguladas en el artículo 326 del Código Civil, y también la adopción.

EL Código Civil de 1984, vigente en la actualidad, no contiene una definición expresa de familia no obstante de tener un libro con la denominación de Derecho de Familia. Sin embargo, en los libros que componen el Código Civil hay diferentes normas de las cuales se puede concluir que la noción jurídica de familia que se infiere del Código es aquella que la considera como una comunidad basada en la asociación permanente de un hombre y de una mujer, de origen matrimonial destinada a realizar actos propios de la generación; que está integrada por personas unidas por un afecto natural que determina que se ayuden mutuamente y conjuntamente aspiren al desarrollo económico del grupo.

La concepción de familia que se infiere del Código de 1984 es el resultado del desarrollo de los postulados de la Constitución de 1979 en la misma que se contemplaron los principios de protección del matrimonio y de la familia como institución natural y fundamental. Se contempla también el principio de amparo a las uniones de hecho al reconocerles que dan lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de las sociedades de gananciales en cuanto les sea aplicable, siempre que sus conformantes



tengan una unión estable, libre de impedimentos matrimoniales. También se observa el principio de igualdad de derechos entre los hijos sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Además, están presentes los principios de protección y asistencia a la madre, al niño al adolescente y al anciano que se encuentren en abandono moral o económico.

La Constitución de 1993 en cambio, considera a la familia como una sola sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial, destacando que las personas conformantes de la familia están unidas por vínculos jurídicos que se derivan de las relaciones intersexuales y de la filiación.

La Constitución actualmente vigente, tiene abundantes referencias de carácter protector a la familia las mismas que obedecen a la consideración de que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad. No obstante, también se considera que además de ser una institución fundamental, tiene una especie de debilidad y fragilidad congénita que determina la protección que la Constitución le da.

#### **1.4 Importancia**

La importancia de la familia está fuera de toda discusión. Este consenso abraza todos los tiempos y lugares. Como es admitido también en forma unánime, la familia la institución fundamental del ordenamiento social. Su carácter natural, la hace irremplazable, así pues, la familia no espera para aparecer, que el Estado le asigne un estatuto jurídico, nace espontáneamente: en la mayor parte de las sociedades, la familia existe sin intervención de Estado y es regida por las costumbres.

Para Cornejo Chávez, desde un enfoque individual, la familia "funciona primariamente, como un mecanismo de defensa frente a todas las agresiones, las biológicas: el hambre, la sed, la enfermedad; las físicas: el frío, el calor la intemperie; las del medio social: el abuso de los más fuertes".<sup>4</sup>

Además, la familia tiene, también, una dimensión social, siendo así el primer entorno social del que dispone el ser humano, y dentro de este entorno es objeto de la socialización mediante la cual se, le transmite aprendizajes de

---

<sup>4</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Óp. Cit., Pág. 21.

conocimientos, de valores, de virtudes, creencias religiosas. En general la cultura de la sociedad a la que pertenece.

Además, la familia tiene otros roles y funciones trascendentes como es la reproducción y por tanto la perpetuación de la especie. Josserand, citado por Peralta Andía sostiene que "la familia tiene como razón de ser la propagación de la especie humana y la permanencia de la raza".<sup>5</sup> También tiene una función económica, pues la familia procura incrementar el patrimonio económico y luego conservarlo asignándolo a sus miembros.

La familia también, viene a llenar las necesidades emotivas y psicológicas del ser humano, pues es una comunidad de amor que comparte diariamente con los otros miembros, es el refugio último ante la adversidad, el ámbito en el que se comparten alegrías, penas, proyectos realizaciones el entorno dentro del cual el ser humano acabará sus días.

La Iglesia Católica, concede a la familia una importancia especial y la considera como una comunidad de amor y solidaridad insustituible, en la que se trasmite conocimientos entre las generaciones y enseña valores culturales sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros.

### **1.5 La familia en el ordenamiento legal nacional**

Por la importancia de la familia, expuesta en el punto anterior, el Estado de manera especial, dando por ello a los estados de familia, el carácter de orden Público y por ello las relaciones familiares no pueden ser alteradas a voluntad de las personas, de acuerdo a su autonomía privada, sino que están enmarcadas dentro del orden público y el interés de la sociedad.

Las normas relacionadas con el Derecho de Familia, están impregnadas de normas éticas, morales y aun de la tradición, aspectos que no se dan en otras ramas del Derecho Civil.

---

<sup>5</sup> PERLTA ANDIA, Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Pág. 44, Idemsa, Lima 2011.

Un problema de mucho debate en la doctrina, es el relacionado con la ubicación legislativa del Derecho de Familia dentro del Derecho. Al respecto se han desarrollado hasta 3 teorías:

**a. Teoría que la ubica dentro de Derecho Público.-** Jellinek, es el abanderado de esta posición y según él, el Estado tiene legítimo interés en que sus súbditos cumplan con los deberes y derechos que nacen la relación familiar.

Así pues, las normas del Derecho de familia se movilizan primeramente en un ámbito de orden doméstico y de allí se desplazan a otro ámbito que corresponde al derecho Privado, para luego pasar al Orden Publico en que está interesado el Estado.

**b. Teoría que la señala como distinta al Derecho Público y al Privado.-** Esta teoría tiene su máximo exponente en Cicu. Este tratadista sostuvo que el Derecho de Familia es tercer género, distinto del Derecho Privado y del Derecho Público.

En el Derecho Público se da el interés del Estado como exigencia superior que debe ser satisfecho por la persona. Este Interés tiende a salvaguardar al Estado, a hacerlo prevalecer sobre el individuo y determina que para el Derecho Público no puede existir un interés individual que se pueda oponer al del Estado.

En el Derecho Privado la persona se halla en una posición de libertad y sus intereses son autónomos, independientes y por tanto su interés se puede oponer al del Estado en razón a la autonomía de la que goza.

Para Cicu, el Derecho de Familia no está ubicado ni dentro del Derecho Público, ni dentro del Privado en razón a que mediante el, se pretende cautelar el Interés Familiar y no el interés del Estado ni el personal. El Interés Familiar no admite que los intereses de los miembros de la familia sean contrarios ni opuestos, sino que estén subordinados al interés familiar como interés Superior. Esto determina que el Derecho de Familia sea una rama distinta del Derecho respecto del derecho Privado y del Público.



**c. Teoría que ubica como parte integral del Derecho Social.-** Para esta teoría los principios generales de derecho Civil, no son aplicables al Derecho de la Familia en razón que está ubicado dentro del denominado Derecho Social.

Antoni sostenía la existencia de una división tripartita del Derecho: Derecho Público, Derecho Privado y derecho Social. Conforme a esta división, el Derecho Público, tiene como sujeto al Estado y es a este sujeto que deben subordinación las personas o sujetos secundarios El Derecho Privado por su parte tiene como sujeto a la Persona o al Estado como particular, no hay sujeto jerárquico, las obligaciones y derechos de las personas. Nacen de su voluntad limitada por el Orden Público. El Derecho Social viene a ser la sociedad misma, entre cuyos integrantes existe reciprocidad en sus relaciones, de tal manera que cuando se ejerce un derecho, se cumple con un deber. Dentro de esta concepción se ubica al derecho de familia conjuntamente con el Derecho laboral y el Derecho a la seguridad social.

Desde los tiempos romanos el Derecho de Familia fue considerado como parte integrante de Derecho Privado y por tanto ubicado dentro del Derecho Civil. Sin embargo, el Derecho de Familia ha sufrido modificaciones respecto de su ubicación dentro de las ramas del Derecho. Así El Código de Napoleón de 1804, siguiendo la tendencia del Derecho Romano, lo ubicó dentro del Derecho Civil. La influencia a nivel mundial de este cuerpo de normativo determinó que muchos países adoptaran también este criterio que duró hasta poco después de la Primera Guerra Mundial pues fue en 1918 que Rusia promulgó lo que sería el Primer Código de Familia que denominó Código de Actas de Estado Civil y de Derecho Matrimonial, Familiar y de Tutela.

El Código de Rusia legisló los asuntos de familia independientemente del Código Civil por primera vez en la historia introduciendo así un criterio distinto al del Código de Napoleón, sin embargo, probablemente por el estado de convulsión en que vivió el mundo. Los demás países no adoptaron el mismo criterio y prácticamente fue a consecuencia de la segunda guerra mundial que se implantó en los países dominados por la Unión Soviética como Alemania Democrática, Yugoslavia, Checoslovaquia, más por

imposición política que por decisión autónoma, ello sucedió después de 1948.

Sin embargo, este nuevo criterio, hacia justicia en realidad a la importancia de la familia y la naturaleza de los derechos relacionados con los estados de familia y con el correr de los años, fue recogido con otros países. En América latina, tenemos los casos de Bolivia que promulgó su Código el 23 de agosto del año de 1972, Costa Rica que lo promulgó el 21 de setiembre de 1973, Cuba. El 14 de febrero de 1975.

En nuestro país, sin embargo, el Derecho de familia ha estado siempre ubicado dentro de uno de los libros del Código Civil. Así en el Proyecto Vidaurre de 1834 lo encontramos en el Libro de las Personas y la Servidumbre. Dentro de este Libro existen títulos referentes a instituciones familiares como los Esponsales, el matrimonio, la Dote, la Condición de la Mujer y el Divorcio, instituciones estas concebidas en una sociedad de trato asimétrico hacia la mujer así podemos encontrar textos como los siguientes: El Marido es el administrador de los bienes de la mujer de cualquier clase que sean. La mujer no puede celebrar contratos ni ratificar los celebrados por el marido”, “de cien testamentos de las mujeres casadas, noventaiocho contienen la voluntad del marido la que se escribe”, “en las sociedades civiles que han sido formadas por los hombres y no por las mujeres, el contrato de matrimonio comenzando ordinariamente por él, que tiene más autoridad sobre los hijos que la mujer, de manera que, aunque los hijos deban sin contradicción honrar a su madre y testificarle su reconocimiento por los beneficios que han recibido de ella, no son obligados por ello a obedecerla, cuando el padre manda lo contrario, en cosas en que no hay nada de injusto”<sup>6</sup>.

EL Código Civil de Santa Cruz de 1836 y 1837, también incluye a la familia dentro del Derecho Civil expresamente en el Libro Primero: de las personas, el mismo que cuenta de once títulos. En el título V se ocupa del matrimonio, en el Título VI del divorcio, en el VII de la paternidad y la filiación, en el VII de la Adopción, en el IX de la Patria Potestad.

---

<sup>6</sup> NUÑEZ RAMOS, Carlos, Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX, Pág. 266, 267 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2013.

El Proyecto de Código de 1847, que es el antecedente inmediato del Código de 1852 también considera el Derecho de Familia dentro del Derecho Civil. El Proyecto se divide en 3 libros, el Primero se denomina De las Personas y de los Derechos que como tales Tienen", el segundo se titula "De las Cosas, del Modo de Adquirirlas y de los Derechos que las personas tienen sobre ellas" y el tercero que se titula: "De los Derechos que unas personas tienen sobre otras, o de las obligaciones que nacen de los contratos o los cuasi contratos". Los asuntos de familia se tratan en las secciones 3 y 4 del libro y en ellas expresa la concepción asimétrica de la mujer a la que hemos hecho mención.

El Código Civil de 1852 persistió en la misma línea de los anteriores considerando los asuntos de familia dentro del Derecho Civil específicamente dentro del Libro de las personas dentro del cual se ocupa de las mujeres de la condición de los hijos, del Matrimonio y el Divorcio. El enfoque asimétrico para los conformantes de la familia persiste en este Código.

El Código Civil de 1936 trata, también, los asuntos de familia dentro del Derecho Civil en el libro segundo, desarrollando normas sobre instituciones como: el Matrimonio en la sección primera, del Régimen de los Bienes en el Matrimonio en la sección segunda; del Divorcio en la sección tercera; de las Relaciones de Parentesco en la sección cuarta; de la Tutela en la sección quinta; de la Cuartela en la sección sexta y del Consejo de Familia en la sección séptima.

El Código Civil de 1984, vigente en la actualidad también comprende los asuntos de familia dentro del Derecho privado específicamente dentro del Libro Tercero.

Las posiciones doctrinarias respecto de la ubicación de los temas familiares dentro del Derecho Público, Privado o social, para Cornejo Chávez no son obstáculo para que las normas relativas al Derecho de Familia "integren un Código independiente"<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Óp. cit. Pág. 39.



## 1.6 La familia y su reconocimiento internacional

La familia como la institución más importante del Estado ha merecido especial protección que se ha consignado de las Constituciones de los Estados. Señalaremos las siguientes:

### a) En Europa

- Constitución española en su artículo 38 señala que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
- La Constitución alemana en su artículo 6.1. precisa que la familia gozará de especial protección del ordenamiento estatal.
- La Constitución de Irlanda en su artículo 41 señala que el Estado reconoce a la familia como un grupo natural, unitario, primario y fundamental de la sociedad y como institución moral poseedora de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a toda ley.
- La Constitución Italiana en su artículo 29 reconoce a la familia como la sociedad natural del ser humano.
- La Constitución Portuguesa en su artículo 35 señala que es un derecho de todos, el de constituir una familia.

### b) En nuestro Continente

- Las Constituciones de Paraguay, Venezuela y Ecuador, señalan que la Familia es la cedula fundamental de la sociedad. (Arts. 22, 73 y 81 respectivamente).
- La Constitución de Costa Rica señala, en su artículo 52, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.
- Las Constituciones de Chile Nicaragua y Colombia en sus artículos 1, 70 y 42 respectivamente consideran a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.
- Las Constituciones del Salvador y Haití, precisan que la familia es la base fundamental de la sociedad en sus artículos 33 y 259 respectivamente.
- Las Constituciones de Uruguay y Brasil en sus artículos 40 y 226 respectivamente señalan que la familia es la base de la sociedad.
- Finalmente nuestra Constitución el artículo 4 declara que la familia es el instituto natural y fundamental de la sociedad.

La familia como institución natural fundamental y por lo tanto importante, ha sido reconocida también por instrumentos internacionales así:

- La Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre en su artículo 6, señala que toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 17 precisa, que el ser humano tiene derecho a casarse y fundar una familia y reconocer a esta como elemento natural y fundamental de la sociedad.
- El Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo 23 señala que, la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad.
- El pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su artículo 10 precisa que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.

## 2. El Matrimonio

### 2.1 Concepto

“El matrimonio es la base fundamental de la familia, es el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el derecho, no son más que consecuencias o complementos de aquél. Por esta razón, el matrimonio es un instituto jurídico; pero acaso de mayor importancia que todas las demás instituciones del derecho privado, porque 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. A diferencia de otras instituciones, que se proponen la conservación y desenvolvimiento del individuo, ésta se encamina a la conservación y desarrollo de la especie; en él se encuentran los elementos de toda sociedad y los particulares comprendidos en el destino humano.

La palabra matrimonio, atendiendo a su significación etimológica, significa carga o cuidado de la madre más que del padre, porque si así no fuera, se hubiera llamado patrimonio; el matrimonio quiere decir tanto, en romance, como officio de madre<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> JARA QUISPE, Rebeca S., GALLEGOS CANALES, Yolanda. Manual de Derecho de Familia, Doctrina – Jurisprudencia – Practica. Pág. 29. Lima 2015

Peralta Andía señala que el termino matrimonio, deriva de maritus o marido. Otros aseveran que procede de matrimonium a su vez de matris y munium, oficio o cargo de madre.

También se emplea el término nupcias como sinónimo al matrimonio y dicho vocablo proviene a su vez del término latino justa nuptiae, a su vez deriva de “nubere” que significa cubrir, expresando así el efecto del velo que cubría a la novia durante la ceremonia del matrimonio.

Normalmente se ha definido al matrimonio como la unión legítima entre marido y mujer. “legítimo” indica la sanción de una ley, ya sea natural, religiosa o civil, mientras que la frase, “marido y mujer”, implica los derechos mutuos de los cónyuges en las relaciones sexuales, de la vida en común, y de la unión permanente. Las dos últimas características distinguen el matrimonio del concubinato y de las uniones en las que el deseo sexual es el motivo predominante.

Desde el punto de vista sociológico el matrimonio es la institución que consagra las relaciones de las personas y de las cuales deriva o se consagra la familia. Los tratadistas están de acuerdo que esta unión es voluntaria, en base al sentimiento del amor implica una sociedad para toda la vida, no solo para perpetuar la descendencia y la especie, sino para llevar en conjunto proyectos de realización de todos sus conformantes.

## **2.2 Aspectos Históricos.**

### **2.2.1 El matrimonio en diferentes pueblos.**

Teorías como la de Engels introdujeron la idea de que al inicio de la humanidad predominó una situación de desorden que denominó promiscuidad sexual, sostiene que este era el tipo de relación que se daba casi entre todas las personas. Esta teoría ganó con tal rapidez gran número de adeptos, que llegó a ser considerada por muchos escritores como una verdad demostrada. Se consideró que paralelas a la evolución cultural, las costumbres sociales del hombre primitivo, incluso las relaciones sexuales, deben de haber diferido muy poco de los usos correspondientes entre los animales, deben de haber diferido muy poco de los usos correspondientes entre animales, fue asumida también ávidamente por los Socialistas



Marxistas, debido a la similitud con sus teorías de la propiedad común primitiva y del determinismo económico.

Investigaciones posteriores confirman y van más allá de las conclusiones de Engels y establecen que la posibilidad de que el matrimonio o unión entre un varón y una mujer, aunque a menudo era transitoria y la regla frecuentemente violada, sin embargo, era la forma típica de unión sexual desde los comienzos de la raza humana.

Una desviación de la forma típica de unión secular que, sin embargo, también es llamada matrimonio, es la poliandria, la unión de una mujer con varios hombres al mismo tiempo. Ha sido practicada en varios momentos de la historia en algunas tribus. Existió entre los antiguos bretones, los habitantes de las Islas Canarias, los aborígenes de América, los hotentones, los habitantes de la India, Ccilán, Tíbet, Malabar y Nueva Zelanda. En la gran mayoría de estos casos, la poliandria fue una forma excepcional de unión conyugal, que como dijimos no puede extenderse a toda la humanidad.

Sin embargo aún en estas uniones, la poliandria, estaba orientada en dirección a la monogamia; la esposa no pertenecía a varios hombres totalmente independientes, sino a un grupo unido por lazos más íntimos de la sangre; ella se casaba con una familia en vez de con una persona. Y el hecho de que uno de sus consortes poseía mayores privilegios matrimoniales, muestra que ella tenía solo un marido en el sentido pleno de la palabra.

A este respecto también resulta conveniente referirnos al levirato, que era la costumbre que obligaba al hermano de un marido difunto a casarse con su viuda. Pero el levirato puede ser explicado sin considerarlo dentro de la poliandria. En muchos casos simplemente indicaba que la esposa, al ser propiedad del marido, era heredada por su más cercano heredero, es decir, su hermano. En otros casos, como entre los antiguos hebreos, el levirato se daba con el fin evidente de continuar con el nombre, familia e individualidades del difunto marido. Se sabe con certeza que el levirato existió entre los habitantes de Nueva Caledonia, los indios piel roja, los mongoles, afganos, hindúes, hebreos y abisinios.

Sin embargo hay algunas razones que explican la existencia de la poliandria. Las causas principales de poliandria eran la escasez de mujeres, debido al infanticidio de las mismas y a la apropiación de muchas mujeres por parte de muchos jefes polígamos y los poderosos de la tribu, y a la escasez de comida que hacía imposible que cada miembro masculino de una familia

mantenga a una esposa. Incluso hoy la poliandria no es totalmente desconocida. Se encuentra en alguna magnitud en el Tibet, en las Islas Aleutianas, entre los hotentones y los cosacos de Zaporogian.

Otra práctica que encontramos en algunos pueblos, es la poligamia (muchos matrimonios) o más correctamente, la poliginia (muchas esposas). Esta forma de unión ha sido y todavía es bastante más común que la poliandria. Existió entre la mayoría de los pueblos antiguos conocidos en la historia y se da en la actualidad en algunas naciones civilizadas, así como en la mayoría de tribus primitivas.

Hoy en día, esta costumbre se sigue dando especialmente entre quienes están bajo la influencia del mahometismo, como por ejemplo, en Arabia, Turquía y algunos en la India. Entre los primitivos, se da principalmente en el África. Sin embargo, la poligamia se ha extendido solo de manera territorial, y nunca ha sido practicada por más que una pequeña minoría. Incluso en los lugares que ha sido prohibida por la costumbre o el derecho civil, la inmensa mayoría de la población era monógama. Las razones son obvias: no hay sufrientes mujeres para que cada hombre tenga varias esposas, ni la mayoría de hombres están en capacidad de mantener más de una. Por ello los matrimonios polígamos se dan mayormente entre los reyes, jefes, los poderosos y los ricos de la comunidad; y parece que normalmente se daba bajo la forma de bigamia. Es más, las uniones polígamas son como regla modificadas en la dirección de la monogamia, ya que una de las esposas normalmente la primera, ocupa un lugar más elevado en la casa que las otras, o una de ellas es la favorita y tiene grandes privilegios en sus relaciones y trato con el marido común.

Entre las causas principales de la poligamia tenemos:

La relativa escasez de varones, a veces por causa de las numerosas de devastadoras guerras y a veces por un exceso de nacimientos de mujeres; la renuencia del marido a permanecer continente cuando las relaciones con su esposa son indeseables o imposibles; y los deseos lujuriosos. Otra causa o más propiamente una condición, es un cierto grado de avance económico de una persona y una cierta cantidad de riqueza acumulada por algunos individuos que son los menos. En las sociedades más humildes la poligamia es casi desconocida.

Con el tiempo y paralelo al progreso de la civilización se fue implantando y generalizando la unión de un solo hombre con una sola mujer. La sociedad humana ha aprobado la monogamia por la simple razón que la monogamia

esta en armonía con los elementos esenciales e inmutables de la naturaleza humana. Tomando la palabra natural en su sentido pleno, podemos afirmar que la monogamia es la única natural de matrimonio, mientras que las otras formas de unión a las que hemos hecho referencia, responden a ciertas pasiones elementales y satisfacen temporalmente ciertas necesidades superficiales, se ponen a nuestro instinto paternal, el bienestar de los niños y de la especie.

Es indudable que el progreso de la humanidad hacia la monogamia durante los últimos dos mil años, se debe más a la influencia del cristianismo. El cristianismo no solo ha abolido o disminuido la poliandria y la poligamia entre los pueblos salvajes y barbaros que ha convertido a su religión, sino que también ha preservado a Europa y en general a la cultura occidental de la practica polígama del mahometismo, ha protegido el ideal de la monogamia ante la mirada de los personajes más ilustrados, y ha dado al mundo la concepción más plena de la igualdad que debe existir entre el varón y la mujer que conforman una pareja matrimonial.

### **2.2.2 El matrimonio en nuestra legislación.**

El matrimonio ha sido conceptualizado en el ordenamiento legal de diferentes formas:

#### **a) El proyecto Vidaurre de 1834.**

En este proyecto se consideraba el matrimonio como un contrato natural y civil que iglesia considera como sacramento, “para ello los cónyuges se obligan a vivir por siempre, a guardarse fidelidad y a prestarse recíprocos auxilios”<sup>9</sup>.

No obstante que en esa época predominaba la concepción del matrimonio como sacramento, Vidaurre sostenía que era necesario sustraerlo de dicho fuero para considerarlo dentro del fuero Civil.

Respecto del conocimiento de los cónyuges, este elemento aparece en el resto de texto, así hará énfasis en el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, sin embargo, hace algunas precisiones, así hasta los 21 años el hombre y la mujer no pueden casarse sin el consentimiento expreso del padre, madre o tutor bajo sanción de desheredación. De los 21 a los 25 años se debe contar con el consentimiento paterno bajo sanción de ser privados

---

<sup>9</sup> RAMOS NUÑEZ Carlos, Op. Cit. Tomo I, Pág. 257.



de la cuarta parte de la herencia. De los 25 años para adelante los hijos darán un simple aviso a los padres bajo sanción de privarles de la décima parte de la herencia. Los funcionarios que autoricen el matrimonio sin la observancia de las normas del Código, serán destituidos. En caso de ausencia del padre, madre o tutor el juez debería nombrar al pariente más cercano.

Prosiguiendo con el tema del consentimiento, encontramos en este proyecto que el padre puede y debe oponerse al matrimonio del hijo con mujer que practique la prostitución. Igualmente puede oponerse al matrimonio de la hija cuando pretenda casarse con persona absolutamente pobre si ciencia, arte o empleo, con el ebrio o jugador, con el delincuente<sup>10</sup>. En caso de la usencia del padre, esta misma atribución conecte el Proyecto a la madre, los abuelos y los tutores.

También precisara los impedimentos para contraerlo entre los cuales considera la falta de discernimiento, el parentesco hasta el tercer grado, sin embargo, acepta el matrimonio entre colaterales en el cuarto grado, de esa forma podían contraer matrimonio los primos hermanos. También fija impedimentos derivados de la edad de los contrayentes, así, “los hombres pueden contraer matrimonio entre los 18 y 65 años, las mujeres entre los 15 y 55 “salvo dispensa judicial por motivo racional y probado”<sup>11</sup>. La impotencia absoluta también es considerada como impedimento.

Dentro del proyecto Vidaurre no se reconoce a la mujer los mismos derechos que tiene el hombre. Así se considera al cónyuge como el jefe de la familia, mientras que la mujer está bajo la potestad del marido y debe obedecerlo siempre que no sea contrario a la ley o a la religión. El marido tiene la facultad de corregir a la mujer a quien su debilidad le obliga a someterse al marido, pero “con este pequeño sacrificio de su albedrio, logra la seguridad y las comodidades que proporciona un gobierno domestico bien ordenado”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> VIDAURRE, Manuel Lorenzo Proyecto del Código Civil Peruano Págs. 12 y sigs. Primera Parte, de las personas, Imprenta del Constitucional, Lima 1834.

<sup>11</sup> RAMOS NUÑEZ Carlos Op. Cit. Tomo I, Pág. 258.

<sup>12</sup> RAMOS NUÑEZ Carlos Op. Cit. Tomo I, Pág. 262.

Dentro de esta relación asimétrica, justificada por el Génesis, la mujer tiene la obligación de seguir al marido, el no hacerlo constituye causal de divorcio, además está impedida de firmar contratos, de ser fiadora, de enajenar si licencia judiciales bienes inmuebles.

### **b) El Código Civil de Santa Cruz.**

Este código adopta una posición conservadora respecto del matrimonio. Así en su artículo 99 señala: Estando en el Estado el matrimonio elevado a la dignidad de sacramento, las formalidades necesarias para su celebración, serán las mismas que el Concilio de Trento y la Iglesia tienen asignadas. En virtud de esta norma los tribunales eclesiásticos son los únicos competentes para asuntos de matrimonio y divorcio.

El código de Santa Cruz en su artículo 88 estableció como edad para contraer matrimonio 14 años para los hombres y 12 para las mujeres, sin embargo conforme al artículo 83 de este Código el hijo no ha alcanzado los 25 años y las hijas los 23, era necesario el consentimiento de los padres para contraer matrimonio.

Los impedimentos para contraer matrimonio por parentesco, llegaban hasta el cuarto grado de consanguinidad, por ello, de acuerdo al artículo 92 del Código, los primos hermanos estaban impedidos de contraer matrimonio entre sí, la legislación de Santa Cruz no hacía previsión de alguna dispensa para estos casos por grave fuera la situación, debiendo en todo caso recurrirse a la legislación eclesiástica para tal efecto.

### **c) El Código Civil de 1852.**

En este código volvió a consagrarse la posición conservadora que reconocía a los tribunales eclesiásticos como competentes para asuntos del matrimonio. En el título segundo, las Reglas Generales Sobre el Matrimonio se ubica el artículo 132 que señala por el matrimonio, se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo así a la conservación de la especie humana. Como se ve del texto de este artículo se desprende, la imposibilidad de disolución pues es una unión perpetua; sin descuidar el aspecto sexual que se traduce en la procreación. El artículo 134 del mismo código ratifica la postura de que el matrimonio es indisoluble al precisar que: el matrimonio

legalmente establecido, es indisoluble: acabarse solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte es contrario es nulo, y se tiene por no puesto.

Respecto del consentimiento de los contrayentes, el Código lo considera como una condición indispensable al señalar en el artículo 133: no hay matrimonio si los contrayentes no manifiestan, de un modo extremo, su libre y mutuo consentimiento.

Respecto de la competencia para asuntos de matrimonio, considera que corresponde tanto al fuero eclesiástico como al civil, pero en determinados casos. Al respecto, el artículo 138 señala que: los tribunales eclesiásticos conocerán de las causas relativas al matrimonio y al divorcio y los jueces seculares de las de los esponsales, alimentos, cuidado de los hijos liquidación y devolución de bienes, asuntos criminales sobre adulterio y en general de todas las causas sobre los efectos civiles del matrimonio y del divorcio.

En cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio, el Código en el Título Tercero artículo 141 señala que para gozar de los efectos civiles del matrimonio se requiere que el varón haya cumplido dieciocho años de edad y la mujer 16. Especialmente respecto de los impedimentos, el artículo 142 precisa que: No pueden absolutamente contraer matrimonio:

- 1° Los que son parientes consanguíneos en línea recta de ascendientes y descendientes sin limitación alguna, ni distinción de legítimos o ilegítimos.
- 2° Los afines en la misma línea de ascendientes y descendientes.
- 3° Los hermanos entre sí, sean o no legítimos.
- 4° El adoptante con la persona adoptada y ninguna de ellos con el cónyuge viudo del otro.
- 5° El casado mientras vive su cónyuge.
- 6° El que ha recibido órdenes mayores en el estado eclesiástico.
- 7° Los que han profesado en orden monástica haciendo votos solemnes de castidad, si no han alcanzado la nulidad o la relajación de sus votos.
- 8° La persona que mato a uno de los cónyuges o fue cómplice en su homicidio con el cónyuge sobreviviente.
- 9° El impotente.



10° El loco y demás personas que están en incapacidad mental.

Ya dentro del matrimonio, los cónyuges tienen la obligación de criar, alimentar y educar a los hijos conforme lo establece el artículo 173, en tanto que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, así lo establece el artículo 174.

Este código también reglamentar la situación de la mujer dentro de una relación asimétrica así el artículo 175 señala que el marido debe proteger a la mujer, mientras que esta tiene la obligación de obedecerle estando obligado a habitar con el marido y a seguirlo a donde él tenga por conveniente residir, así lo establece el artículo 176. El código también precisa que la mujer no puede presentarse en juicio sin autorización del marido, ni puede enajenar, hipotecar ni adquirir a título oneroso o gratitud sin la intervención del marido.

Este Código, como ya hemos señalado, establecida que el único matrimonio capaz de producir efectos civiles era el celebrado según las formalidades sacramentales del Concilio de Trento y solo entre individuos católicos. La Constitución de 1860 estableció que la religión católica era oficial en el Estado Peruano. Sin embargo, poco a poco fue ganado terreno la tesis de que el matrimonio debería ser el contraído por ante la autoridad civil y que los asuntos del matrimonio con efectos civiles deberían estar a cargo de la autoridad civil.

En el siglo XIX, hubo sucesivos intentos de confiar al Estado, la regulación legislativa y la competencia jurisdiccional, sin embargo, o tuvieron éxito, pero poco a poco la intensa actividad académica dio su resultado pues el 23 de diciembre de 1897, el Congreso promulgo la Ley que establecía en el Perú el matrimonio civil para los no católicos.

La lucha por implantar el matrimonio civil en el Perú, prosiguió sobre todo a nivel de tesis universitarias. Carlos Ramos nos cita el caso del Dr. José Santos Chiriboga quien en su tesis para optar el grado de doctor sostiene que “El matrimonio no es un acto puramente espiritual fundado en el consentimiento religioso que solo se refiere a dios y establece vinculo exclusivamente de conciencia; anterior a todos los cultos y legislaciones

positivas, es un acto humano, la satisfacción de una necesidad racional, fundada en la naturaleza de los seres que llamados a unirse por invencible atractivo y dulce simpatía se asocian por mutuo consentimiento para completar su personalidad agrega. Al Estado le incumbe estatuir las reglas referentes al matrimonio civil estableciendo una norma general, independientemente de toda creencia religiosa”<sup>13</sup>.

El matrimonio siguió adelante ante la numerosa presencia de extranjeros que profesaban fe distinta a la católica, se permitió que puedan contraer matrimonio civil por ante los funcionarios que el Estado autorice en las Municipalidades, ya que se veían obligados a contraer matrimonio por ante sus Consulados.

En sesión del 20 de agosto de 1896, el senador Guillermo Billinhurst presentaba un proyecto de Ley que posibilitaba la inscripción de los matrimonios no católicos en los Registros de Estado Civil con el consiguiente reconocimiento de los efectos civiles, proyecto que finalmente se convirtió en Ley el 23 de diciembre del año de 1897.

#### **d) El Código Civil de 1936.**

Este código a diferencia del anterior, no contiene una definición de matrimonio y se ocupa del en el Libro Segundo, a partir del título primero, artículo 75. En lugar de dar una definición del matrimonio, el legislador se ocupa primeramente de los esponsales, luego de los impedimentos del consentimiento para el matrimonio de menores, de la celebración del matrimonio, de la prueba del matrimonio, de la nulidad del matrimonio y finalmente de los deberes y derechos que nacen del matrimonio.

En la Sección segunda, el Código legisla lo correspondiente al régimen de bienes del matrimonio.

Por el orden seguido en el código, podemos apreciar que el legislador ha previsto la normatividad casi en la secuencia en que sucede el matrimonio y por ello empieza con los esponsales, definiéndola como la promesa mutuamente aceptada, de contraer matrimonio. Es en el título VII en donde

---

<sup>13</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos, Op. Cit, Tomo V, Pág. 284, Lima, 2006.

encontramos algunas normas de las cuales podemos desprender el concepto de matrimonio.

Así podemos inferir que le legislador ha concebido al matrimonio como una institución que combina los criterios de perpetuación de la especie siguiendo así el criterio del Planiol y Rippert con el de comunidad plena de vida sostenida por Ennecerus y a los que hemos hecho mención anteriormente. En efecto el artículo 158 de dicho Código precisa que, por el matrimonio los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y a educar a los hijos; añade el artículo 159 que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, añadiendo el deber de hacer vida en común en el artículo 160.

Sin embargo, podemos observar, que, dentro de la familia, la relación asimétrica entre hombre y mujer persiste, pues el código precisa en el artículo 161, que el marido dirige la sociedad conyugal en tanto que, la mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente al hogar. Esta relación asimétrica es profundizada por otras normas, así el artículo 162 señala que el marido le compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir lo referente a su economía; el artículo 169 señala que el marido es el representante de la sociedad conyugal, el artículo 173 señala que la mujer para trabajar o ejercer cualquier profesión o industria debe contar con el consentimiento tácito o expreso del marido haciendo establecido también la jurisprudencia que para aceptar letras de cambio, la mujer casada debe estar expresamente autorizada por el marido.

#### **e) El Código Civil de 1984.**

Primero haremos referencia a la Constitución actual, la de 1993 ya que por su categoría de norma fundamental orienta la aplicación de las normas del Código Civil y al efecto puntualizamos que nuestra Carta Magna se refiere en su artículo 4° a la familia y dentro de ella al matrimonio, conjuntamente con el divorcio en los siguientes términos: “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 dos últimos como institutos naturales y



fundamentales de la sociedad, la forma de matrimonio y las causales de separación y de disolución, son reguladas por la ley”<sup>14</sup>.

A diferencia de la Constitución de 1979 que consagro el principio de protección al matrimonio, y por tanto no protegía en la misma forma a otro tipo de unión, la Constitución actual consagra el principio de promoción del matrimonio por el actual “la familia es una sola sin considerar su origen legal o de hecho. Este principio importante el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación”<sup>15</sup>.

El principio de promoción del matrimonio contiene las siguientes precisiones:

- a) El matrimonio debe ser reconocido como la principal fuente y no como la única fuente de constitución de la familia.
- b) Debe fomentarse la celebración del matrimonio bajo la forma civil obligatoria.
- c) Debe propiciarse la conservación del vínculo matrimonial celebrado con algún vicio susceptible de convalidación.
- d) Es posible la disolución del matrimonio conforme a las causales y requisitos que señala la ley.
- e) El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio si tienen la edad y condiciones para ello.
- f) El matrimonio debe celebrarse con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El código civil de 1984, en su artículo 234, precisa 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 de este código, y luego precisa que el marido y la mujer, tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes u responsabilidades iguales.

Por tanto conforme al Texto Constitucional y el Código Civil vigentes el concepto de matrimonio encierra las siguientes características:

- a) Es una unión monogámica.
- b) Es una unión que se realiza entre personas con aptitud para contraerlo.

---

<sup>14</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA, Constitución Política del Perú, Edición Oficial, Editora Perú. Lima 1988.

<sup>15</sup> PLACIDO VILCAHUACHA, Alex, Los principios Constitucionales de la Regulación Jurídica de la Familia. Academia de la Magistratura, Lima 2007.

- c) Es una unión que se realiza entre personas que no pertenecen a una familia nuclear.
- d) Es una unión formalmente constituida.
- e) La ruptura o término del matrimonio, no es de libre disposición de las personas.
- f) La ley regula la forma de requisitos para el matrimonio y señala las causales para su disolución.
- g) Dentro del matrimonio, el hombre y la mujer tienen iguales deberes derechos y responsabilidades.

Esta forma de concebir al matrimonio también está de acuerdo con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Por el principio de promoción del matrimonio, se da preferencia al vínculo matrimonial antes que a las uniones convivenciales o uniones de hecho a las que hacer referencia la Constitución en su artículo 5 y el Código Civil en el artículo 326. Respecto de las cuales se sigue la tesis de la apariencia al estado matrimonial cuando existen las condiciones singularidad y estabilidad por las cuales se les reconoce determinados efectos personales y patrimoniales.

Como quiera en las uniones de hecho se forma una familia esta merece el reconocimiento que la constitución precisa en su artículo 4, sin embargo como ya señalamos siempre se tiene en cuenta el principio de promoción del matrimonio para favorecer a la estabilidad jurídica del vínculo que refleje adecuadamente el nexo biológico.

Respecto de las formas de matrimonio, es necesario que nuestra normatividad legal, si bien reconoce a la ley como la única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la legislación. Ello no impide que en la ley se contemple diversas maneras de contraer matrimonio, por cuanto al final siempre se lo celebrara *secundum legem*<sup>16</sup>. Dentro de estas formas tenemos, el matrimonio celebrado *in extremis*, el matrimonio civil comunitario, también tenemos a los matrimonios diferentes confesiones. Todo ello dentro del marco de la libertad de cultos que reconoce la propia Carta Magna, pero el Estado impone un régimen general y exclusivo que

---

<sup>16</sup> PLACIDO VILCACHAHUA, Alex, Óp. Cit. Pág. 51.

reconoce jurídico solo al matrimonio celebrado ante la autoridad designada por Ley. El divorcio y sus causales, también son reservados a la Ley.

El Código Civil de 1984, tiene un esquema similar al que describimos respecto del Código de 1936, sin embargo introduce una sección de Disposiciones Generales en las que precisa que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamadas por la Constitución Política del Perú (artículo 233) y además define como ya lo hemos expuesto respecto del cual tiene tanto la orientación de Ennecerus como la de Planiol y Ripper, al considerar al matrimonio como una institución mediante la cual se perpetua la especie pero también es una comunidad plena de vida entre los cónyuges, además consagra el principio de igualdad entre los cónyuges a los que se refiere la Constitución en el artículo 4. Así el artículo 290 señala que ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar. El artículo 292 establece que la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges y el artículo 293 señala que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitido por ley y realizar trabajo fuera del hogar

### **2.2.3 El matrimonio en la Legislación Internacional**

Por su importancia para la sociedad, la institución del matrimonio, ha sido reconocido en las constituciones de diferentes países, entre las que citamos las siguientes:

- La Constitución Italiana, artículo 29: La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio.
- La constitución alemana, artículo 6.1. Señala: el matrimonio y la familia gozarán de especial protección del ordenamiento estatal.
- La Constitución de Irlanda, Art. 41, en el que señala que el Estado se compromete a preservar con especial solicitud la institución del matrimonio, en la que se basa la familia, y a protegerla de todo ataque.
- La Constitución del Salvador precisa en el artículo 32, que el Estado fomentará el matrimonio.



- La Constitución de Guatemala en su artículo 47, señala que el Estado proveerá la organización legal de la familia sobre la base legal del matrimonio.
- Las Constituciones de República Dominicana y Panamá, artículo 8 y 15 respectivamente, en el que precisa que el matrimonio es el fundamento legal de la familia.
- La Constitución de Costa Rica, artículo 52. Señala que el matrimonio es la base esencial de la familia.
- La Constitución del Paraguay, en su artículo 81 precisa que se protegerá el matrimonio como institución básica de la familia.
- La Constitución de Colombia, dice en su artículo 42, que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio.
- La Constitución del Perú en su artículo 4 señala que el Estado protege la familia y promueve el matrimonio. Reconoce a estos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad.

### **2.3 Naturaleza del Matrimonio.**

En la doctrina no hay unanimidad sobre la naturaleza del matrimonio, así algunos consideran que el matrimonio es un contrato mientras que otros lo consideraban como una institución, finalmente hay una teoría mixta que considera que el matrimonio reúne a ambas teorías:

#### **a. Teoría contractualista.**

La concepción del matrimonio como un contrato la encontramos ya en Roma y en los pueblos germánicos y se mantiene preponderantemente incluso hasta el Código de Napoleón. Para esta teoría el matrimonio es un contrato pues tiene los elementos esenciales del mismo como son el acuerdo entre los contrayentes, con el mismo que se crea una unión cuyo desenvolvimiento regulan los cónyuges. Consideran también que como contrato está sujeto a los supuestos de nulidad y vicios del consentimiento. No obstante, los mismos seguidores de esta teoría reconocen que el matrimonio tiene una importancia mayor que cualquier contrato.

**a.1 Concepción Contractualista Canónica.-** Considera que, si bien el matrimonio es un contrato, su primera consecuencia es que da lugar a un sacramento el cual dentro del campo de la religión más aun cuando por la

concepción canónica misma consagra su máxima “lo que dios ha unido que no lo separe el hombre”. Así pues, conforme a esta concepción, formado el sacramento la unión es indisoluble.

**a.2 Concepción Tradicional.-** La concepción del matrimonio como contrato civil que se conoce como la concepción tradicional, está inspirada en las ideas Rousseau, Montesquieu y Voltiere que a su vez las recogieron las culturas romanas y germanas. Estos pensadores precisaron que, el matrimonio es u contrato u acto jurídico regido por la autonomía de la voluntad de las partes que permite a los cónyuges no solo formar la unión conyugal sino regularla y aun ponerle fin o resolver el contrato matrimonial para el supuesto de haber fracasado en dicha unión. Se procede pues, en este contrato, sostiene que entre los contrayentes se celebra un convenio, mediante el cual entre varón y mujer se dan recíprocamente el dominio de sus propios cuerpos en orden a la generación de prole y se obligan a cohabitar manteniendo un régimen de vida inseparable.

**a.3 Concepción del acto jurídico y del contrato.-** Una de las primeras puntualizaciones de esta teoría, es la referente a si el matrimonio considerado como un contrato, está regido por la autonomía privada de las partes y respecto de ello precisa que no es así, que además no puede resolverse, que no puede estar sujeto a modalidades de tiempo modo o condición, pues su regulación y efectos los establece la ley, la regulación y disolución del matrimonio así como el cumplimiento de deberes y obligaciones resultan indispensables para las partes pues sus efectos, los deberes y derechos que nacen de el, están regulados por ley. Por ello “por ello se habla de matrimonio como un acto de poder estatal o de un acto jurídico complejo.

## **b. Teoría del matrimonio como institución.**

Como ya lo hemos expuesto el matrimonio no es un contrato privado, es más bien una institución de orden público puesto que para su celebración ante el funcionario público competente, y en sus consecuencias está sujeto a los que establece la ley. En este sentido, si bien los contrayentes son libres de prestar su consentimiento para el matrimonio, una vez celebrado, no pueden substraerse a los efectos de la institución matrimonial, porque está regido por un conjunto de normas que fijan las obligaciones y derechos de

los consortes tanto en sus relaciones internas como externas, limitando así su autonomía privada. Una vez constituida la relación matrimonial, no podrá ser variada, interrumpida ni concluida por la libre voluntad de sus confortantes.

El acto jurídico matrimonial si bien es un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento tiene un fuerte contenido afectivo que une a los contrayentes y que en doctrina se denomina “afecto maritalis”. El matrimonio no es pues, el resultado de un cálculo frío de ventajas sino que “es la respuesta del ser humano a una imperiosa exigencia de su propia naturaleza, que echa a cada sexo en los brazos de otros”<sup>17</sup>

Se trata pues, de una situación cuyas reglas están fijadas anticipadamente por el legislador, independientemente de la voluntad de los contrayentes, quienes no tienen más que adherirse a las mismas; pero una vez expresada esa adhesión, la autonomía de la voluntad resulta impotente para retractarse, porque los efectos del matrimonio se producen automáticamente.

### **c. Teoría mixta.**

Según esta teoría, el matrimonio es un acto complejo mixto, pues tiene elementos tanto del contrato como características de una institución de orden público, es decir que el matrimonio no deja de ser al mismo tiempo un contrato y una institución. En ella se unen el elemento volitivo individual de los contrayentes y el elemento institucional derivado del hecho de ser una institución de orden público protegido por el Estado.

Aunque la doctrina explica suficientemente la naturaleza institucional del matrimonio, no puede obviarse que existen elementos de carácter contractual, por ello se afirma que el matrimonio “como acto es un contrato y como estado una institución”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit., Pág. 61.

<sup>18</sup> PERALTA CHAVEZ, Héctor. Op. Cit. Pág. 61



## **2.4 Deberes y derechos que nacen del matrimonio**

Del matrimonio resulta una serie de derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges, que pueden ser comunes a ambos, o propios, respectivamente, del uno hacia el otro.

### **2.4.1 Obligaciones comunes de los cónyuges frente a los hijos.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 287 del Código Civil, los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos.

Al respecto, el artículo 235, primer párrafo, del Código Civil preceptúa que los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.

### **2.4.2 Deberes de fidelidad y asistencia de los cónyuges**

A tenor del artículo 288 del Código Civil, los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.

Como consecuencia del matrimonio, nace para los cónyuges la obligación del débito sexual por el cual están obligados a mantener relaciones que el otro cónyuge solo debe tener relaciones con el otro, debiendo de abstenerse de sostener relaciones íntimas con personas distintas a él. El deber de fidelidad pues, implica la existencia del débito y de la continencia sexual.

La fidelidad implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber, para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro. En ese sentido se trata de una obligación reciproca de los cónyuges que consiste en la abstención de mantener relaciones sexuales y actos de afectuosidad excesiva con personas distintas del otro cónyuge.

En doctrina se ha dado en llamar la fidelidad formal y material. En la primera, el deber resulta violado por conductas que, sin llegar a la relación sexual del cónyuge con un tercero, implica o permiten presumir una relación que

excede de la meramente amistosa o propia del trato social; en la segunda, el deber de fidelidad resulta violada por el hecho del adulterio.

En el primer caso, no se configura el adulterio, pero si la injuria grave que da motivo para el divorcio o la separación de cuerpos.

El deber de fidelidad implica un aspecto positivo, el derecho del cónyuge a que el otro mantenga con el relaciones sexuales (débito sexual) y, un aspecto negativo el deber del cónyuge de abstenerse de dichas relaciones con terceros (continencia sexual).

Entonces, el débito conyugal deriva del deber de fidelidad y no de la cohabitación.

El artículo 288 establece que los cónyuges se deben recíproca fidelidad, por consiguiente su quebrantamiento no solo transgrede la estabilidad y el orden conyugal, sino ocasiona dos tipos de sanciones. Una de carácter civil, en razón de que franquean al cónyuge ofendido la separación de cuerpos o el divorcio por causa de adulterio y otra de índole penal, posibilitando una sanción para el adúltero y otra de índole penal, posibilitando una sanción para el adúltero y su cómplice, que ahora el nuevo Código Penal no lo contempla.

Tratándose de mujer casada, los supuestos de lesbianismo y de inseminación artificial no constituyen propiamente violación del deber de fidelidad ni adulterio; sin embargo, se consideran actos que importan injuria grave que es causa para el divorcio.

Con respecto al marido, al acto secreto y ocasional con varones, animales, cosas o la propia masturbación tampoco constituyen adulterio, pero esos mismos actos en forma continua y reiterada se reputan conducta deshonrosa que genera también la disolución del vínculo matrimonial, vía divorcio o separación de cuerpos.

### **2.4.3 Deber de cohabitación de los cónyuges**

Significa vivir o habitar juntos o simplemente compartir el techo, la mesa y el lecho.

Más estrictamente se caracteriza por ser recíproca, permanente e indisponible. La primera se da, desde que se deben ambos cónyuges por el hecho del matrimonio, la segunda, porque no puede cesar este deber mientras esté vigente el vínculo conyugal y, por último, porque todo acuerdo o convenio sobre el pacto que dispense a los cónyuges del deber de cohabitar es nulo, salvo algunas excepciones por motivos de salud y trabajo.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 289 del Código Civil, es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

#### **2.4.4 Deberes relacionados con el gobierno del hogar**

De acuerdo a lo normado en el artículo 290 del Código Civil:

- Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.
- A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.

#### **2.4.5 Deber de sostener a la familia y de colaborar en el trabajo del hogar.**

Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo (art. 291, primer párrafo, del C.C.).

Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando este abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges (art. 291. Parte final, del C.C.).

Se entiende por hogar conyugal al conjunto de relaciones que surge entre los cónyuges como consecuencia de la convivencia y que se realiza dentro



del espacio físico donde se estableció el domicilio conyugal. El artículo 167 del Código derogado imponía al marido la obligación de suministrar a la mujer y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus necesidades y facultades lo que se justificaba porque el marido gozaba de una serie de derechos que le permitían un mejor desenvolvimiento en la actividad para recaudar medios dinerarios a fin de sostener el hogar; pero, ahora, debido a la profesionalización de la mujer, su incorporación en la actividad económica y a la igualdad de derechos para el hombre y la mujer ya no se justifica que sea el varón quien asuma esta obligación.

#### **2.4.6 Libertad de trabajo de los cónyuges**

En principio el trabajo es el esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción y a la obtención de riquezas, el mismo que puede ser ejercitado libremente por cualquier persona siempre que no afecte el orden público, la moral y las buenas costumbres.

En aplicación del artículo 293 del Código Civil, cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la Ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si este lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia.

Es de destacar que, según se desprende del inciso 1 de la Quinta Disposición Final del Código Procesal Civil, la pretensión de autorización judicial para trabajar fuera del hogar se sustenta en vía de proceso sumarísimo, vía procedimental esta se tramita de esta manera:

- Presentada su demanda, el Juez puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil (que tratan acerca de la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda), respectivamente (art. 551, primer párrafo, del C.P.C.).
- Si el Juez declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable (art. 551, segundo párrafo, del C.P.C.).
- Si el Juez declara improcedente la demanda, ordenara la devolución de los anexos presentados (art. 551, primer párrafo, del C.P.C.).

- Al admitir la demanda, el Juez concederá al demandado cinco días para que la conteste (art. 554, primer párrafo, del C.P.C.).
- Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez fijara fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad (art. 554, segundo párrafo, del C.P.C.). Cabe indicar que, según el artículo 557 del Código Procesal Civil, dicha audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en tal Código para la audiencia de pruebas (arts. 202 al 211 del C.P.C.).
- Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas (las mismas que, advertimos, se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose solamente los medios de prueba de actuación inmediata: art. 552 del C.P.C.), el Juez ordenara al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuara los medios probatorios pertinentes a ellas (art. 555, primer párrafo, del C.P.C.).
- Concluida la actuación de los medios probatorios pertinentes a las excepciones o defensas previas que hubieren deducido, si encuentra infundadas aquellas, el Juez declarara saneado el proceso y, con la intervención de las partes, fijara los puntos controvertidos y determinara los que van a ser materia de prueba.
- A continuación rechazara los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato (art. 555, segundo párrafo, del C.P.C.).
- Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten (art. 555, penúltimo párrafo, del C.P.C.).
- Después de haber hecho uso de la palabra los abogados de las partes, el Juez expedirá sentencia. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de audiencia (art. 555, penúltimo y último párrafos, del C.P.C.).
- La sentencia es apelable con efecto suspensivo (y el trámite de tal apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo normado en el art. 376 del C.P.C., según lo señala el art. 558 del C.P.C.), dentro de tercer día de notificada, ocurriendo lo propio con la resolución que declara fundada una excepción o defensa previa. Las demás resoluciones son solo apelables

durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo la aplicación del artículo 369 del Código Procesal Civil (que trata justamente acerca de la apelación diferida) en lo que respecta a su trámite (art. 556 del C.P.C.).

Advertimos que en el proceso sumarísimo resultan improcedentes (según el art. 559 del C.P.C.):

- 1.- La reconvencción.
- 2.- Los informes sobre hechos.
- 3.- El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia.
- 4.- Las disposiciones contenidas en los artículos 428, 429 y 440 del Código Procesal Civil. El artículo 428 de dicho Código versa sobre la modificación y ampliación de la demanda y de la reconvencción. En cambio, el artículo 429 del Código Procesal Civil regula la procedencia del ofrecimiento de medios de prueba extemporáneos referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. Por último, el artículo 440 del Código Procesal Civil contempla la procedencia del ofrecimiento de medios de prueba referidos a hechos no invocados en la demanda o en la reconvencción.

#### **2.4.7 Representación de la sociedad conyugal**

De acuerdo a lo normado en el artículo 292, primer párrafo, del Código Civil, la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Al respecto, el referido Código adjetivo en su artículo 65 lo siguiente:

**A)** Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.

**B)** La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el artículo 93 del Código Procesal Civil, según el cual cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario.



**C)** Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el artículo 435 del Código Procesal Civil, conforme al cual: a. cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los artículos 165, 166, 167 y 168 del Código Procesal Civil (numerales que regulan la notificación por edictos), bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal; b. cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal; y c. el plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

**D)** El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta unidades de referencia procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 4 del Código Procesal Civil, según el cual concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidas en el proceso terminado.

Continuando con la representación de la sociedad conyugal, cabe indicar que para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad conyugal es representada indistintamente por cualquier de los cónyuges (art. 929, segundo párrafo del C.C.).

Si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos a que se refiere el artículo 292 del Código Civil sobre la representación de la sociedad conyugal, el juez de paz letrado puede limitárselos en todo o parte, tramitándose tal pretensión limitativa de los derechos de representación de la sociedad conyugal en vía de proceso abreviado (art. 292, último párrafo, del C.C.), vía procedimental esta cuyo trámite general es el siguiente:

- Interpuesta la demanda tienen los demandados:

- A.** tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos;
- B.** cinco días para interponer excepciones y defensas previas, contados desde la notificación de la demanda;
- C.** cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas planteadas contra la reconvencción; y
- D.** diez días para contestar la demanda y reconvenir (art. 491, incisos 1,3, 4 y 5 del C.P.C.
  - El demandante tendrá:
    - A.** tres días para absolver las tachas u oposiciones;
    - B.** cinco días para interponer excepciones o defensas previas contra la reconvencción;
    - C.** cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas;
    - D.** cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda; y
    - E.** diez días para absolver el traslado de la reconvencción (art. 491, incisos 2, 3,4, 6 y 7, del C.P.C.).
  - Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez resuelve las excepciones dentro de los diez días siguientes. Si las declara infundadas, declara también el saneamiento del proceso De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451 del C.P.C. (art. 449 del C.P.C.).
  - El auto de saneamiento procesal se expide dentro de los diez días de vencido el plazo para contestar la demanda o reconvenir (arts. 491, inciso 8, y 493 del C.P.C.). Conforme refiere el inciso 3 del artículo 465 del C.P.C., el juez de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, ccedera un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.
  - Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercer día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos (art. 468, primer párrafo, del C.P.C.).
  - Sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de la audiencia de pruebas.

La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral (art. 468, segundo párrafo, del C.P.C.).

- La audiencia de pruebas se desarrollará dentro de los veinte días siguientes a la realización del saneamiento del proceso (art. 491, inciso 9, del C.P.C.).

- Las audiencias especial y complementaria, si fuera el caso, se realizarán dentro de los cinco días de efectuada la audiencia de pruebas (art 491, inciso 10, del C.P.C.).

- Se emite sentencia dentro de los veinticinco días de culminada la audiencia de pruebas o las audiencias especial y complementaria, si éstas se hubieren realizado (art. 491, inciso 11, del C.P.C.).

- Las partes podrán apelar la sentencia dentro de los cinco días de notificadas, apelación que tiene efecto suspensivo. Así lo establecen los arts. 491, inciso 12, y 494 del Código Procesal Civil, dispositivo este último que señala con exactitud que: a) en el proceso abreviado tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia; y b) las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas salvo que el Juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.

No podemos dejar de mencionar lo relativo a la presentación unilateral de la sociedad conyugal, situación está prevista en el artículo 294 del Código Civil, según el cual, uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad conyugal:

1. Si el otro está impedido por interdicción u otra causa.
2. Si se ignora el paradero del otro o este se encuentra en lugar remoto.
3. Si el otro ha abandonado el hogar.



### 3. Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal

#### 3.1 Elección y formalidades del Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.

La familia, como toda entidad, necesita para cumplir sus fines medios económicos para satisfacerles, y por lo mismo le es indispensable un patrimonio.

Pero como ha de formarse este, de que fuentes ha de nutrirse, de qué modo han de combinarse y coexistir los bienes patrimoniales del matrimonio con los particulares o privativos de cada cónyuge, son otras tantas cuestiones que dan lugar a la distinta organización de los bienes de la sociedad conyugal, que es, en suma el régimen matrimonial de bienes<sup>19</sup>.

Fassi apunta que el régimen matrimonial “fija como se pondrá a contribución los matrimonios del marido y de la mujer para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia, comprendidas bajo el enunciado cargas del hogar; así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad administración de los bienes integrantes de aquellos patrimonios, o adquirirlos por los conyugues durante la subsistencia del vínculo, y la medida en que esos bienes responderá por las deudas contraídas por el marido o por la mujer, especialmente de la ocasionadas para satisfacer las cargas del hogar”<sup>20</sup>.

En opinión de Rebolledo Varela:

Un régimen matrimonial es estatuto jurídico complejo que trata de dar respuesta y solucionar tres cuestiones básicas que surgen en las relaciones patrimoniales de los cónyuges:

- a) Una cuestión de propiedad: el régimen económico determina a quien corresponde la titularidad de los diferentes patrimonios, masas patrimoniales o conjunto de bienes, que puedan existir en el matrimonio.
- b) Una cuestión de poderes: el régimen matrimonial establece a cuál de los cónyuges corresponde sobre cada una de estas masas de bienes los poderes dispositivos y los de gestión y administración.
- c) Una cuestión de responsabilidad: el régimen matrimonial establece por quien ha de ser soportadas las llamadas cargas del matrimonio o de la familia y por quien la responsabilidad de las obligaciones contraídas para

---

<sup>19</sup> VALVERDE Y VALVERDE, 1926, Tomo IV:256.

<sup>20</sup> FASSI; citado por GUAGLIANONE, 1968, Tomo I: 12.

atender o levantar esas cargas y para cumplir cualesquiera otras obligaciones<sup>21</sup>.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 295, primer párrafo, del Código Civil, antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzara a girar al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad (art. 295, segundo párrafo del C.C.).

Para que surta efecto el régimen de separación de patrimonio, la escritura pública debe inscribirse en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad). Así lo ordena el artículo 295, penúltimo párrafo del Código Civil.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales (art. 295, parte final, del C.C.).

### **3.2 Sustitución del Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.**

Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen patrimonial por otro (es decir, el régimen de sociedad de gananciales se puede pasar al régimen de separación de patrimonios y viceversa). Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad). El nuevo régimen patrimonial tiene vigencia desde la fecha de su inscripción en el indicado registro público (art. 296 del C.C.).

Con arreglo a lo previsto en el artículo 297 del Código Civil, en el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir el juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación de patrimonios, en los casos a que se refiere el artículo 329 del citado cuerpo de leyes, conforme al cual:

---

<sup>21</sup> REBOLLEDO VARELA, 1983.26.

A. Además de los casos a que se refiere los artículos 295 y 296 del Código Civil, el régimen de separación de patrimonios es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúan con dolo o culpa. El artículo 295 del Código Civil prescribe:

a. que antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzara a regir al celebrarse el casamiento;

b. Que si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad;

c. Que para que surta efecto el régimen de separación de patrimonios, la escritura pública debe inscribirse en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad); y

d. Que a falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. Por su parte, el artículo 296 del Código Civil establece:

a. que durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen patrimonial por otro;

b. que para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad); y

c. que el nuevo régimen patrimonial tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

B. Interpuesta la demanda (de sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios, la misma que se tramita en vía de proceso abreviado, según se desprende del inciso 1 de la Cuarta Disposición Final del Código Procesal Civil), puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio de aquel.



C. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad) para que surtan efecto frente a terceros.

D. La separación de patrimonios surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda (de sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios).

Según se infiere del artículo 297 del Código Civil y del inciso 1 de la Cuarta Disposición Final del Código Procesal Civil, la pretensión de sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios se tramita en vía de proceso abreviado, vía procedimental esta que tiene el siguiente trámite general:

- Interpuesta la demanda tienen los demandados:

a) Tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos;

b) Cinco días para interponer excepciones y defensas previas, contados desde la notificación de la demanda;

c) Cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas planteadas contra la reconvencción; y

d) Diez días para contestar la demanda y reconvenir (art. 491, incisos 1,3,4 y 5, del C.P.C.).

- El demandante tendrá:

a) Tres días para absolver las tachas u oposiciones;

b) Cinco días para interponer excepciones o defensas previas contra la reconvencción;

c) Cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas;

d) Cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda; y

e) Diez días para absolver el traslado de la reconvencción (art. 491, incisos 2, 3, 4, 6 y 7, del C.P.C.).

- Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve las excepciones dentro de los diez siguientes. Si las declara infundadas, declara también el saneamiento del proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451 del C.P.C. (art. 449 del C.P.C.).

- El auto de saneamiento procesal se expide dentro de los diez días de vencido el plazo para contestar la demanda o reconvenir (arts. 491, inciso 8,

y 493 del C.P.C.). Conforme requiere el inciso 3 del artículo 465 del C.P.C., el juez de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, concederá un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

- Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrá al juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos (art. 468, primer párrafo, del C.P.C.).

- Solo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el juez señalará día y hora para la realización de la audiencia de pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnable sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral (art. 468, segundo párrafo, del C.P.C.).

- La audiencia de pruebas se desarrollara dentro de los veinte días siguientes a la realización del saneamiento del proceso (art. 491, inciso 9, del C.P.C.).

- Las audiencias especiales y complementaria, si fuera el caso, se realizaran dentro de los cinco días de efectuada la audiencia de pruebas (art. 491, inciso 10. Del C.P.C.).

- Se emite sentencia dentro de los veinticinco días de culminada la audiencia de pruebas o las audiencias especiales y complementaria, si estas se hubieren realizado (art. 491, inciso 11, del C.P.C.).

- Las partes podrán apelar la sentencia dentro de los cinco días de notificadas, apelación que tiene efecto suspensivo. Así lo establecen los arts. 491, inciso 12 y 494 del Código Procesal Civil, dispositivo este último que señala con exactitud que:

a) En el proceso abreviado tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia; y

b) Las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.

### **3.3 Liquidación del Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.**

Al terminar la vigencia de un régimen patrimonial (ya sea el régimen de sociedad de gananciales o el régimen de separación de patrimonios) se procederá necesariamente a su liquidación. Así lo establece el artículo 298 del Código Civil.

### **3.4 Bienes comprendidos en el Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.**

El régimen patrimonial (ya sea el régimen de sociedad de gananciales o el régimen de separación de patrimonios) comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquel en vigor como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 del Código Civil.

### **3.5 Obligación de sostener el hogar bajo cualquier Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.**

Cualquiera que sea el régimen patrimonial en vigor (ya sea el régimen de sociedad de gananciales o el régimen de separación de patrimonios), ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas (art. 300, primer párrafo, del C.C.).

En caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno (art. 300 parte final, del C.C.).

Conforme se desprende del artículo 300 del Código Civil y del inciso 1 de la Quinta Disposición Final del Código Procesal Civil, la pretensión de regulación judicial de la contribución de cada uno de los cónyuges al sostenimiento del hogar se sustancia en vía de proceso sumarísimo, vía procedimental esta que tiene el siguiente trámite general:

- Presentada la demanda, el Juez puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 426 y 427 del



Código Procesal Civil (que tratan acerca de la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda), respectivamente (art. 551, párrafo, del C.P.C.).

- Si el Juez declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable (art. 551, segundo párrafo, del C.P.C.).

- Si el Juez declara improcedente la demanda, ordenara la devolución de los anexos presentados (art. 551, parte final, del C.P.C.).

- Al admitir la demanda, el Juez concederá al demandado cinco días para que la conteste (art. 551, parte final, del C.P.C.).

- Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez fija fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad (art. 554, segundo párrafo, del C.P.C.). Cabe indicar que, según el artículo 557 del Código Procesal Civil, dicha audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en tal Código para la audiencia de pruebas (art. 202 al 211 del C.P.C.).

- Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas (las mismas que, advertimos, se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose solamente los medios de prueba de actuación inmediata: art. 552 del C.P.C.), el Juez ordenara al demandante que lo absuelva, luego de lo cual se actuara los medios probatorios pertinentes a ellas (art. 555, primer párrafo, del C.P.C.).

- Concluida la actuación de los medios probatorios pertinentes a las excepciones o defensas previas que se hubieren deducido, si encuentra infundada aquellas, el Juez declarara saneado el proceso y, con la intervención de las partes, fijara los puntos controvertidos y determinara los que van a ser materia de prueba (art. 555, primer párrafo, del C.P.C.).

- A continuación, rechazara los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato (art. 555, penúltimo párrafo, del C.P.C.).
- Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten (art 555, penúltimo párrafo, del C.P.C.).
- Después de haber hecho uso de la palabra los abogados de las partes, el Juez expedirá sentencia. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia (art. 555, penúltimo y último párrafos, del C.P.C.).
- La sentencia es apelable con efecto suspensivo (y el trámite de tal apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo normado en el art. 376 del C.P.C., según lo señala el art. 558 del C.P.C.), dentro de tercer día de notificada, ocurriendo lo propio con la resolución que declara fundada una excepción o defensa previa. Las demás resoluciones son sólo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 del Código Procesal Civil (que trata justamente acerca de la apelación diferida) en lo que respecta a su trámite (art. 556 del C.P.C.).

Advertimos que en el proceso sumarísimo resultan improcedentes (según el art. 559 del C.P.C.):

1. La reconvencción.
2. Los informes sobre hechos.
3. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia.
4. Las disposiciones contenidas en los artículos 428, 429 y 440 del Código Procesal Civil. El artículo 428 de dicho Código versa sobre la modificación y ampliación de la demanda y de la reconvencción. En cambio, el artículo 429 del Código Procesal Civil regula la procedencia Del ofrecimiento de medios de prueba extemporáneos referidos hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. Por último, el artículo 440 del Código Procesal Civil contempla la procedencia del ofrecimiento de

medios de prueba referidos a hechos no invocados en la demanda o en la reconvencción.

### 3.6 Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales.

La Cruz Berdejo asevera que la comunidad de gananciales (o sociedad de gananciales) "no versa sobre una serie de derechos independientes, formándose así tantas situaciones de cotitularidad como bienes comunes haya, sino sobre bienes que componen todos ellos un patrimonio autónomo"<sup>22</sup>.

Valverde y Valverde apunta que "la esencia de este régimen (de gananciales) es el respeto a la propiedad peculiar de los cónyuges y la formación de un capital común, que esté principalmente destinado a levantar las cargas matrimoniales. Lo que aporten el marido y la mujer al matrimonio, será de patrimonio exclusivo de cada cónyuge; pero los resultados de producción, las ganancias obtenidas y las adquisiciones posteriores, bien por un origen común de riqueza, bien por resultado del trabajo de cada uno de los cónyuges, forman un capital social y común, constituyen una propiedad colectiva, que pertenece a la nueva personalidad formada por el matrimonio"<sup>23</sup>.

Ripert y Boulanger informan que el término comunidad (sociedad) de gananciales designa dos cosas diferentes:

- 1° El régimen matrimonial se caracteriza por la unión estrecha de intereses entre los esposos;
- 2° El conjunto de los bienes comunes y de las deudas comunes, y como esta masa de bienes no depende de una persona moral, el mismo término designa tanto a los dos esposos tomados como socios, como a los bienes pertenecientes a los dos esposos.

El régimen de comunidad (de gananciales) consiste esencialmente en una afectación de los bienes de ambos esposos a los intereses comunes del hogar y en la partición de los bienes comunes en el momento de la disolución del matrimonio<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> LA CRUZ BERDEJO, 1950:38.

<sup>23</sup> VALVERDE Y VALVERDE, 1926, Tomo IV: 277-278.

<sup>24</sup> RIPERT; y BOULANGER, 1965, Tomo IX: 170.



Vidal Taquini expresa sobre el tema que "la comunidad (sociedad de gananciales) debe su nombre y su carácter distintivo a la existencia de una masa común, a un patrimonio común entre los cónyuges que reviste él también el nombre de comunidad. Se distinguen tres masas: bienes de la comunidad, bienes propios del marido y bienes propios de la mujer. Esa masa común, que constituye una unidad, está alimentada por los bienes y las deudas de los esposos. Esa unidad de masa y de administración se acompaña necesariamente con la unidad de responsabilidad. Por último, la masa común a la disolución del régimen se partirá en especie, entre los cónyuges o sus herederos<sup>25</sup>.

### **3.6.1 Bienes que integran la sociedad de gananciales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 301 del Código Civil en el régimen patrimonial de sociedad vicio gananciales puede haber bienes propios de cada conyugo y bienes de la sociedad.

### **3.6.2 Bienes propios.**

Valencia Zea refiere que: Durante la sociedad cavia cónyuge puede ser titular de dos clases de bienes: unos que tienen la calidad vicio gananciales y otros que no la tienen. Para evitar confusiones llamaremos bienes propios exclusivos aquellos de que son titulares los cónyuges y que no tienen la calidad de gananciales, y bienes sociales o gananciales los de los cónyuges que forman parte del haber social y están destinados a ser parte integrante de la masa común partible cuando la sociedad se disuelva.

No son gananciales, o sea que son propios exclusivos de los cónyuges: en primer término, los bienes que los cónyuges tengan en el momento de casarse; en segundo lugar, los que adquieran durante la sociedad a título gratuito, los adquiridos durante la sociedad a título oneroso, pero subrogados a bienes exclusivamente propios, y los adquiridos una vez disuelta la sociedad" <sup>26</sup>.

Son bienes propios de cada cónyuge (según el art. 302 del C.C.):

1. Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.
2. Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.

---

<sup>25</sup> VIDAL TAQUINI, 1978:17.

<sup>26</sup> VALENCIA ZEA, 1970, Tomo V: 193-194.

3. Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.
4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.
5. Los derechos de autor e inventor.
6. Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.
7. Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.
8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio
9. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

### **3.6.3 Administración de bienes propios.**

Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios puede disponer de ellos o gravarlos. Así lo determina el artículo 303 del Código Civil.

### **3.6.4 Consentimiento exigible para renunciar a herencia, legado o donación.**

A tenor del artículo 304 del Código Civil, ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar sin el consentimiento del otro.

### **3.6.5 Administración de los bienes propios del otro cónyuge.**

Con arreglo a lo previsto en el artículo 305 del Código Civil, si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía (garantía mobiliaria, fianza, etc.), si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba.

Según se infiere del artículo 305 del Código Civil y del inciso 1 de la Quinta Disposición Final del Código Procesal Civil, la pretensión de administrar total o parcialmente los bienes propios del otro cónyuge se sustancia en vía de proceso sumarísimo, vía procedimental ésta cuyo trámite general describimos a continuación:

- Presentada la demanda, el Juez puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil (que tratan acerca de la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda), respectivamente (art. 551, primer párrafo, del C.P.C.).
- Si el Juez declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable (art. 551, segundo párrafo, del C.P.C.).
- Si el Juez declara improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados (art. 551, parte final, del C.P.C.).
- Al admitir la demanda, el Juez concederá al demandado cinco días para que la conteste (art. 554, primer párrafo, del C.P.C.).
- Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad (art. 554, segundo párrafo, del C.P.C.). Cabe indicar que, según el artículo 557 del Código Procesal Civil, dicha audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en tal Código para la audiencia de pruebas (arts. 202 al 211 del C.P.C.).
- Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas (las mismas que, advertimos, se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose solamente los medios de prueba de actuación inmediata: art. 552 del C.P.C.), el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas (art. 555, primer párrafo, del C.P.C.).



- Concluida la actuación de los medios probatorios pertinentes a las excepciones o defensas previas que se hubieren deducido, si encuentra infundadas aquéllas, el Juez declarará saneado el proceso y, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba (art. 555, primer párrafo, del C.P.C.).
- A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato (art. 555, segundo párrafo, del C.P.C.).
- Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten (art. 555, penúltimo párrafo, del C.P.C.).
- Después de haber hecho uso de la palabra los abogados de las partes, el Juez expedirá sentencia. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia (art. 555, penúltimo y último párrafos, del C.P.C.).

La sentencia es apelable con efecto suspensivo (y el trámite de tal apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo normado en el art. 376 del C.P.C., según lo señala el art. 558 del C.P.C.), dentro de tercer día de notificada, ocurriendo lo propio con la resolución que declara fundada una excepción o defensa previa. Las demás resoluciones son sólo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 del Código Procesal Civil (que trata justamente acerca de la apelación diferida) en lo que respecta a su trámite (art. 556 del C.P.C.).

Puntualizamos que en el proceso sumarísimo resultan improcedente (conforme al art. 559 del C.P.C.):

1. La reconvenición.
2. Los informes sobre hechos.
3. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia.
4. Las disposiciones contenidas en los artículos 428, 429 y 440 del Código Procesal Civil. El artículo 428 de dicho Código versa sobre la modificación y ampliación de la demanda y de la reconvenición. En cambio, el artículo 429

del Código Procesal Civil regula la procedencia del ofrecimiento de medios de prueba extemporáneos referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. Por último, el artículo 440 del Código Procesal Civil contempla la procedencia del ofrecimiento de medios de prueba referidos a hechos no invocados en la demanda o en la reconvencción.

Es de destacar, por último, que cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro cónyuge, no tiene éste sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del cónyuge propietario (art. 306 del C.C.).

### **3.6.6 Deudas contraídas antes del régimen de sociedad de gananciales.**

Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de sociedad de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor (art. 307 del C.C.).

### **3.6.7 Responsabilidad por deudas personales de uno de los cónyuges.**

Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden por las deudas personales del otro cónyuge, a menos que pruebe que se contrajeron en beneficio de la familia (art. 308 del C.C.).

La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro cónyuge en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación (art. 309 del C.C.).

### **3.6.8 Bienes Sociales.**

Según Vidal Taquini: La sociedad conyugal que comienza con la celebración del matrimonio presupone la vida en comunidad integral de afectos en e intereses materiales. De ahí que los bienes gananciales son obra conjunta de ambos cónyuges aunque no se tiene en cuenta el aporte ni el esfuerzo desplegado por cada uno de los cónyuges. Estos bienes gananciales son los que constituyen el haber de la sociedad conyugal, a diferencia de los propios que componen el capital la misma, los que. Generalmente, alcanzan

un valor más elevado que los aportes y forman un caudal importantísimo, bienes sobre los cuales los cónyuges participarán a la disolución, participación derivada de la colaboración mutua de los componentes de la comunidad establecida por razón del matrimonio.

Como principio general son gananciales todos los bienes existentes a la disolución de la comunidad si no se prueba que pertenecían a los Cónyuge cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación<sup>27</sup>.

Para Valencia Zea, el haber de la sociedad conyugal se forma únicamente con los bienes que obedecen al concepto de gananciales, es decir, con las rentas de trabajo o de capital y las capitalizaciones que se hagan con dichas rentas No son gananciales, y por lo tanto no entran a la sociedad conyugal, los bienes que los cónyuges tengan en el momento de casarse, ni los que adquieran durante la sociedad a título gratuito. No obstante, estos últimos bienes se encuentran al servicio de la sociedad, por cuanto las rentas que produzcan las hace suyas el activo de la sociedad<sup>28</sup>.

Ser titulares de derechos. Consiguientemente, sólo hay gananciales de los cónyuges, bienes de que éstos son dueños por sí y por entero, o el condominio entre ellos mismos o con terceros. La ganancialidad es simplemente una calidad de cada bien, que define su destino en caso de permanecer en el patrimonio de su titular al tiempo de disolverse el régimen; y ocasiona en ciertas hipótesis una limitación en el poder dispositivo del cónyuge propietario del bien. Conviene destacar por otra parte, que esa calidad significa, en oportunidades nada más que un de cálculo para la futura disolución del régimen, o la reserva de una carga eventual que, por supuesto, no es un bien en sentido estricto<sup>29</sup>.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 310 del Código Civil, son bienes sociales:

A) Todos los bienes no comprendidos en el artículo 302 del Código Civil, según el cual son bienes propios:

1. los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales;
2. los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla;
3. los que adquiera durante la vigencia de, régimen a título gratuito;

---

<sup>27</sup> VIDAL TAQUINI, 1978: 233.

<sup>28</sup> VALENCIA ZEA, 1970, Tomo V: 188-189.

<sup>29</sup> GUAGLIANONE, 1975, Tomo II: 141-145.



4. la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad;
  5. los derechos autor e inventor;
  6. los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio;
  7. las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando es3s acciones o participaciones sean bien propio;
  8. la renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio; y 9. los vestidos y objetos de uso personal así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.
- B) Los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión.
- C) Los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad de gananciales.
- D) Las rentas de los derechos de autor e inventor.
- E) Los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso.

### **3.6.9 Reglas para la calificación de los bienes.**

Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes (contenidas en el art. 311 del C.C.):

1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario (presunción juris tantum o relativa).
2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.
3. Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario (presunción juris tantum o relativa), que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

### **3.6.10 Prohibición de los cónyuges de contratar entre sí.**

En virtud del artículo 312 del Código Civil, los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

### **3.6.11 Administración del patrimonio social.**

Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos (art. 313 del C.C.).

La administración de los bienes de la sociedad de gananciales y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro cónyuge en los casos del artículo 294, incisos 1 y 2, del Código Civil (art. 314 del C.C.). Según los referidos incisos, uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad conyugal: 1. si el otro está impedido por interdicción u otra causa; y 2. si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto.

Puntualizamos que si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales (art. 314, parte final, del C.C.).

### **3.6.12 Disposición de bienes sociales.**

Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro (art. 315, primer párrafo, del C.C.). Lo dispuesto en el párrafo no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales puede ser efectuados por cualquiera de los cónyuges tampoco rige en los casos de consideración en las leyes especiales (art. 315, parte final del C.C.).

### **3.6.13 Carga de la sociedad de gananciales.**

Son de cargo de la sociedad de gananciales (según el art. 316 del C.C.)

1. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes
2. Los alimentos que uno de los cónyuge este obligado por ley a dar a otras personas.

3. El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges
4. Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten.
5. Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de este.
6. Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes con como los tributos y retribuciones que los afecten.
7. Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan.
8. Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.
9. Los gastos que cause la administración de la sociedad.

### **3.6.14 Responsabilidad por deudas de la sociedad conyugal.**

Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los bienes propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad de gananciales (art. 317 del C.C.).

### **3.6.15 Fenecimiento de la sociedad de gananciales.**

Según el artículo 318 del Código Civil, fenecce el régimen de la sociedad de gananciales:

1. Por invalidación del matrimonio.
2. Por separación cuerpos.
3. Por divorcio.
4. Por declaración de ausencia.
5. Por muerte de uno de los cónyuges.
6. Por cambio de régimen patrimonial (en este caso al régimen de separación de patrimonios).

De acuerdo a lo normado en el artículo 319, primer párrafo, del Código Civil para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de las sociedades gananciales se produce (según la causa de fenecimiento de que se trate):

- En la fecha de la muerte.
- En la fecha de la declaración de muerte presunta.



- En la fecha de la declaración de ausencia.
- En la fecha invalidez del matrimonio.
- En la fecha de notificación con la demanda de divorcio.
- En la fecha de notificación con la demanda de separación de cuerpos.
- En la fecha de notificación con la demanda de separación judicial de bienes.
- En la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.
- Desde el momento en que se produce la separación de hecho, en los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333 del Código Civil, conforme a los cuales son causas de separación de cuerpos, respectivamente, el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo; y la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tienen hijos menores de edad, o de cuatro años, si los tuviesen.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal (Registro de Personas Naturales en la actualidad). Así lo dispone el artículo 319 del Código Civil, en su última parte.

### **3.6.16 Inventario de bienes en caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales.**

Fenecida la sociedad de gananciales, se produce de inmediato a la formación de inventario valorizado de todos los bienes. El inventario puede formularse en documento privado con firmas legalizadas, si ambos conyuges o sus herederos están de acuerdo. En caso contrario el inventario se hace judicialmente (art. 320 del C.C.). Sobre el particular debe tenerse presente que según el art. 749, inciso 1, del Código Procesal Civil, el inventario se sustancia como proceso no contencioso, siendo, pues, su trámite general el siguiente:

- Presentada la solicitud no contenciosa, el Juez, al calificar la demanda, puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia (arts. 551, primer párrafo, y 752 del C.P.C.).
- Si el Juez declara inadmisibile la solicitud, concederá al solicitante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar

el expediente. Esta resolución es inimpugnable (arts. 551, segundo párrafo, y 752 del C.P.C.).

- Si el Juez declara improcedente la solicitud, ordenara la devolución de los anexos presentados (arts. 551, último párrafo, y 752 del C.P.C.).

- En caso de declarar admisible la solicitud, fijara el Juez fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los quince días siguientes, salvo lo dispuesto en el artículo 758 del Código Procesal Civil, referido a los plazos especiales de emplazamiento (art. 754, primer párrafo, del C.P.C.).

- El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisorias, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia de actuación y declaración judicial (art. 753 del C.P.C.). Esta audiencia conforme lo ordena el artículo 760 del Código Procesal Civil, se regula, supletoriamente, por lo dispuesto en el citado cuerpo de leyes para la audiencia de pruebas (arts. 202 del C.P.C.).

- De haber contradicción, el Juez ordenara la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si la solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente procediendo a continuación a resolverla. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia (art. 754, segundo párrafo, del C.P.C.).

- Si no hubiera contradicción, el Juez ordenara actuara los medios probatorios anexados a la solicitud (art. 754, tercer párrafo, del C.P.C.).

- Concluido el trámite, ordenara la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado, manteniéndose el original en el archivo del Juzgado, o expedirá la resolución que corresponde, si es el caso, siendo ésta inimpugnable (art. 754 parte final, del C.P.C.).

- Las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez según corresponda (art. 762 del C.P.C.).
- La resolución que resuelve la contratación es apelable solo durante la audiencia, La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declara infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida (siendo aquí aplicable el tramite señalado en el art. 369 del C.P.C, que norma lo concerniente a la apelación diferida: art. 757 riel C.P.C). Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro de tercer día de notificada (art. 755, primer párrafo, del C.P.C.)
- La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo (art. 755, parte final, del C.P.C)
- Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido. En lo demás, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 376 del Código Procesal Civil (que trata acerca del plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo). Esto último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final (art. 756 del C.P.C.).  
Puntualizamos que en el proceso no contencioso (conforme al art. 761 C.P.C.) son improcedentes:
  1. La recusación del Juez y del Secretario del juzgado.
  2. Las excepciones y defensas previas.
  3. Las cuestiones probatorias (tacha de testigos, documentos y medios probatorios atípicos; u oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia, a una inspección judicial y a un medio probatorio atípico) cuyos medios de prueba no sean susceptibles de actuación inmediata.
  4. La reconvencción.
  5. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia.
  6. Las disposiciones contenidas en los artículos 42S y 429 del Código Procesal Civil. El artículo 128 de dicho Código contempla la modificación y ampliación de la demanda y de la reconvencción. El artículo 429 del Código Procesal Civil regula la procedencia del ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte el constar la demanda o reconvenir.



Advertimos que en los arts. 763 al 768 del Código Procesal Civil se hacen ciertas precisiones sobre el proceso no contencioso de inventario, razón por la cual procedemos a reproducir a continuación los numerales aludidos:

"Artículo 763°.- Procedencia.- Cuando lo prescriba la ley o se sustente su necesidad, cualquier interesado puede solicitar facción de inventario con el fin de individualizar y establecer la existencia de los bienes que pretende asegurar".

"Artículo 764°.- Audiencia de inventario.- La audiencia de inventario se realizará en el lugar, día y hora señalados, con la intervención de los interesados que concurran. En el acta se describirán ordenadamente los bienes que se encuentran en el lugar, su estado, las características que permitan individualizarlos, sin calificar la propiedad ni su situación jurídica, dejándose constancia de las observaciones e impugnaciones que se formulen".

"Artículo 765°.- Inclusión de bienes.- Cualquier interesado puede pedir la inclusión de bienes no señalados en la solicitud de inventario inicial, acreditando el título respectivo. El plazo para pedir la inclusión vence el día de la audiencia y se resolverá en ésta".

"Artículo 766°.- Exclusión de bienes.- Cualquier interesado puede solicitar la exclusión de bienes que se pretenda asegurar, acreditando el título con que lo pide. Se puede solicitar la exclusión dentro del plazo previsto en el Artículo 768° (del C.P.C.), la que se resolverá en una nueva audiencia fijada exclusivamente para tal efecto.

Vencido el plazo para solicitar la exclusión o denegada ésta, puede ser demandada en proceso de conocimiento o abreviado, según la cuantía

"Artículo 767°.- Valorización.- Puede ordenarse que los bienes inventariados sean valorizados por peritos, siempre que se solicite antes de concluida la audiencia.

Pedida la valorización, el Juez nombrará peritos y fijará fecha para la audiencia respectiva".

"Artículo 768°.- Protocolización y efectos.- Terminado el inventario y la valorización, en su caso, se pondrá de manifiesto lo actuado por diez días en el local del Juzgado. Si no se pide exclusión o resuelta ésta, el Juez aprobará el inventario y mandará que se protocolice notaría Intente

El inventario no es título para solicitar la posesión de los bienes".

Es de destacar que no se incluye en el inventario valorizado de los bienes de la sociedad de gananciales el menaje ordinario del hogar en los casos

del artículo 318, incisos 4 y 5, del Código Civil (vale decir, en caso de declaración de ausencia y muerte de uno de los cónyuges, respectivamente), en que corresponde al cónyuge del ausente o al sobreviviente. No podemos dejar de mencionar que el menaje ordinario del hogar no comprende (según el art. 321 del C.C.):

1. Los vestidos y objetos de uso personal.
2. El dinero.
3. Los títulos valores y otros documentos de carácter patrimonial.
4. Las joyas.
5. Las medallas, condecoraciones, diplomas y otras distinciones.
6. Las armas.
7. Los instrumentos de uso profesional u ocupacional.
8. Las colecciones científicas o artísticas.
9. Los bienes culturales - históricos.
10. Los libros, archivos y sus contenedores.
11. Los vehículos motorizados.
12. En general, los objetos que no son de uso doméstico.

### **3.6.17 Pago de obligaciones sociales y distribución de los gananciales.**

Realizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren (art. 322 del C.C.).

Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322 del Código Civil (art. 323, primer párrafo, del C.C.), que fuera citado precedentemente.

Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos (art. 323, segundo párrafo, del C.C.).

Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera (art. 323, último párrafo, del C.C.).

Puntualizamos que en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (art. 324 del C.C.).

### **3.6.18 Liquidación simultánea de varias sociedades de gananciales.**

Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente ja liquidación - gananciales de dos o más matrimonios contraídos sucesivamente por una misma persona, se admitirá, en defecto de inventarios previos a cada matrimonio de toda clase de pruebas para determinar los bienes de cada sociedad y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades, teniendo en cuenta el tiempo de su duración y las pruebas que se haya podido actuar acerca de los bienes propios de los respectivos cónyuges (art. 325 del C.C.)

### **3.6.19 Régimen de sociedad de gananciales en caso de unión de hecho o concubinato.**

Lo relativo al régimen de sociedad de gananciales en caso de unión de hecho o concubinato se halla contemplado en el artículo 326 del Código Civil conforme al cual:

**A)** La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar.- finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

**B)** La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

**C)** La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

**D)** Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo (art. 326 del C.C.), el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Sobre el particular, el Código Civil prescribe: A. que aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo (art. 1954 del C.C) y B. que la acción a que se



refiere el artículo 1954 del Código Civil (acción de enriquecimiento sin causa o de enriquecimiento indebido) no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización (art. 1955 del C.C.).

#### **4. Régimen Patrimonial de Separación de Patrimonios**

##### **4.1 Generalidades.**

Si los cónyuges no están de acuerdo en adoptar un régimen de sociedad conyugal, pueden excluirlo por completo, es decir, que cada cual es propietario exclusivo de los bienes que tenga en el momento del matrimonio, lo mismo que de los adquiridos a cualquier título durante él y de los frutos de todos los bienes. En este caso no existe una masa común que tenga por finalidad esencial su reparto al disolverse el matrimonio, pues es precisamente la negación de todo régimen económico matrimonial; de ahí que con toda exactitud se le denomine régimen de separación de bienes, para indicar que no existe sociedad conyugal. Cuando se pacta este régimen, el matrimonio une únicamente las personas de los cónyuges y no sus bienes; pero también puede resultar de la ley<sup>30</sup>.

En el régimen de separación de patrimonios cada uno de los cónyuges mantiene el dominio de sus bienes propios durante el matrimonio y tiene la administración con el uso y goce de los frutos naturales o civiles de los mismos, con la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia con estos últimos y hasta con el capital, si fuere necesario<sup>31</sup>.

Guaglianone, respecto del régimen de separación de bienes (o patrimonios), expresa que:

"Puede ser original o derivado, según que la pareja comience sus relaciones patrimoniales bajo ese sistema, o que éste sustituya a otro anterior. Desde otro punto de vista, puede resultar de la ley o de convención entre las partes. Los patrimonios de los cónyuges se conservan independientes entre sí, tanto activa como pasivamente, y hasta podría llegarse a decir que en realidad no hay régimen, si no fuera porque de algún modo debe reglamentarse la contribución de los esposos a los gastos comunes.

A pesar de sus inconvenientes -vinculados sobre todo con la circunstancia de que la colaboración de un cónyuge en la producción de utilidades para el

---

<sup>30</sup> VALENCIA ZEA, 1970, Tomo V: 173-174.

<sup>31</sup> PAVON, 1946, Tomo II: 201-202.

otro, no da lugar a compensación alguna-, es el régimen que mejor se acomoda a la plena capacidad de la mujer, a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin colaboración de uno a otro<sup>32</sup>.

Las características de este régimen son.

1. Cada cónyuge administra sus bienes propios, y no tiene parte en los gananciales que provengan de la administración del otro cónyuge.
2. Los acreedores de la mujer podrán perseguirla únicamente en sus bienes propios y no tendrán acción contra el marido, sino cuando este hubiere accedido como fiador, o de otro modo, o cuando hubiese reportado beneficio, entendiéndose por tal, el de la familia común en la parte que de derecho le corresponda.
3. Ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades y en caso necesario el juez regulará la contribución.
4. La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos a la administración y goce de los que separadamente administra.
5. Los cónyuges separados de bienes pueden conferirse mandato el que no al otro, y en este caso se obligan como todos los mandatarios (BARROS ERRAZURIZ, 1931, Volumen IV: 93-94)

Lo atinente al régimen patrimonial de separación de patrimonios se encuentra regulado en el Capítulo Tercero ("Separación de patrimonios") del Título III ("Régimen patrimonial") de la Sección Segunda ("Sociedad conyugal") del Libro III ("Derecho de Familia") del Código Civil, en los arts. 327 al 331.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 del Código Civil, en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes. Los frutos, dicho sea de paso, son los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia (art. 890 del C.C.). Los frutos son naturales, industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la

---

<sup>32</sup> GUAGLIANONE. 1968, TOMO I: 32.

intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica (art. 891 del C.C.). En cambio, los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (art. 894 del C.C.)

#### **4.2 Responsabilidad por Deudas Personales.**

En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge responde de sus deudas propios bienes. Ello se colige del texto del artículo 328 del Código Civil.

#### **4.3 Sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios.**

De acuerdo a lo normado en el artículo 329, primer párrafo, del Código Civil además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296 de dicho cuerpo de leyes, el régimen de separación de patrimonios es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro a abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. El artículo 295 del Código Civil señala:

- A. que antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuge, pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento;
- B. que si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad;
- C que para que surta efecto el régimen de separación de patrimonios, la escritura pública debe inscribirse en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad); y
- D. que a falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. Por su parte, el artículo 296 del Código Civil prescribe:
  - a. que durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen patrimonial por otro;
  - b. que para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en actualidad); y



c. que el nuevo régimen patrimonial tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

Interpuesta la demanda de sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquel. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal (registro de personas naturales, en la actualidad) para que surtan efecto frente a terceros. La separación de patrimonios surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda de sustitución de régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios (art. 329, último párrafo, del C.C.).

Conforme se desprende del artículo 329 del Código Civil inciso 1 de la cuarta disposición final de Código Civil demanda de sustitución del régimen de la sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios se sustenta en vía de proceso abreviado, vía procedimental ésta cuyo trámite general describimos seguidamente:

Interpuesta la demanda tienen los demandados:

- A. tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos;
- B. cinco días para interponer excepciones y defensas previas, contados desde la notificación de la demanda;
- C. cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas planteadas contra la reconvencción, y
- D. diez días para contestar la demanda y reconvenir (art. 491, incisos 1,3,4 y 5, del C.P.C.).

El demandante tendrá:

- A. tres días para absolver las tachas u oposiciones;
- B. cinco días para interponer excepciones o defensas previas contra la reconvencción;
- C. cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas;
- D. cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda; y

E. diez días para absolver el traslado de la reconvenición (art. 491, incisos 2, 3, 4, 6 y 7, del C.P.C.).

Abuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez resuelve las excepciones dentro de los diez días siguientes. Si las declara infundadas, declara también el saneamiento del proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451 del C.P.C. (art. 449 del C.P.C.)

El auto de saneamiento procesal se expide dentro de los diez días de vencido el plazo para contestar la demanda o reconvenir (arts. 491, inciso 8, y 493, del C.P.C.). Conforme refiere el inciso 3 del artículo 465 del C.P.C., el juez de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, concederá un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos (art. 468, primer párrafo, del C.P.C.).

Sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de la audiencia de pruebas. La decisión por la que ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferencia. Al prescindir de esta audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral (art. 468, segundo párrafo, del C.P.C.)

La audiencia de pruebas se desarrolla dentro de los veinte días siguientes a la realización del saneamiento del proceso (art 491, inciso 9, del C.P.C)

Se emite sentencia dentro de los veinticinco días de culminada la audiencia de pruebas o las audiencias especial y complementaria, así estas se hubieren realizado (art. 191, inciso 11, del C.P.C)

Las partes podrán apelar la sentencia dentro de los cinco días de notificadas, apelación que tiene efecto suspensivo. Así. Lo establecen los arts. 491, inciso 12, y 494 del Código Procesal Civil, dispositivo este último que señala con exactitud que:

a) en el proceso abreviado tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez

de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia; y

b) las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el Juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.

Es de resaltar que la declaración de inicio de procedimiento concursal ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la situación de régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal (Registro de Personas naturales en la actualidad) de oficio a solicitud de la comisión de procedimientos concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, presidente de la junta de acreedores o cualquier acreedor interesado (art. 330 , Primer Párrafo del C.C.).

No obstante lo anterior, en el supuesto de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia conyugal que integra, no se producirá la consecuencia prevista en el párrafo precedente en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento (art. 330, segundo párrafo, del CC).

#### **4.4 Fenecimiento del régimen de separación de patrimonios.**

Con arreglo a lo previsto en el artículo 331 del Código Civil, el régimen de separación de patrimonios fenece en los casos del artículo 318, incisos 1,3,5 y 6 de dicho Código sustantivo, vale decir, en los siguientes casos (respectivamente):

- Por invalidación del matrimonio.

Por divorcio.

- Por muerte de uno de los cónyuges.

- Por cambio de régimen patrimonial (en esta hipótesis, al régimen de sociedad de gananciales).



## 5. **Disolución del vínculo matrimonial: El Divorcio en la Legislación Peruana.**

### 5.1 **Generalidades.**

La Constitución Política en su artículo 4 señala que el Estado protege la familia y promueve el matrimonio y además y por la importancia de ambas instituciones reconocidas mundialmente, les reconoce como institutos fundamentales de la sociedad.

Si bien la Constitución reconoce al matrimonio como un instituto fundamental de nuestra sociedad, también ampara el derecho a pedir su disolución y precisa que las causales de tal determinación serán señaladas por Ley, así lo prescribe la segunda parte del artículo 4 de nuestra Norma Fundamental. Estas precisiones de la Constitución, respecto al matrimonio y al divorcio, no implican una contradicción, pues bien podría cuestionarse como es que la Constitución hace mención al divorcio, si es que ampara al matrimonio como una institución fundamental. Ello tiene que entenderse también por el interés que tiene el Estado de que la vigencia del matrimonio se lleve a cabo dentro del marco de la comprensión, tolerancia y amor entre los cónyuges y los miembros de la familia. Si por factores humanos ya no es posible la existencia de una unión matrimonial con los sentimientos que sirvieron de base para su formación, no tiene sentido que se mantenga pues resulta más bien perjudicial a sus conformantes y aun a la sociedad.

Resulta pertinente precisar que el matrimonio como institución solo se disuelve por la muerte y por el divorcio declarado por el juez.

#### 5.1.1 **Antecedentes históricos.**

##### a) **A Nivel Internacional.**

Desde los más lejanos tiempos de la humanidad encontramos el divorcio en diversas sociedades como la china, la persa y aun la romana sin embargo las causales y la forma de lograrlo, difieren de las actuales. El antecedente más remoto del divorcio, lo encontramos en el Repudio generalmente atribuido a favor del marido, lo que se explica por la hegemonía patriarcal en esas sociedades. Las causas por las cuales el marido podía repudiar a la mujer, eran de las más curiosas, por ejemplo, por embriagarse, por su mal carácter, por no tener hijos, por tener solo hijas mujeres, además había otra causa de mayor gravedad: el adulterio.

En Babilonia, el Código de Hamurabi estableció el matrimonio monógamo, pero no admitió el divorcio debido a que la fidelidad conyugal se practicó como algo sagrado, en esa civilización la familia estaba fuertemente unida y organizada.

En la India el Código de Manú no aceptó el divorcio sin embargo con el correr del tiempo tuvo que implantarse por la proliferación de adulterios, estos, juntamente con las malas costumbres de los cónyuges respecto de su obligación de fidelidad, constituyeron las causales de divorcio.

En la Cultura Persa ¡solo se conoció el repudio de la mujer por parte del marido cuando aquella no podía procrear por más de nueve años. Fuera de esta causal, no se aceptó ninguna otra para declarar el divorcio. Para los persas, el matrimonio era sagrado e indisoluble.

En Grecia la Ley Ateniese reconocía el divorcio sin necesidad de alegar motivo alguno por parte del marido, pero era ineludible, la devolución de la dote que debía mantener intacta mientras dure el matrimonio siendo solo su administrador. El marido era libre de divorciarse en cualquier momento y tenía el derecho de conservar a los hijos. También tenía la facultad de casar a su ex mujer con otro hombre de su elección sin conocimiento ni consentimiento de su ex esposa. La mujer podía solicitar el divorcio sólo en el caso de ser tratada mal.

En Roma también se daba el repudio o divorcio por decisión unilateral, para tal efecto, bastaba con comunicarlo a la cónyuge mediante palabra o por escrito, personalmente o por medio de mensajero. Como en Grecia. Los hijos quedaban con el padre, la mujer volvía al lado de sus padres llevando la dote. Posteriormente cuando el matrimonio ya tenía ceremonia y formalidades el divorcio también se hizo con formalidades, la más conocida es la *disferratio*. Ceremonia que se realizaba en presencia de sacerdotes y junto a la estatua de Júpiter. Las causales más conocidas fueron la infertilidad, el uso de venenos; los litigios con la suegra y la impudicia; el homicidio, el adulterio, el bañarse o comer con un extraño, el levantamiento de manos contra el marido. Las mujeres podían lograr el divorcio por la impotencia del varón, el ingreso a la vida monástica, el cautiverio, la expedición militar al presumirse la muerte del marido, entre otras.

Los germanos antes de su primer contacto con el cristianismo, practicaron el divorcio por mutuo convenio en los siglos VII y VIII, pero funcionó por iniciativa del marido, pero jamás a petición de la mujer, en razón de que por costumbre se exigía mayor fidelidad a la mujer que al varón.

En España el "Fuero Juzgo" o Libro de los Jueces, aceptó el divorcio absoluto por tres causales a) por adulterio de la mujer, b) por sodomía del marido. c) por inducir el marido a la mujer para que cometa adulterio. También se admitía la separación de cuerpos por otros hechos que hicieran imposible la vida en común. Posteriormente. Las Partidas suprimieron el divorcio absoluto.

En la edad media, nos encontramos que, bajo el influjo del Derecho Canónico, hay una oposición al divorcio, pues el matrimonio es de carácter sacramental, indisoluble tomando como base al evangelio de San Marcos "no desate el hombre que Dios ha unido", sin embargo, casi a fines de esta edad histórica se permitió el divorcio sólo para "matrimonios desafortunados".

En la Edad Media se da una batalla jurídica entre las tesis divorcistas de los pueblos que mantenían esta institución en sus legislaciones y la tesis antidivorcista de la Iglesia, triunfando esta última por las circunstancias históricas. El matrimonio para la Iglesia tenía un carácter sacramental como ya se ha puntualizado. Luego de los Concilios de Letrán y de Trento, por excepción se permitió la separación de cuerpos para casos de "matrimonios desafortunados".

En los primeros tiempos de la Edad Moderna y debido a la fuerte influencia de la Iglesia en la Edad Media, se mantuvo el régimen de separación de cuerpos al que hemos hecho mención, pero con el surgimiento de la Reforma Protestante en el siglo XVI se aceptó el divorcio en la legislación de los llamados países protestantes como Inglaterra, Dinamarca, Suecia, Holanda, Alemania<sup>33</sup>. En estos países, y especialmente en el último bajo la influencia luterana, se admitió el divorcio incluso por causales diversas al

---

<sup>33</sup> COLIN Y CAPITANT. OP. Cit. Pag.235.



adulterio, ello en razón a que no se consideraba el matrimonio como un sacramento.

Las causas de divorcio admitidas por el protestantismo son: el adulterio, la huida del cónyuge a un lugar no asequible a la autoridad judicial, la negativa a reanudar la vida conyugal, la condena al destierro o a la prisión por muchos años o a la prisión perpetua, la negativa al débito conyugal, las insidias, la sevicia.

Con el protestantismo pues, se restableció el divorcio absoluto sobre todo en los países de su área de influencia, no obstante, la iglesia Católica se mantuvo firme en su posición y por ello en el Concilio de Trento entre 1545 y 1563, ratificó el carácter sacramental del matrimonio, su naturaleza monogámica y confirmó su carácter indisoluble. Consecuentemente en la Edad Moderna, podemos concluir que en cuanto al divorcio se mantuvo una lucha entre las posiciones de la Iglesia Católica y la Reforma Luterana.

En la Edad Contemporánea, encontramos nuevas ideas preconizadas por los precursores y conductores de la Revolución Francesa, entre ellos Rousseau y Voltaire. Estas ideas determinaron que finalmente se impusiera la tesis divorcista en la mayoría de los estados del mundo. La Constitución Francesa de 1791 declaraba que la ley consideraba al matrimonio como un contrato civil. La Ley del 20 de setiembre de 1792 instituye el divorcio fundamentando que ello tiene como sustento la libertad de los contrayentes quienes, habiendo sido libres para unirse, deben ser libres para separarse. Filo determinó que surja el divorcio por mutuo consentimiento bajo el sustento de que los contratantes pueden dejar sin efecto el contrato. La influencia de la Revolución Francesa determinó que el divorcio se impusiera en la mayoría de países del mundo.

El Código de Napoleón de 1804 y admitió el divorcio absoluto y se generalizó en todos los países donde tuvo influencia El Code. Sin embargo, este Código admitió la indivisibilidad del matrimonio como regla general y reglamentó el divorcio para evitar excesos. Las causales admitidas por El Code fueron el adulterio, la condena de uno de los esposos a una pena aflictiva o infamante y los excesos, sevicias o injurias graves. Se admitió el mutuo disenso, pero reglamentado y sujeto a un trámite lento y tedioso. Restablecieron también

la separación de cuerpos por las mismas causales que el divorcio, no así por el mutuo consentimiento. El Código de Napoleón adoptó una posición conciliadora entre la iglesia y la tesis divorcista.

Posteriormente y fruto de la construcción doctrinal surgieron varios tipos de divorcio: divorcio repudio (disolución sin expresión de causa), divorcio-sanción (cuando uno de los cónyuges incurre en culpa), divorcio-quiebra (actos que resquebrajan el vínculo) divorcio- remedio (por causas objetivas y sin culpa); divorcio-convencional (por mutuo disenso).

### **b) En Nuestro País.**

En nuestro país podemos hacer el siguiente recuento histórico respecto del divorcio:

En el Incanato al parecer no se conoció el divorcio en la forma como se conoció en las culturas europeas, no existió pues el llamado "libelo de repudio" pero si un repudio de hecho en el caso que el cónyuge incurriera en un acto previsto como falta grave para la estricta moral incaica, se trataba más bien de una separación de hecho.

Como es sabido entre los Incas existía el llamado "matrimonio de prueba o "servinacuy" o "tincunakuspa" por el cual los pretendientes se unían en una especie de prueba, conforme a esta costumbre si la mujer respondía a las exigencias del marido, el matrimonio quedaba consumado<sup>34</sup>. Por ello no resultaba necesario un divorcio posterior, pero se trataba de un divorcio prematuro que tenía la real condición de separación de hecho y que se producía por causas que pudieron ser, la incompatibilidad de caracteres, el poco apego de la mujer a la vida hogareña, el incumplimiento por parte de la mujer de los deberes conyugales, las injurias. Luego de consumado el matrimonio sólo el adulterio era la causal de esta separación de hecho.

A Partir de la Época de la Conquista y hasta la proclamación de la Independencia y aun hasta el año de 1852, rigió en el Perú el Derecho Español influenciado por el Derecho Romano, Derecho Germano y Derecho

---

<sup>34</sup> ALDEN MASON, James, Las Antiguas Culturas del Perú, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

Canónico. Sin embargo, en los grupos nativos se mantuvo latente el derecho consuetudinario del Imperio Inca.

El Proyecto de Código de Manuel Lorenzo Viduarre del 1834 y 1835<sup>35</sup> consideraba varias causales de divorcio reducidas a "causas muy graves morales o físicas"<sup>36</sup>, entre ellas figuran:

- a. El adulterio de la mujer.
- b. La incontinencia pública del marido.
- c. La sevicia, el carácter acre.
- d. El riesgo para la vida y la salud de los cónyuges.
- e. La flagelación al descubierto del cuerpo de la mujer.
- f. La tentativa de muerte del cónyuge.
- g. La sospecha del marido de que su esposa mantiene relaciones ilícitas con otro.
- h. El abandono de la casa sin causa legítima y con ánimo de no retomar.
- i. La renuencia de la mujer de seguir al marido.
- j. Los vicios incorregibles de juego y embriaguez.
- k. La enfermedad contagiosa, puntualizando que en el caso de lepra el juez declarará el divorcio de oficio.
- l. La exigencia de un uso irracional del sexo.

Así pues, no solo se sanciona la negativa a mantener relaciones íntimas sino también el exceso. Este proyecto no considera al mutuo disenso bajo la justificación de que el matrimonio es libre para contraerse pero no para separarse.

El Código de Santa Cruz de 1836<sup>37</sup>, rechazó el divorcio vincular que habilitaba contraer nuevo matrimonio mientras viviese el ex cónyuge matrimonio, expresando una gran devoción católica, se señaló que el matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los esposos. Sin embargo, admitió la separación de cuerpos y se señaló como causal:

---

<sup>35</sup> VIDAURRE, Lorenzo, Proyecto del Código Civil Peruano, Imprenta del Constitucional, 1834, Lima.

<sup>36</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos, Historia del Derecho Civil Peruano, Tomo I, Pág. 272, Fondo Editorial Pontificie Universidad Católica, Lima 2007.

<sup>37</sup> OFICIAL, Código Civil Santa Cruz, Edición oficial, Imprenta de José Masías, 1936, Lima.



- a. El adulterio de cualquiera de los cónyuges, así lo precisa en su artículo 144.
- b. el exceso, admitido en su artículo 145.
- c. La sevicia.
- d. La injuria grave; ambas en su artículo 146.
- e. La condenación de una de los esposos a pena infamante.

El Código Civil de 1852 conforme a ese tiempo tuvo la influencia del Derecho canónico tan vigente en esa época histórica de nuestro país, y, por ello no aceptó el divorcio, pero si la separación de cuerpos por causales, sin embargo, se consagró el matrimonio religioso con efectos civiles.

En efecto del Código Civil de 1852<sup>38</sup> en su artículo 132 señalaba que por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común concurriendo a la conservación de la especie humana, agrega el artículo 134 que el matrimonio legalmente contraído es indisoluble: acabase solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte art. contrario es nulo y se tiene por no puesto. El artículo 156 señala que el matrimonio se celebrará en toda la República con las formalidades del Concilio de Trento, que estableció que el matrimonio es indisoluble. En su artículo 191 señalaba que el divorcio es la separación de los casados quedando subsistente el vínculo matrimonial<sup>39</sup>. El artículo 192 conceptúa que el divorcio es la separación de los casados y señalaba que las causales del divorcio relativo, eran las siguientes:

- a. El adulterio de la mujer.
- b. El concubinato o la incontinencia pública del marido.
- c. La sevicia o trato cruel.
- d. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- e. El odio capital del alguno de ellos manifestado por las frecuentes riñas graves o graves injurias repetidas.
- f. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez disipación o prodigalidad
- g. Negar el marido los alimentos a la mujer.
- h. Negarse la mujer, sin graves y justas causas a seguir al marido.

---

<sup>38</sup> OFICIAL, Código Civil del Perú, Imprenta del Gobierno, 1852, Lima

<sup>39</sup> OFICIAL, Proyecto de Código Civil de 1890, Imprenta Francisco Solís, 1890, Lima.

- i. Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.
- j. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.
- k. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación.
- l. Una enfermedad crónica contagiosa.
- ll. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

En la práctica ello significaba que quienes no eran católicos no podían contraer matrimonio.

El Proyecto de 1890, fue resultado de un amplio programa de reforma de los códigos en este proyecto se consideró tres libros: el primero dedicado a las personas, el segundo referido a las cosas y el tercero referido a las obligaciones.

Respecto del divorcio, el proyecto de 1890 tuvo una postura aparentemente más amplia que el código de 1852, pues al definir el matrimonio eliminó la frase "perpetuamente" que aparecía en el artículo 132 de dicho código, lo que daba la impresión de que daba paso al divorcio, sin embargo el texto del artículo 287 aparecía claramente que este cuerpo de leyes tampoco aceptó el divorcio vincular pues precisa que "el divorcio es la separación de los casados quedando subsistente el vínculo matrimonial" con lo que quedaba subsistente el texto del artículo 191 del Código Civil de 1852 pues el divorcio ponía término a los deberes de lecho y habitación y ponía a fin a la sociedad de bienes.

Entre las causales de divorcio relativo, se precisan las siguientes:

- a. El Adulterio de la mujer.
- b. El concubinato o la incontinencia pública del marido.
- c. La tentativa contra la vida del cónyuge.
- d. La sevicia o trato cruel.
- e. El odio capital respecto del cónyuge manifestado por frecuentes riñas o por graves injurias repetidas.
- f. El juego o la embriaguez habituales.
- g. El abandono del hogar conyugal sin justa causa.
- h. La ausencia inmotivada por más de dos años.

- i. La locura o furor permanente que hiciese peligrosa la vida en común.
- j. La enfermedad crónica que impidiese la cohabitación.
- k. La condena a pena privativa de la libertad.
- l. La negativa a la obligación de alimentos.
- ll. La negativa de uno de los cónyuges a cumplir con sus obligaciones conyugales.
- m. La negativa de la mujer de seguir al marido.

La imposibilidad de contraer matrimonio para los no católicos prosiguió como ya hemos visto y solo a partir de 1930, mediante Decreto Ley 6889 de 4 de octubre, se estableció en el Perú el matrimonio civil para católicos o no católicos, se implantó el divorcio vincular, se introdujeron el mutuo disenso y mantuvieron la separación de cuerpos. Estas instituciones fueron recogidas por el Código Civil de 1936.

EL Código de 1936<sup>40</sup> en su artículo 247 señala, son causas de divorcio

1. El adulterio.
2. La sevicia.
3. El atentado contra la vida del Cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono malicioso de la casa conyugal siempre que hubiera durado más de dos años.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La condena por delito a una pena privativa de la libertad mayor de 2 años impuesta después de la celebración del matrimonio.
10. El mutuo disenso.

El Código Civil de 1984 en su artículo 333 precisa que son causas de separación de cuerpos:

---

<sup>40</sup>OFICIAL Código Civil de 1936, Editorial Universo, 1936, Lima



1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando las duraciones sumadas de los periodos de abandono excedan ese plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviviente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a la pena privativa de la libertad mayor de 2 años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida común debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto por el artículo 335
13. La separación convencional después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Las causales precisadas en los incisos 11 y 12 fueron introducidos por la Ley 27495 de 7 de julio del 2001.

El artículo 349 del Código Civil señala que puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del I al 12.

Como se aprecia en el código de 1984 sigue vigente la corriente divorcista, apreciándose incluso mayor facilidad para obtener el divorcio con evidente peligro para la estabilidad de la institución. Así se desprende de la causal por separación de hecho que puede ser invocada aun por el cónyuge culpable pese a que no tendría legítimo interés moral.

Se aprecia también que los casos de separación convencional, el trámite se sujeta al proceso sumarísimo de duración breve en el cual conforme al artículo 555 del Código Procesal Civil concluida la audiencia única y en forma inmediata, deberá expedir sentencia declarando la separación de cuerpos, y luego de 2 meses, cualquiera de los cónyuges puede pedir la disolución del vínculo matrimonial así lo señala el artículo 580 de la norma procesal concordante con el artículo 354 del Código Civil. La decisión del juez ni siquiera es sometida a consulta.

### 5.1.2 Definición.

El Vocablo divorcio, deriva etimológicamente de la palabra latina *divortium* que a su vez deriva del verbo *divertere* cuyo significado es separarse, irse cada uno por su lado. También se dice que proviene de la voz *divorto* o *divertís* que significan separarse, en todo caso no hay diferencia en el significado de los términos. Así pues, el divorcio implica separación de los conformantes de la sociedad conyugal.

Para Planiol y Rippert “EL divorcio es la disolución, en vida de los esposos, de un matrimonio válido”<sup>41</sup>

Para Cornejo Chávez, el divorcio “consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtiene la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden contraer otro”<sup>42</sup>.

Ripert y Boulanger, citados por Peralta Andía, señalan que “el divorcio es el decaimiento absoluto del vínculo matrimonial. Es pues la ruptura de un matrimonio válido en la vida de los esposos”<sup>43</sup>.

De las definiciones de los autores citados podríamos concluir que el divorcio, es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, declarado por el órgano Jurisdiccional competente por las causales prevista por la Ley.

---

<sup>41</sup> PLANIOL Marcel, y RIPPERT George. Op. Cit Pag.218.

<sup>42</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit. Pág. 58.

<sup>43</sup> PERALTA ANDIA, Op. Cit. Pág. 68.

## 5.2 Sistemas de Divorcio Vincular

El Divorcio vincular, es la posibilidad de que un matrimonio válido, celebrado con las formalidades de ley, pueda disolverse dejando a los cónyuges en la posibilidad de contraer uno nuevo. La disolución debe hacerse conforme a las disposiciones de la legislación del país a la que se encuentran sujetos los conformantes de la unión matrimonial y debe ser declarada por un juez, todo ello en razón a que la disolución del vínculo matrimonial, resulta indisponible para los cónyuges.

En el terreno del Derecho, siempre el divorcio vincular ha dado lugar a encendidas controversias. Las posiciones contrapuestas han dado lugar a un gran número de tratados y en base a ello los países han adoptado finalmente una posición que la han expuesto en sus legislaciones. Finalmente, los países han adoptado un criterio divorcista amplio o restrictivo o mixto.

En los países en donde se ha adoptado la doctrina divorcista se ha sostenido que el divorcio constituye una advertencia a los futuros contrayentes para que no contraigan matrimonio sin una amplia meditación que los lleve al convencimiento del cumplimiento de las obligaciones matrimoniales y que el divorcio implica el reconocimiento de un fracaso matrimonial. En la práctica sin embargo los efectos han sido contrarios pues la mayoría de contrayentes considera al divorcio una solución cuando surgen dificultades e incompatibilidades.

Se ha esgrimido, de otro lado, a favor del divorcio, el argumento de que su sola existencia legal alerta a los pretendientes sobre la necesidad de no contraer matrimonio a la ligera y a los cónyuges sobre la de cumplir cuidadosamente sus obligaciones, pues el riesgo de no proceder de esa manera es precisamente el fracaso del matrimonio y el divorcio como única solución.

La realidad demuestra lo contrario, las parejas jóvenes suelen contraer matrimonio sin demasiada preparación considerando que, si no funciona satisfactoriamente, el divorcio será una solución accesible. Si bien el divorcio en algunos casos se presenta como una solución sus consecuencias



sociales y familiares no son del todo claras y en todo caso siempre tiene consecuencias negativas para los hijos.

Dentro de la tesis divorcista, encontramos las siguientes clases de divorcio: el divorcio-repudio, el divorcio-sanción y el divorcio-remedio. Las dos últimas clases son las que recoge nuestro ordenamiento legal. Como ya hemos visto, estas clases de divorcio se han dado ya en diferentes momentos de la historia.

### **5.2.1 Doctrina del Divorcio-Repudio.**

Esta doctrina admite el divorcio como derecho de uno de los cónyuges, mayormente del varón para rechazar y expulsar al otro cónyuge de la casa conyugal, la mayor parte de las veces, sin explicar razones. El repudio es la forma de divorcio más antigua de la historia. Así en la Biblia lo encontramos en el Deuteronomio, el quinto libro del Pentateuco, libro de Moisés, allí podemos apreciar en el punto referente a las Leyes Sobre el Divorcio, que se autorizaba al marido repudiar a su mujer cuando ya no le agradaba debido a una causa indecente, a cuyo efecto le entregaba una carta de repudio o certificado de divorcio, despidiéndola de la casa.

El Corán, también consagra el repudio en favor del varón, para ello le basta repetir tres veces en forma pública a su cónyuge ¡yo te repudio! para que se disuelva el vínculo matrimonial. La doctrina ha sido adoptada actualmente en los países musulmanes o islámicos, donde el matrimonio se disuelve por repudio y también por sentencia judicial o apostasía del Islam.

Esta forma de divorcio sin duda, da lugar al abuso y a la arbitrariedad del cónyuge que tiene esta facultad. Se mueve en un plano de desigualdad en el cual la mujer ocupa un lugar inferior sin derecho a defensa, la amplitud de las causas que pueden dar lugar al repudio lo hace prácticamente indeterminado, así cada cónyuge puede tener motivos diferentes que van desde aquellos que pueden tener gravedad como el adulterio, hasta aquellos como el de castigar a los animales domésticos por parte de la mujer. A su vez la mujer desconoce cuáles serán los actos que le disgustan al marido y que pueden dar lugar al repudio. Así pues, esta forma de divorcio se da dentro de una relación asimétrica entre los miembros de la unión matrimonial.

### 5.2.2 Doctrina del Divorcio-Sanción.

Esta doctrina sostiene que el divorcio es un castigo que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para la disolución del vínculo matrimonial, basándose en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, nacidos de la ley por parte de uno o ambos cónyuges. Al divorcio sanción se le denomina también subjetiva o de culpa de uno de los cónyuges por el incumplimiento de los deberes matrimoniales que nacen por el hecho del matrimonio. En el divorcio sanción pues, la causa del conflicto es la causa del divorcio

En la doctrina del Divorcio-Sanción, las sanciones están relacionadas mayormente con la privación de la patria potestad sobre los hijos, la pérdida de gananciales, la obligación alimenticia para el cónyuge agraviado, la indemnización para el cónyuge agraviado.

Los principios de esta doctrina son los siguientes:

B.1- El principio de culpabilidad, que supone que el divorcio se genera por culpa de uno de los esposos o de ambos, de tal modo que uno será culpable y el otro inocente, o ambos culpables todo ello que está sujeto a prueba dentro del proceso, la misma que debe ser merituada por el juez en forma razonada y conjunta al momento de resolver la causa.

Este principio determina que la legitimidad activa para interponer la demanda esté reservada solo al cónyuge agraviado, quien es libre de iniciar el proceso o no.

B.2.- Principio de legalidad. - El divorcio solo puede ser invocado por causales establecidas en el ordenamiento legal, los cónyuges no pueden, por su propia iniciativa, establecer causas de divorcio, igualmente la ley establece la legitimidad activa para promover el proceso de divorcio, los plazos dentro de los cuales puede ejercitarse la acción en forma válida, la vía procedimental, los casos en los que debe elevarse la causa en consulta al órgano jurisdiccional superior.

En aplicación de este principio, como ya dijimos, las causales para el divorcio sanción están previstas en la ley. En el caso de nuestro código son

doce las causales por las que se puede solicitar el divorcio vincular, cada una fija con precisión los supuestos que configuran cada causal, la legitimidad activa y los plazos dentro de los cuales se puede invocarla.

B.3.- El Principio de Punibilidad.- Este principio se manifiesta en el carácter punitivo del divorcio, que se hace efectivo por medio de la sentencia que declara disuelto el vínculo conyugal la misma que se constituye en un medio para penalizar al culpable por haber faltado a los deberes y obligaciones conyugales impuestos por la ley, por tanto supone algunas medidas como la pérdida del ejercicio de la patria potestad, la condena a una prestación alimentaria, la pérdida de los gananciales, la posibilidad de una indemnización a favor del agraviado, etc.

Esta doctrina ha sido adoptada por la mayor parte de los códigos europeos como el de Francia, Italia, Portugal, Suiza, Bélgica, Holanda. Luxemburgo. Finlandia, etc. Igualmente, en los países del Common Law (Inglaterra y Estados Unidos), Canadá, Puerto Rico y la mayor parte de los países latinoamericanos, alguno de los cuales, van tras la doctrina del divorcio-remedio<sup>44</sup>.

Esta doctrina ha sido criticada sobre todo desde el punto de vista psicológico, por cuanto no resulta factible determinar que tal o cual comportamiento de uno de los cónyuges merezca un premio o una sanción, habida cuenta que es la ley la que impone deberes y obligaciones, es nuestro caso en los artículos. 287 y siguientes del Código Civil y porque las razones que determinan el fracaso de una unión matrimonial están marcadas por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, y porque sin duda, el alejamiento recíproco entre el marido y la mujer, "es el resultado de un largo proceso de desavenencias, de incompatibilidades, de diferencias de apreciación, de desajustes sexuales y emocionales. Por otro lado, la sentencia que declara el divorcio podría ser hasta un premio para el culpable y una sanción para el inocente"<sup>45</sup>. Ello efectivamente se aprecia en los casos en los que, no habiendo bienes, no se puede privar de los gananciales al culpable o cuando no se concede una pensión alimenticia a favor del agraviado porque tiene ingresos.

---

<sup>44</sup> PERALTA ANDIA, Javier, Óp. Cit. Pág. 69.

<sup>45</sup> PERALTA ANDIA, Javier, Óp. Cit. Pág. 71.



### 5.2.3 Doctrina del Divorcio-Remedio.

Esta doctrina, que es la última históricamente aparecida, toma como sustento para el divorcio esencialmente la existencia de situaciones objetivas que pongan de manifiesto que el matrimonio no cumple con los fines para los cuales fue constituido se debe establecer, pues, si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo con la esencia del matrimonio. El divorcio remedio o de causales objetivas, se basa pues, en la ruptura de la vida matrimonial, que se verifica a través del acuerdo de los cónyuges para su conclusión, o por cese efectivo de la convivencia. El sistema del divorcio remedio entiende que el conflicto es en sí mismo la causa del divorcio, sin que interesen las causas o responsables del conflicto.

El mayor peso que se da a los factores objetivos para la declaración del divorcio, determina que se prescinda de la responsabilidad o culpa de uno de los cónyuges en el fracaso matrimonial y da más importancia a la verificación de la frustración de la finalidad del matrimonio.

Esta doctrina se basa una nueva concepción sobre el matrimonio por la cual la permanencia de la unión no está sujeta ni depende de la voluntad del cónyuge agraviado. Supone que el matrimonio es la unión voluntaria de un varón y de una mujer con intención de hacer vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse por diversos factores personales de los cónyuges al extremo de hacerlo inviable. En este supuesto las leyes no pueden obligar a los cónyuges a mantenerse unidos, cuando dicha unión matrimonial ha fracasado. La sentencia de divorcio declarará fundada la demanda cuando se haya comprobado que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, para los hijos y, con eso, también, para la sociedad, prescindiendo de la culpabilidad de los cónyuges como ya se ha precisado.

Esta Causal se sustenta en los siguientes supuestos

a) La ruptura de la vida matrimonial como consecuencia de la desavenencia grave, profunda de los cónyuges, evidente y objetivamente verificable, y, por tanto, no requiere de la tipificación de conductas culpables por parte de uno o ambos consortes. Evidentemente que ello, no tendría sentido si lo que al

fin se observa que el matrimonio ya no está vigente y se manifiesta en hechos como el alejamiento físico de los cónyuges, el abandono de la familia, el incumplimiento de las obligaciones respecto de los hijos, la conformación de hogares de hecho por parte de uno o de ambos cónyuges por tiempos dilatados.

b) La existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial, la situación objetiva de que el matrimonio no cumple los fines para los que se contrajo, manifestada en forma clara en actos como el alejamiento físico de los cónyuges, el abandono de la familia, el incumplimiento de las obligaciones respecto de los hijos, la conformación de hogares de hecho por parte de uno o de ambos cónyuges por tiempos dilatados. Esta sola causal es la que prevalece como razón suficiente para declarar el divorcio.

c) La consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible, el conflicto matrimonial. La concepción de remedio está unida a la petición del demandante que expone la existencia de una situación inviable entre los cónyuges, pese a lo cual, legalmente subsiste el matrimonio e impide la regularización de otras familias o de situaciones económicas existentes.

La separación de hecho entre los cónyuges no puede seguir ocasionando consecuencias a otros hijos y a los derechos económicos de los miembros de la familia. La concepción del divorcio como remedio pretende precisamente remediar esta situación.

La doctrina se fue afirmando después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en los países como Inglaterra, Polonia, Alemania, Rumania, Checoslovaquia, etc.

#### **5.2.4 Doctrina Mixta.**

Como lo indica el nombre, esta doctrina mantiene principios de otros sistemas, en este caso del divorcio sanción y del divorcio remedio, lo que determina que surja cierta complejidad en sus normas pues como hemos señalado mantiene la posibilidad de que se pueda combinar el sistema subjetivo de inculpación que se expresa en la doctrina del divorcio-sanción con el sistema objetivo de no inculpación del divorcio-remedio.

Aunque de primera vista pareciera que son doctrinas incompatibles, sin embargo, son combinables. El sistema ha sido adoptado países como Austria y Grecia que han preferido seguir una doctrina intermedia entre el divorcio-sanción y el divorcio-remedio.

En nuestro país, el Código Civil de 1984 adoptó la tesis divorcista y con ella la doctrina del divorcio-sanción. Sin embargo, con la reforma efectuada por Ley N° 27495 de 07.07.01 se logra introducir la corriente de divorcio remedio. Consecuentemente, el sistema peruano en materia de divorcio contempla, por un lado, causales subjetivas o inculpatorias propias del sistema del divorcio-sanción en las causales previstas en los incisos 1 a 11 del artículo 333 del Código Civil y, por otro, causales objetivas o no inculpatorias como la separación de hecho y la separación convencional incisos 12 y 13 respectivamente de la misma norma, pertenecientes a la doctrina del divorcio-remedio que sin duda se ajustan a nuestra realidad, por consiguiente, podemos afirmar que en nuestro país se ha adoptado el sistema intermedio.

### **5.3 Las causales de divorcio en el Perú**

Conforme lo señala el artículo 349 del Código Civil, los hechos que pueden dar origen al divorcio vincular, son los mismos señalados para la separación de cuerpos en el artículo 333. El código Civil actual admitió originalmente 10 causales, pero la Ley 27495 promulgada el 7 de julio del 2001 introduce además las causales de imposibilidad de hacer vida en común y la separación de hecho con lo que aumenta el número de causales a doce además de la Separación convencional.

#### **5.3.1 Adulterio.**

El significado etimológico más aceptado de la palabra adulterio es que proviene de la voz latina adulterium que proviene a la vez del verbo adulterare que significa seducir a una mujer casada, significa además viciar o falsificar algo. Se trata de una unión sexual ilegítima de un acto que quebranta el deber de fidelidad impuesto por el artículo 288 del Código Civil al sostener relaciones sexuales con personas distintas al cónyuge.



Como sabemos con el matrimonio nacen derechos y obligaciones uno de ellos es el de la fidelidad que contiene a su vez los conceptos de débito y continencia sexual. El débito como la obligación de mantener relaciones sexuales con su cónyuge y la abstinencia como la obligación de no mantener relaciones sexuales con persona distinta a su consorte. La violación del deber de la abstinencia sexual configura la causal de adulterio.

El adulterio "se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio , sea ocasional o permanente"<sup>46</sup> y no tiene una tipificación distinta para el varón o la mujer, como en nuestro caso lo hacía el Código Civil de 1852 que admitía la causal para la mujer pero no para el marido, considerando además que el adulterio de la mujer era moralmente de consecuencias más graves, puesto que podía introducir a la familia un miembro de filiación biológica distinta que sin embargo resultaba hijo del marido por la presunción "pater est".

Casi en todos los códigos civiles, el adulterio se considera como la primera causal de divorcio, sea por ser un caso frecuente entre los conformantes de las uniones matrimoniales, como por la grave afectación que significa un acto de esta naturaleza al matrimonio, por ello en muchas legislaciones se le sanciona drásticamente. Así la Sharia, legislación musulmana que rige en la actualidad en países musulmanes como Kuwait, Afganistán, Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos, condena a los adúlteros a la pena de azotes. Sin embargo en regímenes más radicales como los tal ibañes la pena es de lapidación mediante el lanzamiento de piedras. La pena se aplica tanto a hombres como mujeres y constituye no solo una crueldad. Aunque algunas modificaciones han establecido, que no se usen piedras grandes en la lapidación sino más pequeñas que puedan permitir la huida del adúltero, sigue siendo un atentado a la dignidad humana.

### **5.3.2 La Violencia Física o Psicológica.**

Esta causal de divorcio está prevista en el inciso 2 del artículo 333 del Código Civil. La jurisprudencia peruana<sup>47</sup> ha definido la causal de la siguiente forma: "Se entiende por violencia física o psicológica al trato reiterado y cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose

---

<sup>46</sup> ZANONNI, Eduardo, *Manuel de Derecho de Familia*, ASTREA, Buenos Aires, 1989.

<sup>47</sup> Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia. Casación N° 027-f-97.

arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho o psicológicamente a su consorte, salvando los límites del recíproco respeto que supone la vida en común.

El Decreto Legislativo 768 cambió la designación de sevicia que anteriormente tenía esta causal en el Código Civil de 1936 por la de Violencia Física y Psicológica por considerar que el término sevicia se refería solo al maltrato físico. En efecto la palabra sevicia deriva del vocablo latino "saevitia" que significa crueldad, inhumanidad, insensibilidad. De acuerdo con ese significado, se definió la sevicia como el acto de crueldad por el cual uno de los cónyuges dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultraja de hecho al otro y quebranta los límites de recíproco respeto que la ley impone a los cónyuges por medio del artículo 288 del Código Civil. Sin embargo, es necesario precisar que el término sevicia ha evolucionado en su significado y ahora también comprende la esfera síquica y moral de la persona, por lo que el cambio de denominación no era necesario.

La causal de divorcio por violencia física o psicológica es una causal directa, inculpatoria. Que consiste en el maltrato físico o la coacción moral que un cónyuge ejerce contra el otro a sabiendas que ello provoca sufrimiento en el otro y, que, por su gravedad y continuidad, da lugar a que la vida en común se haga insostenible por sobrepasar el respeto que deben tenerse los cónyuges, todo lo que repercute en las relaciones familiares.

La mencionada ejecutoria exige como elemento de la causal la pluralidad de acciones o sea la reiteración en las agresiones sean estas físicas o psicológicas.

### **5.3.3 Atentado Contra la Vida del Cónyuge.**

Esta causal se encuentra prevista en el inciso 3 del artículo 333 del Código Civil y viene a ser la tentativa de homicidio, el deseo de victimar, cometida por el uno de los cónyuges en agravio del otro. Es pues, el acto consciente y deliberado de suprimir la vida del otro cónyuge, sin llegar a consumarlo.

El Código Civil actual, no hace diferencia entre la tentativa desistida y la tentativa impedida, lo que importa es que el cónyuge ponga de manifiesto su intención de victimar a su consorte. En la tentativa el agente comienza la

ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo. Comprende tanto el desistimiento voluntario como el arrepentimiento activo, aunque no la tentativa inidónea. El autor principal puede ser el cónyuge, el cómplice o el instigador.

La tentativa contra la vida del cónyuge, es un acto de suyo gravísimo que viola casi todos los deberes inherentes al matrimonio y su presencia impide la continuación de la vida en común.

El atentado contra la vida del cónyuge es una causa directa, inculpatoria y perentoria que da lugar al divorcio y su sustento se encuentra en la protección de uno de los derechos fundamentales de la persona humana como es la vida de uno de los cónyuges y que se expresa en el quebrantamiento del deber de asistencia recíproca y en la falta de seguridad personal del cónyuge.

#### **5.3.4 Injuria grave.**

La injuria grave como causal de divorcio está prevista en el inciso 4 del artículo 333 del Código Civil. Es una causal directa, inculpatoria que consiste en la ofensa grave que se infiere a la personalidad, los sentimientos y la dignidad del cónyuge agraviado que implica violación de los deberes recíprocos de respeto nacidos del matrimonio. Es un acto u omisión ultrajante, ofensiva e inexcusable que hiere a la personalidad, los sentimientos, el honor y la dignidad del otro cónyuge.

El fundamento de la causal de injuria está en el quebrantamiento de una de las obligaciones que nacen del matrimonio como es el deber de asistencia y el respeto por la personalidad, los sentimientos y el honor del otro consorte, así como en el hecho de que no es posible la vida en común supeditada a las humillaciones, intemperancias y caprichos del otro, que en el fondo significan un menosprecio profundo.

El Artículo 337 del CC establece que la sevicia la injuria grave y la conducta deshonrosa serán apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, conducta y costumbres de los cónyuges. Sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en la acción de Inconstitucionalidad N° 18-96, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el



30 de junio de 1997 ha establecido que tales criterios solo se aplicarán en el caso de las injurias graves.

### **5.3.5 Abandono Injustificado de la Casa Conyugal.**

Es una causal de divorcio directa, inculpatoria que se encuentra prevista en el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil, y que se configura por la dejación unilateral del hogar conyugal por uno de los cónyuges. Sin motivo justificado y además con el propósito de sustraerse a los deberes conyugales. Conforme a nuestro ordenamiento legal esta causal no caduca y puede ser impuesta en cualquier momento, mientras dure el rehusamiento a volver.

Es evidente que el abandono injustificado del hogar conyugal, quebranta el deber de hacer vida en común que nace por imperio de la Ley al contraer matrimonio y que se encuentra previsto en el artículo 289. el abandono también implica que se lleva a cabo respecto del domicilio conyugal al que se refiere el artículo 290 del Código Civil., quebranta también el deber de cohabitación, de asistencia al cónyuge, de ayuda, colaboración, de participar en el gobierno del hogar y de cooperar en el mejor desenvolvimiento del mismo. Todo ello le da la gravedad que determina que el cónyuge agraviado pueda invocarlo como una causal de divorcio después del plazo que la ley establece.

### **5.3.6 La Conducta Deshonrosa que Haga Insoportable la Vida en Común.**

Es una causal, inculpatoria, de divorcio, prevista en el inciso 6 del artículo 333 del Código Civil.

La conducta es el comportamiento del individuo, manifestado en su entorno familiar y social que debe estar orientada a observar la moral y las buenas costumbres de su grupo social para ser aceptable.

Cuando la conducta no se orienta al respeto de la moral ni a la práctica de buenas costumbres se torna reprochable. Pero la conducta deshonrosa está constituida por el comportamiento, deshonroso, inmoral o indecente del cónyuge, en forma habitual y constante, de tal manera que hace insoportable la vida en común para el cónyuge afectado.

La conducta deshonrosa es, además, el comportamiento impúdico contrario a las normas de la Ética, que causa grave malestar en el cónyuge agraviado por el repudio que causa en el entorno social. La conducta deshonrosa como causal de divorcio, deshonra al propio cónyuge que la práctica y también al otro consorte.

La conducta deshonrosa, infringe los deberes éticos que son necesarios para el buen nombre de la familia y para la imagen del matrimonio, por lo que evidentemente perturba a las relaciones familiares.

### **5.3.7 El Uso Habitual e Injustificado de Drogas Alucinógenas o Sustancias que Puedan Generar Toxicomanía.**

Esta causal se encuentra prevista en el inciso 7 del artículo 333 del Código Civil. Es una causal inculpatoria del divorcio que consiste en el consumo habitual e injustificado de drogas alucinógenas o sustancias que puedan generar toxicomanía, lo que altera gravemente la normalidad de la vida conyugal, por los efectos que genera dicho consumo tanto en el cuerpo como en la mente de las personas consumidoras y por tanto en su conducta.

La toxicomanía es una situación de dependencia que se deriva del consumo habitual de sustancias que producen alteraciones de orden físico y trastornos mentales en el consumidor, en razón a la acción que ejercen las drogas consumidas sobre el sistema nervioso central y las transformaciones psíquicas negativas.

La Ley 27495 ha variado el inciso 1° del artículo 333 del Código Civil, según la cual es causal de divorcio “el uso habitual e injustificado de sustancias alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347 del mismo cuerpo legal. El artículo 347 dispone que, en caso de enfermedad mental de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda el deber de hacer vida en común.

Esta modificación, según Alex Plácido<sup>32</sup>, resulta ser, innecesaria, por cuanto “en la calificación legal de la causal ya se descarta la ingestión por razones terapéuticas o por prescripción médica, así se exige que el uso sea habitual e injustificado”

El fundamente de considerar al consumo de sustancias que dan lugar a la toxicomanía como causal de divorcio, es el quebrantamiento de los deberes ético-morales que supone el matrimonio y también en un principio de prevención de la salud del cónyuge no consumidor, que corre el peligro de adquirirlo, que se hace extensivo también a la descendencia, resultando por ello que los hijos puedan resultar con taras o deficiencias mentales.

### **5.3.8 La Enfermedad Grave de Transmisión Sexual Contraída Después del Matrimonio.**

La ley 27495, ha modificado esta causal que anteriormente se refería sólo a la enfermedad venérea grave contraída después del matrimonio, se encuentra prevista en el inciso 8 del artículo 333 del Código Civil y consiste en la transmisión de una enfermedad grave de origen y transmisión sexual que no solo puede dañar la salud de la cónyuge sino también de la descendencia.

Se trata de enfermedades de transmisión sexual, lo que implica que la enfermedad debe adquirirse por el trato sexual de uno de los cónyuges con persona distinta a la que conforma la sociedad conyugal. Aquí están comprendidas, además de las enfermedades venéreas otras como el herpes genital, la tricomoniasis, la sarna genital, la tiña inguinal, el sida etc.

La adquisición de una enfermedad sexual origina un peligro para el cónyuge inocente cuando mantiene relaciones íntimas, impiden el cumplimiento de obligaciones fundamentales como el débito sexual, por el riesgo que conlleva respecto de la salud del otro cónyuge.

### **5.3.9 La Homosexualidad Sobreviniente al Matrimonio.**

Esta causal se encuentra prevista en el inciso 9 del artículo 333 del Código Civil. La homosexualidad conforme al “prefijo griego hornos que significa lo mismo, igualdad o semejanza, indica a toda persona que tiene relación sexual con otra de su mismo sexo”<sup>48</sup>.

Desde una perspectiva patológica se podría considerar que la homosexualidad como una anomalía de la persona que consiste en la

---

<sup>48</sup> PERALTA ANDIA, Javier. Op. Pag.87.



atracción erótica entre individuos del mismo sexo que en este caso debe ser adquirida después del matrimonio. Ello imposibilita la vida en común al significar una manifestación de menosprecio por el sexo del otro cónyuge que en ocasiones puede afectar al débito sexual de los esposos y también una conducta socialmente reprochable.

Si la homosexualidad se dio antes del matrimonio y el cónyuge agraviado lo ignoró puede solicitar la anulabilidad del matrimonio por desconocimiento de un defecto sustancial al contraerlo conforme a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 241 concordante con el inciso 5 del artículo 277 del Código Civil.

### **5.3.10 La Condena por Delito Doloso a Pena Privativa de la Libertad Mayor de dos Años, Impuesta Después de la Celebración del Matrimonio.**

Esta causal se encuentra prevista en el inciso 10 del artículo 333 del Código Civil tiene naturaleza inculpatória y perentoria y consiste en el hecho de que uno de los cónyuges ha sido objeto de una condena a pena privativa de la libertad por delito doloso por un plazo superior a los dos años. A nuestro criterio, la sentencia tiene que haber quedado consentida y ejecutoriada.

El sustento de esta causal la encontramos en el hecho de que los cónyuges por el matrimonio, además de los fines naturales, buscan el buen nombre, el honor de la familia, por ello un hecho infamante como es la comisión de un delito es una mácula que perturba el normal desarrollo de la vida matrimonial. Viola, por tanto, una obligación ético moral que los cónyuges tienen respecto de su matrimonio ya que una condena a la pena privativa de la libertad, constituye un deshonor, una pérdida de la buena reputación que repercute en la familia.

Cuando el Código Civil señala que debe ser un hecho doloso es decir intencional, tenemos que entender que los delitos culposos y los preterintencionales están excluidos de la posibilidad de constituir causal de divorcio. Tampoco el Código precisa de qué clase de pena privativa se trata, solo cumple con precisar el tiempo, es decir, 2 años y ello se deberá tener en cuenta para que se configure la causal.

### **5.3.11 La Imposibilidad de Hacer Vida en Común Debidamente Probada en Proceso Judicial.**

Esta causal ha sido introducida por la Ley 27495, es una causal inculpatória que pone de manifiesto la existencia de un matrimonio desquiciado, falta de armonía familiar por todo lo cual no es posible hacer vida en común. Se le conoce también como el divorcio quiebre.

Los actos que imposibilitan la vida en común violan los deberes de cohabitación y de asistencia recíproca que nacen del matrimonio y dada la imprecisión respecto de los hechos que la constituyen se pueden comprender actos como abusos respecto de la persona del cónyuge derivados de la privación de entrar en el hogar, de introducir clandestinamente al hogar personas ajenas a la familia, de internar al cónyuge innecesariamente en un sanatorio. Acciones judiciales promovidas injustamente o seguidas a espaldas del cónyuge agraviado con ánimo de mortificar. Actitudes impropias de la condición de casado, salidas o viajes con persona distintas al cónyuge, ausencias periódicas, constantes e injustificadas. Venta de los bienes sociales, apoderamiento, despojo, préstamos realizados a espaldas del otro cónyuge que gravan el patrimonio común. Sometimiento a prácticas sexuales aberrantes, negativa de consumir el matrimonio, negativa al débito sexual. Falta de aseo en grado extremo. Conducta irrespetuosa contra el cónyuge etc.

Un examen de los hechos señalados nos permite concluir que muchos de ellos tipifican otras causales de separación de cuerpos, lo que confirma que la causal de imposibilidad de hacer vida en común abarcaría a todas o casi a todas las otras. De ello se desprende la necesidad de hacer un deslinde entre los hechos que tipificarían esta causal y los que tipifican a otras causales.

**5.3.12 La Separación de Hecho de los Cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del CC.**

Esta causal también fue introducida por la Ley 27495, y está referida a situación en las cuales se quebranta la obligación de los cónyuges de hacer vida común en el domicilio conyugal. Siendo esta causal el motivo de este trabajo será tratado en forma amplia en el siguiente capítulo.

Por esta causal los cónyuges, sin necesidad de expresar motivos, pueden solicitar el divorcio con solo probar que están separados por el plazo que la ley exige como suficiente para que se configure. La separación de hecho, “es la negación del estado de vida en común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento del deber de cohabitación voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio

Doctrinariamente se justifica la existencia de esta causal por la existencia de situaciones en las que la perturbación matrimonial es tan profunda que ya no se puede esperar que la vida conyugal continúe. No es necesaria la infracción de los deberes matrimoniales sino la intención evidente de los cónyuges, de no hacer vida- común y, por tanto, de no cumplir con los deberes que

#### **5.4 Efectos del divorcio**

Son efectos del divorcio, la extinción de todos los derechos y obligaciones que emanen del vínculo conyugal (pérdida de honores, extinción de los deberes de fidelidad, obediencia, respeto y la libertad de los cónyuges para contraer nuevo matrimonio)<sup>49</sup>.

Borda opina que son efectos del divorcio vincular los siguientes:

a) Cesan todos los derechos y deberes recíprocos, en particular el de asistencia y fidelidad, con la excepción de la obligación alimentaria, que subsiste siempre que el alimentado no sea quien ha pedido la disolución del

---

<sup>49</sup> PIEG PEÑA, 1947, Tomo II, Volumen I: 514-515.



vínculo o no haya aprovechado la disolución pedida por el otro para contraer también él nuevas nupcias;

b) Cualquiera de los cónyuges, aunque sea el único culpable del divorcio y aunque no haya pedido él la disolución, puede contraer nuevas nupcias una vez que la disolución fue decretada;

c) En lo que atañe a los derechos hereditarios, la situación es la siguiente: sólo el cónyuge inocente del divorcio de personas conserva la vocación hereditaria, vocación que no se ve afectada por la ulterior disolución del vínculo, a menos que haya pedido la disolución o haya aprovechado de la disolución solicitada por el otro para contraer nuevas nupcias;

d) En cuanto al nombre, la mujer divorciada ad vinculum pierde el apellido del marido.<sup>50</sup>

Lagomarsino y Uriarte sostienen que son efectos comunes del divorcio vincular y de la separación personal (separación de cuerpos) los siguientes:

- 1) derecho de los cónyuges divorciados a fijar libremente su domicilio o residencia;
- 2) destino maternal de la tenencia de los hijos menores de cinco años de padres divorciados, y determinación de los progenitores que tendrán a su cargo a los hijos mayores de esa edad;
- 3) derecho a alimentos de parte del ex cónyuge que no hubiera dado motivo al divorcio fundado en las causales culpables;
- 4) fijación de alimentos en favor del ex cónyuge enfermo,
- 5) trasmisión de la cuota alimentaria a los herederos y legatarios del alimentante en favor del ex cónyuge enfermo;
- 6) extensión del deber alimentario para los ex cónyuges, culpables o no, que carecieren de medios suficientes y de la posibilidad de procurárselos;
- 7) cesación de la obligación alimentaria por concubinato o injurias graves contra el alimentante;
- 8) protección de la vivienda sede del hogar conyugal con motivo de la liquidación del inmueble ganancial o por desocupación del inmueble propio del otro ex cónyuge;

---

<sup>50</sup> BORDA, 1984:271.

9) revocación de las donaciones que el ex esposo hubiera hecho a su mujer como objeto de una convención matrimonial.

Otras consecuencias comunes con el instituto de la separación personal son las derivadas de la disolución de la sociedad conyugal y de los efectos generados por el divorcio en sí o por los hechos constitutivos de las causales que le hubieran dado lugar. En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, la sentencia de divorcio vincular produce la extinción de aquella con retroactividad al día de la notificación de la demanda o a la presentación conjunta, en los casos de haberse promovido la acción por vía del proceso contencioso o por culpa de ambos, respectivamente. A su vez, en materia de responsabilidad civil son fuente de reparación matrimonial entre cónyuges los daños y perjuicios<sup>51</sup>.

Lagomarsino y Uriarte consideran, por último, que son efectos exclusivos del divorcio vincular los siguientes:

- 1) Disolución del vínculo matrimonial. Constituye éste la característica más notoria del divorcio absoluto, junto a la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio por parte del divorciado que ha recuperado su habilidad nupcial.
- 2) Recuperación de la habilidad nupcial. Se encuentra asociada a la disolución del vínculo matrimonial, en orden a que no cabe suponer la recuperación de la habilidad nupcial sin que se hubiese operado, previamente, la extinción del vínculo conyugal. En otros términos, el restablecimiento de la aptitud para contraer nuevas nupcias es una consecuencia de la disolución del vínculo.
- 3) Cesación de la obligación alimentaria por la celebración de nuevas nupcias. Se dispone la cesación del derecho a recibir los alimentos en los siguientes supuestos:
  - a) celebración de nuevas nupcias por parte del cónyuge alimentario; b) vivir éste en concubinato, y
  - c) incurrir en injurias graves contra el cónyuge alimentante. Los referidos motivos privan del derecho a alimentos al esposo que no hubiera dado lugar al divorcio, a quien padeciera alteraciones mentales graves, alcoholismo o drogadicción que le impidiera la convivencia con su cónyuge e hijos, y al esposo que careciera de los medios suficientes para su subsistencia y de la

---

<sup>51</sup> LAGOMARCINO Y URIARTE, 1991. 481-482.

posibilidad de procurárselos, haya mediado o no declaración de culpabilidad en la sentencia.

4) Cesación del derecho hereditario. En el ámbito del divorcio vincular están privados entre sí del llamamiento sucesorio los esposos divorciados en forma absoluta, o que hubieran convertido en divorcio vincular su separación personal<sup>52</sup>.

Nuestro Código Civil, en relación a los efectos del divorcio, establece lo siguiente:

- A) El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio (art. 348 del C.C.).
- B) Fenece el régimen de sociedad de gananciales por divorcio (art. 318, inc. 3, del C.C.).
- C) El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (art. 352 del C.C.).
- D) El régimen de separación de patrimonios fenece por divorcio (arts. 318, inc. 3, y 331 del C.C.).
- E) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (art. 340 del C.C., aplicable al divorcio por mandato del art. 355 del C.C.).
- F) El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa (art. 342 del C.C., que conforma la normatividad sobre la separación de cuerpos y que es de aplicación al divorcio por mandato del art. 355 del C.C.).

---

<sup>52</sup> LAGOMARCINO Y URIARTE, 1991. 482-484.



G) Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge, aunque hubiere dado motivos para el divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la-exoneración y, en su caso, el reembolso (art. 350 del C.C.).

H) Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí (art. 353 del C.C.).

I) Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral (art. 351 del C.C.).

#### **5.4.1 Tenencia del niño y adolescente.**

Así tenemos que el Código de los Niños y Adolescentes norma lo relativo a la tenencia del niño y adolescente en el Capítulo II Tenencia del niño y del adolescente del Título I La familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes») del Libro Tercero Instituciones familiares, en los arts. 81 al 87.

El artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes preceptúa que cuando los padres están separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

En cuanto a la variación de la tenencia de niños y adolescentes, el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes establece que si resulta necesaria la variación de la tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario (que es un órgano auxiliar de la justicia

especializada en niños y adolescentes y que está conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales: art. 149 de la Ley Nro. 27337), que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebate a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia, interpondrá su demanda acompañando (según el art. 83 del Código de los Niños y Adolescentes):

El documento que lo identifique.

La partida de nacimiento del menor.

Las pruebas pertinentes.

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia del niño o adolescente, el Juez resolverá (debiendo escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente: art. 85 del Código de los Niños y Adolescentes) teniendo en cuenta lo siguiente (conforme al art. 84 del Código de los Niños y Adolescentes):

- a) El hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre.
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un régimen de visitas.

#### **5.4.2 Régimen de visitas respecto del niño o adolescente.**

Lo concerniente al régimen de visitas respecto del niño o adolescente se halla normado en el Capítulo III Régimen de visitas del Título I La familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes del Libro Tercero Instituciones familiares, en los arts. 88 al 91.

Según el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad

del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar del domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y del adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar (art. 88 del Código de los Niños y Adolescentes).

El padre o la madre que haya sido impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo podrán interponer la demanda correspondiente acompañando la partida de nacimiento que acredite su entroncamiento. Si el caso lo requiere podrá solicitar un régimen provisional (art. 89 del Código de los Niños y Adolescentes).

El régimen de visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique (art. 90 del Código de los Niños y Adolescentes).

El incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso (art. 91 del Código de los Niños y Adolescentes).

Es de resaltar que, de acuerdo a lo normado en el artículo 160, inciso c), del Código de los Niños y Adolescentes, corresponde al Juez especializado (Juez de Familia) el conocimiento del proceso referido al régimen de visitas de niños o adolescentes. El Juez especializado (Juez de Familia), para resolver, toma en cuenta las disposiciones del proceso único establecido en el Capítulo II Proceso Único del Título II Actividad procesal del Libro Cuarto Administración de justicia especializada en el niño y el adolescente del Código de los Niños y Adolescentes, en los arts. 164 al 182, y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil. Los citados artículos 164 al 182 del Código de los Niños y Adolescentes, sobre el trámite del proceso único en que se ventila el régimen de visitas, han sido expuestos en el punto anterior, por lo que nos remitimos a lo señalado en él.



## 5.5 Patria potestad

### 5.5.1 Noción de patria potestad.

Lo relativo a la patria potestad se encuentra regulado en el Capítulo Único Ejercicio, contenido y terminación de la patria potestad del Título III Patria potestad de la Sección Tercera Sociedad paterno filial del Libro III Derecho de Familia, en los arts. 418 al 471.

La patria potestad es definida en el artículo 418 del Código Civil, según el cual, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

D'Antonio denomina patria potestad a la institución jurídica dirigida a lograr la cristalización plena de la personalidad del hijo<sup>53</sup>.

Royo Martínez califica a la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole<sup>54</sup>.

López del Carril pone de relieve que «la patria potestad es una institución ética y altruista fundada en el derecho natural biológico, propia y absoluta del derecho de familia como integrante del derecho privado, y es un derecho moral, aunque desencadene derechos y obligaciones patrimoniales, pero su existencia y sustento están fundadas en principios más elevados, más puros, sin descender a la condición contractual propia del egoísmo y no del altruismo<sup>55</sup>.

La patria potestad es el conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos.

Estos derechos y poderes no se confieren a los padres sino como consecuencia de los deberes que tienen que cumplir; no hay patria potestad sino en razón de las muchas obligaciones a cargo del padre o madre, obligaciones que pueden resumirse todas en una sola: la educación del hijo<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> D' ANTONIO, 1979:66.

<sup>54</sup> ROYO MARTINEZ; citado por LOPEZ DEL CARRIL, 1984:332.

<sup>55</sup> LOPEZ DEL CARRIL,1984:339.

<sup>56</sup> RIPERT; Y BOULANGER, 1963, Tomo III, Volumen II:291.

La patria potestad es una institución natural que no necesita del Derecho positivo para actuarse; aunque no hubiera Estado, habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y porque, por impulsos naturales innegables, los padres se sienten obligados e inclinados a actuar, con esa potestad, al mismo tiempo tuitiva y de mando; de mando para mejor actuar la protección del hijo. La patria potestad pertenece a la categoría del 'poder jurídico' «La patria potestad contiene poderes inherentes a la persona y a los bienes del hijo, a los cuales corresponden nuevos deberes del hijo hacia el progenitor que la ejerce»<sup>57</sup>

En el derecho moderno, estas facultades que integran la patria potestad, se conceden, por tanto, en función de los deberes que emanan de la misma, siendo así la patria potestad, una función tuitiva sobre el menor que se confía a los padres de acuerdo con el derecho natural de los mismos de educarlos y tenerlos en su compañía.

El fundamento de la patria potestad, como el del Derecho de familia, también se encuentra en la naturaleza, por las necesidades de los hijos menores de edad que requieren la protección de sus padres y por ese llamamiento natural.

Hemos de resaltar en el Derecho moderno, el concepto de la patria potestad como función, deber y derecho y como oficio que a los padres corresponde. Del concepto de la patria potestad, aparece su carácter de oficio, sin que se la pueda considerar como facultad de los padres, ni solamente como obligación, sino como derecho-deber que a los padres corresponde, para la debida protección de la incapacidad del menor<sup>58</sup>.

### **5.5.2 Deberes y derechos derivados de la patria potestad**

Arias, en lo que atañe a los derechos de los padres sobre la persona de sus hijos, expresa lo siguiente:

La patria potestad origina relaciones entre el padre y el hijo. A uno y a otro le acuerda derechos y le impone obligaciones. Prácticamente, el derecho de uno es la obligación del otro.

---

<sup>57</sup> BARBERO 1967, Tomo II:149.

<sup>58</sup> LOPEZ PEREZ, 1982:33-35.

Enumerando esos derechos (de carácter personal), el padre puede: ejercer autoridad y poder sobre el hijo, requerirle respeto y obediencia, corregirlo, representarlo, exigirle trabajo personal y ser su curador o nombrarle tutor testamentario<sup>59</sup>.

Ripert y Boulanger anotan que: La patria potestad se descompone en una serie de derechos y de obligaciones determinados por la ley. A menudo las obligaciones son correlativas a los derechos.

Es necesario considerar: la tenencia y educación del hijo; 2° su mantenimiento y establecimiento; 3° la atribución de las rentas de sus bienes, llamada usufructo legal.

Existen además otros derechos que derivan de la patria potestad: derecho de consentir en el matrimonio y el contrato de matrimonio, en la adopción, en la emancipación, derecho de tutela legal, derecho de nombramiento de un tutor testamentario<sup>60</sup>.

Conforme al artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nro. 27337), son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral.
- b) Proveer su sostenimiento y educación.
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente.
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil.
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención.
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran.

---

<sup>59</sup> ARIAS, 1952:363.

<sup>60</sup>RIPERT, Y BOULANGER, 1963, Tomo III, Volumen II. 311.



i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil, el cual prescribe que cuando el usufructo legal recae sobre los productos a que se refiere el artículo 894 del indicado Código sustantivo (que preceptúa que son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien), los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos.

Según el artículo 423 del Código Civil, son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de los hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil, que dispone que cuando el usufructo legal recae sobre los productos a que se refiere el artículo 894 de dicho cuerpo de leyes (conforme al cual son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien), los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos.

### **5.5.3 Administración legal de los bienes de los hijos sujetos a patria potestad.**

Por lo general, la administración incumbe a los padres, constituyendo uno de los efectos patrimoniales de la patria potestad. Así se infiere que el padre, o en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que estén bajo su patria potestad.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> CASTAN VASQUEZ, 1960: 283.

Según López Pérez: Como los bienes de los hijos no pueden ser administrados por ellos, por su incapacidad, los padres son los encargados de esa administración, pero con las garantías y limitaciones que se establecen, en base a la protección del menor.

Así se determina que la administración de los bienes de los hijos la tendrán sus padres, con la misma diligencia que los suyos propios, con las obligaciones generales de todo administrador.<sup>62</sup>

El derecho de administración del padre se extiende todo el patrimonio del hijo exceptuándose:

1. Lo que el hijo adquiere mortis causa o por atribución patrimonial gratuita ínter vivo de un tercero, si el causante de la herencia por disposición de última voluntad, o el sujeto de la atribución patrimonial inter vivos al hacerla, determina que la adquisición quede excluida de la administración del padre. Esta determinación puede hacerse a voluntad, sin requerir una forma determinada de expresión. El que hace la atribución patrimonial no puede excluir al padre de la representación del hijo en la aceptación o repudiación de la adquisición.

Los subrogados de lo adquirido quedan comprendidos también en la exclusión. A estos efectos se consideran subrogados todo lo que el hijo adquiere en base a un derecho perteneciente a ese patrimonio o en virtud de un negocio jurídico que se refiere al patrimonio, o sea un negocio jurídico en virtud del cual se adquiere algo con medios del patrimonio atribuido o cuyo resultado, según la intención del padre, está destinado al patrimonio atribuido.

2. Del disfrute del padre queda excluido también lo que el hijo adquiere con su trabajo y lo que el hijo adquiere mediante la explotación independiente de una industria permitida. Sin embargo, en sí consideradas, estas adquisiciones están sujetas a la administración del padre, pero hasta donde alcanza la capacidad ilimitada del hijo está excluido el derecho de administración del padre.

---

<sup>62</sup> LOPEZ PEREZ, 1982:93.

3. Si para la administración de todo o parte del patrimonio del hijo se ha designado un curador, queda excluida la del padre en lo que es objeto de la administración del curador, incluso si no existiera razón jurídica alguna para el nombramiento de un curador.

Constituye, pues, un deber y un derecho para los padres que ejercen la patria potestad el administrar los bienes de sus hijos (art. 423, inciso 7, del C.C.).

Están excluidos de la administración legal los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, bajo la condición de que sus padres no los administren; y los adquiridos por los hijos por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres o entregados a ellos para que ejerzan dichas actividades (art. 425 del C.C.).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 426 del Código Civil, los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar:

1. El importe de los bienes muebles.
2. Las rentas que durante un año rindieron los bienes.
3. Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor.

Los incisos 2 y 3 del artículo 426 del Código Civil (citados precedentemente) son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados.

#### **5.5.4 Usufructo de los bienes de los hijos sujetos a patria potestad.**

Barbero, en cuanto al usufructo legal de los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, opina de esta manera:

El usufructo legal la cual comprende todos los bienes del menor con excepción de las categorías siguientes:



- 1) bienes adquiridos por el hijo con ocasión o por ejercicio de milicia, oficio, empleo, profesión, arte, o de otro modo, separadamente, con su propio trabajo;
- 2) los bienes dejados o donados al hijo para emprender una carrera, un arte o una profesión, o con la condición explícita de que el progenitor no tenga el usufructo de ellos (a menos que sean bienes que correspondan al hijo a título de legítima, en cuyo caso la condición no vale);
- 3) los bienes provenientes de herencias, legados o donaciones, aceptados en interés del hijo contra la voluntad del progenitor.

Castán Vásquez enseña que: Se entiende por usufructo paterno el derecho que tienen los padres que ejercen la patria potestad a disfrutar los bienes de los hijos sometidos a ella. Las normas aplicables al usufructo legal del padre son las mismas relativas al usufructo ordinario, salvo algunas particularidades.<sup>63</sup>

Los bienes que provienen del trabajo del hijo no están sometidos al usufructo legal.

El derecho de usufructo legal acordado a los padres es una variedad del usufructo común. No obstante, el derecho de usufructo legal no consiste en un usufructo ordinario: se acuerda a los padres en virtud de su patria potestad, de la que es un atributo. Por lo tanto, está fuera del comercio como la misma potestad; es más un derecho de familia que un derecho patrimonial.

Por aplicación de las reglas comunes del usufructo los padres soportan todas las cargas por las que están obligados los usufructuarios. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, es deber y derecho de los padres que ejercen la patria potestad usufructuar los bienes de sus hijos (hipótesis del usufructo legal). Tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil (art. Están exceptuados de usufructo legal según el art. 436 del C.C.):

---

<sup>63</sup> CASTAN VASQUEZ, 1960. 269.

1. Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres.
2. Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos para que sus frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado.
3. Los bienes de los hijos que les sean entregados por sus padres para que ejerzan un trabajo, profesión o industria.
4. Los que los hijos adquieran por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres.

Por otro lado, tratándose de los bienes comprendidos en el usufructo (usufructo de los bienes de los hijos sometidos a patria potestad), y por el tiempo que éste dure, los padres responden solamente de la propiedad. Así lo determina el artículo 442 del Código Civil.

El padre o la madre que se case sin cumplir la obligación que le imponen los artículos 433 y 434 del Código Civil (vale decir, pedir al juez la convocatoria a consejo de familia para que decida si es conveniente o no que el padre o madre que quiera contraer nuevo matrimonio continúe administrando los bienes de los hijos del primer matrimonio o los bienes del hijo extramatrimonial) pierde la administración y el usufructo de los bienes de los hijos del matrimonio anterior, así como los de los hijos extramatrimoniales y los nuevos cónyuges quedan solidariamente responsables como los tutores. Ello se colige del texto del artículo 444 del Código Civil, que debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 444 de dicho Código sustantivo, que prescribe que el padre o la madre recobra, en el caso del artículo 444 del Código Civil, la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos cuando se disuelve o anula el matrimonio.

Finalmente, cabe señalar que el usufructo legal (usufructo de los bienes de los hijos sometidos a patria potestad) cesa por declaración de quiebra (art. Además, pierde el referido usufructo legal quien ponga en peligro los bienes de los hijos al ejercer la patria potestad, según se colige del texto del artículo 446 del Código Civil.

### **5.5.5 Perdida de La Patria Potestad.**

D'Antonio asevera que la patria potestad se pierde:

- 1° Por delito cometido por el padre o la madre contra su hijo o hijos menores, para aquel que lo cometa;

2° Por la exposición o el abandono que el padre o madre hiciera de sus hijos, para el que los haya abandonado;

3° Por dar el padre o la madre a los hijos, consejos inmorales o colocarlos dolosamente en peligro material o moral, para el que lo hiciera.

Además, ponemos de relieve que la pérdida de la patria potestad no altera los deberes de los padres con los hijos (art. La acción de restitución de la patria potestad sólo puede intentarse transcurrido tres años de cumplida la sentencia correspondiente (por la que se perdió la patria potestad). El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor. Además, en los casos de pérdida de la patria potestad, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que motivaron su pérdida (art. Es de resaltar que, en aplicación del artículo 471 del Código Civil y del inciso 1 de la Cuarta Disposición Final del Código Procesal Civil, la pretensión de restitución de la patria potestad se sustancia en vía de proceso abreviado, vía procedimental ésta cuyo trámite general es el siguiente:

Interpuesta la demanda tienen los demandados:

A. tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos;

B. cinco días para interponer excepciones y defensas previas, contados desde la notificación de la demanda;

C. cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas planteadas contra la reconvencción; y

D. diez días para contestar la demanda y reconvenir (art. El saneamiento procesal y la conciliación se realizarán en una sola audiencia, la misma que acontece dentro de los quince días de vencido el plazo para contestar la demanda o reconvenir (arts. En la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, el Juez actuará los medios probatorios ofrecidos que considere necesarios para el saneamiento del proceso, si se hubieran formulado excepciones o defensas previas. Subsanaos los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, declarada la existencia de una relación procesal válida, el Juez procederá a propiciar la conciliación



entre las partes, salvo que hubiera concedido apelación con efecto suspensivo (art. 493, inciso 2, del C.P.C.).

Si no hubiera conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. Al final de la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas (arts. 491, inciso 9, del C.P.C.

Todas las cuestiones vinculadas a los procesos en materias de contenido civil en las que intervengan niños y adolescentes, contempladas en el Código de los Niños y Adolescentes, se regirán supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal Civil (art. 182 del Código de los Niños y Adolescentes).

#### **5.5.6 Privación de la patria potestad.**

Azpiri, acerca de la privación de la patria potestad, opina de este modo:

La condena penal por un delito doloso contra el menor, ya sea en su persona o en sus bienes, es un acto de suficiente gravedad para que el hijo no quede más sometido a la autoridad de ese padre.

El abandono es la causa principal de privaciones de la patria potestad y se configura cuando uno de los padres se sustrae en forma injustificada al cumplimiento de alguno de los deberes emergentes de la patria potestad. No importa que el hijo quede al cuidado del otro padre o de un tercero, ya que se juzga la conducta del padre que omite sus deberes en forma objetiva, y no las consecuencias que ese comportamiento produzca efectivamente sobre el hijo.

La privación de la patria potestad puede ser dejada sin efecto si se demuestran circunstancias nuevas que justifican la restitución en beneficio o interés de los hijos.<sup>64</sup>

Los padres pueden ser privados de la patria potestad (según el art. 463 del C.C.):

---

<sup>64</sup> ASPIRI, 2000: 499-500.

1. Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
2. Por tratarlos con excesiva dureza.
3. Por negarse a prestarles alimentos.

Conforme se desprende del artículo 463 del Código Civil y del inciso 1 de la Cuarta Disposición Final del Código Procesal Civil, la pretensión de privación de la patria potestad se sustancia en vía de proceso abreviado, vía procedimental ésta que tiene el trámite general que se describe a continuación:

Interpuesta la demanda tienen los demandados:

- A. tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos;
- B. cinco días para interponer excepciones y defensas previas, contados desde la notificación de la demanda;
- C. cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas planteadas contra la reconvencción; y
- D. diez días para contestar la demanda y reconvenir (art. 491, incisos 1, 3, 4 y 5, del C.P.C.).

El demandante tendrá:

- A. tres días para absolver las tachas u oposiciones;
- B. cinco días para interponer excepciones o defensas previas contra la reconvencción;
- C. cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas;
- D. cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda; y
- E. diez días para absolver el traslado de la reconvencción (art. 491, incisos 2, 3, 4, 6 y 7, del C.P.C.).

El saneamiento procesal y la conciliación se realizarán en una sola audiencia, la misma que acontece dentro de los quince días de vencido el

plazo para contestar la demanda o reconvenir (arts. 491, inciso 8, y 493, primer párrafo, del C.P.C.).

Si no hubiera conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación, decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubiera. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas. Al final de la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas (arts. 493, inciso 3, y 471 del C.P.C.).

La audiencia de pruebas se desarrollará dentro de los veinte días siguientes a la realización de la audiencia de saneamiento y conciliación (art. 491, inciso 9, del C.P.C.).

Las audiencias especial y complementaria, si fuera el caso, se realizarán dentro de los cinco días de efectuada la audiencia de pruebas (art. 491, inciso 10, del C.P.C.).

Se emite sentencia dentro de los veinticinco días de culminada la audiencia de pruebas o las audiencias especial y complementaria, si éstas se hubieren realizado (art. 491, inciso 11, del C.P.C.).

Las partes podrán apelar la sentencia dentro de los cinco días de notificadas, apelación que tiene efecto suspensivo. Así lo establecen los arts. 491, inciso 12, y 494 del Código Procesal Civil, dispositivo este último que señala con exactitud que:

a) En el proceso abreviado tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia; y b) las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el Juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.



Puntualizamos que la privación de la patria potestad no altera los deberes de los padres con los hijos, según se colige del texto del artículo 470 del Código Civil.

Por otro lado, cabe señalar que los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron. La acción de restitución de la patria potestad sólo puede intentarse transcurrido tres años de cumplida la sentencia correspondiente (por la que se privó la patria potestad). El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor. Incluso, en los casos de pérdida de la patria potestad, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que motivaron su pérdida (art. 471 del C.C.). Advertimos que, según se infiere del artículo 471 del Código Civil y del inciso 1 de la Cuarta Disposición Final del Código Procesal Civil, la pretensión de restitución de la patria potestad se sustancia en vía de proceso abreviado, vía procedimental ésta cuyo trámite general ha sido expuesto líneas arriba.

### **5.5.7 Extinción de la patria potestad**

López del Carril nos informa que la patria potestad se termina por:

- a) Muerte de los padres o de los hijos.
- b) Profesión de los padres o de los hijos con autorización de aquéllos, en institutos monásticos.
- c) Llegar los hijos a la mayoría.
- d) La emancipación legal de los hijos<sup>65</sup>

En opinión de López Pérez: La patria potestad nunca puede terminar por voluntad de sus titulares, aunque por sus propias características, así mismo aparece de modo relevante, el juego de la autonomía de la voluntad en los padres y que afecta al fin de la institución.

Que la patria potestad en principio nunca puede terminar por la voluntad de sus titulares es de Derecho natural.

Pero si no cabe aceptar la voluntad de los padres en la terminación de la patria potestad, es cierto por otra parte, que, por la intervención de aquéllos,

---

<sup>65</sup> LOPEZ DEL CARRIL, 1984.354.

la misma puede acabar, siempre que queden salvaguardadas las necesidades de los hijos, por razón de su menor edad, y por ello en definitiva hay que admitir, que la patria potestad, sólo termina, por haberse llevado a cabo su cometido o por imposibilidad material o moral del titular, para cumplir con la finalidad propia de la figura<sup>66</sup>.

En el artículo 461 del Código Civil, el cual dispone que la patria potestad se acaba:

1. Por la muerte de los padres o del hijo.
2. Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del Código Civil, según el cual:
  - A. la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio;
  - B. la capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste;
  - C. tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo.

Conforme al artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nro. 27337), la patria potestad se extingue o pierde:

- a) Por muerte de los padres o del hijo.
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad.
- c) Por declaración judicial de abandono.
- d) Por haber sido el padre o madre condenada por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos.
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c, d, e y f del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, que prescriben que la patria potestad se suspende por darle a los hijos órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan (inciso c), por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad (inciso d), por maltratarlos física o mentalmente (inciso e) y por negarse a prestarles alimentos (inciso f).

---

<sup>66</sup> LOPEZ PEREZ, 1982. 111.

f) Por cesar la incapacidad del hijo, conforme al artículo 46 del Código Civil, según el cual:

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos; 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto; y 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

## **5.6 Alimentos.**

### **5.6.1 Concepto.**

Escriche, sostiene que los alimentos son la existencia que se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de salud<sup>67</sup>.

Trabucchi afirma por su parte que, alimentos en el lenguaje jurídico tiene un significado más amplio del significado común, y comprende, además de la alimentación, cuanto es necesario para el alojamiento, vestido, los cuidados de la persona, su instrucción, etc.<sup>68</sup>

Para Belluscio se entiende por alimentos el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación. Dicho autor destaca que «se consideran comprendidos en la obligación alimentaria gastos ordinarios y extraordinarios. Los primeros son los de subsistencia, habitación y vestuario. Los gastos extraordinarios son los de enfermedades - asistencia médica, gastos de farmacia, intervenciones quirúrgicas, internación, etc.-, los funerarios por sepelio del alimentado, gastos de mudanza, provisión de libros de estudios y litisexpensas. En cambio, no se comprenden los gastos

---

<sup>67</sup> ESCRICHE; Citado por BARBAROS ERRAZURIZ, 1931, Volumen IV:311.

<sup>68</sup> TRABUCCHI, 1967,268.



superfluos o impuestos por el lujo, la prodigalidad o el vicio, ni los de establecimiento o constitución de dote<sup>69</sup>.

El alimento en sí mismo implica una necesidad física y medio también material, puesto a su servicio y que la satisface.

Esta relación es cumplida por el individuo capaz que se provee de alimentos por sí; pero cuando no puede, alguien tiene que alimentarle, y éste es el caso muchas veces. Cuando un hombre presta a otro lo necesario a su subsistencia, tenemos una relación social entre dos personas, cuyo término objetivo es la prestación de los alimentos o de las cosas que sirven de alimento.

Esta relación social, si llega a ser protegida y garantizada por el Derecho objetivo, se convierte en jurídica, y entonces implica dos aspectos: el activo y el pasivo, y los elementos en toda relación con su título y modo; facultad o pretensión y deber u obligación, objeto o prestación. Una persona, el sujeto activo, tendrá la facultad de exigir, y éste es el alimentista; otra tendrá el deber o prestación, y será el sujeto pasivo; el objeto, la materia, nudo que enlaza al primero con el segundo, la prestación misma, los alimentos que el primero de dichos sujetos puede exigir y el segundo de ellos viene obligado a prestar. El título que justifica esta relación es la necesidad, de un lado, y la posibilidad económica, de otro; el modo es la relación familiar, el contrato, testamento, etc<sup>70</sup>.

Lehmann refiere que comprenden los alimentos todas las necesidades de la vida, inclusive los gastos de educación y los de preparación para una profesión, y ello en proporción a la posición en la vida del necesitado. En principio puede éste pedir alimentos conforme a sus circunstancias, es decir, considerando no sólo las necesidades que han de satisfacerse en general, sino también las que corresponden a su posición en la vida. Sobre ésta influyen una serie de circunstancias, como son: posición en la vida y situación patrimonial de los padres, aptitudes, preparación y elección de una profesión por el necesitado, y respecto a la mujer repercute también la posición del marido, etc<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> BELLUSCIO, 1979, Tomo II. 389.

<sup>70</sup> DE DIEGO, 1959, Tomo II: 691-692.

<sup>71</sup> LEHMANN, 1953, Volumen IV: 397

El alimento en sí mismo implica una necesidad física y medio también material, puesto a su servicio y que la satisface.

Esta relación es cumplida por el individuo capaz que se provee de alimentos por sí; pero cuando no puede, alguien tiene que alimentarle, y éste es el caso muchas veces. Cuando un hombre presta a otro lo necesario a su subsistencia, tenemos una relación social entre dos personas, cuyo término objetivo es la prestación de los alimentos o de las cosas que sirven de alimento.

### **5.6.2 Obligación alimenticia respecto del padre y el hijo.**

La obligación que tiene un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado (hijo alimentista), conforme a lo dispuesto en el artículo 415 del Código Civil, no se extiende a los descendientes y ascendientes de la línea paterna (art. 480 del C.C.).

El referido artículo 415 del Código Civil trata, pues, sobre el hijo alimentista y señala lo siguiente:

Fuera de los casos del artículo 402 del Código Civil (que versa sobre los casos en que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada), el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. Cabe indicar que el artículo 402 del Código Civil, a que se alude anteriormente, preceptúa que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. cuando exista escrito indubitado del padre que la admita;
2. cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda (de declaración judicial de paternidad extramatrimonial), en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia;
3. cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción (para este efecto se considera que hay

concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales);

4. en los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

5. en caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable; y

6. cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, debiéndose destacar que lo dispuesto en el presente inciso (6) no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad, y, también, que el juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

La pensión alimenticia (del hijo alimentista) continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.

El demandado (en el proceso respectivo de alimentos del hijo alimentista) podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo (art. 415 del C.C.).

Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos, el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el parte.



## 5.7 Patrimonio familiar

### 5.7.1 Generalidades

En el artículo 490 del Código Civil se establece claramente que la constitución del patrimonio familiar no transfiere la propiedad de los bienes del que lo constituye a los beneficiarios, sino que éstos adquieren sólo el derecho de disfrutar de dichos bienes.

Barbero define al patrimonio familiar como un conjunto de bienes gravados por un destino particular a beneficio de la familia<sup>72</sup>.

Zannoni afirma que el patrimonio familiar consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación<sup>73</sup>.

Con la constitución del patrimonio familiar, en nada cambia el dominio de los bienes. Hay sólo una limitación de sus facultades. Tampoco se extingue ni altera en sustancia el derecho de los acreedores. Se paraliza únicamente con la inembargabilidad. No hay, asimismo, modificación alguna en materia sucesoria si bien la comunidad hereditaria se mantiene aún después del fallecimiento del titular del patrimonio y en tanto existan menores.

Los efectos jurídicos de la institución (patrimonio familiar), se producen en tres planos distintos, si bien todos se orientan y concurren a asegurar la protección efectiva de la familia y de sus miembros, en orden a las contingencias de la vida y a la gestión del Jefe de familia.

El bien o bienes que integran el patrimonio familiar se toma, así, inalienable, inembargable e indiviso temporariamente, en tanto subsista la familia a pesar de la desaparición de su titular.

Estos efectos -especialmente la inalienabilidad y la indivisión transitoria de la comunidad hereditaria que pueda crearse, puesto que la inembargabilidad es una simple y forzosa consecuencia del primero en cuanto todo embargo puede conducir a la venta- constituyen una variante sustancial al criterio

---

<sup>72</sup> BARBERO, 1967, Tomo II: 87

<sup>73</sup> ZANNONI, 1989, Tomo 1. 558-559.

económico de los códigos modelados en la doctrina económica que informó el Código de Napoleón. Constituyen una traba al principio de circulación de los bienes, a cuya vigencia no se quiso poner obstáculos mayores, configurando verdaderas excepciones las limitaciones rarísimas que esos Códigos autorizaban a la facultad de enajenar y a la división hereditaria.

Claro está que la intangibilidad de ese patrimonio no puede ni debe ser absoluto. Debe ceder en situaciones excepcionales en beneficio de la familia misma cuando su protección reclama el sacrificio, total o parcial, de los bienes objeto de la institución. La ley puede autorizar su cesación a igual que prever la caducidad en los casos en que desaparezcan las condicione de constitución. Pero la apreciación de la situación y resolución correspondiente sólo compete a la autoridad judicial, única facultada para autorizar la enajenación o la división total o parcial<sup>74</sup>.

### **5.7.2 Caracteres del patrimonio familiar**

Los caracteres del patrimonio familiar son contemplados en el artículo 488 del Código Civil, conforme al cual el patrimonio familiar:

- A) Es inembargable.
- B) Es inalienable.
- C) Es transmisibles por herencia.

Valencia Zea, en relación a los caracteres que reviste el patrimonio familiar, refiere que son los siguientes:

- a) Sólo los inmuebles pueden afectarse como bienes de familia.
- b) La constitución del patrimonio de familia debe recaer sobre el dominio pleno del inmueble o inmuebles, lo cual significa que el inmueble no puede estar sujeto a condición resolutoria de ninguna clase, ni gravado con derechos reales (hipoteca, usufructo, etc.), censos o anticresis, ni poseerse proindiviso con otras personas; pero las servidumbres a que esté sometido el inmueble no se tomarán en cuenta.
- c) El beneficiario del patrimonio debe ser siempre una familia.

---

<sup>74</sup> VACA NARVAJA 1963:340-341.

d) El patrimonio de familia puede ser constituido por cualquier persona, ya sea por un tercero, ya por el marido y la mujer o por ambos conjuntamente<sup>75</sup>. Fuego Laneri sostiene que las características del patrimonio familiar son las que describe a continuación:

Inalienabilidad. - Está prohibida la venta de los bienes que forman el patrimonio familiar; salvo que lo autorice el juez en caso de utilidad evidente, señalándose el empleo que ha de darse al precio.

Indivisibilidad. - Este patrimonio es calificado como 'unidad económica' y 'unidad jurídicamente indivisible'. Lo anterior tiende al mejor cumplimiento de su finalidad. La desintegración es posible en casos excepcionales y de manera condicional.

Inembargabilidad. - Esta es una nota saliente, como que se agrega esta característica a la denominación de la institución. Así, se dice 'patrimonio familiar inembargable'. Contribuye a su estabilidad y seguridad.<sup>76</sup>

### **5.7.3 Bienes que pueden ser objeto del patrimonio familiar.**

El artículo 489 del Código Civil versa acerca de los bienes que pueden ser objeto del patrimonio familiar en la forma que se reproduce a continuación:

Puede ser objeto del patrimonio familiar:

1. La casa habitación de la familia.
2. Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

Según Vaca Narvaja: Los bienes inmuebles pueden ser objeto de esta institución.

No interesa, en cambio, la ubicación de los mismos. Pueden estar en la ciudad o en el campo. Lo fundamental es que sean la residencia de la familia y no de una persona. Tal circunstancia señala con todo vigor que está en juego y es su finalidad principal, la protección del grupo familiar, sin interesar en nada que esa residencia se encuentre o no dentro de límites urbanos.

---

<sup>75</sup> VALENCIA ZEA, 1978, Tomo V. 90-91

<sup>76</sup> FUEYO LANERI, 1959, Tomo Sexto, Volumen I: 27



Tampoco en el orden doctrinario interesa el valor de los bienes que constituyen el patrimonio familiar. La institución en sí misma está destinada a amparar tanto a la mansión del opulento como a la modesta casa habitación del obrero. No se tiene en cuenta la situación patrimonial del beneficiario" sino la existencia de una familia, cuya realidad se presenta al margen de toda circunstancia económica puesto que surge del hecho biológico y se regula jurídicamente. Para unos y otros, se busca asegurar un patrimonio intangible, una especie de seguro legal que les ponga a cubierto de las contingencias de la vida<sup>77</sup>.

#### **5.7.4 Personas que pueden constituir el patrimonio familiar.**

Con arreglo a lo previsto en el artículo 493 del Código Civil, pueden constituir patrimonio familiar:

1. Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad
2. Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad;
3. El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios.
4. El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad.
5. Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

#### **5.7.5 Beneficiarios del patrimonio familiar**

Pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar las siguientes personas (art. 495 del C.C.):

- A) El cónyuge del constituyente del patrimonio familiar.
- B) Los hijos y otros descendientes menores o incapaces del constituyente del patrimonio familiar.
- C) Los padres y otros ascendientes del constituyente del patrimonio familiar que se encuentren en estado de necesidad.
- D) Los hermanos menores o incapaces del constituyente del patrimonio familiar.

Advertimos que dejan de ser beneficiarios del patrimonio familiar (según el art. 498 del C.C.):

---

<sup>77</sup> VACA NARVAJA, 1963. 320-321

1. Los cónyuges cuando dejan de serlo o mueren.
2. Los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad.
3. Los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad.

#### **5.7.6 Arrendamiento de los bienes del patrimonio familiar.**

El arrendamiento de bienes objeto del patrimonio familiar está regulado en el artículo 491 del Código Civil, conforme al cual:

Los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados sólo en situaciones de urgente necesidad, transitoriamente y con autorización del juez.

También se necesita autorización judicial para arrendar una parte del predio cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia.

#### **5.7.7 Embargo de los frutos del patrimonio familiar.**

En principio, cabe señalar que, según se colige del artículo 488 del Código Civil y del artículo 648, inciso 2, del Código Procesal Civil, son inembargables los bienes constituidos en patrimonio familiar.

Sin embargo, y conforme lo autoriza el artículo 492 del Código Civil y el artículo 648, inciso 2, del Código Procesal Civil, los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar:

Las deudas resultantes de condenas penales.

Las deudas resultantes de los tributos referentes al bien objeto de patrimonio familiar.

Las deudas resultantes de las pensiones alimenticias.

#### **5.7.8 Requisitos para constituir patrimonio familiar.**

El artículo 496 del Código Civil prescribe que para la constitución del patrimonio familiar se requiere:

1. Que el constituyente formalice solicitud ante el juez, en la que debe precisar su nombre y apellidos, edad, estado civil y domicilio; individualizar el predio que propone afectar; aportar la prueba instrumental de no hallarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado; y señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos.
2. Que se acompañe a la solicitud la minuta de constitución del patrimonio cuya autorización pide.
3. Que se publique un extracto de la solicitud por dos días interdiarios en el periódico donde lo hubiere o por aviso en el local del juzgado donde no lo hubiere.
4. Que sea aprobada por el juez, conforme a lo dispuesto para el proceso no contencioso.
5. Que la minuta sea elevada a escritura pública.
6. Que sea inscrita en el registro respectivo.

#### **5.7.9 Administración del patrimonio familiar.**

En aplicación del artículo 497 del Código Civil, la administración del patrimonio familiar corresponde:

Al constituyente del patrimonio familiar; o

A la persona que designe el constituyente del patrimonio familiar.

#### **5.7.10 Modificación del patrimonio familiar.**

A tenor del artículo 501 del Código Civil, el patrimonio familiar puede ser modificado según las circunstancias, observándose el mismo procedimiento que para su constitución, vale decir el correspondiente al proceso no contencioso (art. 496, inciso 4, del C.C. y art. 749, inciso 6, del C.P.C.), vía procedimental ésta cuyo trámite general es el siguiente:

Presentada la solicitud no contenciosa, el Juez, al calificar la demanda, puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia (arts. 551, primer párrafo, y 752 del C.P.C.).

Si el Juez declara inadmisibile la solicitud, concederá al solicitante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable (arts. 551, segundo párrafo, y 752 del C.P.C.).



Si el Juez declara improcedente la solicitud, ordenará la devolución de los anexos presentados (arts. 551, último párrafo, y 752 del C.P.C.).

En caso de declarar admisible la solicitud, fijará el Juez fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los quince días siguientes, salvo lo dispuesto en el artículo 758 del Código Procesal Civil, referido a los plazos especiales de emplazamiento (art. 754, primer párrafo, del C.P.C.).

El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisorio, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia de actuación y declaración judicial (art. 753 del C.P.C.). Esta audiencia, conforme lo ordena el artículo 760 del Código Procesal Civil, se regula, supletoriamente, por lo dispuesto en el citado cuerpo de leyes para las audiencias conciliatoria (arts. 468 al 472 del C.P.C. y arts. 323 al 329 del C.P.C.) y de prueba (arts. 202 al 211 del C.P.C.).

De haber contradicción, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia (art. 754, segundo párrafo, del C.P.C.).

Si no hubiera contradicción, el Juez ordenará actuar los medios probatorios anexados a la solicitud (art. 754, tercer párrafo, del C.P.C.).

Concluido el trámite, ordenará la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado, manteniéndose el original en el archivo del Juzgado, o expedirá la resolución que corresponda, si es el caso, siendo ésta inimpugnable (art. 754, parte firmal, del C.P.C.).

Las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda (art. 762 del C.P.C.).

La resolución que resuelve la contradicción es apelable sólo durante la audiencia. La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declara infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de

diferida (siendo aquí aplicable el trámite señalado en el art. 369 del C.P.C., que norma lo concerniente a la apelación diferida: art. 757 del C.P.C.). Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro de tercer día de notificada (art. 755, primer párrafo, del C.P.C.).

La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo (art. 755, parte final, del C.P.C.).

Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido. En lo demás, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 376 del Código Procesal Civil (que trata acerca del plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo). Este último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final (art. 756 del C.P.C.).

En el proceso no contencioso (según el art. 761 del C.P.C.) son improcedentes:

1. La recusación del Juez y del Secretario del Juzgado.
2. Las excepciones y defensas previas.
3. Las cuestiones probatorias (tacha de testigos, documentos y medios probatorios atípicos; u oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia, a una inspección judicial y a un medio probatorio atípico) cuyos medios de prueba no sean susceptibles de actuación inmediata.
4. La reconvencción.
5. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia.
6. Las disposiciones contenidas en los artículos 428 y 429 del Código Procesal Civil. El artículo 428 de dicho Código contempla la modificación y ampliación de la demanda y de la reconvencción. El artículo 429 del Código Procesal Civil regula la procedencia del ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

#### **5.7.11 Extinción del patrimonio familiar.**

De acuerdo a lo normado en el artículo 499 del Código Civil, el patrimonio familiar se extingue:

1. Cuando todos sus beneficiarios dejan de serlo conforme al artículo 498 del Código Civil, que dispone que dejan de ser beneficiarios del patrimonio familiar

1. Los cónyuges cuando dejan de serlo o mueren;
2. los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad;
- y 3. Los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad.

2. Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo.

3. Cuando, habiendo necesidad o mediada causa grave, el juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido.

4. Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso, el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar.

Durante un año, el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses, que se constituya el nuevo patrimonio. Si al término del año mencionado no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados. Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización.

La extinción del patrimonio familiar debe ser declarada por el juez y se inscribe en los registros públicos. Así lo ordena el artículo 500 del Código Civil.



## **CAPÍTULO II**

### **DISOLUCION DEL VÍNCULO MATRIMONIAL**

#### **TÍTULO II**

#### **DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL CON HIJOS MENORES DE EDAD**

En el presente capítulo exponemos los resultados de la investigación realizada en 08 expedientes sobre divorcio en el ámbito geográfico que cubre la investigación con el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Puno.

Para efectos de la recolección de la información fue necesario realizar la consulta de los dictámenes de los jueces de Familia acerca del destino de los menores hijos en cuanto a la tenencia, los alimentos, el régimen de visitas, en el cual se procedió a efectuar el análisis respectivo, efectuando una interpolación entre el marco teórico, la experiencia profesional. Para ello fue necesario presentar una solicitud dirigida al presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, para la autorización a tener acceso a los expedientes del Primer Juzgado de Familia dicho trámite tuvo una duración de 7 días. No teniendo resultados, optamos por realizar dicha investigación en el Poder Judicial de Puno en el Primer Juzgado de Familia.

Posteriormente se aplicó una encuesta que estuvo dirigida a los principales actores judiciales, entre abogados del Derecho Civil, docentes universitarios relacionados con la problemática de la Familia y ciudadanos, cada uno de ellos se escogió al azar, donde se les aplicó la encuesta con preguntas cerradas, en el cual se tabuló sus respuestas y posteriormente se llevó a la confección de las tablas, juntamente con las frecuencias absolutas y sus interpretaciones respectivas.

TABLA N° 1

CAUSALES DE DIVORCIO

INDICADORES	F	%
Separación de hecho	8	80%
Separación y abandono injustificado	1	10%
Separación del hecho e imposible de hacer vida común	1	10%
Separación de hecho, injuria, grave y adulterio	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

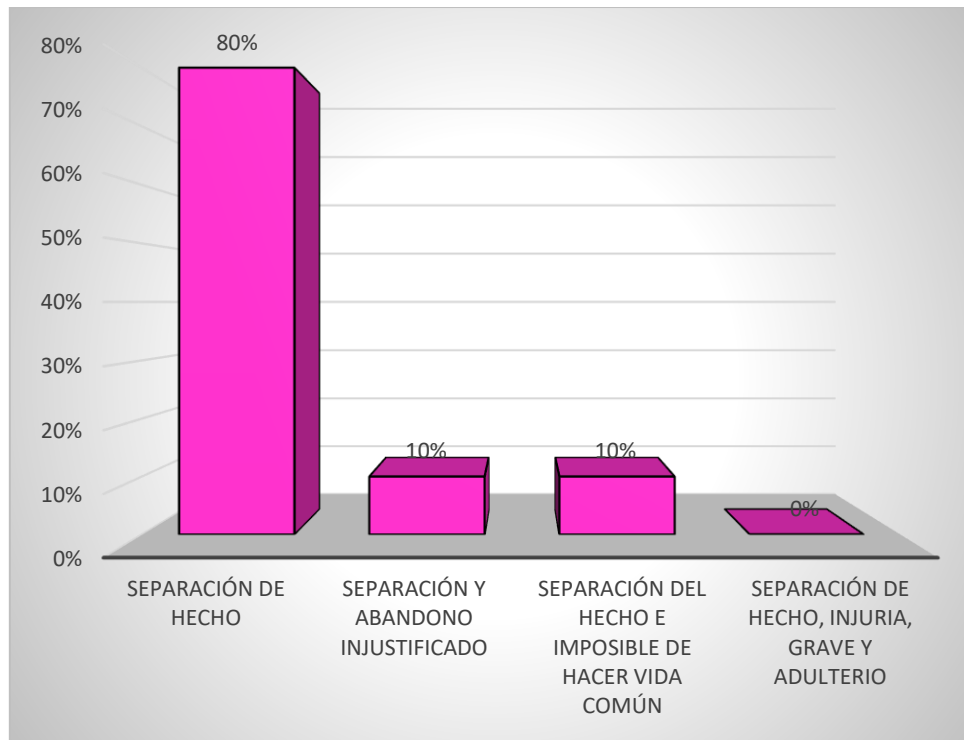
**FUENTE:** Primer Juzgado de Familia Sede – Puno, N° de expedientes 659-2011, 2612-2010, 582-2011, 664-2009, 858-2011, 804-2011, 183-2009, 534-2011, 1044-2011, 2070-2011.

**Explicación:** De los expedientes analizados, el 80% se dieron en caso de separación del hecho y un 10% por causales de separación y abandono injustificado, la imposibilidad de hacer vida en común. No se dio ningún caso acerca de injuria o adulterio.

Si bien es cierto el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, existe también la disolución de la vida marital en nuestra sociedad se debe a las causales establecidas en nuestro Código Civil, donde una de las partes prefiere poner fin al vínculo matrimonial, especialmente en el aspecto material referente a lo económico, cuando una de las partes ya incumple y seguidamente el aspecto emocional, ya que el maltrato entre las parejas en forma psicológica también es una causal de rompimiento conyugal, que de manera indirecta arrastra las consecuencias en los menores hijos.

GRAFICA Nº 1

CAUSALES DE DIVORCIO



**FUENTE:** : Primer Juzgado de Familia Sede – Puno, N° de expedientes 659-2011, 2612-2010, 582-2011, 664-2009, 858-2011, 804-2011, 183-2009, 534-2011, 1044-2011, 2070-2011.

**Comentario:** Como podemos apreciar en el presente gráfico, que el 80% de los casos de disolución del matrimonio se debe a la separación del hecho, mientras que es nulo con las causales de injuria, adulterio y esto se debe por la incomprensión de caracteres de la pareja, deciden poner fin su vida conyugal.

Los resultados explican que ante la causal de separación de hecho ubicada dentro de la corriente divorcio remedio, ambos cónyuges la han acogido como una forma de solucionar situaciones vigentes o pendientes, derivadas del fracaso matrimonial. Desde esta perspectiva consideramos que en efecto, la intención del legislador de solucionar la problemática existente, se ha cumplido.



TABLA N° 2

## RESULTADO DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

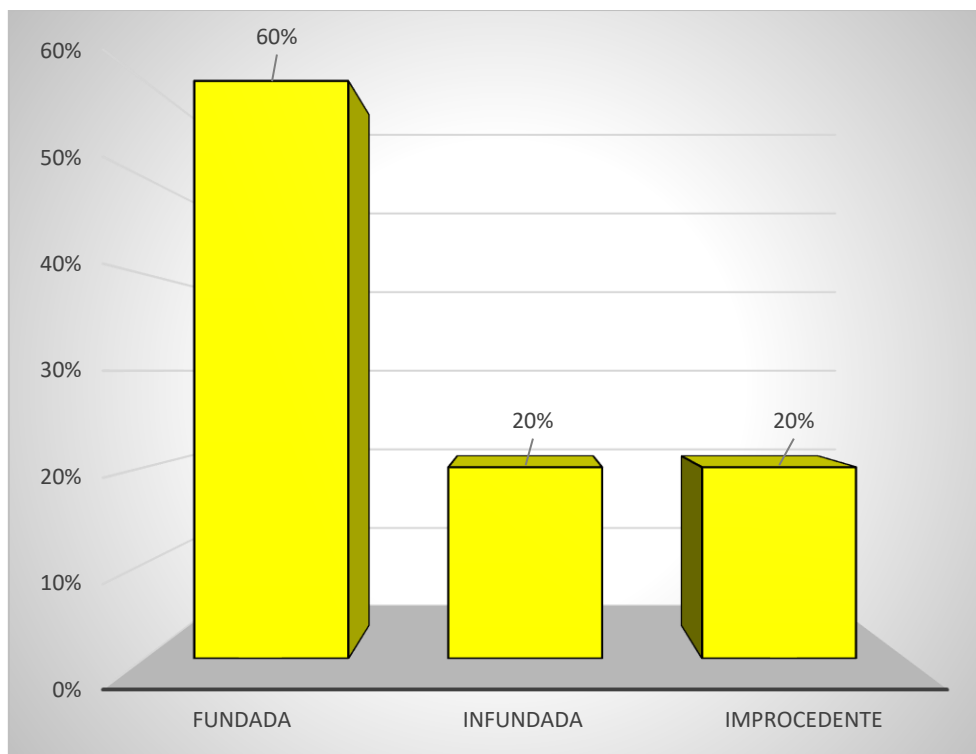
INDICADORES	F	%
Fundada	6	60%
Infundada	2	20%
Improcedente	2	20%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

**FUENTE:** : Primer Juzgado de Familia Sede – Puno, N° de expedientes 659-2011, 2612-2010, 582-2011, 664-2009, 858-2011, 804-2011, 183-2009, 534-2011, 1044-2011, 2070-2011.

**Explicación:** La presentación de las demandas llevadas a cabo en los Juzgados de Familia, el 60% estuvieron fundadas, en el cual se encontraban respaldas por las normas legales del Código civil. Generalmente en estos casos fueron las causales de divorcio se determina que existen tres sistemas a saber, primero hablaremos del sistema causalista que habla que el divorcio solo puede instaurarse por causas expresas en la ley, pues el cónyuge interesado en obtener el divorcio deberá acreditar ante el Juez los hechos configurativos de la causal. En el sistema contractual tratan al matrimonio como un contrato; desde el momento que los esposos estén de acuerdo con la terminación del matrimonio y por último el sistema discrecional trata que la ley no señale concretamente causales de divorcio; deja en manos del Juez o los Tribunales el análisis y decisión sobre la disolución del vínculo matrimonial.

## GRAFICA N° 2

## RESULTADO DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL



**Fuente:** : Primer Juzgado de Familia Sede – Puno, N° de expedientes 659-2011, 2612-2010, 582-2011, 664-2009, 858-2011, 804-2011, 183-2009, 534-2011, 1044-2011, 2070-2011.

**Comentario:** La mayoría de las demandas por divorcio por una de las partes ha sido fundada en todos los extremos. Uno de los derechos más importantes del ser humano, es el derecho a formar parte de una familia y contraer matrimonio, así lo reconoce nuestra Constitución en el artículo 4° y así también lo reconocen diversos tratados internacionales suscritos por el Perú. Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 establece el derecho de la persona a casarse y formar una familia; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas en su artículo 10, declara que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y garantiza luego, la libertad del consentimiento matrimonial para la persona; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas en su artículo 23, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio.

TABLA N° 3

## CAUSA DE LA DEMANDA EN RELACIÓN AL EFECTO JURÍDICO MATRIMONIAL

INDICADORES	F	%
Solicita los alimentos de acuerdo al patrimonio conyugal	6	60%
No solicita alimentos, pese a tener menores de edad	2	20%
solicita alimentos y la patria potestad	2	20%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

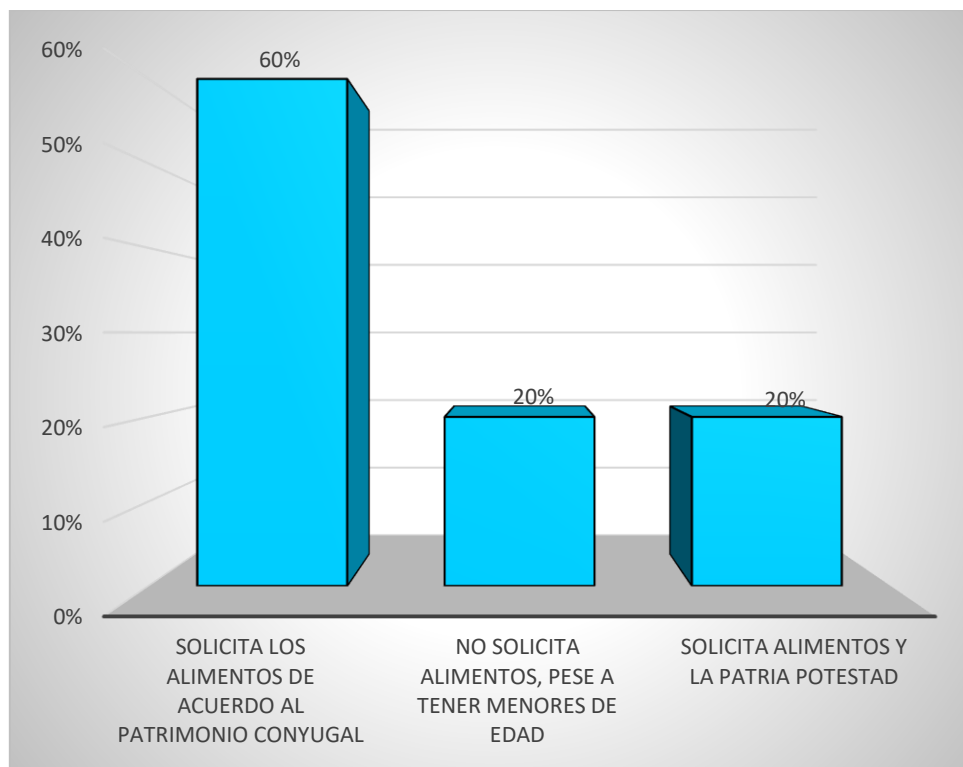
**FUENTE:** : Primer Juzgado de Familia Sede – Puno, N° de expedientes 659-2011, 2612-2010, 582-2011, 664-2009, 858-2011, 804-2011, 183-2009, 534-2011, 1044-2011, 2070-2011.

**Explicación:** El 60% de las demandas se relacionaron juntamente con los alimentos en función al patrimonio conyugal, en otros términos, quienes asumen la responsabilidad de pasar los alimentos en función de sus ingresos, puesto que tampoco se pone en peligro el bienestar de padre o la madre que no tiene la tenencia del menor de edad, pues uno de los temas en que las partes encuentran más dificultades para alcanzar acuerdos. Los económicos son sin duda los objetos mayores de discusión, incluso por encima de los relativos a la custodia de los hijos. El hecho de que no se fije una cuantía a pagar por el progenitor que tiene la custodia, no significa que quede exonerado de la obligación ni que el hijo deba ser alimentado sólo con lo que percibe por pensión alimenticia. Sería absurdo que en una sentencia se estableciese la obligación del progenitor que tiene la custodia de pagarse una pensión a si mismo destinada al hijo que convive con él.



**GRAFICA N° 3**

**CAUSA DE LA DEMANDA EN RELACIÓN AL EFECTO JURÍDICO MATRIMONIAL**



**Fuente:** : Primer Juzgado de Familia Sede – Puno, N° de expedientes 659-2011, 2612-2010, 582-2011, 664-2009, 858-2011, 804-2011, 183-2009, 534-2011, 1044-2011, 2070-2011.

**Comentario:** En forma diaria a través de los medios de comunicación, como también en los pasadizos de los tribunales de la Corte Superior de Justicia, se suele escuchar casos traumáticos de las parejas que se disuelven en forma judicial y que una de las partes reclama justicia, especialmente en la protección de sus hijos menores, la preocupación generalmente de la madre en como quedara la situación de sus menores hijos. La mayoría de los casos que se ventilan en el Juzgado de Familia, se fundan en solicitar los alimentos a sus hijos y de la esposa en algunos casos, en otros casos, alimentos y la patria potestad del caso. Esto significa, que cuando se encuentra la disolución del matrimonio, y se tiene los hijos menores, se observa doble aspecto jurídico: la petición de los alimentos y la disolución del contrato matrimonial.

TABLA N° 4

CUANDO LA SOCIEDAD CONYUGAL SE DISUELVE, AFECTA LA VIDA DE LOS  
HIJOS

	Siempre		A veces		Nunca	
	F	%	F	%	F	%
Abogados	20	38%	5	29%	0	0%
Docentes	12	23%	2	12%	0	0%
Ciudadanos	20	38%	10	59%	0	0%
Total	52	100%	17	100%	0	0%

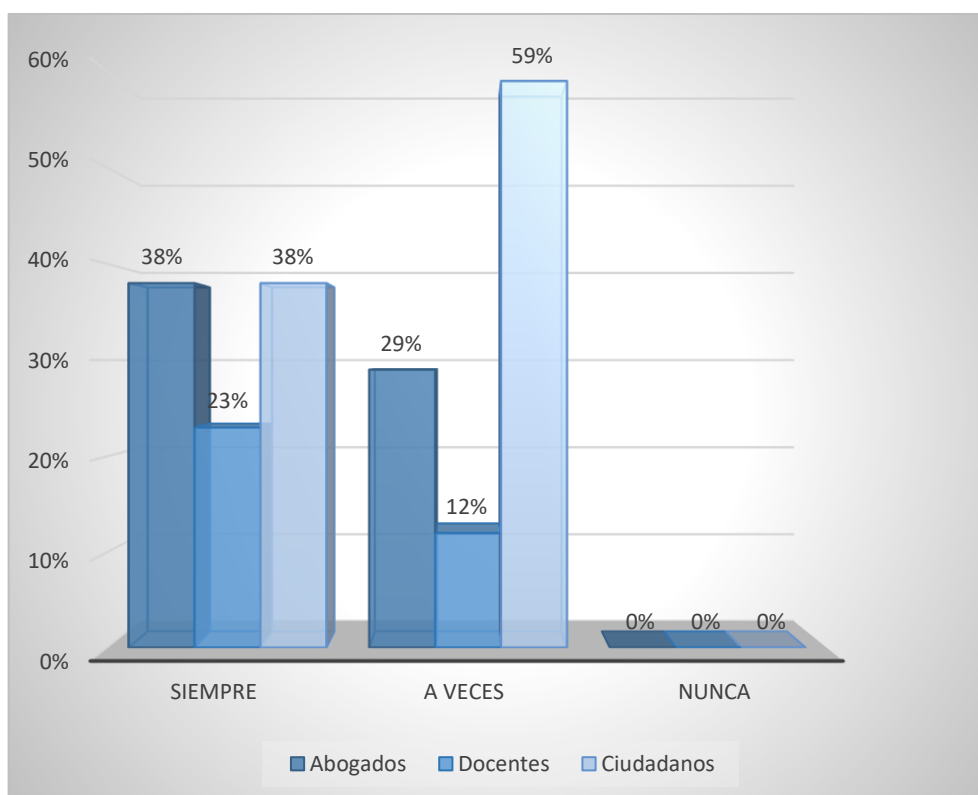
FUENTE: Encuesta realizada

**Explicación:** En la presente tabla se puede observar acerca de los resultados de los encuestados, en el caso de los abogados respondieron el 38% que siempre afectan el aspecto emocional, material de aquellos hijos que sufren las consecuencias de la disolución conyugal de los padres, mientras que en el caso de los docentes, el 23% comparte con la opinión que siempre hay un efecto negativo y los ciudadanos que son considerados público en general, el 59% que a veces, mostrándose con cierta incertidumbre.

Pues de acuerdo a los estudios de la Psicología, la sociología que son dos ramas del conocimiento que ayudan a comprender las relaciones sociales dentro del orden del Derecho, es que se da un impacto negativo, en los hijos menores, ya que ellos son los que verdaderamente reciben las consecuencias negativas, la falta de una afectividad materna o paternal, dejando de lado el aspecto económico, pues los hijos menores en este caso, corren el riesgo de estar por una de las partes, en especial de la madre a una edad determinada y que luego decide él o ella o caso contrario el juez en la tenencia, que hoy se ha propuesto llevar a cabo en nuestra sociedad, una tenencia compartida.

GRAFICA N° 4

CUANDO LA SOCIEDAD CONYUGAL SE DISUELVE AFECTA LA VIDA DE LOS HIJOS



FUENTE: Encuesta realizada

**Comentario:** El grado de afectividad, la convivencia familiar impacta en el desarrollo de la crianza de los hijos en el hogar y cuando estos perciben que la pareja toma la determinación de separarse, entonces sufren una inestabilidad emocional. Es importante saber la situación en la que van a quedar los hijos menores de edad ya que no solo es verlos, es controlar la educación, la salud, las vacaciones, mantener una comunicación fluida con sus hijos y controlar, incluso la relación entre los hijos y la madre cuando hay una situación crítica. El culpable está obligado a pasarle alimentos al inocente, esta obligación no es automática ya que depende de que el inocente reclame esos alimentos, a veces los recama y otras no. Cuando el inocente los reclama la obligación del culpable es la de pasarle una magnitud de alimentos tal como para mantener el estatus que tenía antes del divorcio.



TABLA N° 5

**LOS HIJOS MENORES DEBEN TENER PARTICIPACIÓN EN LA SOCIEDAD  
CONYUGAL PATRIMONIAL**

	SIEMPRE		A VECES		NUNCA	
	F	%	F	%	F	%
Abogados	0	0%	5	63%	20	67%
Docentes	12	29%	2	2%	10	33%
Ciudadanos	29	71%	1	13%	0	0%
Total	41	100%	8	100%	30	100%

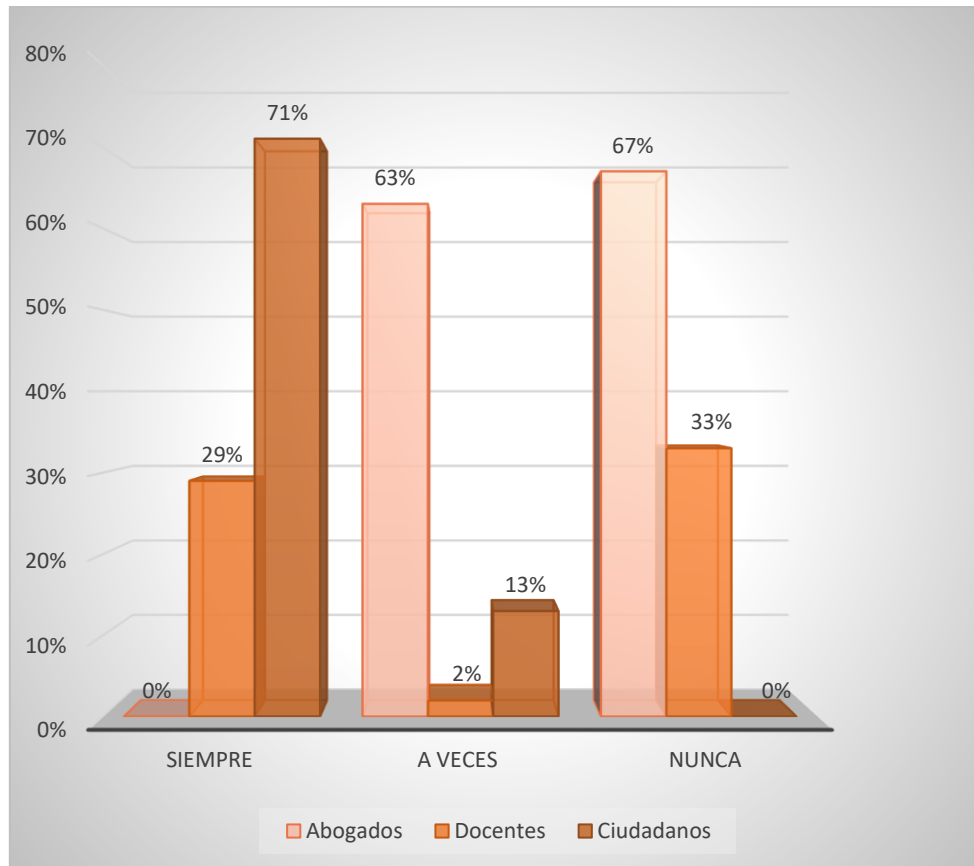
**FUENTE:** Encuesta realizada

**Explicación:** En la presente tabla se observa las diversas afirmaciones en el caso de los abogados el 67% tienen un amplio conocimiento acerca que los hijos no tienen participación en la sociedad patrimonial de los cónyuges, muy por el contrario de los ciudadanos que, en condiciones de litigantes, que consideran el 71% que si tienen parte de participación en el patrimonio de la sociedad conyugal.

Lo que concluimos que existe una desinformación de parte de ellos, ya que solo el único efecto jurídico patrimonial en el momento de la disolución de una sociedad conyugal está en el régimen de los alimentos, mas no en el destino de los bienes comunes de la pareja, ya que ambos tienen la autonomía determinada de destinar sus bienes que puede ceder a libre voluntad, pero si queda un hincapié que la sociedad conyugal a pesar de su disolución, tiene la responsabilidad de brindar el cuidado del menor , protegerlo en su alimentación, salud y bienestar social, ya que muchas veces padres desnaturalizados los dejan abandonados. A esto agregamos, solo cuando los padres o uno de ellos mueren o bien deja en calidad de anticipo de herencia para protegerlo en caso de tratarse de un hijo menor, tiene un efecto relativo en el aspecto patrimonial de los bienes.

GRAFICA N° 5

**LOS HIJOS MENORES DEBEN TENER PARTICIPACIÓN EN LA SOCIEDAD  
CONYUGAL PATRIMONIAL**



**FUENTE:** Encuesta realizada

**Comentario:** Desde nuestro punto de vista, los hijos no son partícipes directos de los bienes patrimoniales de los padres, siempre en cuando les otorga un anticipo de herencia, solo tienen facultad de pedir los alimentos, la tenencia y el régimen de horario de visita. En concreto el efecto patrimonial en el caso de los hijos menores, solo está limitado al reclamo de los alimentos, para todo tipo de sostenimiento, pese a ello existen casos que muchos de los padres se muestran irresponsables por lo que ha sido necesario reglamentar con penas duras, como el encarcelamiento del padre en especial, por la falta de suministrar los alimentos. Sin embargo, en la práctica de la vida doméstica familiar, no se llega a concretizar debido a una serie de vacíos legales, donde uno de los cónyuges falta su responsabilidad tal como se habría mencionado con anterioridad.

TABLA N° 6

**LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN TENER LA OBLIGACIÓN DE RECLAMAR SUS ALIMENTOS**

	Siempre		A veces		Nunca	
	F	%	F	%	F	%
Abogados	20	33%	5	71%	0	0%
Docentes	10	17%	2	29%	2	100%
Ciudadanos	30	50%	0	0%	0	0%
Total	60	100%	7	100%	2	100%

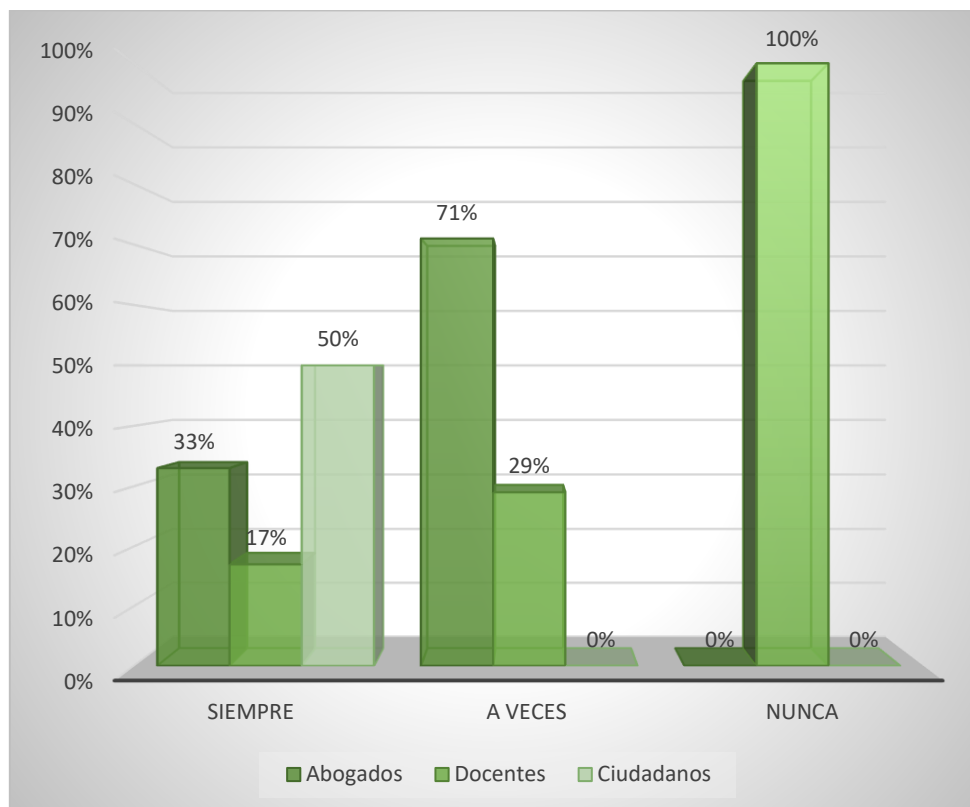
**FUENTE:** Encuesta realizada

**Explicación:** En la presente tabla se puede observar los resultados de las respuestas dadas por parte de los encuestados, que la mayoría considera que los hijos tienen la obligación de reclamar sus alimentos, a sus padres, mientras sean menores de edad, ya que además en los Derechos del Niño y del adolescente contemplan que el Estado es el primero por intermedio del Ministerio Público, que debe velar por la integridad física, moral, emocional del niño en el momento de producirse una disolución de la sociedad conyugal. En el caso de los abogados afirmaron el 71% que a veces, en los docentes que el 100% nunca y los ciudadanos el 50%. A esto agregamos, que los alimentos son sagrados en un menor de edad y la propia Constitución Política, el Derecho del Niño y los Derechos Humanos coinciden que los niños jamás pueden estar desprotegidos de sus padres, pese a que ellos pueden estar separados. El primero en estar llamado en la defensa de los niños, es el propio Estado a través del Juzgado de Familia, la Policía y la Defensoría del Niño. Sin embargo; siendo menores de edad, no pueden representar un juicio de alimentos, salvo que uno de los padres afectados, iniciara la demanda de alimentos, pues tendría voto, pero mas no derecho de pedir los alimentos, siendo una de las limitaciones dentro de nuestra legislación referente a la Familia.



GRÁFICA Nº 6

**LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN TENER LA OBLIGACIÓN DE RECLAMAR SUS ALIMENTOS**



FUENTE: Encuesta realizada

**Comentario:** El derecho de los alimentos es inevitable, ya que tiene el propósito de proteger el bienestar del hijo en cuanto a su sostenimiento en la alimentación, en la educación y en la salud, si bien los hijos menores no pueden reclamar directamente los alimentos, si el Ministerio Público o un familiar de su entorno puede interponer la demanda de alimentos en solicitar la protección y el reclamo de los alimentos. Entendemos por alimentos que los alimentos son la existencia que se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de salud. El alimento en si implica una necesidad física y también material, puesto a su servicio que la satisface. Esta relación es cumplida por el individuo capaz que se provee de alimentos por sí, pero cuando no puede alguien tiene que alimentarle y este es el caso muchas veces cuando un hombre presta a otro lo necesario a su subsistencia, tenemos una relación social entre dos personas cuyo término es la prestación de alimentos.

TABLA N° 7

**EL CRITERIO DEL JUEZ EN EL DICTAMEN EN LA DISOLUCIÓN DE UNA  
SOCIEDAD CONYUGAL, DEBE DEFINIR EL DESTINO PATRIMONIAL**

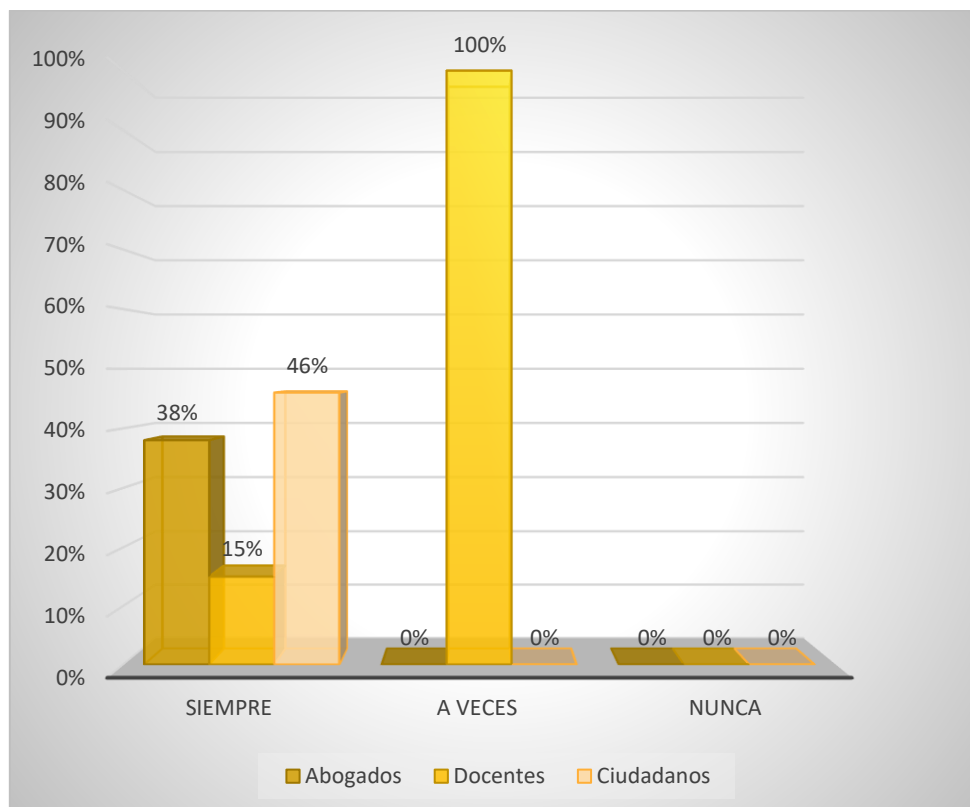
	SIEMPRE		A VECES		NUNCA	
	F	%	F	%	F	%
Abogados	25	38%	0	0%	0	0%
Docentes	10	15%	4	100%	0	0%
Ciudadanos	30	46%	0	0%	0	0%
Total	65	100%	4	100%	0	0%

FUENTE: Encuesta realizada

**Explicación:** En la presente tabla se puede observar, que la mayoría de los encuestados en el caso de los abogados considera el 38% que siempre debe tomar en consideración el destino patrimonial, en el caso de los docentes su opinión es a veces con el 100% y los ciudadanos con el 46%, en el cual están de acuerdo que el Juez de Familia debe contemplar en su fallo de su sentencia de un divorcio, acerca del destino patrimonial, que debe tocarle a cada uno de los ex cónyuges, sin embargo, la participación de los hijos, en especial de los menores de edad no interfiere, ya que la ley no lo establece. Por otro lado, si bien el juez de Familia tiene su propio criterio no debe perder de vista la equidad y la igualdad, en cuanto a la división de los gananciales patrimoniales que la pareja haya constituido, solo es absolutamente de los padres, pese que en forma indirecta, quienes tiene más ingreso económico, debe determinar el monto de las pensiones alimentarias, con la finalidad de asegurar mucho mejor el bienestar social de los hijos menores. En el nuevo código civil da más libertad para divorciarse del matrimonio civil y en forma acorde para que cada pareja decida qué hacer con los bienes. Dice que además del régimen común (por default, los bienes que traían de antes se mantienen separados, y los que ganan durante se comparten), la pareja puede optar por el régimen de separación de bienes: "...cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales", y también las deudas.

GRAFICA Nº 7

**EL CRITERIO DEL JUEZ EN EL DICTAMEN EN LA DISOLUCIÓN DE UNA  
SOCIEDAD CONYUGAL, DEBE DEFINIR EL DESTINO PATRIMONIAL**



**FUENTE:** Encuesta realizada

**Comentario:** El juez toma la decisión de dictaminar la equidad de los hechos, en cuanto a la disolución conyugal, siempre en cuanto, ninguna de las partes queda afectada materialmente y psicológicamente, especialmente los hijos menores.

El Juez tiene un criterio de dar su dictamen, primeramente por derecho inherente de proteger al niño y la esposa si fuese necesario de acuerdo a la función de sus ingresos económicos, por lo tanto, la tenencia del hijo está bajo el criterio que uno de ellos tiene las condiciones adecuadas de brindarle la seguridad psicológica, material, puesto que debido a que muchas de las parejas al rehacer su vida conyugal, prefieren transferir sus responsabilidades a familiares cercanos en otros casos no tienen los suficientes ingresos económicos a esto se suma que uno de los cónyuges puede tener una conducta negativa.



TABLA N° 8

**LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN INTERVENIR EN LA PARTICIÓN PATRIMONIAL**

	SIEMPRE		A VECES		NUNCA	
	F	%	F	%	F	%
Abogados	0	0%	5	50%	20	59%
Docentes	0	0%	0	0%	14	41%
Ciudadanos	25	100%	5	50%	0	0%
Total	25	100%	10	100%	34	100%

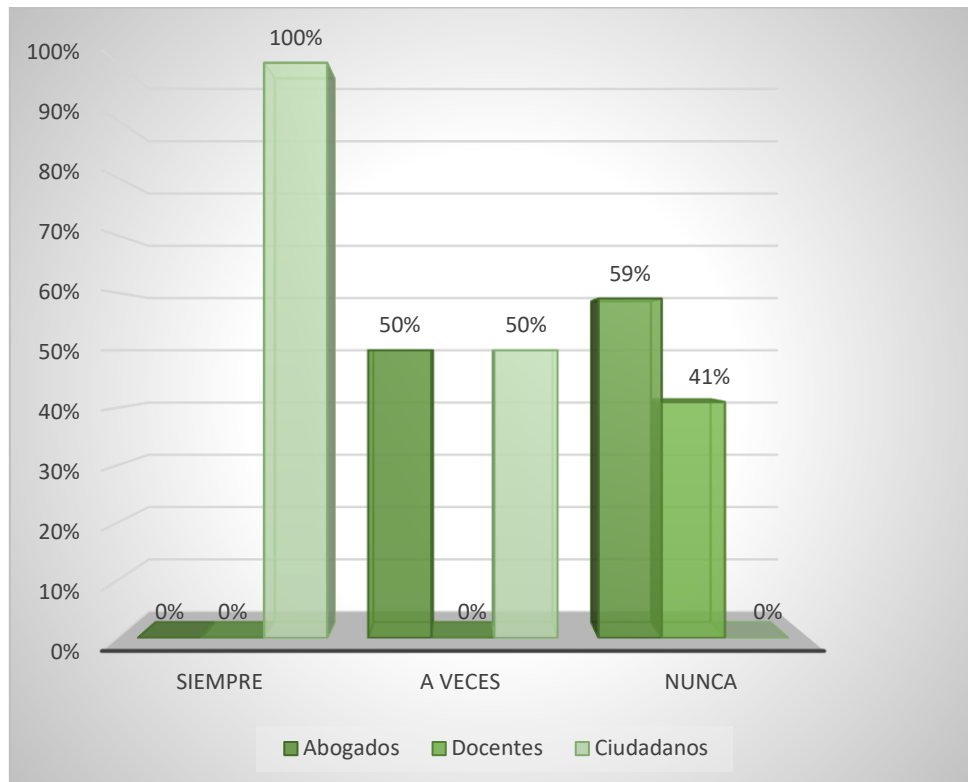
FUENTE: Encuesta realizada

**Explicación:** De acuerdo a los resultados obtenidos, el 100% de los ciudadanos consideran que siempre los hijos menores deben intervenir en la participación patrimonial, mientras que los abogados y docentes universitarios consideran que no con el 59% y el 41%, ya que la ley es muy explícita que los hijos menores no son parte ni de la sociedad conyugal, ni de la sociedad patrimonial, salvo la excepción que uno de ellos, al dejar de existir, pudiera reclamar el patrimonio en calidad de heredero forzoso. Pero en este caso, se tendría que nombrar un tutor quien asume las responsabilidades de velar los bienes patrimoniales dejados por uno de los progenitores que haya dejado de existir.

De otro lado, los hijos solo intervienen cuando solo es una disposición de exclusividad de los padres en dejar parte de su patrimonio de bienes materiales.

**GRAFICA N° 8**

**LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN INTERVENIR EN LA PARTICIÓN PATRIMONIAL**



**FUENTE:** Encuesta realizada

**Comentario:** Desde nuestro punto de vista, los hijos no pueden intervenir en exigir los bienes de los padres, cuando esto no lo faculta, solo sus derechos y deberes contemplados de acuerdo a Ley.

El patrimonio familiar consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y en consecuencia se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar en lo sucesivo su embargo o enajenación. Los efectos jurídicos de la institución patrimonio familiar se producen en tres planos distintos, si bien todos se orientan y concurren a asegurar la protección efectiva de la familia y de sus miembros en orden a las contingencias de la vida y la gestión del jefe de familia. El bien o bienes que integran el patrimonio se toma así inalienable, inembargable e indiviso temporalmente en tanto subsista la familia a pesar de la desaparición de su titular.

TABLA N° 9

**EL JUEZ DEBE FIJAR EL RÉGIMEN DE LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS  
MENORES EN FUNCIÓN AL PATRIMONIO**

	Siempre		A veces		Nunca	
	F	%	F	%	F	%
Abogados	25	36%	0	0%	0	0%
Docentes	14	20%	0	0%	0	0%
Ciudadanos	30	43%	0	0%	0	0%
Total	69	100%	0	0%	0	0%

**FUENTE:** Encuesta realizada

**Explicación:** El 100% de los encuestados han coincidido que el juez debe contemplar un criterio de destinar el régimen de los alimentos de los hijos menores en función de los ingresos del patrimonio, de uno de los conyugues.

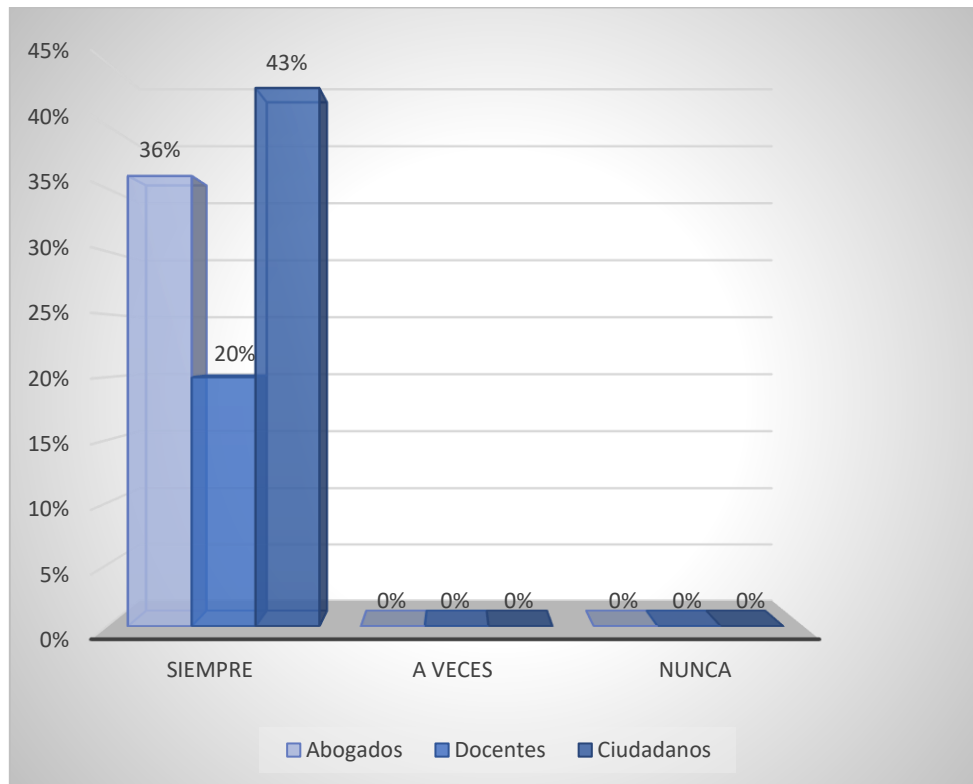
En el caso de los abogados el 36% que si, en los docentes el 20% y los ciudadanos con el 43%. Es decir, La forma más habitual y aconsejable de establecer una pensión alimenticia a favor de los hijos, con cargo al progenitor no custodio, es mediante la fijación de una cantidad determinada. Aunque pueden establecerse otras fórmulas, como la asunción de determinados gastos (por ejemplo, gastos escolares), hay que tener las máximas cautelas a la hora de elegir un procedimiento concreto, para evitar que su posible incumplimiento no sea todavía más gravoso, hasta el punto de obligar al progenitor custodio a su abono, con independencia de que pueda repercutir en el obligado a su pago.

Claro está que la intangibilidad de ese patrimonio no puede ni debe ser absoluto. Debe ceder en situaciones excepcionales en beneficio de la familia misma cuando su protección reclama el sacrificio, total o parcial de los bienes objeto de la institución.



GRAFICA Nº 9

**EL JUEZ DEBE FIJAR EL RÉGIMEN DE LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES EN FUNCIÓN AL PATRIMONIO**



**Fuente:** Encuesta realizada

**Comentario:** La fijación de los alimentos está de acuerdo al nivel de ingreso de las partes de los padres, cuando el padre tiene menos ingresos frente a la mujer, entonces el juez fija el monto y la responsabilidad de los hijos. Evidentemente, en la práctica, muchos de los padres irresponsables, a veces pasan sus bienes a terceros y se hacen embargar, con la finalidad de no pasar la cantidad debida a sus hijos, debido a que el Juez amerita, lo que puede tener para pasar los alimentos.

La inalienabilidad y la indivisión transitoria de la comunidad hereditaria que pueda crearse, puesto que la inembargabilidad es una simple y forzosa consecuencia del primero en cuanto todo embargo puede conducir a la venta constituyen una variante sustanciales al criterio económico de los códigos modelados en la doctrina económica que informo el Código de Napoleón. Constituyen una trata al principio de circulación de los bienes a cuya vigencia no se quiso poner obstáculos mayores.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El efecto jurídico patrimonial de la disolución del vínculo matrimonial con los hijos menores de edad, según las leyes vigentes, radica en la adjudicación de la tenencia de los hijos, en el establecimiento del régimen de las visitas y el paso de los alimentos; y según nuestro estudio al analizar la sentencias se encontró que los jueces en sus fallos consideran efectivamente estos criterios referidos a la tenencia, la pensión por alimentos y el régimen de visitas del cónyuge no favorecido; sin embargo no se considera la autonomía progresiva de los menores, ya que la capacidad de los hijos menores va aumentando conforme se van desarrollando y madurando; no tomando en cuenta así, algún tipo de asignación o distribución de bienes materiales o patrimonio físico heredable a los hijos menores de edad, excluyéndolos de reclamar parte del régimen patrimonial creado por parte de los padres; los cuales pueden desarrollarse en merito extrajudicial o judicialmente, de acuerdo al criterio del Juez de Familia o según los argumentos de la demanda de divorcio que establecen las partes.

**SEGUNDA:** Las causas de la disolución del vínculo matrimonial donde la mayoría de las parejas ponen fin a su sociedad conyugal y la separación de los bienes materiales entre otros son especialmente a causa de que no pueden recomponer su hogar, por la imposibilidad de hacer vida en común, diferencias irreconciliables en la relación conyugal, incompatibilidad de caracteres, abandono injustificado y separación de hecho por más de dos años.

**TERCERA:** Los jueces de familia en el momento de dictar sus sentencias debe tener una óptica humana, en el destino de los hijos menores que dar mayor protección de amparo en cuanto a la tenencia, el régimen de alimentos y régimen de visitas, que en caso de los padres se les encuentra indicios de irresponsabilidad ordenar que el Estado asume la custodia del menor.

**CUARTA:** La disolución del matrimonio con hijos menores, la ley contempla únicamente que los efectos jurídicos patrimoniales solo corresponde a los alimentos, el bienestar social y familiar, la tenencia de los hijos menores que puede ser en acuerdo a ambas partes o caso contrario a criterio del juez mas no en los derechos patrimoniales que es solo de exclusividad de los padres.

## SUGERENCIAS

**PRIMERA:** Es necesario que el legislador peruano elabore leyes teniendo en cuenta nuestra realidad social y económica y si bien existe modelos en las legislaciones extranjeras, ellas deben ser tomadas como ilustración, pero no trasplantadas a nuestra realidad. El hecho de no tener en cuenta nuestra realidad, ha dado lugar a la introducción de, causal se separación de hecho que en realidad no ha solucionado el problema de los matrimonios fracasados.

**SEGUNDA:** Que los futuros padres antes de contraer matrimonio deben ser sensibilizados a través de una Escuela de Padres, sobre sus responsabilidades con sus hijos menores en el momento de producir la disolución de la misma.

**TERCERA:** Que los dictámenes judiciales emitidos por los Juzgados de Familia deben tener en consideración los argumentos de las demandas y en la protección de los menores hijos quienes ellos deben ser protegidos materialmente, económicamente y psicológicamente.

**CUARTA:** Que los efectos patrimoniales en la disolución de hijos menores de edad solo están limitados en los alimentos más no en el patrimonio conyugal que solo es disposición de los padres.



## PROYECTO DE LEY

LA NORMA DEL CÓDIGO CIVIL

LEY N°-----

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ha dado la ley siguiente:

### **Artículo 1.-**

Una vez disuelto el vínculo matrimonial, los hijos menores de edad deben ser considerados parte del Régimen Patrimonial creado por parte de los padres.

Comuníquese al señor presidente de la república para su promulgación

En Lima,

Presidente del Congreso de la República

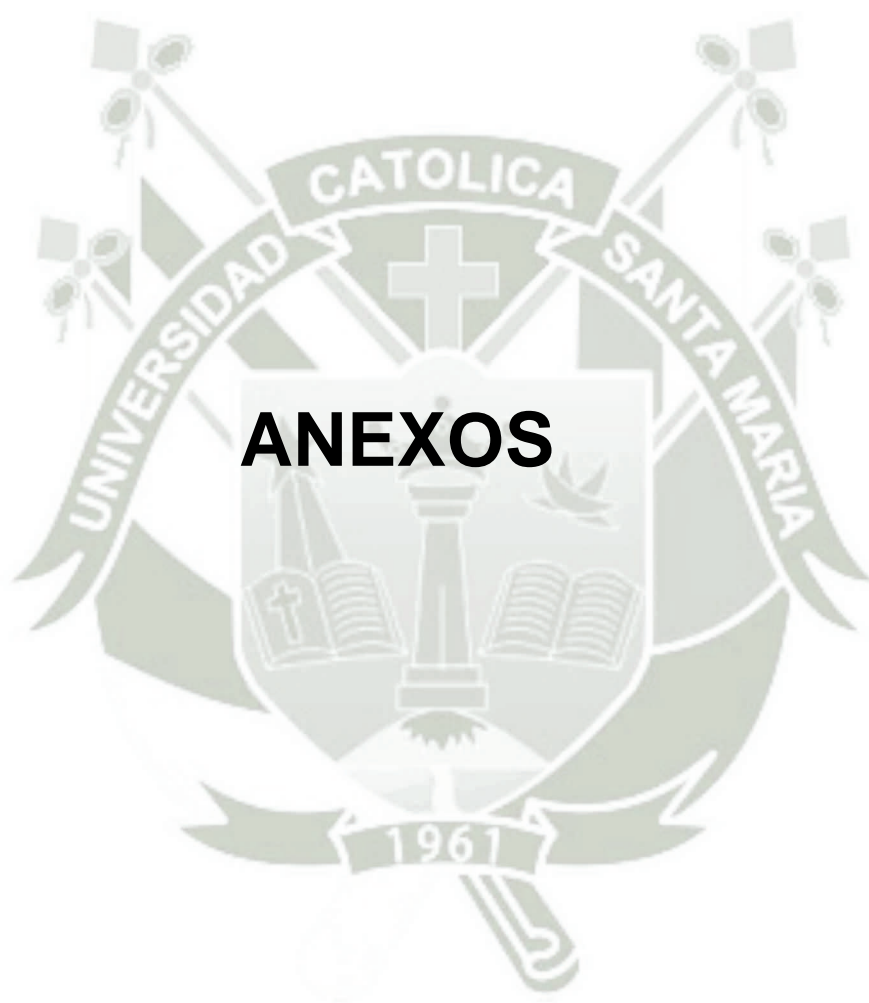
AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR LO TANTO:

Mando se publique y cumpla

## BIBLIOGRAFÍA

- PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Op. Cit. Pág. 34.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Op. Cit. Pág. 18.
- ILLIAN MILAGROS HAWIE LORA, Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia, Pág. 22, Gaceta Jurídica 2015.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Óp. Cit., Pág. 21.
- PERLTA ANDIA, Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Pág. 44, Idemsa, Lima 2011.
- NUÑEZ RAMOS, Carlos, Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX, Pág. 266, 267 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2013.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Óp. cit. Pág. 39.
- JARA QUISPE, Rebeca S., GALLEGOS CANALES, Yolanda. Manual de Derecho de Familia, Doctrina – Jurisprudencia – Practica. Pág. 29. Lima 2015
- RAMOS NUÑEZ Carlos, Op. Cit. Tomo I, Pág. 257.
- VIDAURRE, Manuel Lorenzo Proyecto del Código Civil Peruano Págs. 12 y sigs. Primera Parte, de las personas, Imprenta del Constitucional, Lima 1834.
- RAMOS NUÑEZ Carlos Op. Cit. Tomo I, Pág. 258.
- RAMOS NUÑEZ Carlos Op. Cit. Tomo I, Pág. 262.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos, Op. Cit, Tomo V, Pág. 284, Lima, 2006.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA, Constitución Política del Perú, Edición Oficial, Editora Perú. Lima 1988.
- PLACIDO VILCAHUAHUA, Alex, Los principios Constitucionales de la Regulación Jurídica de la Familia. Academia de la Magistratura, Lima 2007.
- PLACIDO VILCACHAHUA, Alex, Óp. Cit. Pág. 51.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit., Pág. 61.
- PERALTA CHAVEZ, Héctor. Op. Cit. Pág. 61
- VALVERDE Y VALVERDE, 1926, Tomo IV:256.
- FASSI; citado por GUAGLIANONE, 1968, Tomo I: 12.
- REBOLLEDO VARELA, 1983.26.
- LA CRUZ BERDEJO, 1950:38.





**ANEXO N° 1**

**PROYECTO DE TESIS**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**ESCUELA DE POST GRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL**



**EFFECTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL CON HIJOS MENORES DE EDAD, EN LAS SENTENCIAS DEL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO, ENERO A DICIEMBRE 2012**

**Proyecto de Tesis presentado por la Bachiller:**  
Edith Velásquez Pérez

**Para optar el Grado Académico de:**  
Maestro en Derecho Civil

**Asesor:** Dr. Luis Vargas Fernández

**AREQUIPA – PERÚ**

**2014**

## I PREÁMBULO

La sociedad peruana en los últimos tiempos ha venido sufriendo una serie de cambios sustanciales, donde la institución del matrimonio en cierta manera ha sido desplazada por la convivencia y que ésta a su vez, de acuerdo a las leyes peruanas, han dictaminado, que una conviviente tiene los mismos derechos que una esposa casada y más aún si se trata de que existe una procreación de hijos, los cuales no pueden ser desamparados.

Sin embargo, en forma diaria a través de los medios de comunicación, como también en los pasadizos de los tribunales de la Corte Superior de Justicia, se suele escuchar, casos traumáticos, de las parejas que se disuelven en forma judicial y que una de las partes, reclama justicia, especialmente en la protección de sus hijos menores.

Por lo que surgió la necesidad de efectuar una exploración sobre el estado de la cuestión, en la opinión de los operadores judiciales, como los dictámenes de las sentencias de los Juzgados de Familia. Pues existe un ausentismo de investigación acerca de los efectos jurídicos patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial con hijos menores de edad, en las sentencias del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Puno, enero a diciembre 2012, en el cual no ha sido suficientemente analizado desde una óptica judicial.

Por lo tanto, nació la idea de investigar sobre efectos de la disolución del vínculo matrimonial con hijos menores de edad, porque si bien es cierto el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común en donde el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, a la vez ambos están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Sin embargo; existen diversas razones por las cuales una pareja unida en matrimonio decide dar por concluida dicha unión, donde el matrimonio se disuelve.

Es importante saber la situación en la que van a quedar los hijos menores de edad, relativas a la tenencia, pensión alimenticia que se les suministrará y el derecho de visitas a los menores, para el cónyuge que no vaya a quedar bajo su responsabilidad.

La tenencia es el ejercicio activo de la patria potestad. Por visitas uno entiende que es verlos periódicamente, pero no se limita a ello la facultad del progenitor.

No sólo es verlos, es controlar la educación, la salud, las vacaciones, mantener una comunicación fluida con sus hijos y controlar, incluso, la relación entre los hijos y la madre cuando hay una situación crítica. El culpable está obligado a pasarle alimentos al inocente. Esta obligación no es automática, ya que depende de que el inocente reclame esos alimentos, a veces los reclama y otras no. Cuando el inocente los reclama, la obligación del culpable es la de pasarle una magnitud de alimentos tal como para mantener el estatus económico que tenía antes del divorcio.

## II PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### 1. PROBLEMA:

#### 1.1 Enunciado del problema:

EFFECTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL CON HIJOS MENORES DE EDAD, EN LAS SENTENCIAS DEL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO, ENERO A DICIEMBRE 2012.

#### 1.2 Descripción del problema:

##### 1.2.1 Campo, Área y Línea de Investigación

Campo	:	Ciencias jurídicas
Área	:	Derecho Civil Privado
Línea	:	Derecho Civil



1.2.2 Operacionalización de variables:

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><u>Variable Independiente:</u></b> Disolución del vínculo matrimonial. (Separación de cuerpos y poner fin indeterminado la sociedad conyugal)</li> </ul>	<p>El divorcio</p> <p>Efectos del divorcio</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Generalidades.</li> <li>• Tenencia del niño y adolescente</li> <li>• Régimen de visitas del niño o adolescente.</li> </ul>
	<p>Patria potestad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Deberes y derechos derivados de la patria potestad</li> <li>• Administración legal de los bienes de los hijos sujetos a patria potestad</li> <li>• Usufructo de los hijos sujetos a patria potestad.</li> </ul>
	<p>Alimentos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligación alimenticia respecto del padre y el hijo.</li> </ul>
	<p>Patrimonio familiar</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes que pueden ser objeto del</li> </ul>

		<p>patrimonio familiar</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Personas que pueden constituir el patrimonio familiar</li> <li>• Beneficiarios del patrimonio familiar</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><u>Variable Dependiente:</u></b> Efectos jurídicos patrimoniales. (consecuencia de la repartición de los bienes matrimoniales)</li> </ul>	La familia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La familia en el ordenamiento legal nacional</li> <li>• La familia y su reconocimiento internacional.</li> </ul>
	El matrimonio	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aspectos históricos</li> <li>• Naturaleza del matrimonio.</li> </ul>
	Régimen patrimonial de la sociedad conyugal.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes comprendidos en el régimen patrimonial de la sociedad conyugal</li> <li>• Obligaciones de sostener el hogar bajo cualquier régimen patrimonial de la sociedad conyugal.</li> </ul>

	<p>Régimen patrimonial de separación de patrimonios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios</li> <li>• Fenecimiento del régimen de separación de patrimonios.</li> </ul>
--	---	--

### 1.2.3 Interrogantes:

1. ¿Cuál es el Efecto Jurídico Patrimonial de la Disolución del matrimonio con hijos menores de edad?
2. ¿Cuáles son las sentencias del Primer Juzgado de Familia de Puno, respecto de los Efectos Jurídicos Patrimoniales con hijos menores de edad?
3. ¿Cuál es el criterio de los jueces en las sentencias del Primer Juzgado de Familia de Puno, como Efecto Jurídico con hijos menores de edad?

### 1.2.4 Tipo y Nivel de Investigación

TIPO : documental  
NIVEL : 19 Descriptivo y explicativo

### 1.3 Justificación

Tiene relevancia **científica** se pretende dar a conocer un vacío legal acerca de los efectos patrimoniales conyugales que no están contemplados con el destino de los hijos menores de edad, quienes ellos deben estar libres de las consecuencias de la disolución conyugal.

Tiene relevancia **humana**, esta investigación procura resaltar la equidad de la pareja conyugal, especialmente en la madre y los hijos menores en el momento de la disolución matrimonial, debido a que muchas veces, el responsable trata de eludir sus responsabilidades de



alimentos, de la protección de sus hijos a un buen bienestar social y familiar, traslada de manera maliciosa sus bienes a terceros, con la finalidad de pasar una cuantía menor, de lo que requieren los hijos menores.

Por último, tiene relevancia **contemporánea**, debido a la suma de los juicios por alimentos. Que muchas madres asumen toda la responsabilidad en sus hijos menores, pese a que ahora se ha contemplado un delito, de quien no da sus alimentos a los hijos, va a la cárcel, pese a ello, estos hechos son latentes.

## 2. MARCO CONCEPTUAL

**Efectos jurídicos patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial.**

### 1. La Familia

#### 1.1 Orígenes

Se remonta en los primeros tiempos de la humanidad la familia pues, en es una institución que acompañado al hombre desde sus orígenes, es una sociedad que surge desde la misma naturaleza humana y anterior a la organización política de las sociedades.

Como organización social “la familia ha perdurado a lo largo de toda la historia de la humanidad”<sup>78</sup>. Sin embargo, su permanecía ha estado sujeta a cambios según la etapa de desarrollo de la humanidad, cambios que se seguirán produciendo, pero la esencia de la familia, se seguirá manteniendo pues resulta ser con sustancial al ser humano. Al respecto Engels cita a Morgan, quien sostiene que “la familia es un elemento activo, nunca permanece estacionada si no que pasa a una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a uno más alto”<sup>79</sup>. A un que esto no es rigurosamente cierto en el sentido de ir de un grado más alto a otro, sin embargo, es cierto que la familia no es estacionaria

---

<sup>78</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Divorcio, Filiación y Patria Potestad, Pág. 5, Grijlei, Lima 2004

<sup>79</sup> ENGELS, Federico, el Origen De La Familia, Pág. 18, Ediciones Cultura Peruana, Arequipa 2004

Los estudios de Engels en su obra “El Origen de la Familia”, la Propiedad Privada y el Estado”, sostiene que la familia fue una creación del ser humano, según las diferentes etapas de la humanidad:

Así la llamada Comunidad Primitiva sería una etapa referida a la época en la que el ser humano recién se consideró como tal, se separó de las otras especies animales, pero aun vivían en forma promiscua, la horda primitiva no conocía la familia en la forma como se conoció posteriormente ni como la conocemos hoy y el ser humano se sentía integrante de la manada. Siendo un grupo desordenado, ignorante de la reproducción, las relaciones íntimas se llevaban en forma promiscua para satisfacer un instinto natural. Se desconocía las relaciones de parentesco.

La evolución cultural no conducirá al matriarcado época que se caracteriza por el predominio de la mujer en el grupo, se determinó el surgimiento del parentesco entre los hijos que nacen de una misma madre, conocido como parentesco uterino. Nace así la familia matriarcal.

El desarrollo cultural y económico de la sociedad determinara la aparición del patriarcado, época que se caracteriza por el predominio y supremacía del varón en el grupo social. En el patriarcado, la mujer la pasa a ser propiedad del hombre y por ello los hijos habidos con ella son hijos del hombre conforman la familia patriarcal unidos por vínculo paterno y materno. La práctica de la poligamia resulta común de tal forma que es completamente aceptado que el hombre tenga varias mujeres viviendo en la misma casa.

Esta concepción de Engels fue ávidamente asumida por los socialistas Marxista debido a la similitud con sus teorías de la propiedad común primitiva y del determinismo económico. Según esta última hipótesis, todas las demás instituciones sociales están, y lo han sido siempre, determinadas por las instituciones económicas subyacentes; por ello, en la situación original de la propiedad común, las esposas y maridos debe haber sido igualmente comunes. De hecho, la moda temporal que disfrutó la teoría de la promiscuidad se debió, en mayor grado, a teorías a priori como las que hemos mencionado y así deseo de creer en ello, que a evidencias positivas.

Si bien en algunas sociedades se dieron prácticas de poliandria o poligamia, ello se dio en una pequeña proporción de cada sociedad por diferentes factores sociales y económicos y aun en estos casos la tendencia siempre era tener un consorte principal, lo que puede ser tomado como una orientación a la monogamia. En culturas llamados en el mundo antiguo se dio la práctica de la poligamia, así lo encontramos en el pueblo hebreo, en los griegos, los germanos, a un que con posterioridad evoluciona a si la monogamia o unión entre un solo hombre y una mujer que es el cimiento de la familia.

La familia monogámica aceptada en nuestra sociedad, es objeto de las legislaciones de los diferentes países que regulan su conformación. En base a ella se ha establecido su parentesco los deberes y derechos entre sus miembros. Todas las legislaciones coinciden en reconocer a la familia como la célula básica de sociedad y el estado.

Pero el reconocimiento de la familia como una realidad exigida como naturaleza del ser humano, no puede llevarnos a negar toda competencia de la ley positiva para definir esta institución, pues el mismo el derecho natural exige al legislador organizar y regular jurídicamente la familia.

## 2.1 Concepto

No hay concepto sobre la aceptación etimológica de la familia. El nombre se habría derivado de **fames** que significa hambre. Para Cornejo Chávez esta voz “alude al hecho de que es en el seno del grupo domestico donde el hombre satisface sus necesidades primarias”<sup>80</sup>. También se acepta que deriva del vocablo **famulus** que significa. Siervo. Esclavo este término se habría usado en Roma debido a la conformación del grupo familiar también por esclavos. Todos los miembros del grupo estaban sujetos a la autoridad de un jefe.

También algunos tratadistas señalan que el a palabra familia deriva del sanscrito del vocablo “**dhaman** que significa asiento, morada, casa, así

---

<sup>80</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Pág. 17, Gaceta Jurídica, Lima 1998



pues, originalmente este vocablo se refiere a la casa doméstica y al patrimonio”<sup>81</sup>.

Las explicaciones etimológicas pues, no son determinadas y todo parece indicar que el vocablo familia, se acuña teniendo como base la casa o sede física donde vivían ciertas personas ampliándose luego para comprender otros elementos como los bienes patrimoniales, los esclavos y finalmente las personas que habitan en la casa.

Sin embargo, la concepción etimológica, resulta insuficiente para llegar al concepto de familia, por lo que resulta necesario buscar su concepto “en la esencia sociológica y jurídica”<sup>82</sup>. Desde el punto de vista sociológico y jurídico”. Desde el punto de vista sociológico, la familia resulta ser una organización de personas determinada por la propia naturaleza humana para llevar a cabo actos de la vida diaria consustanciales a los seres humanos. En cambio, desde el punto de vista jurídico el concepto de la familia tiene un sentido amplio y un sentido restringido.

La más importante finalidad de la familia es de carácter natural y está unida a la reproducción. Por ello desde este punto de vista la familia presenta las siguientes características:

1. En esta comunidad de personas, en la medida en que supone una organización.
2. Tiene su base en la unión de un hombre y una mujer para realizar estos propios de la generación humana.
3. Las personas que integran la comunidad familiar, vincular su desarrollo al grupo, existe entre ellas un afecto que las induce a colaborar entre si, a presentar auxilio, a compartirá las alegrías, lo que se conoce con el nombre de **afecto familiar**.

Desde la perspectiva jurídica amplia, la familia es un círculo casto de personas unidas por el vínculo que puede derivar del matrimonio, del parentesco o de la finalidad. Este grupo por gran amplitud, no se puede ser

---

<sup>81</sup> VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español Pág. 10, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid , 1938

<sup>82</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Óp. Cit. Pág. 18

objeto de una legislación precisa. Desde el punto de vista restringido (familia nuclear) es el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación: este círculo reducido está conformado por los Padres, los hijos. Este grupo es el objeto de la normatividad jurídica, en sentido restringido, la familia es un núcleo de la organización social que constituye el centro de la preocupación del legislador y es el que “ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o su protección.

Punto de vista sociológico y jurídico. Desde el punto de vista sociológico, la familia resulta ser una organización de personas determinada por la propia naturaleza humana para llevar a cabo actos de la vida diaria consustanciales a los seres humanos. En cambio, desde el punto de vista jurídico el concepto de la familia tiene un sentido amplio y un sentido restringido.

**Varsi** señala que “la familia es una institución reconocida por el Derecho como un requerimiento social del hombre, en la que se satisface sus necesidades a través de la convivencia”. También se habla en un sentido técnico jurídico para referirse a todas las relaciones de familia a las que las leyes atribuyen en un efecto jurídico.

También se considera a la familia como un organismo. Pues si bien la familia no alcanza personalidad, un organismo jurídico, puesto que sus miembros no tienen propiamente derechos individuales, sino que existe entre ellos una vinculación recíproca e independencia, una subordinación a un fin superior y una asignación de funciones dispuesta por ley. Así pues, la familia sería un organismo muy similar al Estado.

Como se desprende del expuesto, no es posible tener un concepto preciso de familia por las diversas significaciones jurídicas. Sin embargo, la familia es un eje importante estable de la sociedad y bien podría considerarse como un organismo estatal, con una estructura jurídica en tanto grupo organizado y regulado por norma de derecho que consagran las reglas de independencia orientadas a la consecución de un objetivo común. Podría decidirse pues. Que la familia es una institución y que, al mismo tiempo, cada familia es particular constituye un especial organismo jurídico.

## **2.2 Naturaleza Jurídica**

La familia es objeto de protección constitucional y también legal, por ello, resulta necesario regular las relaciones entre sus miembros. Sin embargo,

no se puede prescindir de su naturaleza sociológica constituida por las relaciones que se dan entre sus miembros que constituyen un sistema integrado en la estructura social. El Derecho trata de regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar, imponiendo deberes y obligaciones entre sus miembros, aun así, a esta regulación escapan las costumbres y las tradiciones relacionadas con las concepciones éticas y morales de los conformantes de la familia. La familia es pues, una institución jurídica social.

Habida cuenta que la familia se caracteriza por una vida conjunta de sus miembros, que tiene como base la unión de dos personas con una vida en común en la cual, los miembros se prestan mutuo apoyo moral y material con proyectos de vida respecto de los hijos; la ley regula estas relaciones y ello determina la naturaleza jurídica de la familia. Sin embargo, no es posible admitir que todos los problemas de la familia se solucionen mediante el Derecho ya que los miembros de la familia actúan frecuentemente con reglas o impulsos que no jurídicos.

Conforme a nuestra legislación la principal forma de constituir una familia es el matrimonio, de él se deriva un parentesco que es reconocido y amparado por Ley. Sin embargo, existen otras formas que también generan parentesco como es el caso de las uniones de hecho admitidas por nuestra Constitución y reguladas en el artículo 326 del Código Civil, y también la adopción.

En los libros que componen el Código Civil hay diferentes normas de las cuales se puede concluir que la noción jurídica de familia que se infiere del Código es aquella que la considera como una comunidad basada en la asociación permanente de un hombre y de una mujer, de origen matrimonial destinada a realizar actos propios de la generación; que está integrada por personas unidas por un afecto natural que determina que se ayuden mutuamente y conjuntamente aspiren al desarrollo económico del grupo.

La concepción de familia que se infiere del Código de 1984 es el resultado del desarrollo de los postulados de la Constitución de 1979 en la misma que se contemplaron los principios de protección del matrimonio y de la familia como institución natural y fundamental. Se contempla también el principio de amparo a las uniones de hecho al reconocerles que dan lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de las sociedades de



gananciales en cuanto les sea aplicable, siempre que sus conformantes tengan una unión estable, libre de impedimentos matrimoniales. También se observa el principio de igualdad de derechos entre los hijos sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Además, están presentes los principios de protección y asistencia a la madre, al niño al adolescente y al anciano que se encuentren en abandono moral o económico.

La Constitución de 1993 en cambio, considera a la familia como una sola sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial, destacando que las personas conformantes de la familia están unidas por vínculos jurídicos que se derivan de las relaciones intersexuales y de la filiación.

La Constitución actualmente vigente, tiene abundantes referencias de carácter protector a la familia las mismas que obedecen a la consideración de que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad. No obstante, también se considera que además de ser una institución fundamental, tiene una especie de debilidad y fragilidad congénita que determina la protección que la Constitución le da.

### **2.3 Importancia**

La importancia de la familia está fuera de toda discusión. Este consenso abraza todos los tiempos y lugares. Como es admitido también en forma unánime, la familia la institución fundamental del ordenamiento social. Su carácter natural, la hace irremplazable, así pues, la familia no espera para aparecer, que el Estado le asigne un estatuto jurídico, nace espontáneamente: en la mayor parte de las sociedades, la familia existe sin intervención de Estado y es regida por las costumbres.

Para Cornejo Chávez, desde un enfoque individual, la familia "funciona primariamente, como un mecanismo de defensa frente a todas las agresiones, las biológicas: el hambre, la sed, la enfermedad; las físicas: el frío, el calor la intemperie; las del medio social: el abuso de los más fuertes.

Además, la familia tiene, también, una dimensión social, siendo así el primer entorno social del que dispone el ser humano, y dentro de este entorno es objeto de la socialización mediante la cual se, le transmite aprendizajes de

conocimientos, de valores, de virtudes, creencias religiosas. En general la cultura de la sociedad a la que pertenece.

“La familia es la más antigua de las instituciones sociales y sigue siendo un complejo vivo actuante y fundamental”.

Además, la familia tiene otros roles y funciones trascendentes como es la reproducción y por tanto la perpetuación de la especie. Josserand, citado por Peralta Andía sostiene que "la familia tiene como razón de ser la propagación de la especie humana y la permanencia de la raza". También tiene una función económica, pues la familia procura incrementar el patrimonio económico y luego conservarlo asignándolo a sus miembros.

La familia también, viene a llenar las necesidades emotivas y psicológicas del ser humano, pues es una comunidad de amor que comparte diariamente con los otros miembros, es el refugio último ante la adversidad, el ámbito en el que se comparten alegrías, penas, proyectos realizaciones el entorno dentro del cual el ser humano acabará sus días.

Para las naciones y los estados la familia resulta trascendente puesto que las sociedades más desarrolladas y sólidas son aquellas en las que la familia ha jugado un rol trascendente. Al Respecto Josserand, ha señalado que “la Historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos donde la Familia estaba más sólidamente constituida”.

La Iglesia Católica, concede a la familia una importancia especial y la considera como una comunidad de amor y solidaridad insustituible, en la que se trasmite conocimientos entre las generaciones y enseña valores culturales sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros.

El reconocimiento de la importancia de la familia, también ha sido realizada en eventos internacionales como el que nos cita el ilustre maestro Héctor Cornejo Chávez al referirse a la Conferencia Internacional de Población llevada a cabo en México en el año de 1984 y el Plan de Acción Mundial de Bucarest el cual reconoce a "la familia como la unidad básica de la sociedad y recomienda a los gobiernos que se le de protección jurídica, adoptando

medidas para proteger derechos de los cónyuges y de los hijos", añade que "la familia está experimentando cambios fundamentales en su estructura y función, y sin embargo sigue siendo el marco adecuado para la compañía, el amor, y el apoyo mutuo de los cónyuges, el principal factor determinante de la supervivencia de los hijos nacidos en ella, el principal agente de socialización de generaciones futuras, y en muchas sociedades, la única institución de apoyo a los ancianos".

### 3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

#### Antecedente internacional

- UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO. DIRECCIÓN GENERAL—DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO. ÁREA DE DERECHO. ESPECIALIDAD EN DERECHO PE FAMILIA Y MENORES. EL DIVORCIO EN VENEZUELA. PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO EXISTEN HIJOS MENORES DE EDAD A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE EN EL AÑO 2000. Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho de Familia y Menores.

Autora: Inés Virginia Aranguren J. Tutor: Paolo Longo F

En el presente trabajo se analizó "El Divorcio en Venezuela. Procedimiento a seguir cuando existen hijos aún menores a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en el año 2000. tomando para esto como base la propia Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, así como también la jurisprudencia patria y doctrina nacional e internacional. Para su elaboración se partió de métodos cualitativos como el documental, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica y el uso de técnicas de análisis de contenido, análisis comparativo, construcción de sistemas de categorías, deducción y síntesis.

El instrumento utilizado fue la matriz de análisis de contenido, necesaria para registrar y analizar el contenido de la información suministrada por las fuentes extraídas de un extenso material bibliográfico lo que permitió desarrollar la tesis intitulada 'EL DIVORCIO EN VENEZUELA. PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO EXISTEN HIJOS AÚN MENORES A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE



LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE EN EL AÑO 2000".

El aporte e Importancia de este trabajo es dar una visión general sobre la adecuación de los principios constitucionales a las leyes vigentes y la dualidad de procedimiento que se viene dando en Venezuela desde la entrada en vigencia de la supra mencionada Ley, en materia de divorcio.

Los resultados obtenidos evidencian que, con la dualidad existente en los procedimientos de divorcio se hace necesaria o imperativa su uniformidad a través de una reforma legal urgente, así como la adecuación de las leyes vigentes a los principios constitucionales.

### **Antecedente nacional**

- UNIVERSIDAD SAN IGNACIO DE LOYOLA LIMA PERU MAESTRIA EN MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Apellido y Nombres: Felsen Matías Javier Título a obtener: Abogado Facultad: Abogacía Fecha: Febrero 2010 Tutora Doctora María Fabiana Raveglia. Resumen En este trabajo abordaré un tema de Importancia en la vida del hombre actual, tanto personal como patrimonial: El matrimonio y su aplicación en el derecho internacional.

Decimos Importancia en la vida del hombre actual debido a la gran emigración de argentinos al exterior experimentada en los últimos años como consecuencia de la crisis sufrida no sólo económica, sino también social y jurídica. Esta situación trae como consecuencia que cuando se generan conflictos matrimoniales en el extranjero con personas que contrajeron enlace en el país, va a ser necesario dilucidar muchas cuestiones es para saber qué derecho se va a aplicar y por qué, así como también de qué forma se va a hacer.

Para el estudio de este tema es necesaria en primer lugar una breve reseña del régimen legal argentino del matrimonio, lo que involucra una breve introducción sobre su concepto, análisis detallado de sus caracteres, requisitos internos y externos para su validez, sus efectos personales y patrimoniales y disolución del vínculo matrimonial.

Tan necesario como el estudio previo del matrimonio, es necesario otro análisis fundamental para lograr una correcta interpretación del tema y este análisis se basa en el estudio del Derecho Internacional Privado en sus aspectos generales.

Finalmente, una vez terminado de presentar el panorama, me avocaré al estudio del matrimonio en el Derecho Internacional

Privado, su calificación, la ley aplicable a la validez y jurisdicción en caso de conflicto, inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero, ley aplicable a las relaciones personales y al régimen patrimonial del matrimonio. También nuestra labor, incluye un examen acerca de la separación personal y el divorcio sobre jurisdicción, ley aplicable al divorcio, los Tratados de Montevideo, el régimen internacional del divorcio y la eficacia extraterritorial de la separación personal y el divorcio decretado en el extranjero.

### Antecedente local

- Universidad San Pedro de Chimbote con sede en Arequipa, Facultad de Derecho. Título Abogado. Luis Herrera S. tesis '**Relevancia de la Protección al Menor Nacido en el Matrimonio después de Constituido el Patrimonio Familiar**'. **Resumen** El tema del patrimonio familiar se encuentra enmarcado dentro de la legislación en el Código Civil; para muchas personas, es un tema desconocido y otras tienen poco conocimiento del mismo; para desarrollar de una mejor forma éste análisis me di a la tarea de buscar en el Organismo Judicial en los juzgados de familia expedientes en los cuales se halla constituido un patrimonio familiar y fue impresionante saber que no había ni un solo caso de constitución del mismo; razón por la cual decidí analizar y estudiar este tema tan importante y necesario en nuestra sociedad. La constitución del patrimonio familiar tiene como finalidad sustraer el bien, de la disponibilidad y grabación, a fin de proteger a la familia y asegurarle por lo menos por un determinado tiempo, el disfrute de ciertos bienes. Esto se logra porque al momento de someter un bien a la institución del patrimonio familiar, automáticamente se limita la posibilidad de venta y la grabación, hasta llegar la causa por la cual dé por terminado. O, como bien lo indica el Código Civil, hasta que el menor de los hijos cumpla la mayoría de edad.

Este trabajo tiene por objetivo general; tratar un problema que se suscita dentro de ésta institución, y es el siguiente: al momento de constituirse un patrimonio familiar, se deben llenar ciertos requisitos que la ley establece; uno de ellos es anotar los nombres de los miembros de la familia, que resultan ser los beneficiarios, y la edad de cada uno de ellos; pues, el patrimonio familiar se tiene por terminado cuando el menor de los hijos cumpla fe mayoría de edad; la interrogante, que nos lleva a realizar este análisis es: ¿Qué pasaría si nace un hijo después de constituido el patrimonio familiar? Al momento de nacer ese menor no está incluido como beneficiario; entonces, el patrimonio familiar terminará cuando el menor de los hijos inscritos como beneficiarios cumpla la

mayoría de edad, aunque no sea el menor, puesto que ha nacido un nuevo hijo. También es interesante notar que la ley no regula la situación que se puede dar si un hijo nace extramatrimonialmente, por lo que surge la interrogante: ¿tiene derecho ese hijo nacido extramatrimonialmente a figurar como beneficiario del patrimonio familiar que constituyó uno de sus padres? Pues aunque sea nacido de una relación extramatrimonial. La ley otorga ciertas garantías, en el sentido de que todos los hijos son iguales y tienen los mismos derechos.

Por medio de los métodos analítico, sintético y deductivo, utilizados en este trabajo de investigación, se desglosa cada uno de los temas para un estudio más completo de éstos; así como las posibles soluciones del problema planteado. Para el efectivo desarrollo del tema se divide en cinco capítulos: el primero, básicamente establece todo lo relacionado al matrimonio y la familia, puesto que esta institución tiene como finalidad la protección familiar, el segundo se enfoca en el estudio de la propiedad resaltando los aspectos más importantes, ya que para que un bien sea sometido a la institución del patrimonio familiar, el dueño de los bienes debe tener sobre ellos la propiedad y la libre disposición; en el tercer capítulo me enfoqué en el tema de la jurisdicción voluntaria, y es porque la constitución del patrimonio familiar puede hacerse de dos formas: judicial o notarialmente, y explico cada una de ellas; en el cuarto capítulo se desarrolla el tema central del presente trabajo de investigación basado en definiciones, naturaleza jurídica, características, elementos, objeto y todo lo relacionado con el tema del patrimonio familiar, y, en el quinto capítulo, se desarrolla el análisis e Interpretación del problema, respecto a la forma de incorporar a un menor nacido dentro del matrimonio después de constituido el patrimonio familiar proponiendo a la vez una posible solución.

Espero que este análisis cumpla su función que es informar sobre esta institución y servir de antecedente para que en un futuro se pueda ampliar el contexto del patrimonio familiar y cumplir de una mejor manera su finalidad, que es proteger a las familias.



#### 4. OBJETIVOS

4.1 Determinar el Efecto Jurídico Patrimonial de la disolución del matrimonio con hijos menores de edad.

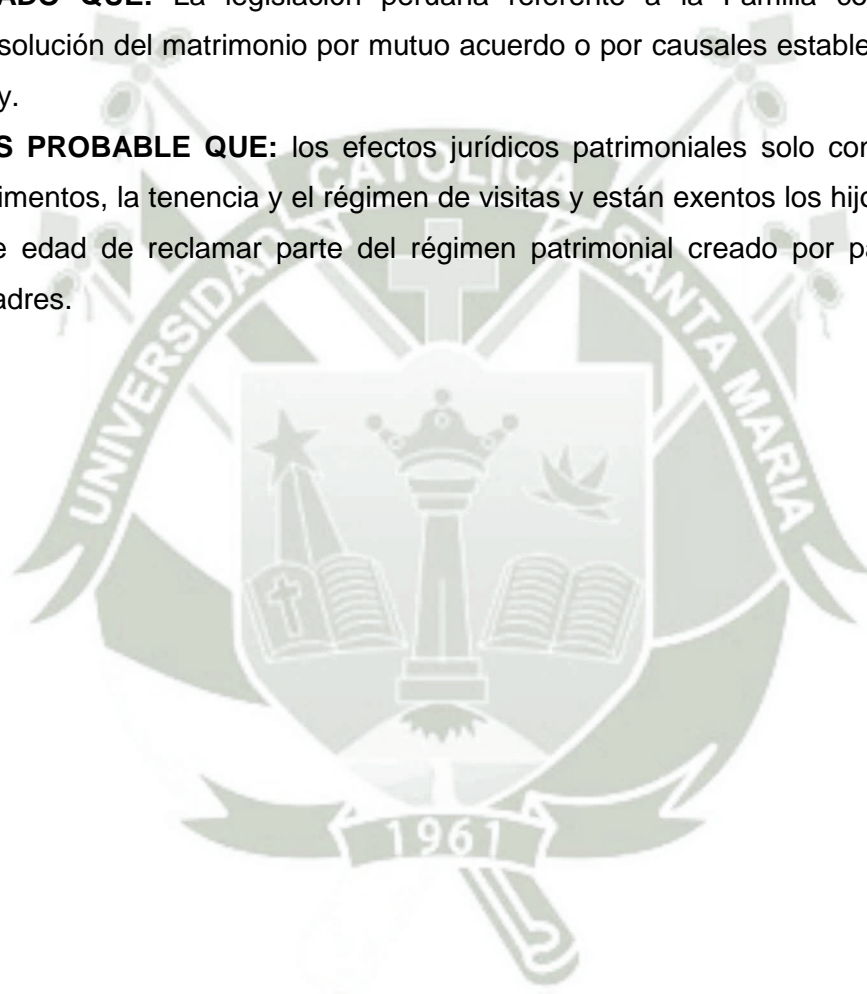
4.2 Establecer las sentencias del Primer Juzgado de Familia, respecto de los Efectos Jurídicos Patrimoniales con hijos menores de edad.

4.3 Determinar el criterio de los jueces en las sentencias del Primer Juzgado de Familia de Puno como Efecto Jurídico con hijos menores de edad.

#### 5. HIPÓTESIS

**DADO QUE:** La legislación peruana referente a la Familia contempla la disolución del matrimonio por mutuo acuerdo o por causales establecidas en la ley.

**ES PROBABLE QUE:** los efectos jurídicos patrimoniales solo contempla los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas y están exentos los hijos menores de edad de reclamar parte del régimen patrimonial creado por parte de los padres.



## CUADRO DE CONSISTENCIA

### 1.- Técnicas e Instrumentos de Verificación

#### 1.1 Precisión

**Técnicas:** Encuesta

**Instrumento:** Formulario de Preguntas

Formulación del Problema	Objetivos de la investigación	Hipótesis de la investigación	Variables	Indicadores	tipo y diseño	Técnicas e instrumentos	Población y muestra
<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Cuál es el efecto jurídico patrimonial de la disolución del matrimonio con hijos menores de edad?</li> <li>• ¿Cuáles son las sentencias del primer juzgado de familia de puno, respecto de los efectos jurídicos patrimoniales con hijos menores de edad?</li> <li>• ¿Cuál es el criterio de los jueces en las sentencias del primer juzgado de familia de puno, como efecto jurídico con hijos menores de edad?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar el efecto jurídico patrimonial de la disolución del matrimonio con los hijos menores.</li> <li>• Establecer las sentencias del primer juzgado de familia, respecto de los efectos jurídicos patrimoniales con hijos menores de edad.</li> <li>• Determinar el criterio de los jueces en las sentencias del primer juzgado de familia de puno como efecto jurídico con hijos menores de edad.</li> </ul>	<p><b>DADO QUE:</b> La legislación peruana referente a la Familia contempla la disolución del matrimonio por mutuo acuerdo o por causales establecidas en la ley.</p> <p><b>ES PROBABLE QUE:</b> el efecto jurídico patrimonial solo contempla los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas y están exentos los hijos menores de edad de reclamar parte del régimen patrimonial creado por parte de los padres.</p>	<p><b>Variable independiente:</b></p> <p>DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El divorcio</li> <li>• Patria potestad</li> <li>• Alimentos</li> <li>• Patrimonio familiar</li> </ul>	<p><b>TIPO:</b> documental</p>	<p><b>Técnica:</b></p> <p>cuestionario</p>	<p>La población está constituida de abogados, ciudadanos y docentes universitarios</p>
			<p><b>variable dependiente:</b></p> <p>EFFECTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La familia</li> <li>• El matrimonio</li> <li>• Régimen patrimonial de la sociedad conyugal</li> <li>• Régimen patrimonial de la separación de patrimonios</li> </ul>	<p><b>NIVEL:</b> Descriptivo y explicativo</p>	<p><b>Instrumento:</b></p> <p>Formulario de preguntas</p>	

## 1.2 Prototipo de Instrumentos

### UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

#### ESCUELA DE POST GRADO

#### MAESTRÍA DERECHO CIVIL

### ENCUESTA SOBRE EFECTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN LOS HIJOS MENORES DE EDAD

Responda las alternativas de respuesta según corresponda. Marque con una (X) la alternativa y respuesta que se adecue a su caso.

- **CONSIDERA QUE CUANDO LA SOCIEDAD CONYUGAL SE DISUELVE AFECTA LA VIDA DE LOS HIJOS.**

Siempre

A veces

Nunca

- **CONSIDERA QUE LOS HIJOS MENORES DEBEN TENER PARTICIPACIÓN EN LA SOCIEDAD CONYUGAL PATRIMONIAL.**

Siempre

A veces

Nunca

- **CREE QUE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN TENER LA OBLIGACIÓN DE RECLAMAR SUS ALIMENTOS.**

Siempre

A veces

Nunca

- **CONSIDERA QUE EL JUEZ EN EL MOMENTO DE SU DICTAMEN EN LA DISOLUCIÓN DE UNA SOCIEDAD CONYUGAL, DEBE DEFINIR EL DESTINO PATRIMONIAL.**

Siempre

A veces

Nunca



- **CREE QUE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN INTERVENIR EN LA PARTICIÓN PATRIMONIAL.**

Siempre

A veces

Nunca

- **CREE QUE EL JUEZ DEBE FIJAR EL RÉGIMEN DE LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES EN FUNCIÓN AL PATRIMONIO.**

Siempre

A veces

Nunca

## 2.- Campo de Verificación

### 2.1. Ubicación espacial

El presente trabajo de investigación se realiza en el Primer juzgado de familia de la Corte Superior de Justicia de Puno, enero a diciembre 2012.

### 2.2. Ubicación Temporal

El periodo de estudio abarca enero a diciembre del 2012.

### 2.3 Unidades de estudio

Las unidades de estudio están constituidas por las sentencias del Primer Juzgado de familia de la Corte Superior de Justicia de Puno, enero a diciembre 2012. Que hicieron un total de 33 procesos, en el cual se tomaron como muestra 08 sentencias de esta naturaleza.

### Universo

El universo estuvo conformado, en el caso de los abogados 230 especializados en el Derecho de Familia, mientras que docentes 20 y público en general 200 personas.

### Muestra

Según tabla de Fisher-Arkin-Colton

Determinación del tamaño de muestra: Se determina el tamaño de muestra utilizando la fórmula siguiente, para una muestra Sacada de una población finita.

**Ecuación 1**

$$n = \frac{N}{(N - 1) K^2 + 1}$$

**Fuente: Arkin y Colton.**

Dónde:

n = tamaño de la muestra (número de elementos de la muestra)

N = tamaño de la población (número de elementos de la población)

k = error de muestreo.

Seleccionar el tamaño de la muestra para la población, utilizando un error de muestreo de 5%.

Solución:

Si: k = 5%, para reemplazar este valor en la fórmula, primero debemos convertir a real es decir k = 5/100 = 0.05

**Ecuación 2**

$$n = \frac{33}{(33 - 1) \cdot 0.05^2 + 1} = 0.6875$$

Se ha trabajado con 08 sentencias del primer juzgado de familia.

**3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS****3.1 Organización**

Para llevar a cabo esta investigación se llevó una planificación sobre las acciones que se deberían llevar en el gabinete, el contraste de la parte teórica judicial y las fuentes primarias que estuvieron consignadas en el cuestionario y en la revisión de las sentencias.

Se hizo una exploración de la información

Se pidió la autorización de la Corte superior para la revisión de los expedientes judiciales

Se procedió en análisis de los casos en el Juzgado de Familia

### 3.2 Recursos

#### Recursos Humanos

INVESTIGADORA	1
COLABORADORES	12

#### Recursos Materiales

papel blanco	4000 hojas
Internet	500 horas
Impresión	1750 hojas
Digitación	300 hojas
Fotocopias	4800 hojas
Anillados	26
Otros	6 libros

#### Recursos Financieros

papel blanco	\$ 100.00
Internet	\$ 125.00
Impresión	\$ 525.50
Digitación	\$ 150.00
Fotocopias	\$ 480.00
Anillados	\$ 104.00
Otros	\$ 530.00



### 3.3 Validación del instrumento

El instrumento que se utilizara es el formato de preguntas.

Se remarcará el carácter anónimo del formulario, así como la sinceridad de las respuestas emitidas para contribuir al éxito del estudio.

Para llevar a cabo la presente investigación, se presentó la encuesta a tres expertos en asuntos de familia, en el cual dieron a conocer que dicha encuesta expresada en cuestionario era apta de aprobación, para su aplicación, debido a que guardaba una relación con los objetivos, la hipótesis.

### 3.4 Criterios para el manejo de resultados

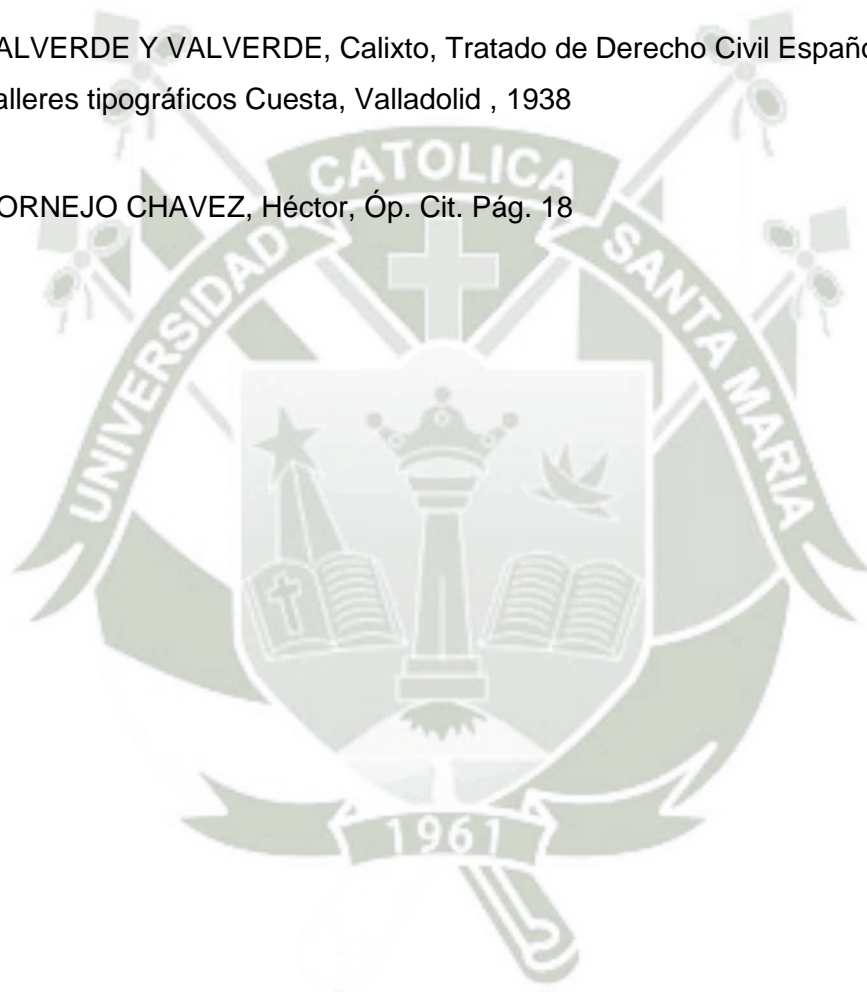
En el manejo de los resultados de la presente investigación se aplicó la estadística descriptiva con el empleo de las frecuencias absolutas y porcentuales a través del programa de Excel 90, para el análisis, interpretación y conclusiones finales.

## IV.- CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo	Mes 2012	Mes 2014	Mes 2015	Mes 2015	Mes 2016	Mes 2016	Mes 2017	Mes 2017
<b>Actividades</b>								
1. Elaboración del proyecto	Abril							
2. Aprobación del proyecto		Agosto						
3. Recolección de información			Marzo					
4. Análisis y sistematización de datos				Diciembre				
5. Conclusiones y sugerencias					marzo			
6. Preparación del informe						Abril		
7. Presentación final del informe							Mayo	
8. Sustentación								Julio

## V.- BIBLIOGRAFÍA

- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, Divorcio, Filiación y Patria Potestad, Pág. 5, Grijlei, Lima 2004
- ENGELS, Federico, el Origen De La Familia, Pág. 18, Ediciones Cultura Peruana, Arequipa 2004
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Pág. 17, Gaceta Jurídica, Lima 1998
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español Pág. 10, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid , 1938
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Óp. Cit. Pág. 18



**ANEXO N° 2**

**CUADRO DE REGISTRO DE LA MUESTRA**

JUZGADO	N° EXPEDIENTE	MATERIA	DEMANDADO	DEMANDANTE
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede - Puno	659-2011	Divorcio por causal	Peñarrieta Bedoya, Juan Antonio	Herrera Quispe, Ingrid Katya
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	1044-2011	Separación convencional y/o divorcio ulterior		Gomez Paredes Maria Elena y Aparicio Nina Clever
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	2070	Separación convencional y/o divorcio ulterior		Ramos Quispe, Epifania y Velasquez Salcedo, Oracio
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	2612-2010	Separación convencional y/o divorcio ulterior	Primera Fiscalía Provincial de Familia	Gallegos Calizaya, Maria Elsa y Pineda Godoy, Emilio Moises
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	28-2011	Divorcio por causal	Tisnado Quispe, Vicentina	Alata Quispe, Mateo Oswaldo
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	2020-2010	Divorcio por causal	Chavez Luna, Gilda Betzabeth	Loayza Torrico, Wilbert Remigio
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	1127-2011	Separación convencional y/o divorcio ulterior		Arias Durand, Mary Giovana y Alatriza Avila Juan Jose
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	203-2011	Divorcio por causal	Juli Mamani, Biviana	Apaza Chambilla, Luis Octavio
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	1912-2010	Separación convencional y/o divorcio ulterior		Castro Flores, Maria Margarita y Quispe Yana, Jorge Samuel
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	173-2011	Separación convencional y/o divorcio ulterior	Tercera fiscalía provincial de familia	Vargas Callacondo, Roger y Ochochoque y Colque Karla Jahidi
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	582-2011	Divorcio por causal	Tercera fiscalía provincial de familia y Velasquez Velasquez, Fredy Hernan	Quispe Ramos, Angela Maria
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	28-2011	Divorcio por causal	Tisnado Quispe, Vicentina	Alata Quispe, Mateo Oswaldo
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	2070-2011	Separación convencional y/o divorcio ulterior	Primera fiscalía provincial de familia y civil de puno	Ramos Quispe, Epifania y Velasquez Salcedo, Oracio
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	1325-2009	Divorcio por causal	Mena Mendoza, Marcelino y Primera fiscalía de familia	Tapia Flores, Elizabeth Juana
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	664-2009	Divorcio por causal	Copaja Mlendez, Ruth Guadalupe	Caceres Olazo Ortega, Juan Luis
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	858-2009	Divorcio por causal	Cruz Tiquilloca, Rosa Hilda	Quispe Castro, Benigno Gregorio



1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	2612-2010	Separación convencional y/o divorcio ulterior	Primera fiscalía provincial de familia	Gallegos Calizaya, Marina Elsa y Pineda Godoy, Emilio Moises
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	804-2011	Divorcio causal por	Carrasco Reyes, Leonor Aida	Murillo del Valle, Enrique Marcelino
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	499-2010	Divorcio causal por	Atamari Zapana, Yeny Mauja y Tapia Chura, Ethewoldo	Tapia Chura, Ethewoldo
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	946-2009	Divorcio causal por	Sucasaca Quispe, Maximo	Churata de Sucasaca, Dominga
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	183-2003	Divorcio causal por	Valencia de Aza, Maria Lina	Aza Morales, Percy Donato
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	534-2011	Divorcio causal por	Quispe Lima, Lilea Silvia	Hualpa Fernandez, Robert Bernardo
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	852-2009	Divorcio causal por	Aza Humpiri de Churata, Eugenia	Tercera fiscalía provincial de puno
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	2219-2010	Divorcio causal por	Huamani Barra de Rubin de Celis, Martha	Rubin de Celis Uriarte, Jose Dario
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	1937-2011	Divorcio causal por	Escobar Quispe, Evelina	Curo Rojo, Esteban Rene
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	1387-2011	Divorcio causal por	Bejat Albarracin, Nilda Soledad	Aranibar Aranibar, Marcelino Jorge
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	2300-2011	Divorcio causal por	Carreon Morriberon, Gretty Roxana	Bueno Macedo, Luis Amilcar
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	2051-2010	Divorcio causal por	Escalante Arcos, Luis Marina	Huancalaqui Choquehuanca, Mario Jaime
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	1012-2011	Divorcio causal por	Apaza Flores de Mamani, Dora Felicitas	Mamani Calsin, Faustino
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	569-2012	Separación convencional y/o divorcio ulterior	Primera fiscalía de familia de puno	Noa Pineda, Martha y Gilapa Pacompia, Felix
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	1712-2011	Divorcio causal por	Cueva Quispe, Lucia	Romero Oblitas, Oscar
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede – Puno	15-2012	Separación convencional y/o divorcio ulterior	Primera fiscalía de familia y civil	Apaza Gomez, Doris Hilda y Arocutipá Cuno, Jose Luis
1° JUZGADO DE FAMILIA – Sede - Puno	1802-2010	Divorcio causal por	Coaquira Caceres, Celia Angela	Cahuana Flores, Rogel Rogelio

## ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

Las sentencias son veredictos de los jueces, quienes argumentan un dictamen, de acuerdo a los argumentos de las leyes, a las pruebas escritas y orales, en el caso de tratarse de los efectos patrimoniales en menores hijos, está regido con el régimen de visitas, alimentos, tenencia, lo que hoy no solo la tenencia es monoparental, sino se pretende ser compartida

De otro lado, las sentencias es el resumen de todo el proceso de los argumentos de ambas partes, que suelen defender su posición y es ahí, donde el Juez de Familia debe tomar con criterio su dictamen.

En este caso se ha tomado en cuenta El análisis de una sentencia judicial puede realizarse en forma simultánea o independiente del estudio de casos: a) en una primera hipótesis, se pueden dar los hechos de un determinado caso, hacerlos trabajar y estudiar por los alumnos, y una vez que han arribado a sus propias soluciones, entregarles la sentencia para su análisis crítico; b) en otra variante, se puede dar un caso hipotético o real, sin referirlo entonces a sentencia alguna; c) se puede tomar la sentencia como una parte fundamental del orden jurídico viviente, y a partir de ella retroceder en la evaluación de los hechos que tuvo en cuenta, del contexto que la rodeó, los pensamientos que la guiaron, las consecuencias que se pueden extraer de ella,

En todo juicio se ventila siempre un problema de derecho sustantivo que es precisamente el problema de fondo.

Pero además del problema de fondo, pueden surgir problemas de tipo adjetivo o procesal durante el desarrollo del juicio. Por ejemplo: es necesario resolver las excepciones de incompetencia, falta de personalidad, conexidad, cosa juzgada, etc.

Hay cuestiones incidentales que no son objeto de una tramitación separada y previa, sino que se dejan para la sentencia final del juicio. En este caso el problema procesal se resuelve en la SENTENCIA DEFINITIVA, la que debe empezar resolviendo el problema adjetivo; si la resolución que se dé a la cuestión procesal no impide entrar al fondo del negocio, deberá resolverse éste, con efectos de cosa juzgada; si en cambio el problema procesal impide el estudio y resolución del problema de fondo, los efectos de esa sentencia definitiva serán puramente procesales y dejarán a salvo los derechos del interesado por lo que hace al problema sustantivo, para que los haga valer posteriormente.

## Características de las sentencias

Podrán participar las sentencias que se encuentren firmes y sean inatacables, a partir de la Reforma Constitucional de junio de 2011 a mayo de 2014.

II. Las sentencias deberán contener en el ámbito de sus competencias: “acciones de prevención, investigación, reparación en materia de Derechos Humanos, así como las medidas o mecanismos de no repetición”.

III. Las sentencias deberán tomar en cuenta los postulados de la Reforma Constitucional.

IV. Todos los datos personales de las partes que intervinieron en el litigio de que se trate la sentencia, deberán ser omitidos; la sentencia deberá tener el carácter de información pública de acuerdo con la normatividad referente a la transparencia y acceso a la información.

V. Las sentencias deberán acreditar la forma en que los operadores de justicia están aplicando las Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el Principio Pro Persona; El bloque de constitucionalidad; la aplicación de la Interpretación Conforme; el Control Difuso de Constitucionalidad y de Convencionalidad; y por ende la manera en que se cumple el Enfoque de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género, al momento de juzgar los casos que le son sometidos a las y los jueces.

**SENTENCIA CIVIL 02 - 2012**

**EXPEDIENTE N° 00659-2011-0-2101-JR-FC-01**

**MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL**

### 1. Hechos

- Ingrid Katia Herrera Quispe interpone demanda de divorcio por causales de violencia psicológica e imposibilidad de hacer vida en común dirigida contra Antoni Peñarrieta Bedoya y ministerio público.
- Contrajeron matrimonio el veinticuatro de abril de dos mil cinco, durante el matrimonio procrearon una hija llamada Siamira Nicol Peñarrieta Herrera.
- Dentro de su vida conyugal han tenido diferentes discusiones donde el día 21 de Junio de 2010 se vio forzada a abandonar el hogar conyugal por violencia física y psicológica ejercida por el demandado. En fecha diez de agosto de dos mil diez el demandado ha interpuesto denuncia por violencia familiar, en contra de la demandante, sus padres y hermano menor.
- A lo largo del vínculo matrimonial no han adquirido bien mueble ni inmueble.

### 2. Causas de la disolución

Se declara fundada la demanda en cuanto a la pretensión de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común.



### 3. Efecto jurídico patrimonial de la disolución en los hijos

Con respecto al régimen patrimonial se da por fenecido el régimen de sociedad de gananciales generado por el matrimonio, declarándose el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges. Se dispone la tenencia a favor de la madre y se fija un régimen de visitas abierto a favor del padre, respetando las horas destinadas a su educación, recreación y descanso.

### 4. Criterios y razonamientos tomados en cuenta por la sala para sentenciar la disolución

La imposibilidad de hacer vida común es a causa de los hechos de violencia física demostrados, la denuncia de violencia familiar que el demandado interpuso, la demanda de garantías personales, la querrela que el hermano del demandado interpuso en contra de la madre de la demandante; bajo ese clima de hostilidades no es posible la continuidad regular de la vida conyugal; se encuentra probado en autos que los hechos que determinan causal de análisis son atribuibles a ambos cónyuges y así la vida conyugal ya no resulta. El fenecimiento de la sociedad de gananciales procede en virtud a que es consecuencia legal de la disolución del vínculo matrimonial. En concordancia con los artículos 81 y 84 del código de los niños y adolescentes la madre ejercerá la patria potestad respecto de la menor, fijándose un régimen de visitas a favor del padre, el cual debe ser un régimen abierto dado el principio del interés superior del niño y considerando que la hija cuenta con 5 años de edad.

#### SENTENCIA CIVIL 10 - 2012

#### EXPEDIENTE N° 02612-2010-0-2101-JR-FC-01

#### MATERIA: SEPARACION CONVENCIONAL Y/O DIVORCIO

##### 1. Hechos

- Emilio Moisés Pineda Godoy y Marina Elsa gallegos Calisaya interponen demanda de separación convencional y divorcio ulterior en contra del ministerio público.
- Contrajeron matrimonio el 31 de Agosto de 1996, producto de su relación matrimonial han procreado 4 hijos de 22, 19, 13 y 04 años, la hija mayor vive con su conviviente, el de 19 vive con su padre, y los dos menores con la madre.
- A fines del año dos mil seis ambos deciden separarse de hecho.

##### 2. Causas de la disolución

El fundamento para la decisión incoada es por motivos que existen diferencias irreconciliables en la relación conyugal, además de la incompatibilidad de caracteres que hace imposible la cohabitación en el mismo techo.

### 3. Efecto jurídico patrimonial de la disolución en los hijos

Los demandantes acuerdan sobre la patria potestad acuerdan que los hijos menores de edad quedaran a cuidado y poder de la madre, la referida madre otorgara las facilidades al padre para que pueda visitarlos, sobre los alimentos acuerdan que el padre dará una pensión de ciento cincuenta nuevos soles, además de útiles escolares y uniforme. Sobre el régimen patrimonial, no existe bien inmueble que se haya adquirido, durante la relación conyugal.

### 4. Criterios y razonamientos tomados en cuenta por la sala para sentenciar la disolución

Cita lo dispuesto en el inciso 13 del artículo 333, inciso 2 del artículo 318 del código civil, inciso 2 del artículo 546, artículos 573 y 575 del código procesal civil. Que el inciso décimo tercero del artículo trecientos treinta y tres del código sustantivo contienen la regulación de la separación convencional que implica el acuerdo mutuo de las partes para que en primer lugar se ponga fin a los deberes del lecho, habitación y sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial y que transcurridos los

dos meses de producida la separación, se materialice el divorcio a solicitud de cualquiera de los dos cónyuges.

**SENTENCIA CIVIL 34 - 2012**

**EXPEDIENTE N° 00582-2011-0-2101-JR-FC-01**

**MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL**

**1. Hechos**

- Ángela María Quispe Ramos interpone demanda sobre divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años.
- Contrajo matrimonio con Hernán Velázquez Velásquez el 16 de Junio del año 2007.
- Procreando un hijo de nombre ángel que nace en fecha 07 de noviembre de 2007.
- Durante la relación el demandado agredía física y psicológicamente a la recurrente en varias oportunidades
- En fecha 30 de noviembre de 2008 el demandado abandona el hogar, quedando desde entonces la madre a custodia del menor.
- Durante la vigencia de su matrimonio no han adquirido ningún bien.

**2. Causas de la disolución**

Causal de abandono injustificado de hogar (domicilio conyugal) por parte de Fredy Hernán Velásquez Velásquez.

**3. Efecto jurídico patrimonial de la disolución en los hijos**

Respecto de la tenencia y pensión de alimentos estas sentencias obran en las fiscalías con N° 138-2010 del expediente 842-2010 y 1713-2009 respectivamente por lo cual ya no es debatible este punto. De la liquidación de sociedad de gananciales fenece este régimen.

**4. Criterios y razonamientos tomados en cuenta por la sala para sentenciar la disolución**

Para que la causal de abandono injustificado del hogar se verifique se requiere la presencia de tres supuestos a) el hecho del abandono en sí, ausencia física del domicilio conyugal, b) que este no tenga ninguna justificación sino por intención de sustraerse de sus obligaciones y c) que sea por un periodo mayor a dos años. En las pruebas se advierte con copia legalizada la constancia de ausencia física del denunciado, la intención de sustraerse a los deberes conyugales se verifica por el tiempo transcurrido desde el abandono injustificado, el periodo de abandono injustificado de uno de los cónyuges se verifica de conformidad con la constatación policial, debe tenerse en cuenta que el cónyuge demandado se encuentra en condición procesal de rebeldía y conforme dispone el artículo 461 del código procesal civil se otorga la calidad verbal legal relativa y en consecuencia debe ampararse la demanda en tal extremo.

**SENTENCIA CIVIL 73 - 2012**

**EXPEDIENTE N° 00664-2009-0-2101-JR-F C-01**

**MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL**

**1. Hechos**

- Juan Luis Caceres Olazo Ortega interpone demanda sobre divorcio dirigida contra Ruth Guadalupe Copaja Melendez.
- Han contraído matrimonio e fecha 30 de diciembre del año 2000.

- Procreando a su menor hija de nombre Dalia Ruth Caceres Olazo Copaja que actualmente cuenta con 8 años de edad, que se encuentra bajo cuidado y protección de la demandada.
- En fecha 03 de enero del 2004 la demandada retiró sus pertenencias del hogar conyugal aprovechando que el recurrente se encontraba de viaje por motivos de trabajo.
- Desde el abandono ha cumplido con acudir de alimentos a favor de su hija, no han adquirido bienes inmuebles de ninguna naturaleza.

## 2. Causas de la disolución del vínculo matrimonial

Causal de separación de hecho por más de cuatro años.

## 3. Efecto jurídico patrimonial de la disolución en los hijos

Improcedente la demanda en cuanto a la pretensión del régimen de visitas, patria potestad, cuidado y tenencia de la menor Dalia Ruth Caceres Olazo Copaja.

## 4. Criterios y razonamientos tomados en cuenta por la sala

Estando a lo dispuesto al acta de conciliación, correspondiente al expediente. 4083-2005, corriente a fojas seis a siete, se tiene que en referencia a este aspecto se establece "ambas partes acuerdan que la tenencia de la niña Dalia Ruth Caceres Olazo Copaja la ejercerá la madre, Ruth Guadalupe Copaja Melendez. Tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 308 del código procesal civil, que establece que la conciliación surte del mismo efecto que la sentencia de que tiene la autoridad de cosa juzgada, no hay razón para pronunciarse respecto a este punto. En relación al régimen de visitas.

### SENTENCIA CIVIL 84 - 2012

EXPEDIENTE N° 00858-2009-0-2101-JR-FC-01

### MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL

#### 1. Hechos

- Benigno Gregorio Quispe Castro interpone demanda contra Hilda Cruz Tiquilloca sobre divorcio por la causal de separación de hecho por más de dos años, sociedad de gananciales, cese de la obligación alimentaria.
- Contrajeron matrimonio el 27 de enero de 1982 procreando un hijo de nombre Derly Quispe Cruz ahora de 28 años de edad.
- Su relación se desarrolló como cualquier otra pareja, el recurrente era comerciante de calzados, posteriormente entró a laborar en la microrregión de Juliaca su cónyuge desempeñaba labores del hogar paralelamente realizaba estudios superiores de educación en la UNA, él se nombró como trabajador en el sector educación y su cónyuge como profesora, debido a su trabajo motivo que su esposa se ausentara del hogar conyugal, cambiara de carácter para posteriormente abandonar el hogar.
- Por diferencias irreconciliables se deterioraron la relación por más de 18 años consecutivos.
- Durante la vigencia del matrimonio han adquirido bienes un inmueble, mercadería valorizada en 5000 soles sin embargo no existen acciones patrimoniales.
- En la actualidad ambos cónyuges tienen sus familias extramatrimoniales.

#### 2. Causas de la disolución

La causal de la separación de hecho por más de dos años.



### 3. Efecto jurídico patrimonial de la disolución en los hijos

Procede el fenecimiento de la sociedad de gananciales, conforme a que es consecuencia legal de la disolución del vínculo matrimonial, no se dispone el pago de costas y costos por cuanto la esposa demandada es alimentista y el co-demandado es el ministerio público.

### 4. Criterios y razonamientos tomados en cuenta por la sala para sentenciar la disolución

Se aprecia de lo actuado y probado durante el presente proceso que en efecto ambos cónyuges en la actualidad no comparten el mismo domicilio, hecho que es corroborado por ambos cónyuges. La causal de separación de hecho esta causal se manifiesta según Zannoni desde el supuesto de que los esposos deliberan y deciden vivir separados. Respecto del cumplimiento de deberes alimentarios el demandante ha venido sistemáticamente cumpliendo su obligación alimentaria con el 30% de sus haberes como consta en el expediente 1404-1989 conforme se verifica en las boletas de pago.

## SENTENCIA CIVIL 96 - 2012

### EXPEDIENTE N° 00804-2011-0-2101-JR-FC-01

#### MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL

##### 1. Hechos

- Enrique Marcelino murillo del valle interpone demanda de divorcio a Leonor Aida carrasco reyes por separación causal de más de dos años.
- Contrajeron matrimonio el 4 de enero de 1971, en el matrimonio procrearon 4 hijos, actualmente la menor tiene 37 años de edad a la que se le da pensión alimenticia por leve retardo mental.
- Dentro de la sociedad conyugal no han adquirido ningún bien.
- En junio del año 1990 se separaron de hecho, siempre ha cumplido con las prestaciones alimenticias tanto a la demandada como a su hija de 37 años, lo que le afecta en el 80 % de su haber.
- Respecto del régimen de patria potestad no es necesario pronunciarse dado que no tienen hijos menores.

##### 2. Causas de la disolución

Causal de separación de hecho por más de dos años.

##### 3. Efecto jurídico patrimonial de la disolución en los hijos

Respecto del régimen de patria potestad no es necesario pronunciarse dado que no tienen hijos menores.

##### 4. Criterios y razonamientos tomados en cuenta por la sala para sentenciar la disolución

Es principio y lógica jurídica que las partes prueben los hechos que alegan, conforme dispone el artículo 196 del código procesal civil, que establece que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión a quienes los contradice alegando hechos distintos. De lo actuado y probado ambos cónyuges en la actualidad no comparten el mismo domicilio. El demandante ha venido cumpliendo su obligación alimentaria a consecuencia de un proceso de cobro de alimentos acudiendo con 60% de remuneración que percibe como mayor del ejército prorrateándose como: 24% para la hija con retardo, 6% para su cónyuge, y 15% para cada uno de sus otros dos hijos. Según se acredita por las boletas de pago corrientes.

**SENTENCIA CIVIL 113 - 2012**

**EXPEDIENTE N° 00183-2003-0-2101-JR-F C-01**

**MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL**

**1. Hechos**

- Percy Donato Aza morales interpone demanda de divorcio dirigida hacia María Lina Valencia de Aza.
- Durante el matrimonio procrearon 4 hijos siendo el último un único menor de edad, luego de una denuncia por alimentos ambos decidieron por mutuo acuerdo separarse desde el 4 de enero de 1999.
- Durante la vigencia de su matrimonio no adquirieron viene inmuebles solo muebles que se quedaron en poder y a favor de la demanda.
- No cabe pronunciamiento por alimentos porque la demandada y su menor hijo reciben alimentos mediante descuento por planilla.

**2. Causas de la disolución**

Causal de separación de hecho por más de dos años y acumulativamente tenencia y cuidado de los hijos y separación de bienes gananciales.

**3. Efecto jurídico patrimonial de la disolución en los hijos**

La tenencia del menor Kevin Aza Valencia sea ejercida por su madre María Lina Valencia de Aza , se fija un régimen de visitas a favor del padre Percy Donato Aza Morales de una vez por semana, el día sábado o domingo, de 8 de la mañana hasta dos de la tarde , previa coordinación con la madre.

**4. Criterios y razonamientos tomados en cuenta por la sala**

Se ha acreditado que ha sido la demandada la que ha asumido la crianza y cuidado de sus menor hijo, no se aprecia desequilibrio económico pues antes de la separación y mediante acuerdo transaccional se acordó el monto de la pensión de alimentos y la demandada no exigió montos de la pensión a su favor además de haberse quedado en la vivienda de propiedad del actor. El favorecer a la madre con la tenencia de su hijo resulta de los dispuesto en el artículo 48 del código de los niños y adolescentes que señala que el juez resolverá para el que no obtenga la tenencia o custodia se señalara un régimen de visitas, pues constituye un imperativo criterio que además es compartido por la superior sala civil.

**SENTENCIA CIVIL 127 - 2012**

**EXPEDIENTE N° 00534-2011-0-2101-JR-F C-01**

**MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL**

**1. Hechos**

- Robert Bernardo Huallpa Fernandez interpone demanda de divorcio por la causal de separación en contra de Lilea Silvia Quispe Lima
- Con fecha dos de mayo contrajo matrimonio con la demanda y han procreado a Franshesca Antonella Huallpa Quispe que ahora cuenta con 5 años de edad
- Desde el mes de mayo del año 2006 (desde hace 5 años) dejó de hacer vida conyugal con la demanda por cuanto es efectivo policial y cada cierto tiempo ha sido cambiado
- La demanda es de profesión ingeniera agrícola y su trabajo le reporta ingentes ingresos económicos por lo que solicita se deje sin efecto la asignación de alimentos a su favor, el 35% que le asigna a su menor hija sea rebajada al 15%.

## 2. Causas de la disolución

Causal de separación de hecho y acumulativamente liquidación de la sociedad de gananciales, la tenencia de la menor Franshesca Antonella Huallpa Quispe y alimentos.

## 3. Efecto jurídico patrimonial de la disolución en los hijos

La tenencia de la menor Franshesca Antonella Huallpa Quispe sea ejercida por su madre Lilea Silvia Quispe Lima, y se fija un régimen de visitas a favor del padre Robert Bernardo Huallpa Fernandez de una vez por semana, el día sábado o domingo de ocho de la mañana hasta las dos de la tarde.

## 4. Criterios y razonamientos tomados en cuenta por la sala

Sobre la tenencia esta debe ser subsumida dentro del ejercicio de la patria potestad que igualmente es objeto de pronunciamiento por el juez a favor del cónyuge inocente. El demandante ha solicitado que esta caiga en la demandada y de lo probado durante el desarrollo del proceso se concluye que la aludida menor ha vivido durante mayor tiempo en la compañía de sus señora madre, por lo que el favorecer la madre resulta de aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 del código de los niños y adolescentes. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el código civil que prescribe que los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí. No corresponde pronunciamiento referido al pedido de reducción de pensión de alimentos a favor de su menor hija, pues no se ha postulado la pretensión de reducción de alimentos en la demanda y menos se ha fijado como punto controvertido.





**ANEXO N° 3**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA  
ESCUELA DE POST GRADO  
MAESTRÍA DERECHO CIVIL**

**ENCUESTA DIRIGIDA A LOS DOCENTES, ABOGADOS Y CIUDADANOS**

Responda las alternativas de respuesta según corresponda. Marque con una (X) la alternativa y respuesta que se adecue a su caso.

- **CONSIDERA QUE CUANDO LA SOCIEDAD CONYUGAL SE DISUELVE AFECTA LA VIDA DE LOS HIJOS.**

• Siempre	
• A veces	
• Nunca	

- **CONSIDERA QUE LOS HIJOS MENORES DEBEN TENER PARTICIPACIÓN EN LA SOCIEDAD CONYUGAL PATRIMONIAL.**

• Siempre	
• A veces	
• Nunca	

- **CREE QUE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN TENER LA OBLIGACIÓN DE RECLAMAR SUS ALIMENTOS.**

• Siempre	
• A veces	
• Nunca	

- **CONSIDERA QUE EL JUEZ EN EL MOMENTO DE SU DICTAMEN EN LA DISOLUCIÓN DE UNA SOCIEDAD CONYUGAL, DEBE DEFINIR EL DESTINO PATRIMONIAL.**

• Siempre	
• A veces	
• Nunca	

- **CREE QUE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN INTERVENIR EN LA PARTICIÓN PATRIMONIAL.**

• Siempre	
• A veces	
• Nunca	

- **CREE QUE EL JUEZ DEBE FIJAR EL RÉGIMEN DE LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES EN FUNCIÓN AL PATRIMONIO.**

• Siempre	
• A veces	
• Nunca	