MARIO CASTILLO FREYRE

DERECHO DE FAMILIA

TOMO I

El autor agradece la colaboración de
Gisselle Moreno Cavallini y
Gianella Lezama Coaguila

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

DERECHO DE FAMILIA
Tomo I

© Mario Castillo Freyre
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: junio 2023
2600 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2023-03934
ISBN Obra completa: 978-612-333-022-4
ISBN Tomo I: 978-612-333-023-1
Registro de proyecto editorial
31501222300223

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Karinna Aguilar Zegarra
Corrección: Carlos de la Vega Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetacivil.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Junio 2023
Publicado: junio 2023

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A Laura Castro Zapata,
mi muy querida esposa y compañera de siempre,
y a Mario Eduardo Castillo Castro,
nuestro queridísimo hijo;
pidiéndoles disculpas por todas las ausencias
derivadas de mis tentaciones académicas

A mis queridos padres,
Ana Marcela Freyre Schölz,
quien dio todo por mí, y falleció prematuramente;
y Juan Cancio Castillo Vásquez,
a quien la vida me dio la oportunidad
de que seamos buenos amigos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta obra también está dedicada a la memoria
del doctor Héctor Cornejo Chávez;
a los doctores Roger Rodríguez Iturri y Benjamín Aguilar Llanos,
todos ellos, mis profesores en Derecho de Familia;
y a los profesores Eduardo A. Sambrizzi,
Zulema Wilde y Ana Paula Gimenez
dilectos amigos, también expertos en la materia

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PALABRAS LIMINARES

El Derecho de Familia representa un área central dentro del Derecho Civil y sobre la cual, de una u otra manera, he escrito desde 1996, tanto en lo que respecta a mis consideraciones particulares, expresadas en 1998 en la obra *Tentaciones académicas*,[1] como en diversos artículos publicados en libros y revistas a lo largo de tres décadas.

De modo tal que cuando comencé con el estudio del Libro III del Código Civil, precisamente relativo al Derecho de Familia, no fue mi primer acercamiento académico al tema. Pero confieso que no había pensado que el mismo me terminara apasionando, como ocurrió y se demuestra en esta obra.

Así como viene sucediendo con los demás estudios que estoy realizando y publicando sobre Derecho Civil, este libro reúne fundamentalmente mis opiniones sobre la materia y ella parte de dos ponencias que ilustran cuál es mi enfoque académico y personal acerca de la familia, incluidas como Proemios, lo que determina, indudablemente, la línea argumentativa que sigo en el análisis del articulado del Código Civil.

La obra no hubiese sido posible sin contar con la colaboración de Gisselle Moreno Cavallini, abogada de mi Estudio, gran amiga y muy cercana colaboradora, a quien agradezco el apoyo en la recopilación de material bibliográfico (doctrina y jurisprudencia), gran parte del cual ha sido aprovechado en este libro. Lo propio debo decir de la señorita Gianella Lezama Coaguila, practicante del Estudio y exalumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quien me ha apoyado incansablemente junto con Gisselle en la citada labor.

El lector ha podido apreciar que dedico la obra a mi esposa, a mi hijo y a mis padres; y, además, a seis personas. En primer lugar, a la memoria del

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

(1) Castillo Freyre, *Tentaciones Académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998, tomos I y II y Anexo legislativo.

doctor Héctor Cornejo Chávez, quien, si bien no fue mi profesor en las aulas universitarias, siempre me permitió aprender de él, tanto en aquellas clases a las que asistí como alumno libre, como a través de su excelente obra *Derecho familiar peruano*, cuyos dos tomos, editados por la desaparecida *Librería Studium*, condensan sus pensamientos sobre la materia. Estos volúmenes actualizaron las doctrinas vertidas en su famosa obra del mismo título, referida al Código Civil de 1936. Cornejo Chávez, además, como miembro de la Comisión Reformadora del Código del treinta y seis, fue autor del Anteproyecto de Libro de Derecho de Familia que luego formó parte integrante del Código en actual vigencia.

También dedico esta obra a quienes fueron mis profesores de Derecho de Familia en las aulas universitarias de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los doctores Roger Rodríguez Iturri y Benjamín Aguilar Llanos, por quienes guardo la mayor gratitud y afecto. Sus valiosas enseñanzas afirmaron en mí la vocación por el Derecho Civil, entendido éste como un todo y no como algunas partes fragmentadas que pueden concentrar nuestros intereses académicos o profesionales.

Finalmente, la dedico a mis dilectos amigos, los profesores argentinos Eduardo Antonio Sambrizzi y Zulema Wilde y a la jurista brasileña Ana Paula Gimenez, notables civilistas y, al igual que los antes mencionados, autoridades en Derecho de Familia.

He tratado de incorporar a esta obra, actualizada y pertinente doctrina, al igual que jurisprudencia peruana relevante, la misma que ha sido extraída de las obras Summa Civil (Nomos & Thesis, Primera edición, Lima, enero 2018) y Compendium Civil (Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2022), como podrá ser apreciado por el lector. Ellas han sido de enorme ilustración.

La obra comienza con dos Proemios (a los que antes hice referencia), que no son otra cosa que ponencias que pronuncié en igual número de ocasiones y que marcan el derrotero teórico acerca de mis concepciones sobre el Derecho de Familia. Luego, ya ingreso al estudio del Libro III del Código Civil, el mismo que, por cierto, es el que mayor número de preceptos modificados y adiciones ha merecido a lo largo de la vigencia del referido cuerpo legal, situación que ha dificultado enormemente escribir esta obra.

Por lo demás, el estudio que vengo haciendo sobre toda la legislación civil, me ha permitido interrelacionar aspectos regulados en los diferentes Libros del Código de 1984, lo que, a mi entender, viene enriqueciendo cada uno de los títulos que publicamos.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

También quiero agradecer al doctor Manuel Muro Rojo, Director de Gaceta Jurídica, por su generosa y permanente disposición para publicar las obras que vengo escribiendo sobre Derecho Civil.

Antes de concluir, debo expresar el deseo en el sentido de que esta obra sea útil para mis lectores, tanto en lo formativo como en lo profesional.

Lima, abril del 2023

Mario CASTILLO FREYRE[2]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(2) Mario Castillo Freyre (Lima, 1964), es abogado en ejercicio (desde abril del 1993) y socio en el Estudio que lleva su nombre; magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Miembro de Número (desde abril del 2010) y del Consejo Directivo (desde septiembre del 2020) de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú; presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, electo para el período 2022-2023. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa (2017-2018). Dictó muchos años en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (donde es profesor principal y está con licencia) y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

PRIMER PROEMIO

LA FAMILIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL REFLEXIONES PERSONALES A PROPÓSITO DE LA PRESENTACIÓN DE UN LIBRO[3]

Señor doctor Fernando Vidal Ramírez, ex Decano de la orden,

Señor doctor Carlos Calderón Puertas, Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República,

Señora doctora Rosario Fernández Figueroa, ex Ministra de Justicia,

Señor doctor Randol Campos, miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima,

Señor doctor Enrique Varsi Rospigliosi,

Estimado Marco,

Estimados colegas,

Señoras,

Señores,

Estamos aquí reunidos para presentar el libro titulado *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Daños derivados de las relaciones familiares*, escrito por Marco Andrei Torres Maldonado.

En primer lugar, voy a referirme al autor, a quien conozco, pues hace algunos años fue practicante en mi Estudio de abogados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(3) Estas páginas se basan en las palabras que fueron pronunciadas el lunes 16 de enero de 2017, en la Sala Baquíjano y Carrillo del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, con ocasión de la presentación del libro titulado La responsabilidad en el derecho de familia. Daños derivados de las relaciones familiares. (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), escrito por el abogado Marco Andrei Torres Maldonado. Por lo demás, el trabajo fue publicado en la *Biblioteca de Arbitraje*. Entre el Derecho Civil y el Arbitraje, Primera parte, 2016, pp. 40 y siguientes.)

Marco es una persona muy inteligente. Fue un brillante alumno en la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en donde se tituló con todos los honores, con la tesis en que se basa este libro.

Lo conozco también, pues, escribimos juntos varios artículos en aquellos años, en los que, incluso, llegamos a redactar un primer borrador de un proyecto de libro que nunca publicamos, en el que comentábamos el último de los anteproyectos que se elaboró para reformar el Código Civil. En realidad, ése debió ser el primer libro de Marco, escrito en coautoría conmigo. Pero, el proyecto se frustró o, mejor dicho, lo frustré (me atribuyo toda la culpa), dado que ese proceso de reforma –ilegal, por cierto–, como tantos otros, ya se había caído; y, en verdad, era inútil dispararle a un muerto.

Me alegra ver cómo Marco ha seguido esa senda de seriedad en su trabajo profesional y académico, la misma que le ha hecho venir ocupando un lugar importante dentro del prestigioso estudio de abogados, que dirige la doctora Rosario Fernández Figueroa, además de mantener siempre presente su voluntad por la investigación y por el desarrollo doctrinario del Derecho Civil.

Marco es uno de los pocos civilistas que existen en nuestro país, cuya ponderación en el análisis de los temas y su adecuada reflexión, lo convierten en una persona confiable en materia doctrinaria. Se puede decir de él que es un verdadero investigador, no proclive a incursionar en safaris intelectuales.

El libro que presentamos reviste rigor académico y una sistemática que mantiene de manera uniforme a lo largo de todo su contenido, analizando los elementos de la responsabilidad civil y los diferentes tipos de daños en cada uno de los capítulos que integran la obra, la misma que me motivó a escribir estas ideas, en donde expreso mis pareceres sobre aquellos temas acerca de los que él trata; pero no constituye esta exposición un análisis de cada uno de los puntos abordados por el autor, sino una respetuosa muestra de gratitud por haber estudiado de manera tan prolija aspectos importantes de las relaciones de familia, y haber motivado a su antiguo maestro de prácticas a escribir estas ideas y volver –una vez más– sobre el Derecho de Familia, el mismo que intermitentemente constituye objeto de mis estudios desde 1996.

Reitero mis felicitaciones a Marco por la calidad de su obra, gran aporte al Derecho de Familia, en la medida en que ella representa un tratamiento orgánico de un tema que no había sido abordado desde esta perspectiva en el Perú.

Además, debo felicitarlo por la pulcritud de su redacción, la claridad de sus ideas, el orden en el desarrollo de las mismas, la abundante, variada y moderna bibliografía con la que ha trabajado su tesis; y, fundamentalmente,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por la sobriedad, a la par que responsabilidad, en el tratamiento de problemas tan complejos e importantes.

Ahora voy a pasar a ocuparme de algunas apreciaciones muy personales de quien les habla, que considero de fundamental importancia con respecto al Derecho de Familia y la responsabilidad civil en el mundo moderno.

En primer término, debo subrayar la absoluta e imperiosa necesidad de que el medio académico civil se ocupe de estudiar el Derecho de Familia, área de vital importancia dentro del Derecho Civil, en general, que a mi juicio ha venido siendo sub atendida y sub estudiada de manera injusta, en un país en el cual, tantos y tan complejos problemas se suscitan en ella.

Hay que desterrar, pues, ese viejo y camuflado concepto que no se escribe, pero que está muchas veces en las mentes de los juristas, en el sentido de que el Derecho de Familia es un área de menor importancia dentro del Derecho Civil, siempre disminuida frente a lo que erróneamente se entiende por Derecho Civil patrimonial.

Me explico.

Es inviable efectuar una distinción entre Derecho Civil patrimonial y Derecho Civil no patrimonial, pues la misma implicaría asumir que en una sólo tienen relevancia los aspectos de este orden, y que existe otra carente de todo contenido patrimonial.

Y eso es falso, en la medida en que, en el Derecho de Familia, buena parte de las relaciones intersubjetivas se basan, precisamente, en aspectos de orden patrimonial, como es el caso de la sociedad de bienes, tema central dentro del matrimonio y las uniones de hecho.

Por otra parte, he llegado a escuchar y leer, de apreciados juristas, la afirmación de que el Derecho de Sucesiones forma parte del Derecho Civil no patrimonial, y que, por lo tanto, debe ser distinguido de las Obligaciones y Contratos, y agrupado necesariamente con el Derecho de Familia.

Nada más alejado de la realidad, pues no hay algo más patrimonial que el Derecho Sucesorio, en la medida en que lo que se hereda son los bienes, los créditos y las deudas, que revisten exclusivamente carácter patrimonial.

De esta forma, quiero poner de relieve que existe una unidad indisoluble entre todas estas materias y las tradicionalmente entendidas dentro del mal llamado Derecho Civil patrimonial, que hacen del Derecho Civil un todo, el mismo que se pone de manifiesto en la obra que comentamos, habida cuenta de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que en ella se aprecia, precisamente, la manera cómo las relaciones familiares pueden generar problemas de responsabilidad civil.

La obra en sí misma, conjuga, aunque de manera inadvertida en cuanto a los efectos que vengo señalando, ambos aspectos del Derecho Civil, en vista de que la vida no es sólo patrimonio, así como tampoco únicamente aspectos extrapatrimoniales.

La vida está formada por relaciones personales, relaciones afectivas; y, obviamente, relaciones de orden patrimonial; todas ellas juntas, de ninguna manera separadas.

Para mí resulta obvio que esa distinción entre Derecho Civil patrimonial y Derecho Civil extrapatrimonial no sólo es fruto de la fantasía, sino, fundamentalmente, del desconocimiento sobre la materia.

Además, el Derecho de Familia debe merecer toda la atención del medio jurídico, habida cuenta de que resulta imposible vivir sin transitar, no sólo de alguna, sino de infinidad de maneras, por los alcances propios de esta área del Derecho.

La importancia de las áreas del Derecho Civil no puede medirse en dinero. Su aplicación práctica, debe hacerse con la mayor actitud, conciencia, pulcritud y conocimiento.

El haber leído el libro de Marco también me invita a reflexionar sobre otro aspecto muy relevante para el Derecho de Familia, cual es el propio concepto de familia.

No cabe duda de que nuestro Código Civil estructura este Libro (el tercero) en base al matrimonio y al concepto tradicional de familia, lo que tiene una explicación muy clara, en el sentido de que se ha buscado legislar a través de aquella institución que constituye tradicionalmente la base de la estructura familiar, lo que no implica que el concepto de familia se reduzca o se circunscriba al matrimonio.

Debe tenerse en cuenta que la variedad de definiciones orientadas a establecer una idea más clara de familia se ve evidentemente afectada por factores como lo son el transcurso del tiempo, así como su evolución. El profesor argentino Arturo Yungano la definía como: «una asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco (...)».[4]

Incluso el profesor soviético Piotr Seduguin, decía: «La familia es una comunidad (unión) basada en el matrimonio libre e igual en derechos o en el parentesco cercano de personas ligadas mutuamente por relaciones personales y de propiedad, unidas por el apoyo moral y material, por la afinidad espiritual y la solicitud por la educación de los hijos».[5]

Para Rolando Peralta, la familia «es una institución jurídico-social, en primer lugar, porque trata de las relaciones familiares (actos jurídicos familiares: matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción, etc.) y, luego, en razón de que no puede dejar de reconocerse, como institución social, esto es, como célula social básica e irreductible de la sociedad».[6]

La existencia o surgimiento de diversas formas de familia, es algo que la doctrina contemporánea suele criticar con respecto al Código Civil de 1984, en el sentido de considerar que este cuerpo legal no las ha regulado con similar importancia que a la propia institución matrimonial.

Como bien hace mención el profesor Roger Rodríguez, en una suerte de reflexión con respecto a la diversidad de conceptos de familia y su tratamiento en el sistema jurídico: «(...) conlleva al gran asunto que involucra la construcción de un sistema legal que responda a la identidad cultural de nuestro país. Sin embargo, parte de esa enorme problemática, implica admitir que nuestra realidad social es severamente pluricultural. Tal carácter pluricultural dificulta que, en cada caso, la ley se convierta en una suerte (muchas veces discutible), de "inventario de costumbres sociales"».[7]

Entonces, lo que uno tendría que preguntarse es si la ley civil debería regular todos los tipos de familia; y, además, si ello solucionaría los problemas prácticos que se pueden presentar al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(4) YUNGANO, Arturo. *Manual Teórico Práctico de Derecho Familia*. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1989, p. 40.

(5) SEDUGUIN, Piotr. *Matrimonio y Familia en la URSS. La Nueva Legislación Soviética*. Progreso, Moscú, 1974, p. 70.

(6) PERALTA ANDÍA, Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Editorial Idemsa, Lima, 1993, p. 29.

(7) RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. La Familia en el Derecho Peruano. En: *Libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990, p. 63.

Estimo que el tema es muy complejo, pero tengo una opinión muy clara sobre el particular.

Es evidente que, en 1984, existía una infinidad de personas que no habían estructurado su núcleo familiar en base al matrimonio, sino en función de una mera convivencia, para lo cual el Código Civil reguló el tema de las uniones de hecho, a las que otorga reconocimiento jurídico a partir de concluido su segundo año de vigencia.

Pero, el núcleo familiar también podría formarse en función de uniones de hecho que no reúnan las características contempladas por el artículo 326, en diversos aspectos, como sería el caso de uniones de hecho que tengan menor duración; uniones de hecho surgidas entre personas con impedimento matrimonial; uniones de hecho entabladas entre personas del mismo sexo; etc., etc., etc.

Es evidente que no se puede decir que las uniones de hecho impropias hayan surgido a partir de 1984. Lo único que hizo este Código Civil es dar reconocimiento jurídico a aquellas uniones de hecho que reúnen o revisten determinadas características o condiciones, a efectos meramente patrimoniales (con el régimen de sociedad de gananciales), a lo que muchos años después se sumó el tema de orden sucesorio.

Además, existen otras múltiples formas de familia, tantas como situaciones diversas se pueden presentar en la realidad, como hace mención el profesor Enrique Varsi, al indicar que «La familia, no cabe duda afirmarlo, es plural, igualitaria, democrática, inclusiva netamente humana (a más no poder); no es solo matrimonial, casamentaria y nuclear. Los vínculos de familia han tramontado lo biológico y afín para afincarse en la socioafectividad.» Varsi continúa su posición indicando que: «Estas formas de familias presentadas no solo encuentran un sustento en el matrimonio o en el parentesco sino, fundamentalmente, en las personas unidas por vínculos afectivos o materiales.»[8]

Sobre estas otras formas de familia, podría decirse, salvando obviamente las distancias, que son algo así como los contratos atípicos en Derecho de Contratos.

El Código Civil sólo contiene un artículo (el 1353) en torno a estos contratos, que en la vida real son absolutamente numerosos. Entonces, alguien podría decir que el Código Civil es injusto con respecto a los contratos atípicos,

(8) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia.* Gaceta Jurídica. Lima, 2011, tomo I, p. 87.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pues dada su frecuencia y variedad, debería haber ingresado a la regulación y desarrollo pormenorizado de cada uno de ellos.

Tan difícil como ingresar en este terreno legislativo sería el hacerlo con los distintos tipos de familia que existen en la realidad y que recoge la doctrina. En la actualidad percibimos un cambio en torno a las relaciones familiares; y, además, ya siendo un tema cotidiano la búsqueda incansable de la igualdad entre hombres y mujeres, lo que ha generado que el Derecho se vea en la incesante búsqueda de solucionar escenarios diversos ante situaciones y realidades no generadas en el pasado; y, en consecuencia, no abordadas.

Si analizamos cronológicamente la evolución de la familia, veremos que nos encontramos, evidentemente frente a nuevos prototipos –además de la ya conocida familia nuclear–, como son la monoparental, binuclear, ensamblada y otras, pudiendo observar que hoy en día nos hallamos frente a los más variados planteamientos con respecto a la organización tanto del matrimonio como de la familia. No obstante, en esta obra vamos a circunscribirnos al estudio de la familia y su regulación en el Código Civil de 1984.

Ahora bien, en Derecho de Familia resulta ineludible entender que las leyes deben colocar determinados parámetros absolutamente necesarios para definir quiénes son y quiénes no son familiares. Ello, con total independencia de las relaciones personales del entorno en el que viva una persona, materia que debe merecer el mayor de los respetos y reconocimiento.

Para ello –siempre tomando como base el matrimonio–, se estructura toda la teoría del parentesco desde las líneas recta y colateral, y desde los criterios de consanguinidad y afinidad.

Entonces, lo que habría que preguntarse es si el Derecho debería extender el concepto de familiares a otras personas.

Pensamos que ello sólo generaría confusión, pues como indicaba el profesor Héctor Cornejo Chávez, «(...) se comprende que al Derecho, uno de cuyos objetivos es otorgar nitidez y certidumbre a las relaciones humanas, no le interesa hacerse cargo de tamaño problema»[9]. Entendiéndose así que, aun tratándose de parentesco sanguíneo, éste tiene límites reconocidos jurídicamente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(9) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Editorial Universitaria, Lima, 1967, tomo II, p. 8.

Y es que, el que no existan límites en el parentesco ocasionaría que nos encontremos frente a una cantidad extensa de parientes por determinar. De esta manera lo complementa Cornejo, indicando que «La determinación de los grados hasta los cuales surte efectos jurídicos el parentesco colateral varía según la época y el pueblo. Así en cuanto a impedimentos matrimoniales, el antiguo Derecho Canónico dio fuerza legal al parentesco hasta el séptimo grado geniculum; lo redujo, después del IV Concilio de Letrán, al cuarto de computación canónica (nietos de primos hermanos); y lo limita actualmente al tercero (hijos de primos hermanos)».(10)

Para ello, debería partirse de la simple constatación de que el ser calificado o no como familiar, no constituye de por sí una situación de necesarias prerrogativas. Basta, para tal efecto, constatar que, de acuerdo con la legislación peruana, los cónyuges no son parientes entre sí; y, sin embargo, es en base a esa pareja que no tiene relación de parentesco, que se estructura todo el Derecho de Familia.

Sí, precisamente ellos, son el centro de la familia y entre sí, salvo situaciones de excepción y derivadas de otras realidades, no existe parentesco alguno de consanguinidad o afinidad.

Lo expuesto tiene relevancia en cuanto a los derechos y deberes que alcanzan a los familiares, los mismos que pueden ser agrupados o sintetizados en función de las relaciones que existan entre estas personas.

Entre otros, los derechos y deberes que se derivan de las relaciones de familia se manifiestan en los alimentos, que se extienden no sólo entre los cónyuges, sino hacia los parientes consanguíneos en línea recta y a los hermanos; además de los derechos de orden sucesorio, en los niveles y grados que la ley peruana establece.

En otras palabras, independientemente del modelo de familia que el caso concreto contemple, los deberes y derechos que impone el Derecho de Familia deben necesariamente tener determinados parámetros que, como lo vengo exponiendo, lo tendrán siempre, sea cual fuere la legislación a este respecto que pudiésemos tomar como ejemplo.

Por lo demás, existe un aspecto importante sobre el que pocas veces se repara acerca del tema de la familia en el Perú; y es el relativo a que los códigos y las leyes deben ser necesariamente moralizadores.

(10) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nuestras constituciones políticas tradicionalmente han establecido, y así lo hace la Constitución de 1993, la protección de la familia y la promoción del matrimonio. Nuestra carta política (artículo 4) reconoce a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Por tanto, esa sociedad y ese Estado se estructuran sobre la familia.

Ello significa que toda la estructura social y política de la nación tiene como fundamento a la familia.

Y no olvidemos que el todo es igual a la suma de las partes. En ese sentido, aquí conviene reparar un instante, preguntándonos si a la sociedad, al Estado y al Derecho les conviene propiciar la existencia de familias disfuncionales o si, por el contrario, deben apuntar a propender a un modelo determinado de familia, como prototipo ideal de base formativa de la nación y del Estado.

Creo firmemente en esto último, lo que no implica –en modo alguno– que el Estado no atienda o proteja los derechos de los integrantes de aquellas familias que no se ajustan al modelo tradicional.

Pero, no estoy de acuerdo en que las leyes fomenten por igual todos esos modelos de familia, que en muchos aspectos pueden ser altamente disfuncionales.

Tampoco me cabe duda de que esa estructura nuclear sobre la que se quiere basar la nación y el Estado, pasa necesariamente por la idea de que toda familia tenga un padre y una madre, y que, en la medida de lo posible, ese padre y esa madre hayan contraído matrimonio entre sí, a efectos de que los hijos puedan desarrollarse dentro de una situación ordenada y pacífica –al menos jurídicamente hablando–; en donde sus derechos y deberes y los de los padres con respecto a ellos, no sean discutidos por terceros; en donde la familia sea vista en singular y no en plural; en donde los niños tengan, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, el derecho de crecer en paz y en unidad familiar.

Ello haría que si, al constituirse las familias, primaran los criterios de orden y legalidad, su formación, evolución y desarrollo pudieran ofrecer menos inconvenientes futuros para la sociedad y para el Estado.

Lo digo en otras palabras: si los individuos que constituyen una familia actuaran de manera responsable, los hijos, la sociedad y el Estado en su conjunto, afrontarían menos problemas.

Los niños, por razones obvias; y la sociedad y el Estado, pues tendrían en su seno muchos menos conflictos de aquéllos que afrontan el día de hoy,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tanto en el terreno extrajudicial como en el propio y penoso ámbito de los tribunales de justicia.

Las situaciones de conflicto, los abandonos, los reclamos, la falta de atención, etc., si bien no son sólo consecuencia del alejamiento de la forma tradicional de familia, se ven acrecentados cada vez que la informalidad gana terreno en este ámbito importantísimo de la vida familiar; y, así, tenemos padres y madres cuyos hijos están divididos en dos o más familias; y una multiplicidad de niños que no conocen ni quiénes son sus hermanos y, mucho menos, cuántos son.

La existencia de este tipo de problemas tiene que merecer, como en realidad merece por parte de la ley en la actualidad, soluciones que protejan a los más débiles, y que remedien injusticias, pero a la par, la ley debe establecer un modelo ideal de familia.

Ello nos conduce al razonamiento siguiente: si la ley regulara todas las formas de familia existentes en la realidad, ello implicaría que el concepto de familia podría terminar siendo cualquier cosa, lo que significaría que, dentro del marco constitucional peruano, el núcleo básico de la sociedad y del Estado, podría ser –también– cualquier cosa, razón por la cual esto no podría, ni debería, tener amparo legal ni constitucional.

Tales situaciones, como he señalado, serían contrarias tanto al propósito constitucional, como a los objetivos moralizadores que debe tener todo cuerpo normativo, en general, y la legislación civil, en especial.

Nada de lo que estoy diciendo colisiona, en lo absoluto, con la idea de la libertad, ni con los derechos constitucionales que asisten a cada uno de los individuos en lo que respecta a las decisiones que pueden tomar con respecto a sí mismos y sus relaciones con los demás, siempre que ellas no colisionen con el orden público.

Y ni siquiera he cometido el atrevimiento de referirme en el párrafo anterior a las buenas costumbres, pues el solo hecho de tratar acerca de ellas junto al concepto de orden público, haría que entrásemos en una zona lo suficientemente caótica como para no derivar en resultado positivo alguno.

Dentro de tal orden de ideas, para hablar de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia, es obvio que debemos tomar como punto de partida, algún concepto de familia; y, si asumiésemos legislativamente la tesis de la absoluta libertad y multiplicidad de formas familiares, llegaríamos a la conclusión de que la responsabilidad civil en el Derecho de Familia, sería un laberinto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La familia parte necesariamente de una concepción legal, con determinadas consecuencias y regulaciones que la propia ley asigna a sus miembros.

De ello se deriva que el solo hecho de vivir juntos no hace que un grupo de personas se convierta en familia, más allá de que entre ellas pueda existir tal grado de afecto que se consideren como tal.

Al respecto, los efectos de la responsabilidad civil tienen que partir necesariamente de parámetros de orden objetivo; y en el Derecho de Familia sólo podemos hablar de consecuencias en esta materia, si es que los involucrados tienen entre sí algún grado de parentesco; excepción hecha de la responsabilidad por ruptura de esponsales y de la responsabilidad derivada de la disolución unilateral de las uniones de hecho.

En ese sentido, estimo que el criterio de análisis del autor de la obra es acertado, pues si no hubiese tomado como válidos los contornos que establecen el Derecho y la razón, el libro se habría visto desbordado y hubiera constituido un esfuerzo poco útil para el lector. Por el contrario, él adquiere su fortaleza y virtud en base a las definiciones concretas sobre las que construye el discurso narrativo.

Siempre he considerado, como profesor universitario y abogado en ejercicio, que los conceptos claros en Derecho son la mayor ventaja que se pueda tener en el conocimiento de los temas y problemas.

Coincido –en lo fundamental– con el autor cuando señala que la responsabilidad civil en el Derecho de Familia no constituye un área en la cual las consecuencias de los hechos dañosos tengan por qué ser vistas con una mirada necesariamente distinta, en virtud de que debe regir en esta área del Derecho, el principio general propio del artículo 1969 del Código Civil, en el sentido de que todos estamos obligados a no causar daño a otro, y que, si lo hacemos, tenemos el deber de indemnizar.

Pero, a pesar de ser claro que el Derecho de Familia y los daños son parte de un todo mayor, no cabe duda de que el análisis de los casos específicos de los mismos constituye materia digna de estudio particular.

El primer acercamiento que tuve en la investigación de estos temas, se produjo en 1996, cuando empecé a escribir la obra *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*, la misma que fue publicada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y se presentó el diez de junio de 1998.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Debo confesar que la parte que más me gustó de *Tentaciones académicas* fue la relativa al libro de Derecho de Familia, materia que, hasta ese entonces, no había sido objeto de mis trabajos académicos; en cuyo análisis descubría el sabor de aquello que por primera vez se trata jurídicamente; y, luego, la infinidad de ideas y criterios que se pueden establecer sobre esta área del Derecho, en razón de que la sociedad cambia constantemente y de que los problemas suscitados en ella, no sólo son numerosos, sino muy, pero muy complejos.

Si bien esto podría ser aplicable también a otras materias del Derecho y la cátedra, creo que el mejor profesor de Derecho de Familia debe ser aquél que ya lo vivió y vio todo.

Siempre he creído que, si bien en materia de responsabilidad civil nuestra legislación establece un régimen dual, en el sentido de distinguir, por un lado, la responsabilidad por inejecución de obligaciones, fundamental, pero no exclusiva del ámbito contractual (artículos 1314 y siguientes); y, por otro, el de la responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes), tal distinción no soluciona todos los problemas propios de la responsabilidad.

De allí que, a principios de la primera década del siglo XXI, el profesor Felipe Osterling Parodi y yo, iniciáramos, con la valiosísima participación de mi querida y brillante discípula, Verónica Rosas Berastain, el estudio de alrededor de cuarenta supuestos específicos de responsabilidad civil, que merecían un tratamiento particular en doctrina.

Debo precisar, en honor a la verdad, que uno de ellos, el de la responsabilidad médica, Felipe y yo lo escribimos junto a otra muy querida exalumna mía de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y hoy, además de abogada, también médico ejerciente en España, Erika Céspedes Suzuki.

¿Y qué es lo que proponíamos en el año 2004, cuando publicamos la última parte de la primera edición del Tratado de las Obligaciones?

Pues, lo que proponíamos era, fundamentalmente, la siguiente tesis: la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, si bien es clara en nuestra legislación, no soluciona necesariamente los problemas que se derivan de diversas situaciones en las cuales se causan daños en diferentes aspectos de la vida de relación entre los seres humanos.

Ello, no sólo por el hecho de que en algunos casos concretos no resulta muy clara esa distinción entre uno y otro tipo de responsabilidad; como en la propia responsabilidad médica, en donde, sin duda, habrá situaciones en las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cuales podremos encuadrar el problema dentro de la responsabilidad contractual y, en algunos casos, dentro de la responsabilidad extracontractual, pero habrá muchos otros supuestos en los cuales será imposible para un hombre de Derecho, establecer si se aplica uno u otro tipo de responsabilidad; o, incluso, si tratándose de una u otra, las consecuencias deben ser o no, estrictamente, las señaladas por la ley para tales efectos.

Y creo que, para el Derecho de Familia, también cabría reflexionar, en el sentido de si en él debiéramos aplicar siempre el régimen legal de la responsabilidad extracontractual. Ello, pues en estricto, como señalé hace un momento, la responsabilidad establecida en los artículos 1314 y siguientes no es necesariamente contractual, sino, en estricto, por inejecución de obligaciones.

Y las obligaciones, si bien nacen de los contratos, también nacen de una serie de otros actos complejos, como es el caso del matrimonio.

De allí una primera pregunta que dejo en el auditorio, en el sentido de si, a lo mejor, este régimen de inejecución de obligaciones podría ser más propio para su aplicación, en el caso de los deberes jurídicos y de las obligaciones incumplidas en el matrimonio.

Pero no me cabe duda de que, en otros aspectos de las relaciones de familia, cuando no exista vínculo familiar violentado, o cuando estemos hablando de relaciones paterno-filiales o cuando nos encontremos entre conflictos surgidos entre parientes (obviamente, los cónyuges, no lo son), en esos casos, sí será de aplicación indiscutible la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual.

Y un segundo tema del que siempre he dado fe y que se traduce en el Tratado de las Obligaciones del año 2004, al que hago referencia, se basa en el hecho de que en el mundo moderno han surgido tantos tipos distintos de responsabilidad, y la vida contemporánea tiene tantos aspectos peculiares, que el Derecho desde hace algunas décadas ha empezado a estudiar estas parcelas de responsabilidad, que no son otra cosa que áreas de la vida cotidiana de los seres humanos, en las que se produce el incumplimiento de obligaciones, y también del deber genérico de no dañar a otro, pero que revisten características particulares en donde el Derecho tiene que poner atención, a efectos de analizar si esos conceptos que, como toda normativa general, se establecen en el Código Civil, resultan aplicables sin dificultad a los mismos.

Ya en aquella oportunidad abordamos algunos temas relativos al Derecho de Familia, como es el caso de la responsabilidad derivada del divorcio, el de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREIRE

el de la responsabilidad del padre derivada del no reconocimiento del hijo extramatrimonial y el de la responsabilidad derivada de la transmisión de enfermedades sexuales, específicamente, el VIH-Sida.

Sobre esta multiplicidad de responsabilidades, también escribí con Verónica Rosas, *Cuatro temas de hoy*, libro que Marco ha tenido la amabilidad de citar en el suyo.

En el año 2011 fui invitado a participar en la ciudad colombiana de Montería en el VI Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (de la cual hoy soy su presidente), en el cual expuse una ponencia titulada «El riesgo implícito del desamor. La responsabilidad civil derivada del divorcio».

Debo expresar que siempre he tenido, con respecto a la responsabilidad civil derivada del Derecho de Familia, una sensación ambivalente, y en ella, siempre he concluido, al igual que el autor de la obra que hoy presentamos, en la necesaria aplicación de los principios generales establecidos en el Código Civil, que no exoneran, en lo absoluto, al causante del daño en el Derecho de Familia, de los deberes indemnizatorios correspondientes a cualquier actividad humana.

Sin embargo, siempre tuve la sensación de que la responsabilidad en el Derecho de Familia es un área muy complicada, en donde deberíamos conducirnos con extrema prudencia, la misma que –claro está– se aprecia en el libro de Marco Torres, pero que no necesariamente se trasluce en toda la doctrina y jurisprudencia que aborda estas materias en la tradición jurídica romano-germánica. No obstante, hoy, cuando publico este libro, considero correcto que nos ciñamos a los preceptos sobre responsabilidad del Código Civil, no estableciendo excepciones, como lo hacía en ese discurso pronunciado hace más de una década en Colombia.

Marco hace un tratamiento pormenorizado acerca de diversos supuestos muy concretos de responsabilidad en el Derecho de Familia.

Voy a referirme a ellos, desde una perspectiva personal.

El primero es el relativo a la ruptura de los esponsales, sin duda, el punto de ingreso al tratamiento de la materia, dado que el autor –como no podría ser de otra manera–, comienza a abordar estos casos de responsabilidad, desde la perspectiva tradicional de familia. Y, nada más tradicional que la antesala del matrimonio a través de los esponsales o promesa pública de matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No dudo de que hay casos en donde la ruptura de esponsales puede aparejar una indemnización, pero siempre habrá que agradecer a quien rompió los esponsales, por más dolo o culpa que haya tenido en su actuar, pues es mil veces preferible romper antes de casarse, que después de haberse casado.

En el caso de los esponsales, a mi criterio, nos encontramos dentro de un terreno bastante pantanoso; y, como profesor de Obligaciones y Contratos, me recuerda mucho el famoso tema de la responsabilidad precontractual; es decir, de aquélla derivada de la ruptura unilateral e injustificada de las tratativas contractuales.

La responsabilidad precontractual, en conceptos aplicables *mutatis mutandis* a los esponsales, parte de la idea de que, en las negociaciones previas a la celebración del contrato, nadie se encuentra obligado a finalizarlas celebrándolo, pero no debe existir su quebrantamiento de mala fe.

En la responsabilidad precontractual, básicamente, el elemento determinante que toma la doctrina para estos efectos es el dolo o mala fe, antes que la culpa inexcusable o negligencia grave.

Esto podría ser muy semejante a la ruptura de los esponsales, básicamente con una diferencia, y es que en el caso de la responsabilidad precontractual, no existe el quebrantamiento de una promesa de contratar, es decir, no estamos en presencia de obligaciones nacidas de un contrato preparatorio; en cambio, en el caso de la responsabilidad civil derivada de la ruptura de los esponsales, sí existe un elemento, un acto formal que marca la diferencia entre el enamoramiento (que en el caso de los contratos serían las negociaciones precontractuales anteriores a la oferta) y la promesa pública de matrimonio.

Es más, la ruptura de los esponsales, en nuestros días cobra mayor importancia debido a un factor que muchas veces pasa desapercibido, el mismo que consiste en la existencia del Internet y de las redes sociales.

Antes, una ruptura de esponsales era conocida por una decena de personas, tal vez los familiares y amigos más cercanos de la frustrada pareja. Hoy una ruptura de esponsales será fácilmente conocida, no sólo por cientos sino por miles de personas, consistentes en todos los contactos que, dependiendo de su nivel de sociabilidad, tengan quienes iban a contraer matrimonio, además –claro está– de los contactos de tales contactos y así sucesivamente.

En ese sentido, habrá que apreciar en los temas de ruptura de esponsales, si existe el quebrantamiento del deber de buena fe.

ESTUDIO MEJÍA CASTILLO FREYRE

Me refiero a ello, en razón a que mientras la pareja comprometida haya actuado siempre de buena fe y la ruptura de los esponsales hecha por alguno de ellos de manera unilateral, obedezca a un arrepentimiento genuino en la voluntad de casarse, ello no debería acarrear consecuencia indemnizatoria alguna.

Yo no sé si un actuar derivado de culpa inexcusable deba generar consecuencias indemnizatorias en la ruptura de esponsales, pues, al fin y al cabo, no estamos en presencia de contratantes a quienes la ley exige inflexiblemente un actuar ordenado y serio en su proceder patrimonial.

Aquí nos encontramos frente a personas que no están comprometiendo aspectos puntuales de sus patrimonios en contratos particulares, sino sus propios proyectos de vida en una idea de matrimonio futuro.

En ese sentido, creo que la irresponsabilidad de aquél que contrajo indebidamente esponsales y luego rompió la promesa de matrimonio, no debería ser sancionada por el Derecho, sino más bien premiada por él, debido a dos razones.

La primera, porque tardíamente tomó conciencia de la responsabilidad y enmendó el camino.

La segunda, porque con esa enmienda salvó a otra persona de una mayor infelicidad futura.

Ahora bien, no considero que en materia de esponsales pueda aplicarse la tesis de daño al proyecto de vida, pues no se está condenando a la víctima a permanecer soltera el resto de sus días, y nada garantiza que el proyecto de vida que iba a seguir con alguien que, finalmente, no la quería lo suficiente, iba a ser mejor que aquél que emprendiera con otra persona que sí reunía las características para convertirse en su cónyuge.

En este punto correspondería hacer un análisis de costo-beneficio. ¿Qué es lo que motiva al ser humano, lo que lo impulsa a dar todo de si? Podría decirse, con total seguridad, que el ser humano es un ser movido por las emociones, por lo cual, ¿qué es más importante, vivir sin amor a costa de cumplir una promesa u optar por un camino más honesto?

Otro caso que contempla la doctrina y que también aborda Marco en su libro, es el de la responsabilidad derivada de la ruptura unilateral de las uniones de hecho.

Tema discutible, en la medida de que, jurídicamente hablando, hasta podría resultar una contradicción hablar de la ruptura unilateral de una unión de hecho, pues las uniones de hecho –precisamente– son de hecho y no de Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No se piense, ni por un momento, que la estructura que, con respecto a las uniones de hecho, arman la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984 implica que se esté dando a la unión de hecho una categoría formal y vinculante, en el sentido de vínculo jurídico entre aquéllos que la conforman.

Hace algún tiempo, incluso, tuve la oportunidad de leer y criticar un proyecto de ley que planteaba establecer requisitos para la disolución de la unión de hecho, en el sentido de impedir –si no se seguía esos requisitos–, el concretar un futuro matrimonio entre la persona que dejaba de integrar esa unión de hecho y un tercero.

Es decir, se quería establecer como requisito el formalizar la liquidación de la sociedad de gananciales como paso necesario y previo para que esa persona pudiera casarse con un tercero. No dudo de que tal proceder sería necesario para evitar problemas de orden patrimonial entre la antigua pareja en unión de hecho y la nueva pareja en matrimonio, pero, en estricto, quien es soltero, debería poder casarse con quien quisiera, sin este requisito, cuando lo considerara conveniente.

En ese sentido, quienes forman parte de uniones de hecho pueden hoy día mismo contraer matrimonio no sólo entre sí (porque son solteros, viudos o divorciados), sino con cualquier tercera persona ajena a la unión de hecho.

Algo que siempre debe quedar muy claro para la población en su conjunto, es que la unión de hecho tiene la precariedad de la informalidad y ésta es una precariedad insalvable por el tiempo.

Digo esto, pues, a veces, el tiempo se encarga de dar relevancia jurídica a determinadas situaciones que carecían de reconocimiento jurídico, como es el caso de la prescripción adquisitiva.

Esto no ocurre con las uniones de hecho, en donde por más de que éstas tengan más de dos años de antigüedad, ello no acarreará como consecuencia que adquieran condición jurídica similar a la del matrimonio. No me refiero a los efectos en materia de la creación de una sociedad de gananciales y a los efectos sucesorios, naturalmente, pues hasta aquí llega el parecido en consecuencias legales.

En ese sentido, el legislador peruano de 1984 ha sido muy cauto y justo, pues ha establecido en el artículo 326 que cuando la unión de hecho se disuelva, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización, o una pensión de alimentos, además de los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

derechos que le correspondan, de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Es evidente que se ha querido proteger a la persona abandonada, partiendo única y exclusivamente, de situaciones de orden objetivo, pues el Código Civil no ingresa a valorar, como no podría ser de otra manera, si la decisión de quien abandona la unión de hecho fue "justificada" o no, dado que tal separación siempre tendrá como justificación la libertad de quien no está casado.

Ahora bien, en este tipo de situaciones también tendrá que analizarse varios factores, como es el relativo a si el abandono de la unión de hecho obedeció o no a una situación promovida por la pareja abandonada.

Estimo que, en caso esta persona le haya hecho la vida imposible a quien se fue, es evidente que no cabría retribución patrimonial alguna. Es más, la sociedad y la ley deberían premiar a aquél que toma la decisión oportuna de retirarse de una situación que –en los hechos– pudo haber devenido en un infierno futuro, de modo tal que de esta forma se evitan futuras contingencias de violencia familiar, sea ésta, física o psicológica.

En ese sentido, al no tratarse –el abandono– de un evento de orden antijurídico, la consecuencia de una eventual indemnización escapa de los cánones habituales de las reglas generales sobre la materia.

A mi entender, sólo cabe la opción entre indemnización y pensión alimenticia, en favor de quien no sólo no ha propiciado la ruptura de la unión de hecho, sino que, además, necesita –patrimonialmente hablando– de tales prestaciones. Los tribunales de justicia no concuerdan con este criterio.

Lo propio, obviamente, se aplica con respecto al enriquecimiento sin causa, recogido en el siguiente párrafo del artículo 326 del Código Civil como enriquecimiento indebido, para cuyo caso no sólo deben concurrir los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa regulados en el artículo 1954, sino su carácter subsidiario, establecido expresamente en el artículo 1955 del mismo cuerpo legal.

En consecuencia, no siempre la separación unilateral en las uniones de hecho debería acarrear resultados indemnizatorios.

Luego de abordar estos temas, Marco trata acerca de los daños derivados de la separación de hecho y otros casos de divorcio o separación de cuerpos.

Interesante y acertado el tratamiento que hace sobre el particular. En lo personal, yo apreciaría el tema desde otra perspectiva, la misma que no resulta

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contraria sino complementaria a la que emplea el autor, y es que, básicamente, cuando hablamos de divorcio y separación de cuerpos, entramos de manera necesaria a cuatro situaciones marcadamente diversas.

La primera, es la separación convencional, antes llamada mutuo disenso y cuyo nombre original –y de larga data–, se modificó hace algunos años sin mayor fundamento.

En este caso, ambos cónyuges están de acuerdo en que el matrimonio debe cesar en sus efectos, hasta donde ello sea física y jurídicamente posible.

De esta manera, el encontrarse dentro de una separación convencional implica que, más allá de las circunstancias que hayan motivado en la relación interna de la pareja esta consecuencia de orden jurídico, queda claro que ninguna de las partes está imputando actos ilícitos a la contraria, es decir, en la separación convencional no se halla presente el rasgo de antijuridicidad, como causal que pudiera ulteriormente dar lugar a reclamo indemnizatorio entre los cónyuges.

Con ello no estoy diciendo que no pueda existir reclamo indemnizatorio de otro orden, pero lo que sí me queda claro es que no se podrán reclamar entre sí daños y perjuicios de cualquier tipo, derivados del acuerdo mismo de separación convencional.

Por otro lado y, en segundo lugar, tenemos el caso de las tradicionales causas de separación que pueden implicar o implican actos ilícitos por parte del cónyuge culpable de las mismas, lo que se traduce en el caso de los incisos del artículo 333 del Código Civil que hacen referencia al adulterio, a la violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias; al atentado contra la vida del cónyuge; a la injuria grave, que haga insoportable la vida en común; al 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 a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

Queda claro que en estos casos (incisos 1 a 6 del artículo 333), nos encontramos en presencia de un cónyuge que ha incurrido en actos antijurídicos realizados de manera dolosa; es decir, absolutamente consciente y premeditada.

Es así que no hay duda alguna de que, en estos supuestos, el cónyuge culpable deberá indemnizar por los daños y perjuicios que ocasione la separación o ulterior divorcio causado, precisamente, por él mismo.

Un tercer grupo de causas de separación de cuerpos está conformado por los siguientes incisos del artículo 333.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, el inciso 7 hace referencia al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan originar toxicomanía.

En este caso, lo más probable es que nos encontremos frente a un supuesto en el cual el cónyuge que se halle en esta situación haya ingresado a ella de manera inadvertida, por malos convencionalismos o usos sociales, y haya terminado preso de estas indeseables circunstancias.

Es claro que el envilecimiento de esta persona puede acarrear el divorcio, pero no necesariamente consecuencias indemnizatorias, en la medida de que los actos que –irresponsable o conscientemente– lo han sumergido en esta situación, han sido desplegados contra sí mismo y no contra el otro cónyuge.

De ahí que no sean claras las consecuencias indemnizatorias derivadas de un caso como éste.

Lo propio podemos decir de lo establecido en el inciso 8, cuando hace referencia a la causal relativa a la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

Este supuesto bien podría generar efectos indemnizatorios contra el otro cónyuge, si es que tal enfermedad hubiese sido contraída por actos voluntariamente realizados por el cónyuge enfermo; pero también podríamos encontrarnos ante casos en los cuales tales enfermedades puedan haber sido fruto de violencia ejercida contra esa persona, como sería el caso en que hubiese sido víctima de una violación.

También dentro de este tercer grupo tenemos a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio (inciso 9).

Este supuesto nos lleva a meditar acerca de si, en realidad, cabe pensar respecto a una homosexualidad sobreviniente o si es que la homosexualidad es algo innato a quien tiene esa condición.

Tal estudio se encuentra fuera de los alcances de este trabajo y, básicamente, lo que corresponde no es analizar cuándo esa persona devino en homosexual, sino cuándo empezó a tener o exteriorizar una conducta homosexual.

Existen muchos casos de homosexuales que, por consideraciones de orden social o de cualquier otra naturaleza, nunca llevan a la práctica una conducta de esta naturaleza, supuestos en los cuales la homosexualidad poco importaría –jurídicamente hablando– y no constituiría causal alguna de divorcio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sólo es causal de divorcio la homosexualidad cuando ésta se exterioriza, se hace visible para el otro cónyuge; y estimo que ella debiera ser objeto indemnizatorio únicamente en el caso en que el cónyuge homosexual lo hubiese manifestado con posterioridad a la celebración del matrimonio, ocultando tal condición.

Aquí, sin duda son aplicabless las indemnizaciones, especialmente, por daño moral, el mismo que objetiva, dentro de muchos otros conceptos, el relativo al daño al proyecto de vida, plenamente aplicable en este caso.

También integra el tercer grupo la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

En materia indemnizatoria, este caso nos presenta algunas singularidades, dado que el código prevé como supuesto el que la condena sea posterior al matrimonio, pero no exige que el delito se haya cometido con posterioridad al matrimonio.

En ese sentido, creo que no debería aplicarse esta norma como causal de separación de cuerpos y ulterior divorcio, con caracteres meramente objetivos, dado que bien podría haber ocurrido que, al momento de contraer matrimonio, el otro cónyuge supiera que el novio(a) está siendo procesado(a), imputándosele un delito que merezca una pena privativa de la libertad de esta naturaleza, razón por la cual sólo cabría solicitar la separación de cuerpos, en caso hubiese desconocido la existencia del proceso; y, por tanto, el riesgo ulterior de privación de libertad, mas no en el caso contrario.

Ahora bien, yo siempre he tenido mis dudas acerca de que, incluso, en el primer supuesto –único indemnizable–, corresponda –en justicia– que esta persona que se ve privada de su libertad por un lapso superior a dos años tenga que verse, incluso, expuesta a consecuencias de orden indemnizatorio. Sería como hacer leña del árbol caído.

Como último supuesto del tercer grupo, tenemos el caso contemplado en el inciso 11 del artículo 333, cuando señala la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

No es el caso ingresar al análisis teórico de los supuestos susceptibles de encontrarse contenidos en este inciso, pero la gran pregunta que marcará la línea divisoria entre lo indemnizable y lo no indemnizable, estará dada por el hecho de que haya habido en la situación descrita por la norma citada, dolo o culpa del cónyuge que haya motivado esa imposibilidad de hacer vida en común.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si hubiesen concurrido tales factores de atribución, podríamos hablar de una eventual indemnización de daños y perjuicios. Caso contrario, no.

Éstos serían todos los supuestos del tercer grupo a que he hecho referencia.

El cuarto grupo está constituido por el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, norma introducida recién en el año 2001.

El inciso 12 se refiere a la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, estableciendo que dicho plazo será de cuatro años, si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

La norma agrega que, en estos casos, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del propio Código, lo que significa que en ellos el cónyuge sí puede fundar su demanda en hecho propio.

No cabe duda de que este supuesto es uno de aquéllos en los cuales se aprecia con mayor nitidez la necesidad de indemnizar, cuando esa separación de hecho –voluntaria y extendida en el tiempo– haya perjudicado a la víctima.

Si bien es cierto que, en este caso, para demandar la separación de cuerpos no hay cónyuge víctima y cónyuge victimario, lo seguirá habiendo con respecto al tema indemnizatorio.

Marco Torres trata, además, acerca de los daños derivados de la invalidez del matrimonio, en donde también quedará claro que sólo cabrá indemnizar, en la medida en que nos encontremos ante un supuesto de dolo o culpa.

Ya en lo que respecta a los hijos, el autor aborda el tema de los daños derivados de la falta de reconocimiento o reconocimiento tardío de hijo, en donde queda claro que el hijo en cuestión podrá reclamar a su padre o madre que no lo ha reconocido, los daños y perjuicios que le haya derivado tal circunstancia.

Situaciones de esta naturaleza afectan sobremanera a las personas, en cuanto a sus aspectos no sólo materiales, sino morales; y, por supuesto que será posible un reclamo de este tipo, independientemente de lo doloroso de la situación.

Supuesto más complejo es el analizado en el capítulo siguiente, cuando el autor trata acerca de los daños derivados de la procreación del hijo, casos en los cuales –*prima facie*– nos causa escozor cualquier idea en torno a la posibilidad de reclamar indemnizaciones.

Éste es un tema muy complicado, pues tenemos, por un lado, los posibles defectos congénitos con los que podría nacer el hijo, fruto de actividades

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

negligentes o dolosas de los padres en sus conductas personales (por ejemplo, encontrarse inmersos en el mundo del alcohol o de las drogas, o haber consumido sustancias ilícitas al tiempo de la procreación del menor), a la par que otras circunstancias en las cuales podríamos encontrarnos frente al desconocimiento de defectos genéticos que puedan haber sido transmitidos a los hijos de manera involuntaria.

En verdad, creo que el Derecho no debe llegar a tanto.

Esto, pues ya el solo hecho de que se le diga a alguien que puede demandar a sus padres por circunstancias de esta naturaleza, implica, en sí mismo, una contradicción, dado que, si sus padres hubieran optado por no procrearlo, al no existir, obviamente, no cabría indemnización alguna a su favor.

Esta tesis, además –y por razones obvias–, fomenta el aborto.

Ella podría tener algún sentido en aquellos países en donde rige en materia sucesoria el principio de libertad de herencia; es decir, donde no existiera legislado el concepto de herederos forzosos, pero no en países como el Perú, en donde sí existe este concepto, siendo los hijos herederos forzosos por excelencia, de manera tal que constituye vocación de nuestro propio ordenamiento jurídico que, en un curso natural de acontecimientos, el patrimonio de los padres pase, a su muerte, pacíficamente a los hijos, quienes son herederos de primer orden.

Así, este tipo de acciones obligaría a que los padres se defiendan judicialmente de sus propios hijos, incentivarían la desunión de la familia y la solidaridad que debería reinar en casos en los que un Estado de Derecho, que auspicia a la familia como núcleo de la sociedad y del propio Estado, debería promover que los padres apoyen permanentemente a un hijo en tales circunstancias y no a que dicho hijo termine litigando contra sus progenitores y hasta siendo eventual presa de abogados inescrupulosos.

Por lo demás, si los tribunales de justicia amparasen situaciones como éstas, podríamos llegar a absurdos en los cuales, alguno de los padres, enemistado con el otro, represente los intereses del menor con problemas de salud o del incapaz mayor de edad, y accione contra el otro padre.

En verdad, para esto no existe el Derecho.

En otro capítulo, Marco Torres trata acerca de los daños derivados de la obstaculización del derecho a una adecuada comunicación, supuesto fundamentalmente derivado de aquellos casos en los cuales los menores terminen siendo víctimas de los problemas de sus propios padres y, dentro de tales circunstancias,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

alguno de ellos los manipule en perjuicio del otro cónyuge y en beneficio de sus propios intereses, impidiendo, obstaculizando, tergiversando o mermando la comunicación que debe existir entre los hijos y el otro progenitor.

Es claro que en estos casos cabría reclamar alguna indemnización y que el accionante podría ser el progenitor víctima de la situación o, incluso el hijo, si es que tales circunstancias le hubiesen causado algún daño.

El siguiente supuesto analizado en el libro, es el de los daños derivados de la violencia familiar, caso en el cual resulta pacífica la conclusión de que toda violencia ilícita que cause un daño a un miembro de la familia, podrá ser objeto de reclamo indemnizatorio.

Ello, independientemente de quién haya sido el victimario y quién haya sido la víctima.

Si bien la ley no establece consecuencias indemnizatorias diversas para el caso en el cual quien causa un daño sea un familiar, y para aquel otro supuesto en que quien lo cause no tenga relación de parentesco, no cabe duda de que las relaciones familiares imponen ciertos deberes de conducta que obligan a determinadas reglas de comportamiento especialmente cuidadosas al interior de una relación familiar, cuando nos encontramos en presencia de personas más débiles, como puede ser el caso de algunas mujeres, ancianos y, especialmente, niños, para quienes los daños sufridos, fruto de la violencia familiar, puedan devenir en huellas indelebles que los acompañen el resto de sus vidas.

En el siguiente capítulo, el autor trata acerca de los daños derivados de la mala administración del patrimonio social.

En principio, esta tipología sería aplicable para el caso en que la pareja haya contraído matrimonio por el régimen general de sociedad de gananciales, y no cuando lo haya hecho por separación de patrimonios, o cuando haya variado el régimen a esta última modalidad.

También sería aplicable al caso de las uniones de hecho que cumplan con los requisitos establecidos por el artículo 326, y que generan como primigenio efecto el de la sociedad de gananciales.

La administración de la sociedad está teóricamente a cargo de ambos cónyuges o concubinos, pero ello en la práctica no es necesariamente así, ya que, en algunos casos, tal administración descansa en uno solo, sea por voluntad común de ambos o por falta de interés de uno de ellos en administrar la sociedad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si la administración correspondiese a ambos, podrían producirse reclamos indemnizatorios, en la medida en que la conducta de uno de los cónyuges hubiera generado daños y perjuicios a la sociedad, a pesar de las adecuadas medidas adoptadas por el otro.

En caso la administración de la sociedad no sea compartida, el tema no necesariamente será claro.

Digo esto, en razón a lo siguiente.

Si uno de los cónyuges administrara la sociedad imponiéndose para tal efecto, pese a la negativa del otro, y dentro de esta situación generara daños y perjuicios a la sociedad por actos negligentes o dolosos, es claro que deberá indemnizar al otro cónyuge.

Distinto sería el caso en el cual la administración de la sociedad esté a cargo de uno de los cónyuges por desidia del otro, o a pesar de haber sido requerido por su cónyuge para que coadyuve a dicha administración.

En estos casos, en lo personal, me resisto a pensar que el cónyuge que termine administrando mal la sociedad, tenga siempre que indemnizar, supuesto que, en lo personal, restringiría a aquellos actos ilícitos en donde el dolo o la culpa inexcusable hayan constituido el factor de atribución; lo que conlleva a que fluiría la irresponsabilidad por culpa leve.

Adicionalmente, más allá de estas situaciones, deberíamos preguntarnos si es que también cabría reclamar indemnización en los casos en que exista el régimen de separación de patrimonios.

La afirmación anterior podría resultar extraña, si se partiera de la idea de que quien perjudica su patrimonio sólo se perjudica a sí mismo, pero en verdad en un matrimonio, quien perjudica su patrimonio, no sólo se perjudica personalmente, sino también extiende los daños a toda su familia.

No obstante, está claro que una situación de esta naturaleza y los eventuales efectos indemnizatorios, podrían ser, fundamentalmente, un tema de orden teórico, en la medida de que, en la práctica, cómo se va a reclamar indemnización a quien ha diluido su propio patrimonio de manera dolosa o culposa, ya que, si algún dinero se le reclama, pues simplemente, no tendría con qué pagarlo.

El último capítulo del libro de Marco es el relativo a los daños derivados de la oposición infundada por impedimento matrimonial o denuncia maliciosa; supuestos en que sigue la rigurosa línea de análisis de los casos anteriores, y en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

donde llega a la conclusión de que será factible que correspondan las indemnizaciones, en los casos en que se hubiese actuado con dolo o culpa.

Muchas gracias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SEGUNDO PROEMIO

LECTIO INAUGURALIS[11]
EL DERECHO Y LA FAMILIA EN EL PERÚ DEL SIGLO XXI

Señor doctor Germán Chávez Contreras,
Rector de la Universidad Católica San Pablo,
Señores Pro-Rectores,
Señores vice Rectores,
Señores Decanos de Facultades,
Autoridades universitarias,
Señores profesores,
Estimados alumnos,

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Agradezco el honor que me ha hecho la Universidad Católica San Pablo al haberme nombrado como Decano de su Facultad de Derecho, y haberme pedido pronunciar estas palabras en este acto de inauguración del año académico 2017.

Me hubiera gustado estar con ustedes en Arequipa, pero ayer, por tercera vez consecutiva, el clima impidió que mi vuelo llegara a destino.

El tema sobre el cual disertaré esta mañana es el relativo al Derecho de Familia y sus perspectivas en el Perú contemporáneo.

Para comenzar estas palabras, no puedo dejar de mencionar que la familia y el matrimonio constituyen institutos naturales y fundamentales de la sociedad, conforme lo establece la Constitución Política del Perú, en su artículo 4,

(11) Estas palabras se basan en el discurso que pronuncié en la inauguración del año académico 2017 de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, el jueves 16 de marzo de 2017, como Decano de su Facultad de Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

primero del capítulo II, «De los derechos sociales económicos», del título I, «De la persona y de la sociedad».

Obviamente, la Constitución Política no define qué debe entenderse por matrimonio. Es la ley civil, específicamente, el Código de esta materia, el que se encarga de regular el Derecho Familiar en el Perú.

Nuestras constituciones políticas tradicionalmente han establecido, y así lo hace la Constitución de 1993, la protección de la familia y la promoción del matrimonio. Como hemos señalado, la carta política reconoce a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Por tanto, esa sociedad y ese Estado se construyen sobre la familia. Es así que podemos observar diferencias de concepto entre las Constituciones de 1979 y 1993 en torno al matrimonio, siendo que la Constitución de 1979 emplea la expresión «protegerlo», mientras que la Constitución de 1993 hace mención a la palabra «promoverlo». Ello puede generar la idea de que no sólo se protege la institución del matrimonio, sino que además se fomenta dicha formalidad en las parejas.

Ello significa que toda la estructura social y política de la nación tiene como fundamento a la familia. Por lo que se puede afirmar que el considerar al matrimonio como una institución sería lo más adecuado si se tiene en cuenta que se convierte en la fuente de una amplia variedad de relaciones jurídicas.

Y no olvidemos que el todo es igual a la suma de las partes. En ese sentido, aquí conviene reparar un instante, preguntándonos si a la sociedad, al Estado y al Derecho, les conviene propiciar la existencia de familias disfuncionales o si, por el contrario, deben apuntar a propender a un modelo determinado de familia, como prototipo ideal de base formativa de la nación y del Estado. Ello, más aún si consideramos que la familia es el más importante agente socializador de las personas.

Creo firmemente en esto último, lo que no implica –en modo alguno– que el Estado no atienda o proteja los derechos de los integrantes de aquellas familias que no se ajustan al modelo tradicional.

En ese sentido, lo que corresponde estudiar es cómo deberíamos entender a esa base de la sociedad y el Estado, que es la familia.

2. AMOR, SUBJETIVIDAD Y FAMILIA

Para nosotros resulta evidente que las leyes sólo regulan situaciones de carácter objetivo, mas no cuestiones de naturaleza subjetiva.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En otras palabras, el plano sentimental o netamente afectivo no forma parte de la regulación específica de los códigos civiles en el mundo.

La regulación del Derecho de Familia, obviamente se basará en los lineamientos generales que la Constitución Política establezca al respecto.

Dicho de otro modo, ni en el Perú ni en ningún país, las relaciones de familia o lo que se deba entender por ellas, se determinan en función de la exclusiva voluntad de los ciudadanos, dado que ello equivaldría a sostener que la configuración de la familia sería algo tan abierto y poco definido, que habría tantos conceptos de familia como personas existen.

Este escenario determinaría la destrucción del propio concepto de familia y una concepción anárquica del mismo, lo que haría que no sólo en la práctica sino en términos estrictamente jurídicos, cualquier agrupación de personas (es decir, de una o más de una) pueda calzar dentro del concepto de familia.

De allí que la primera disyuntiva sobre la que tenemos que marcar posición, es si el Derecho puede o no establecer parámetros acerca de lo que debe entenderse por familia o si no está en capacidad de hacerlo.

Constituye valor entendido en todas las legislaciones del mundo que el Derecho sí está en capacidad de delimitar el concepto de familia dentro de la sociedad en la que rige, sea cual fuere este concepto.

Ello significa que el concepto legislativo de familia pasará necesariamente por una decisión arbitraria del legislador, que marcará la línea divisoria entre aquello que se ajusta al modelo adoptado por ese ordenamiento jurídico y aquello que se encuentra fuera del concepto antes mencionado.

Se tratará, sin duda, de una decisión no sólo arbitraria, sino adoptada en base a criterios de orden mayoritario, vale decir, en base a aquellas consideraciones que el legislador de ese país haya estimado adecuadas para definir el patrón de familia.

De esta forma, resulta inevitable que determinadas personas, dentro del grupo social, se encuentren disconformes con el concepto de familia recogido en una determinada legislación.

Así, un Código Civil tratará acerca del matrimonio, pero no podrá ingresar al análisis relativo a si los cónyuges que forman parte de él se quieren entre sí o no. Tampoco podrá considerar como matrimonio o familia cualquier unión de personas que se amen entre sí. Ello debería ajustarse a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lo objetivo será el matrimonio; lo subjetivo será si hay o no amor en el matrimonio o en cualquier otra relación. Además, esto último carece de importancia alguna para el Derecho.

Digo esto, en razón a que es imposible construir parámetros objetivos en materia de Derecho de Familia, en función de relaciones meramente afectivas, habida cuenta de que esas relaciones requieren objetivación formal a efectos de tener relevancia jurídica.

Tal disconformidad, no obstante, no implicará necesariamente la violación de la libertad personal de aquellos individuos que no se encuentren de acuerdo con el modelo legislativo de una sociedad.

Con esto queremos señalar que sólo en aquellos Estados totalitarios en donde se persiga a las minorías por no ajustarse a determinados patrones mayoritarios, podríamos hablar de una vulneración de los derechos personales de estos grupos.

Por el contrario, en las sociedades democráticas, existe la más absoluta tolerancia con respecto a la manera de interrelacionarse de las personas, aunque tales formas de interrelación no se ajusten al modelo de matrimonio o de familia oficialmente recogido por la legislación, naturalmente, con la salvedad de que tales situaciones no sean atentatorias contra el orden público.

3. LOS VALORES ENTENDIDOS SOBRE LA FAMILIA EN LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, existen determinadas situaciones que siempre han constituido valores entendidos con relación a la familia.

3.1. La familia fundamentalmente se basa en el matrimonio

El primero de ellos consiste en que la familia se basa, fundamentalmente en el matrimonio.

La tradición jurídica peruana, tanto a nivel constitucional[12] como a nivel de los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984, estructura el Derecho de Familia

(12) Código Civil de 1852.
«Artículo 132.- 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».
Código Civil de 1936
«Artículo 158.- Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en base al matrimonio, es decir, en función a la unión formal de dos personas, con la finalidad de hacer vida en común.

3.2. Quienes integren el matrimonio deben ser personas de diferente sexo

La Constitución de 1993 no especificó que tal unión debía ser de hombre y mujer (artículo 4),[13] pero sí lo hizo al tratar acerca del concubinato o unión de hecho y de la sociedad de gananciales que surge cuando tal unión supera los dos años de vigencia (artículo 5).[14]

No tengo duda alguna de que la ausencia de mención al sexo de los contrayentes del matrimonio en el artículo 4, no refleja un propósito deliberado del constituyente de 1993, en el sentido de haber considerado que el matrimonio podía ser contraído por personas del mismo sexo. Sólo se trata de un valor entendido, dado que a juicio del constituyente de 1993 no resultaba necesario especificar el sexo de los contrayentes.

Por lo demás, en el «Diario de Debates de la Asamblea Constituyente» no se aprecia elemento alguno que pueda abonar a favor de la tesis de que dicha asamblea siquiera consideró o debatió la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo.[15]

ALEJANDRO MARIO CASTILLO FREYRE

«Artículo 164.- El marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación».

Código Civil de 1984

«Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

«Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

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

(13) «Artículo 4.- Protección a la familia. Protección del matrimonio

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

(14) «Artículo 5.- Concubinato

La unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable».

(15) Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, Comisión de Constitución y Reglamento, tomo V, pp. 2625-2639.

Además, la mención expresa de que «La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable», no puede ser entendida sino como una manifestación de protección de aquella pareja (hombre y mujer, naturalmente), que no estando casada, merece protección patrimonial por parte del ordenamiento jurídico, al cumplirse dos años de constituida la unión de hecho.

Es evidente que, si el concepto de matrimonio abarcara a las parejas formadas por personas del mismo sexo, carecería de sentido que la protección patrimonial de las uniones de hecho se restrinja únicamente a las uniones compuestas por personas de diferente sexo.

Esta interpretación sistemática de la Constitución Política de 1993, a juicio nuestro, resulta irrebatible para concluir en que nuestra carta política sólo contempla el matrimonio entre hombre y mujer.

Es recién en la segunda década del siglo XXI que diversos grupos han impulsado la idea de uniones de parejas del mismo sexo, ya sea a través de la figura denominada «unión civil» o del llamado «matrimonio igualitario», conceptos ajenos al marco constitucional de 1993 y que escapan al concepto de familia recogido por dicha carta política y, obviamente, por el Código Civil de 1984.(16)

3.3. Sólo se puede estar casado con una persona a la vez

El tercer concepto que no ha merecido discusión alguna en cuanto a la familia en el Perú es que el matrimonio se celebra solamente entre dos personas; y quienes lo han contraído, no pueden volver a casarse mientras conserven ese estado civil. Por lo tanto, la monogamia es uno de los principales elementos del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico. No podemos dejar de lado que ya en el Derecho romano se señaló que el matrimonio era la unión «de un hombre y una mujer dirigido a la unidad de vida». La Iglesia Católica también

(16) En la actualidad, una treintena de países o jurisdicciones permiten casarse a las parejas del mismo sexo en todo su territorio y otros dos (México y Reino Unido) lo permiten en una parte del mismo. Finlandia, las Islas Faroe, así como Guernsey y Jersey (estos dos bajo soberanía británica). La lista continúa con Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Uruguay, Nueva Zelanda, Francia, Irlanda, Brasil, Luxemburgo, Colombia, México, Estados Unidos de América, Puerto Rico, Reino Unido y Ecuador. Ver: Roberts, Joshua. (23 de mayo de 2015). El matrimonio homosexual en el mundo. *El Mundo*. https://www.elmundo.es/internacional/2015/05/23/55606bade2704ecc238b4572.html

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

estableció parámetros en torno a la monogamia, y es que en los siglos XI y XII, la base del derecho canónico se encontraba afianzada en la idea establecida de que el matrimonio únicamente se constituiría entre un solo hombre y una sola mujer.

Incluso, quienes proponen el matrimonio entre personas del mismo sexo parten de un concepto monogámico del matrimonio, es decir, de una pareja que se debe fidelidad excluyente entre sí y que, mientras esté casada, no permite que sus integrantes se casen con terceros. No ha formado parte de la discusión del Derecho de Familia peruano la existencia de matrimonios poligámicos.

La figura del matrimonio poligámico no es propia de nuestra tradición jurídica ni de la cultura occidental, pero prolifera dentro de los países árabes, al grado de que hoy en día cuarenta y siete países del mundo permiten el matrimonio con más de una mujer, es decir, que un hombre se case más de una vez sin disolver su anterior o sus anteriores vínculos matrimoniales.(17)

3.4. El matrimonio se celebra sólo entre personas

Dentro de este mismo punto, relativo al número de personas que integran el matrimonio, es evidente que tampoco ha merecido discusión en el Derecho peruano la idea de que la unión matrimonial pueda darse entre una sola persona y una cosa.

Como sabemos, existen personas que desarrollan sentimientos afectivos, de amor y hasta pasión, hacia las cosas, trátese de animales, vegetales o incluso objetos inanimados.(18)

(17) La institución de seguridad social en Francia (CNAV-Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse) revela que en el mundo hay cuarentaisiete países en los que la poligamia es permitida por la ley: Afganistán, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Benín, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, Comores, Congo, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria, Tanzania, Túnez, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti, Zaire y Zambia, son los países donde es legal la poligamia. Aunque no está reconocida legalmente, en algunas regiones de los Estados Unidos de América y Canadá, principalmente habitadas por mormones, se permite la poligamia. Ver: Tendencias. (21 de junio de 2017). *En estos países el matrimonio no es solo cosa de dos (y no, no es por la suegra sino por la poligamia).* https://www.trendencias.com/sexo-y-relaciones/matrimonios-ampliados-en-estos-paises-la-poligamia-es-legal

(18) Se tratará de zoofilia, en el caso de los animales; de dendrofilia, en el caso de los vegetales y agalmatofilia en el caso de muñecos, estatuas, maniquíes u otros objetos figurativos similares. Ver: Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, www.rae.es. Consulta realizada el 3 de abril de 2022.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, no debería extrañarnos que estas personas que desarrollan ese tipo de sentimientos hacia las cosas se sientan mucho mejor al lado de tales bienes, que con personas.

Dentro de ese orden de ideas, hay personas en nuestra sociedad que preferirían construir su vida junto a un perro, un maniquí (que cada vez son más parecidos a los seres humanos, debido a la inteligencia artificial), un holograma o un pedazo de ladrillo, en vez de hacerlo junto a un ser humano.

Estos "amores extraños" (título de una serie de televisión estadounidense de hace algunos años) son más frecuentes de lo que uno imagina.

De modo tal que, al momento de analizar sus preferencias para formar una familia, estas personas, sin dudar, desecharán el matrimonio con personas y optarán por la convivencia con las cosas; pero no en una típica relación de derechos reales; es decir, como propietarios de tales bienes, sino en una relación de carácter netamente subjetivo, ya que perciben al objeto, no como un ser inanimado, sino como alguien como ellos, cuya compañía les brinda afecto, seguridad y placer. En otras palabras, el objeto material es el ser amado.

3.5. Los niños no pueden contraer matrimonio

Otra de las situaciones que no han merecido mayor cuestionamiento a lo largo de la historia del Derecho Familiar peruano es la uniforme reprobación del matrimonio con niños. Excepcionalmente, la ley peruana permite que menores de edad contraigan matrimonio con autorización de sus padres o del juez, siempre que superen los catorce años.[19] No obstante, se trata de un supuesto excepcional no deseado por el Derecho, el mismo que, simplemente,

(19) «Artículo 241.- No pueden contraer matrimonio:

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

[...]».

«Artículo 244.- Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.

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

A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento. A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

reconoce una situación de hecho determinada que, por lo general, deriva de un embarazo, que pasará por el tamiz de aprobación de los progenitores o de la autoridad judicial.

Pero, debemos convenir en que esta situación excepcional se circunscribe a personas adolescentes, y no a niños.

Es más, la legislación penal en el Perú (Código Penal) sanciona drásticamente las relaciones sexuales tenidas con menores de edad.(20)

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

«Artículo 277.- Es anulable el matrimonio:

1. Del impúber. La pretensión puede ser ejercida por él luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede solicitarse la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. La confirmación se solicita al Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos. [...]».

(20) «Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: [...]

2. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.

3. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. [*] Rectificado por fe de erratas.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza».

«Artículo 173-A.- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave

Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua».

«Artículo 175.- Seducción

El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años».

«Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.
2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.

LA LEY - EDITORIAL JURÍDICO FREYRE

No obstante, debemos recordar que existen diversos países en el mundo que permiten el matrimonio de adultos con niñas y algunos pocos de esos países no establecen límites mínimos para la edad de las niñas al momento de contraer matrimonio.(21)

En ese sentido, se puede observar que mediante el Proyecto de Ley n.° 5871-2020 se propone «derogar el último párrafo del artículo 42 del Decreto Legislativo 295 del Código Civil, con la finalidad de promover el libre desarrollo de la personalidad, autonomía progresiva y la protección de los derechos de las y los adolescentes del Perú, a través de la eliminación del matrimonio precoz y forzado de personas menores de 16 años».

Bajo la misma línea, en el año 2022 se presentó el Proyecto de Ley n.° 3194/2022-CR, que pretende eliminar el matrimonio con menores de edad. En concreto, esta propuesta plantea modificar los artículos 42, 241, 243, 248 y 274 del Código Civil. Dicha iniciativa partió de la premisa que el impacto de la pandemia originó que las familias contemplaran la posibilidad del matrimonio de sus hijas como un alivio económico familiar.(22)

En ese sentido, coincidimos con la necesidad de establecer la mayoría de edad para contraer matrimonio, toda vez que los menores de edad se encuentran

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad».

«Artículo 177.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 170, 171, 174, 175, 176 y 176-A, si los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, ni menor de diez ni mayor de veinte años. De presentarse las mencionadas circunstancias agravantes en el caso del artículo 172, la pena privativa de la libertad será respectivamente no menor de treinta años, ni menor de veinticinco ni mayor de treinta años para el supuesto contemplado en su primer párrafo; y de cadena perpetua y no menor de treinta años, para el supuesto contemplado en su segundo párrafo.

En los casos de los delitos previstos en los artículos 173, 173-A y 176-A, cuando el agente sea el padre o la madre, tutor o curador, en la sentencia se impondrá, además de la pena privativa de libertad que corresponda, la pena accesoria de inhabilitación a que se refiere el numeral 5) del artículo 36».

(21) Ver: Ayuda En Acción. (17 de julio de 2018). *Matrimonio infantil: ¿en qué países se practica?* https://ayudaenaccion.org/blog/infancia/matrimonio-infantil-paises/

(22) Ver: La Ley. (3 de octubre de 2022). Presentan proyecto para eliminar el matrimonio con menores de edad del Código Civil. *La Ley, el ángulo legal de la noticia.* https://laley.pe/art/14016/proyecto-elimina-matrimonio-menores-edad-codigo-civil

en etapa de maduración, su toma de decisiones puede llevarlos a escenarios no deseados; asimismo, los matrimonios precoces pueden elevar la tasa de violencia familiar, embarazos no deseados, y otras situaciones indeseables para un menor de edad.

4. EFECTOS DEL MATRIMONIO

Por lo general, cuando se trata acerca de la posibilidad de ampliar los alcances del matrimonio en el Perú a figuras distintas de la habitual, no se aborda el tema de sus efectos, los cuales no se circunscriben, obviamente, al acto de su propia celebración.

En ese sentido, es necesario estudiar una serie de elementos que contribuirán a reafirmar nuestra idea, en el sentido de que tal institución debe seguirse manteniendo en el Perú tal como está configurada en la actualidad.

4.1. El matrimonio como acto

Tal vez uno de los puntos que genera menos polémica con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, es el relativo al matrimonio como acto, ya que las figuras referidas a los esponsales, los impedimentos, la celebración, la prueba del matrimonio o su invalidez, podrían ser aplicadas sin mayor objeción.

4.2. Relaciones personales entre los cónyuges

Con respecto a este tema, es necesario puntualizar cuáles son los deberes y derechos que nacen del matrimonio.

Al respecto, Álex Plácido indica que «Los deberes conyugales, como todos los deberes morales, tienen un contenido, más que un determinado comportamiento exterior, un sentimiento que se pone por obra para responder a la finalidad del matrimonio. En otras palabras, la confrontación de las normas que organizan los deberes conyugales demuestra que están dirigidos a la consecución del fin del matrimonio: la vida común.»[23]

No obstante, en lo personal discrepo de calificar como deberes morales a los deberes personales que nacen del matrimonio, como es el caso de la

(23) Plácido Vilcachagua, Álex. *Ensayos sobre Derecho de Familia*. Editorial Rodhas, Lima, 1997, p. 17.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

fidelidad y la cohabitación. No se trata solamente de deberes morales. Son deberes jurídicos, en estricto, en la medida en que ellos están impuestos por el Derecho. Cosa distinta es que los mismos carezcan de contenido patrimonial, pues si lo tuvieran serían obligaciones, propiamente dichas.

4.2.1. Alimentar y educar a sus hijos

Si partimos de la premisa de que el primer bien jurídico tutelado es la vida, entonces ésta debe ser conservada cumpliendo con todas las necesidades básicas que exige para su continuidad.

Constituye, pues, obligación de los padres velar por la alimentación de los hijos. A entender de Josserand, la obligación alimentaria «es el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de la otra (.); como toda obligación, implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar».(24)

A entender de Zannoni, la relación alimentaria «(...) se traduce en un vínculo obligacional de origen legal (...), que exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente *necesitado*. Esta relación, de naturaleza netamente *asistencial*, trasunta principios de solidaridad familiar ante las contingencias que pueden poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le impide, circunstancial o permanentemente, procurarse los medios necesarios para asegurar esa subsistencia».(25)

Dicho esto, la definición de alimentos es un tema que abarca diversos criterios. A entender de Peralta Andia, «Sin embargo, distintos son los criterios que fundamentan la institución. Unos, estiman que la obligación alimentaria no es otra cosa que el deber natural de asistencia al pariente más próximo, deber del cual la ley ha hecho una verdadera obligación jurídica a cargo de los miembros de su familia. Otros, en cambio, consideran que se trata de un deber de carácter ético, esto es, un deber impuesto por la moral y la razón de atender las necesidades humanas: dar de comer al hambriento, de beber al sediento o vestir al desnudo. Un tercer criterio, afirma que se trata más bien de un deber

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(24) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I, vol. 2, p. 303.

(25) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, tomo I, p. 83.

jurídico impuesto por la ley para conjurar el estado de necesidad en que se hallan determinadas personas».[26]

El común denominador de la asistencia alimentaria, y en la cual la mayoría de autores coinciden, es en su calidad de deber de carácter ético-moral, un deber natural que nace entre parientes (aunque el cónyuge no lo es). Ello, más allá de ser claramente una obligación, dado su contenido patrimonial. Es lamentable observar en la actualidad los crecientes casos de abandono de asistencia alimentaria, los mismos que se han convertido en un escenario común, llevando a los cónyuges o los padres del menor a eternos litigios para cautelar el cumplimiento de dicha obligación.

Y, en no pocas ocasiones, estos temas derivan en denuncias penales con sentencias que incluyen la pena privativa de libertad al deudor alimentario, supuesta "solución" planteada por nuestras leyes, pero que no ha menguado el crecimiento de casos de incumplimiento de la asistencia, y que, por el contrario, agravan la situación para el menor en indefensión y para el deudor alimenticio, toda vez que este último no podrá solucionar ni la deuda acumulada ni el cumplimiento en fecha de las mensualidades establecidas por ese concepto, si no tiene la posibilidad de trabajar.

Ahora bien, en cuanto a la educación, ésta también es contemplada dentro del concepto de alimentos conforme lo observamos en el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes, que considera como «(...) alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.»

4.2.2. Deberes de fidelidad y asistencia

Los deberes de fidelidad y asistencia están contenidos en el artículo 288 del Código Civil.

No hay que olvidar que el deber de fidelidad ha sido construido exclusivamente dentro del concepto clásico de matrimonio. A decir de Álex Plácido, «El deber de fidelidad es una consecuencia necesaria del matrimonio monogámico y se sustenta en la aceptación exclusiva y recíproca de un esposo respecto del otro.»[27]

(26) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 393.
(27) Plácido Vilcachagua, Álex. *Ensayos sobre Derecho de Familia. Op. cit.*, p. 20.

Adiciona, además, un aspecto importante de la fidelidad y es que la misma debe ser recíproca, incompensable y permanente. Continúa así diciendo que, «Lo primero, lo declara el artículo 288 del Código Civil. Lo segundo, se deriva del carácter indisponible que tienen los deberes conyugales, y significa que la infidelidad de uno de los cónyuges no autoriza al otro cónyuge a ser él, a su vez, infiel. La idea se aprecia en el artículo 336 del Código Civil (...).»[28]

En cuanto al deber de asistencia tenemos que Mazzinghi enfatiza dicho concepto indicando que «el contenido del deber de asistencia consiste en observar recíprocamente la conducta propia de dos personas que se aman (...) la relación personal entre los esposos debe ser presidida por el respeto mutuo, que ha de traducirse en un trato considerado y decoroso, que de ninguna manera excluye la intimidad.»[29]

Dentro de tal orden de ideas, también habría que estudiar el problema a profundidad, desde la perspectiva sociológica y psicológica.

4.2.3. Deber de hacer vida común en el domicilio conyugal

Sobre este tema, en principio, no habría mucho que decir.

No obstante, si se analiza la posibilidad de interrumpir la convivencia conyugal por acuerdo en razón a un beneficio familiar, podríamos colegir que ante un posible cambio de opinión de uno de los cónyuges no se podría alegar dicha interrupción como causal de divorcio con posible indemnización, siempre que aun exista el beneficio familiar por el cual se acordó interrumpir la convivencia.

Ahora bien, ¿sería posible acceder a la intimación forzosa para reanudar una convivencia que fue interrumpida sin justificación? Como indica el propio Plácido, «En el antiguo derecho se admitía que pudiera recurrirse al auxilio de la fuerza pública, para obligar a la mujer a que se restituya al domicilio conyugal, es decir, una medida compulsadora *(sic)* de ejecución forzada.»[30]

Sin embargo, ello en la actualidad sería calificado como una acción dirigida a violentar la voluntad del cónyuge que se retira del domicilio conyugal, atentatoria contra el sentimiento que debe existir entre los cónyuges y el deseo de convivir.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(28) *Loc. cit.*
(29) MAZZINGHI, Jorge A. Tratado de Derecho de Familia. 4ta edición. tomo 2, pp. 58 y siguientes.
(30) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex. *Ensayos sobre Derecho de Familia. Op. cit.*, p. 26.

Por lo demás, en el moderno Derecho de Obligaciones no cabe exigir la ejecución forzosa de una prestación, si para ello debe emplearse violencia contra la persona del deudor. Con mayor razón, en lo que respecta a deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial.

En torno a la obligación alimentaria, la misma termina cuando la intención del cónyuge abandonado es la de cesar esa obligación de alimentos, lo que se puede entender de lo indicado en el artículo 291 del Código Civil: «(...) Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella.»

Como se puede observar, la obligación alimentaria a favor del cónyuge abandonante cesa cuando se pone de manifiesto la intención del cónyuge abandonado de que se restituya la convivencia y el abandonante se niega a volver.

4.2.4. Deber y derecho de participar en el gobierno del hogar y cooperar a su mejor desenvolvimiento

Debe entenderse que, como familia, los roles que se establecen entre los cónyuges son de cooperación, lo que implica que, si en un hogar determinado se acuerda que uno de los cónyuges se queda en casa para realizar las labores del hogar y criar a los hijos, es natural que el otro cónyuge tenga la obligación de sostener dicho hogar.

En tal caso, ambos cónyuges están aportando con su rol en el desenvolvimiento de ese hogar, lo que no quiere decir que la figura será siempre uno en casa y el otro fuera de ella trabajando, pues ambos cónyuges tienen derecho a ejercer una profesión u oficio y no pueden ser impedidos de hacerlo por el otro; habida cuenta de que, de producirse dicho impedimento el cónyuge afectado podrá solicitar al juez una autorización judicial para trabajar, siempre que ello se fundamente en un evidente beneficio para el hogar.

4.2.5. Representación conjunta de la sociedad

Si bien este punto es bastante claro, no está de más mencionar el artículo 294 del Código Civil, el mismo que hace referencia a la representación unilateral de la sociedad conyugal, estableciendo claramente tres situaciones en las que esta figura puede ser aplicada sin afectar el derecho del cónyuge que no la ejerce en ese momento, y las mismas refieren a: si el otro está impedido por interdicción u otra causa; si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto; y si el otro ha abandonado el hogar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Podemos observar que se habla respecto a una representación, pero en ningún caso a una pérdida de derechos.

4.3. Régimen patrimonial

Conforme enseña Vidal Taquini, el régimen patrimonial-matrimonial es «(...) el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con los terceros».(31)

No podemos dejar de mencionar que el régimen patrimonial puede ser variado por acuerdo de los cónyuges; aunque la ley por defecto establece la sociedad de gananciales como régimen supletorio cuando se celebra un matrimonio, los cónyuges tienen la absoluta libertad de variarlo.

4.4. Decaimiento y disolución del vínculo

En relación con este rubro no habría mayor objeción.

4.5. Sociedad paterno-filial

Todo lo dispuesto en la Sección Tercera del Libro III, de «Derecho de familia», tiene que ver con la sociedad paterno-filial.

4.6. Hijos matrimoniales

Son hijos matrimoniales los nacidos o concebidos durante el matrimonio. Pero sobre este tema y sobre los anteriores volveremos al analizar el articulado del Código Civil.

4.6.1. Adopción

Conforme a lo dispuesto por el artículo 377 del Código Civil, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

La adopción de una persona puede ser efectuada por alguien en particular o por un matrimonio. En este último caso, el menor pasaría a tener la condición legal de hijo de la pareja adoptante y se desvincularía por completo, siempre

(31) Vidal Taquini, Carlos. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 4.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en el plano jurídico, de sus parientes consanguíneos, salvo para el tema de los impedimentos matrimoniales, naturalmente.

No cabe duda de que el mecanismo de la adopción podría ser el más utilizado para que las parejas integradas por personas del mismo sexo puedan tener hijos.

Hoy en día, a pesar de que no está permitido en el Perú el matrimonio entre personas del mismo sexo, resulta perfectamente factible que, de manera individual, alguno de los integrantes de una pareja formada por personas del mismo sexo, pueda adoptar a alguien.

Lo que no resultaría posible es que esta persona pueda ser adoptada, a la vez, por los dos integrantes de esa pareja conformada por personas del mismo sexo, dado que el menor no puede tener, jurídicamente hablando, dos padres o dos madres.

4.6.2. Filiación extramatrimonial

Cuando hablamos de hijos extramatrimoniales, lo estamos haciendo con respecto a aquéllos que han nacido de una relación sostenida entre dos personas que no están casadas entre sí.

Puede que una de estas personas esté casada con un tercero o incluso que las dos estén casadas con otras personas; pero lo que no ocurrirá es que exista relación de matrimonio entre los padres del niño. Es esta última consideración la que lo califica como hijo extramatrimonial.

Es así como el ilustre Héctor Lafaille decía que, «la unión regular forma el ambiente más propicio para el desarrollo y la educación de la prole (...) debe fomentarse el hogar legítimo y no establecer frente a él sucedáneos con idénticas consecuencias jurídicas, rivalidad por fuerza ruinosa para un régimen que impone serios deberes y sacrificios».[32]

Si analizamos lo señalado por el citado autor, podemos apreciar que es correcta su posición al indicar que el fomento de un hogar legítimo evitará una suerte de rivalidad, pues, aunque la ley reconoce a los hijos extramatrimoniales, los mismos por lo general se encontrarán en desventaja con aquellos nacidos en el seno familiar, tanto por aspectos emocionales como psicológicos.

(32) Lafaille, Héctor. *Derecho de Familia*. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1931, pp. 335 y 336.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.6.3. La patria potestad

Según el artículo 418 del Código Civil, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

No cabe duda de que esta figura es muy importante en la relación paternofilial y determina cuáles son los márgenes de acción que tienen los padres con respecto a sus hijos.

Sobre el particular, el profesor Héctor Cornejo Chávez hacía mención a una tendencia ecléctica en torno al concepto de patria potestad, «en cuya virtud no puede considerarse la patria potestad ni como un derecho de los padres sobre los hijos, ni sólo como un derecho de los hijos frente a los padres; sino como un complejo de derechos y obligaciones recíproco que, por una parte, impone a los padres la responsabilidad de velar por la persona y los bienes de sus hijos menores, y les permite, por otra, aprovechar de los servicios de éstos, usufructuar a veces sus bienes e imprimir orientación a su personalidad».(33)

Similar referencia hace el profesor Benjamín Aguilar, quien nos dice que «La definición de patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos.»(34)

Sobre este tema es bueno reparar en lo dispuesto por el artículo 419, en el sentido de que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el juez de familia.

Es claro también que existirán muchos casos en los cuales, si bien ambos padres seguirán teniendo la patria potestad de los hijos, la justicia podrá haber privado a alguno de la tenencia de tales hijos; o, en caso de divorcio, es sabido que la jurisprudencia en materia de Derecho de Familia otorga prerrogativas para la tenencia al cónyuge no culpable, estableciendo también determinadas prerrogativas a favor de la madre, cuando se trate de niños de muy corta edad.(35)

(33) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, 1957, tomo II, p. 276.

(34) Aguilar Llanos, Benjamín. *La Familia en el Código Civil peruano.* Ediciones Legales, Lima, 2008, pp. 305-306.

(35) La jurisprudencia peruana ha establecido en diversos momentos que, en caso de divorcio, la tenencia debe quedar a favor de la madre, en aplicación del interés superior del niño, incluso cuando favorezca al cónyuge culpable del divorcio. A modo de ejemplo, ver la sentencia recaída en el expediente n.° 2992-97 y la Casación n.° 2263-2004-Junín.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En línea con lo indicado, Zulema Wilde hace referencia a la patria potestad como la responsabilidad parental. Asimismo, indica que la tenencia, conforme lo establece la normativa argentina, puede ejercerse por voluntad de los progenitores o por decisión judicial en interés del niño, pudiéndose atribuir su ejercicio a uno de ellos, siendo lo usual la tenencia compartida. Finalmente, menciona que, en casos de tenencia unilateral, ésta se vio afectada por la pandemia, generando un desequilibrio en la efectividad del cumplimiento de los derechos de ambos padres.(36)

5. ¿DEBERÍAMOS FLEXIBILIZAR EL CONCEPTO DE MATRIMONIO?

Más allá de las propuestas existentes en favor de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, se han escuchado algunas voces en el sentido de flexibilizar, en varios órdenes, el concepto y los alcances del matrimonio.

Se argumenta que debería permitirse a las personas, en general, moldear las características de su propio matrimonio, de tal manera que podrían encontrarse ante una figura legal o contractual mucho más adecuada a sus propios intereses y no ante un modelo rígido, como ocurre en la actualidad.

Como sabemos, la legislación peruana, al igual que la mayoría de legislaciones, no establece modalidades para el matrimonio; y, en el único aspecto que permite a las parejas elegir, es en el relativo al régimen patrimonial, pudiendo ellas optar antes del matrimonio por el régimen de separación de patrimonios, en vez del de sociedad de gananciales, que rige por defecto.

Tal variación también se puede realizar durante la vigencia del matrimonio.

Pero, en todo lo demás, no hay nada que escoger.

El matrimonio constituye una institución definida legalmente, en donde la inmensa mayoría de normas son de carácter imperativo y no dispositivo.

De ahí que lo que corresponda sea preguntarse si es que convendría flexibilizar sus alcances con algún propósito determinado.

Si de lo que se trata es de flexibilizar la institución del matrimonio, a efectos de que más personas puedan acceder a ella voluntariamente, la respuesta podría

(36) Veáse: WILDE, Zulema. *La incidencia de la Pandemia en las relaciones familiares*. Academia Euroamericana de Derecho de Familia. https://www.google.com/

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ser muy simple, dado que no existe norma legal alguna que exija que las personas se casen, de manera tal que la opción de no hacerlo es totalmente válida.

En ese sentido, si lo que se quisiera fuera poder casarse a plazo susceptible de ser renovado, por ejemplo, cada cinco años, tal situación sería contraria a la estabilidad que la sociedad en su conjunto busca con la institución matrimonial.

Decimos esto, habida cuenta de que los hijos no se tienen por plazo determinado, sino a plazo indeterminado.

Creemos que el poder flexibilizar el matrimonio en cuanto a su plazo de duración, desde el inicio, determinaría encontrarnos frente a una institución debilitada.

Por lo demás, hoy en día y desde comienzos del presente siglo, resulta mucho más factible separarse y divorciarse en el Perú, ya que en el año 2001 fueron introducidas modificaciones al texto del Código Civil,[37] a través de las cuales se permite el divorcio invocando hecho propio, por la separación unilateral.

Esta causal –contra la cual nos pronunciamos en 1998 en nuestra obra *Tentaciones académicas*, cuando sólo se trataba de un proyecto de ley–, sin duda, debilita el matrimonio y permite que el cónyuge que no desea continuar en la relación matrimonial le ponga fin recurriendo a los tribunales de justicia, invocando el propio abandono del hogar conyugal.

En tal sentido, no consideramos que corresponda aplicar el plazo como modalidad del matrimonio.

Por lo demás, creemos que, si las parejas se casaran por plazo, ellas vivirían constantemente pensando en la terminación del matrimonio y en la posibilidad de cambiar de rumbo cada cinco años.

En adición a lo expuesto, también se plantea la idea de matrimonios abiertos; es decir, de aquéllos que aceptan la posibilidad de integrar no sólo a marido y mujer, sino también a una tercera persona, sea ésta del sexo que fuere.

(37) El artículo 333 del Código Civil, modificado por el artículo 2 de la Ley n.° 27495, publicada el 7 de julio de 2001. Mediante el referido artículo, se incluye las siguientes causales de divorcio:
«11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuvieren hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estimamos que todas estas variantes alterarían notoriamente la solidez de la institución y harían que ella sea mucho más precaria de lo que ya es en nuestros tiempos.

Las estadísticas de separaciones de hecho y de divorcios que existen en nuestro país son cada vez más alarmantes y nos configuran un panorama en el cual, si bien la sociedad y, en especial, los jóvenes siguen apostando por el matrimonio, no necesariamente ingresan a él con la debida seriedad y aplomo que merece esta institución.

Si, además de todos los embates que se producen en la sociedad moderna, vamos a regular el matrimonio como un experimento con modalidades diferentes, no sólo contribuiremos a su desaparición sino también y, correlativamente, al debilitamiento de la sociedad, la misma que terminará asentándose en base a relaciones familiares precarias, lo que constituiría una victoria de quienes plantean, en el fondo, que esta materia no tenga reglas ni parámetros, pero una derrota de la sociedad, del Estado y del futuro de la nación.

Muchas gracias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LIBRO III

DERECHO DE FAMILIA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN PRIMERA
DISPOSICIONES GENERALES

Finalidad de la regulación de la familia

Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Como ya hemos señalado, el anteproyecto del Libro de Derecho Familia del Código Civil de 1984 (Libro III) fue elaborado por don Héctor Cornejo Chávez, gran jurista de precisión matemática en sus conceptos, a la par que extraordinario catedrático. Él fue profesor de mi promoción y también lo fue de casi todos quienes en esos tiempos ejercían la cátedra en Derecho de Familia.

Las clases de Cornejo eran de calidad superlativa y sus exámenes, de carácter objetivo con respuestas múltiples y con puntos en contra por las respuestas equivocadas. Esto lo hacía muy conocido. Confieso que no me matriculé con él (pero sí asistí a varias de sus clases), sino con otro profesor, luego de ver cuántos excelentes alumnos de la promoción anterior a la mía, habían reprobado su curso. Prefería escuchar sus clases, pero no rendir sus exámenes.

Llevé Derecho de Familia I con el profesor Roger Rodríguez Iturri, por quien siempre tuve (y sigo teniendo) el mayor de los afectos, al igual que los tengo con respecto a quien fue mi profesor de Derecho de Familia II, don Benjamín Aguilar Llanos.

El Libro III del Código Civil de 1984 elaborado por Cornejo Chávez, es excelente.

Cornejo era un ferviente católico y, como no podía ser de otra manera, la obra de un notable jurista como él tenía que recoger las instituciones y una regulación tradicional sobre la materia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Las aisladas críticas a la obra de Cornejo, más allá de ser injustas, no proponen una alternativa global con respecto a la familia como institución. En otras palabras, qué dejar de regular, qué cambiar y qué empezar a regular. Los autores que han criticado el Libro III y a Cornejo, no han podido –siquiera– esbozar algo al respecto.

Además, Héctor Cornejo Chávez tenía una fabulosa obra escrita sobre la materia, *Derecho familiar peruano*, con la que el Perú se nutrió de sus doctrinas en la versión que comentaba el Código Civil de 1936 y, luego, en aquella otra que analizó, con el mayor detalle, la materia en el Código Civil de 1984 (ambas consultadas y citadas en el presente libro).

En lo personal, comparto la visión de familia que tenía Cornejo. Ello se puede apreciar claramente de la lectura de los dos discursos que he colocado como proemio de esta obra, pues su contenido me releva de cualquier otra consideración al respecto y, además, explica el sentido de mis comentarios al articulado del Libro III.

Para concluir, debo señalar que la visión del Derecho de Familia, que Cornejo y yo profesamos, tiene honda raigambre en el Derecho Natural. Pero a mí no me gusta justificar mis tesis en este Derecho, en la medida en que resulta muy fácil para quien quiera rebatirlas, el decir que ni cree en Dios y, menos, en el Derecho Natural.

Yo justifico mis tesis en materia de Derecho de Familia, en el orden que el Derecho debe fomentar en la sociedad y en la convicción de lo perniciosa que es la relatividad moral. Todo no puede ser bueno en las relaciones humanas; y el Derecho debe tomar partido por aquellas situaciones que estime mejores que otras, no sólo para el ser humano, sino para la sociedad en su conjunto. Es obvio que, en el terreno moral, admiraba la Iglesia de Karol Wojtyla (San Pablo Segundo, desde el 2014) y Joseph Ratzinger (quien fuera Papa Emérito desde el 2013 hasta su muerte el 2022).

Digo esto, pues si se asumiera legislativamente la posición contraria, tanto matrimonio como familia podrán ser conceptos con una pluralidad de significados y permanentemente cambiantes y todo, repito, todo, debería ser promovido y legalizado por el Derecho positivo.

Soy un pecador más en esta vida, pero creo que lo correcto es saber cuándo uno está actuando bien y cuándo uno está procediendo mal. Lo hipócrita es creerse el cuento de que tanto lo malo como lo bueno están bien; y, por lo tanto, llegamos a la conclusión de que todo lo que uno quiera hacer y haga es bueno, ya que es uno mismo el que lo ha hecho. Por lo tanto, se justifica todo,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TODO. Y de ahí a proponer su regulación legislativa sólo existe un paso. Un ejemplo, es la peligrosa relatividad en la posición de algunos organismos internacionales con respecto a las relaciones sexuales de mayores de edad con niños.

A veces me da la impresión de que, para algunas personas, esta materia podría reducir su faceta legislativa a una norma que diga «El Derecho de Familia y el matrimonio son lo que cada ser humano quiera que sean».

Ante tal vaguedad o amplitud, simplemente no habrá algo que agregar. El Libro III podría tener un solo artículo. Ello significaría que la regulación del Derecho de Familia sería una ficción, pues esa norma implicaría su desregulación absoluta. Me temo que las sociedades parecen dirigirse en ese sentido. Ello implicaría, simplemente, la consagración del caos y la abdicación o, mejor dicho, la muerte del Derecho de Familia.

Tengo la seguridad de que si Héctor Cornejo Chávez viviera hoy, tendría la misma sensación que yo.

Todo lo expresado va de la mano con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil de 1984, primer artículo del Libro III de Derecho de Familia, cuando establece que la regulación de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Debemos recordar que el Preámbulo de la Constitución Política del Perú de 1979, vigente al tiempo de promulgación y entrada en vigencia del Código Civil de 1984, establecía que la Asamblea Constituyente creía en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado; a la par que la familia es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura.

Esta carta política, además, tenía todo un Capítulo, nada menos (el II), relativo a la familia (artículos 5 a 11):

> **Artículo 5**.- El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la nación.
>
> Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.
>
> La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 6.- El Estado ampara la paternidad responsable.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.

Artículo 7.- La madre tiene derecho a la protección del Estado y a su asistencia en caso de desamparo.

Artículo 8.- El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral.

Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

Artículo 10.- Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa.

Artículo 11.- La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos.

No olvidemos que en ello tuvo mucho que ver Cornejo Chávez, ya que él fue miembro de la Asamblea Constituyente que, entre julio de 1978 y julio de 1979, elaboró la Constitución de la que venimos hablando.

La Constitución de 1993, hoy vigente, tiene un brevísimo Preámbulo en el que no menciona a la familia. Tampoco destina un Capítulo al tema, sino sólo cuatro artículos que hacen referencia a ella. Se trata de los artículos 4, 5, 6 y 7, ubicados dentro del Capítulo II, relativo a los derechos sociales y económicos, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así *(sic)* como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

A pesar de no merecer el tratamiento exhaustivo que sí tenía en la Constitución Política de 1979, la de 1993 no deja de otorgarle protección y de apostar por el modelo tradicional de familia.

El artículo 233 del Código Civil de 1984 refuerza todo ello, cuando subraya que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, siempre en armonía con los principios y normas proclamados en la carta política.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que en 1998, en nuestra obra *Tentaciones académicas*[38] señalamos que el artículo bien podría tener un tercer párrafo que diga:

> Los cónyuges tienen la libertad para regular, con anterioridad a la celebración del matrimonio, determinadas situaciones que pudieran presentarse durante la vigencia del mismo y establecer las consecuencias que acaren el incumplimiento de las obligaciones y deberes jurídicos que impone el matrimonio, siempre que tales disposiciones no infrinjan normas de carácter imperativo. Este convenio debe celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Señalábamos en aquella obra que cuando dos personas se casan, sin lugar a dudas, en la mayoría de supuestos desean que ese matrimonio dure para toda la vida y que no se quiebre a lo largo de los años, así como que tampoco ocurran situaciones que conlleven al incumplimiento de las obligaciones y deberes jurídicos que impone la institución.

Pero cuando esos problemas se presentan (y ello ocurre muy a menudo), las partes se ven en la incómoda situación de tener ante sí un conflicto cuyas consecuencias son imprevisibles para ambas, especialmente para aquella que fue fiel cumplidora de dichas obligaciones y deberes jurídicos.

En tal sentido, en aquella oportunidad proponíamos que quienes lo consideren conveniente, antes de casarse opten por celebrar un convenio por escritura pública, en el cual establezcan por anticipado y en momento en que no existe problema alguno, justamente, cuáles creen que serían las consecuencias respecto al incumplimiento de las referidas obligaciones y deberes jurídicos.

Un ejemplo.

Como vamos a ver más adelante, cuando uno de los cónyuges incurre en causal de divorcio, el afectado puede haber sufrido un considerable daño moral. El Código Civil, dentro de las normas de Derecho de Familia, sólo otorga en la actualidad un resarcimiento cuando dichos hechos comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente. Si bien es cierto nuestra jurisprudencia va más allá del supuesto señalado expresamente por el texto legal (lo que corresponde a Derecho y a justicia), el tema no deja de ser debatible.

(38) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, tomo I, pp. 337-339.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si se tratase del supuesto establecido en el artículo 333, inciso 1 del Código Civil, vale decir, el adulterio, las partes podrían pactar con anterioridad a contraer matrimonio, una eventual indemnización, cuyo monto sea establecido previamente, por citar un ejemplo, US$100,000.00, reajustados con alguna cláusula valor que rija desde la fecha de celebración del matrimonio.

En *Tentaciones académicas*, también jugábamos con adicionar un cuarto párrafo al artículo 233, que dijera:

> El Estado fomenta y auspicia el matrimonio. Sin embargo, reconoce que ésta no es la única forma de constitución de una familia.

Si bien creemos en el fomento de la familia tradicional, lo que proponíamos hace un cuarto de siglo deriva del reconocimiento de la realidad, la misma que nos dice de manera muy clara que en nuestro país el matrimonio no es la única forma o manera a través de la cual surgen o se constituyen familias.

Ello se ve expresado en la sentencia del Expediente n.º 06572-2006-PA/TC, 6/11/2007, mediante la cual el Tribunal Constitucional establece que las familias tienen diversos orígenes y están compuestas en circunstancias distintas a la concebida en los inicios de nuestros tiempos; sin embargo, dicha diversidad no implica su desprotección, si se considera que el Estado y la sociedad están obligados a protegerla. Es así que indica: «Tutela de la familia en el Estado democrático y social de derecho y pluralidad de estructuras familiares. 10. La familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de los miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional", es pues, "agente primordial del desarrollo social". 11. De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de concluir, debemos señalar que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil del año 2019 propuso que el artículo 233 pasase a tener el siguiente texto:[39]

> **Artículo 233**.- Finalidad de la regulación de la familia
>
> La regulación jurídica de la familia y las diversas formas de constituirla tienen por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú y en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano.

Como ya hemos visto, el actual artículo 233 trata sobre cuál es el propósito de regulación del Derecho de Familia.

Las modificaciones propuestas por la comisión del 2019 radicaban, en primer lugar, en que se agrega la expresión relativa a diversas formas de constituir la familia.

Es una vieja discusión si debe haber una o varias formas de constituir la familia. El Código Civil de 1984 regula la manera tradicional de constituir la familia, basada en el vínculo entre un hombre y una mujer, ya sea por matrimonio o por unión de hecho.

El anteproyecto proponía regular otras formas de constituirla.

No negamos que existen familias constituidas de diversas maneras; como acabamos de ver, el propio Tribunal Constitucional lo reconoce. Sin embargo, aquello que nos hace generar duda es lo relativo a una norma tan amplia en su concepción como aquella que se pretendía incluir en el artículo 233.

En esta obra y en ocasiones anteriores, nos hemos pronunciado acerca de cuál es el modelo de familia que debería fomentar la legislación nacional.[40]

En la exposición de motivos del proyecto de reforma del Código Civil se señalaba que: «Es necesario que se otorgue tutela jurídica a otras formas

(39) *Ibidem*, p. 327.

(40) Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el arbitraje* (segunda parte). Volumen 50 de la Biblioteca de Arbitraje. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2019. Castillo Freyre, Mario. «La familia y la responsabilidad civil. Reflexiones personales a propósito de la presentación de un libro». *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 46. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, pp. 155-173; y *Lectio inauguralis*. «El derecho y la familia en el Perú en el siglo XXI», ver en esta obra pp. 39-59.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

familiares como la unión de hecho, que se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio.»

Disentimos de esta afirmación, pues la regulación de la unión de hecho tiene tratamiento no sólo desde el Código Civil de 1984 (artículo 326), sino también desde la Constitución Política de 1979; de modo tal que la modificación del artículo 233 en este extremo resultaría innecesaria para la unión de hecho; no así para otras formas de fundar una familia, como la ensamblada, la monoparental y otras a las que hace mención expresa el segundo párrafo de la exposición de motivos de esta propuesta de modificación del artículo 233. En ese sentido, además de la sentencia citada del Tribunal Constitucional, tenemos la sentencia del propio Tribunal en el Expediente n.º 09332-2006-PA/TC, 30/11/2007, cuya sentencia considera como parte de la familia al hijastro, cuando indica que: «Las familias reconstituidas o ensambladas, que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. El hijastro forma parte de la nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales.»

La segunda modificación que proponía la comisión del 2019 estribaba en que la regulación de la familia no sólo se hace en función a los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú, sino también en los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

No existe en la exposición de motivos del anteproyecto una sola línea en torno a cuáles serían los tratados de esta naturaleza a los que se hace referencia.

En muchas ocasiones ocurre que las autoridades suscriben o ratifican tratados que comprometen al Perú y a su legislación interna, pero tales actos son, en la práctica, inconsultos en la sociedad, de modo tal que en realidad la población, e incluso el medio jurídico, no conoce a qué se está obligando el Perú.

Hubiera sido bueno que la comisión fuese explícita para saber exactamente a qué se refiere.

ESTUDIO MARIO CASTRO OTERO

Concepto de matrimonio

Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

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

El primer párrafo del artículo 234 del Código Civil subraya el hecho de que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer.

Sólo resulta necesario reparar en lo que se dispone en torno a que la unión matrimonial persigue el propósito de hacer vida común.

A entender del profesor Eduardo A. Sambrizzi: «(...) no obstante que nuestras leyes no enuncian en forma específica los fines del matrimonio, no resulta dudosa su existencia, pues es precisamente para cumplimentar esos fines no enunciados que la ley establece los derechos y deberes de los esposos. Bien puede, pues, afirmarse que el matrimonio tiene varios fines, dentro de los cuales está la procreación y, como lógica consecuencia, el de la educación de los hijos, así como el de ayuda mutua entre los cónyuges.»[41]

Consideramos que el fin de hacer vida común resulta muy importante, no sólo en lo que respecta a la pareja, sino que lo será más con relación a los hijos que la misma pueda tener en el futuro.

En torno a la finalidad del matrimonio, la Casación n.º 3006-2001-Lima, del 6 de febrero de 2002, menciona el concepto de «hacer vida común», indicando lo siguiente: «*Primero*. El matrimonio, el hombre y la mujer asociados, en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se complementan recíprocamente y cumpliendo los fines de la especie la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia (...).»[42]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(41) Sambrizzi, Eduardo A. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018, p. 228.

(42) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Toda la jurisprudencia civil vinculante, relevante y actual en un solo volumen*. Editorial Nomos & Thesis, Lima, 2021, p. 283.

Ello nos remonta a lo indicado por Georges Ripert, quien sostiene que «el hecho de la imposibilidad de procrear hijos es demasiado excepcional para alterar el carácter normal del matrimonio; y que la vida en común de los esposos, que es visto como otro de los fines del matrimonio, puede también ser imposible, como en el caso de los matrimonios in extremis». Y concluye con la realización de una mínima parte de los efectos del matrimonio indicando que sirve «para justificarlo en caso excepcionales, pero no para suministrar teóricamente la razón de ser decisiva de esa institución, su fin social».(43)

Hoy en día la concepción de procreación como fin fundamental del matrimonio ha perdido fuerza y es que con la presencia de uniones legales como son aquellas que se producen entre personas que no pueden procrear o personas de edad avanzada, el orden de prioridades ubica a la convivencia de los cónyuges en armonía y ayuda mutua como la principal razón de ser del matrimonio, dejando de lado como una opción la procreación de los hijos.

Por otra parte, diremos que para Luis Ugarte «el deber de convivencia hace a la esencia del matrimonio, da sentido a la protección de la vivienda familiar, a la determinación de la competencia judicial por el lugar donde se ubica la vivienda o la determinación del derecho aplicable en el ámbito del derecho internacional privado».(44) Pero debemos reparar en el hecho de que en no pocas ocasiones, uno de los integrantes del matrimonio (uno de los cónyuges) se ve obligado a vivir separado del otro, por razones de trabajo.

Esta situación, siempre que tenga vocación de transitoriedad, no desnaturaliza el matrimonio ni sus fines.

En adición a lo expuesto, es bueno recordar que el segundo párrafo del artículo 234 establece que el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Esta norma es natural derivación de lo dispuesto por el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política de 1979, precepto que establece que toda persona tiene derecho, entre otros, a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón, entre otros aspectos, de sexo.

Así, el Código Civil de 1984 terminó de redondear la igualdad normativa de derechos entre los hombres y las mujeres.

(43) Ripert, Georges. *Tratado de Derecho Civil. Familia.* Editorial Cultural, décima edición. Tomo I, p. 41.

(44) Ugarte, Luis. *Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica.* LL 2015-C-992, II, y *Derecho de Familia y de las Personas.* Año VII, N.° 7, 2015, p. 3.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Deberes de los padres

Artículo 235.- Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.

Todos los hijos tienen iguales derechos.

El artículo 235 regula los deberes de los padres para con los hijos. La norma no se restringe al tema de los alimentos, lo que podrá tener relación con la provisión del sostenimiento y educación. Pero estos deberes van mucho más allá. Veamos:

a) Sostenimiento

Este término se relaciona con la manutención y alimentación de los hijos, deber primordial de sus padres.

b) Protección

Los primeros años de vida son aquellos en los cuales el ser humano resulta más vulnerable. Es deber de los padres el protegerlos no sólo en esos primeros años, sino hasta que cumplan la mayoría de edad (dieciocho años).

c) Educación

La educación es entendida, tradicionalmente, como el deber de los padres de que sus hijos sigan el currículo obligatorio en el país, y lo hagan en centros educativos que se condigan con sus capacidades económicas.

No olvidemos que los padres están obligados a sufragar la educación de sus hijos más allá de la mayoría de edad, siempre y cuando cursen con éxito estudios superiores (artículo 424 del Código Civil de 1984).

d) Formación

Entiendo que cuando el Código Civil de 1984 se refiere a la formación de los hijos, está haciendo alusión a los valores morales que los padres deben imponer en ellos con su conducta, ejemplo y consejos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero el tema de la formación puede ir más allá, pues los padres deberían formar a sus hijos también en temas de orden cultural, en todo aquello que los pueda enriquecer como personas, en todos los ámbitos de la vida y, naturalmente, dentro del alcance y posibilidades de los padres.

De ahí que el artículo 235 hace referencia a que estas obligaciones de los padres se deberán ejecutar según su situación y posibilidades. Esto, en la práctica, es así en la generalidad de los casos. Es más, los padres siempre buscan lo mejor para sus hijos y que ellos los superen en todo orden de cosas.

Por otra parte, resulta necesario reparar en el segundo párrafo del artículo 235, bajo comentario, cuando establece que todos los hijos tienen iguales derechos. Éste fue un avance notable del Código de 1984, el que si bien, por razones legislativas y de orden práctico, distingue a los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales, asigna para ambos iguales derechos en todo orden de cosas, tanto patrimonial como extrapatrimonial. En otras palabras, la relación paterno filial, así como los derechos alimenticios y sucesorios no marcan diferencia alguna entre ambos hijos.

Creo que en el futuro, incluso, se podría pensar en eliminar la calificación de hijos extramatrimoniales (y, obviamente, la de matrimoniales), pues tanto unos como otros son hijos.

En este punto, es necesario mencionar que la calificación de hijos alimentistas, que el Código Civil de 1984 recogió en sus artículos 415, 416 y 417, ha quedado reducida a los artículos 415 y 417 y, pensamos, se trata de un criterio clasificatorio tendiente a desaparecer. Ello, en la medida en que, con los avances científicos existentes, es posible probar con casi 100 % de certeza la condición de hijo con el empleo de la denominada prueba de ADN. Por lo demás, el denominado hijo alimentista, en realidad no tiene la calidad de hijo propiamente dicho. Se trata, solamente, de una persona que goza del derecho de percibir una pensión alimenticia de un tercero, quien, jurídicamente hablando, no es su padre.

Resulta evidente que el segundo párrafo del artículo 235, bajo comentario, no se refiere a esta clase de «hijos».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Parentesco consanguíneo

Artículo 236.- El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

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

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

El tema del parentesco resulta muy importante en razón a todas las consecuencias que tiene en las más diversas áreas del Derecho. El parentesco será relevante en Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Tributario, Derecho Laboral, etc., etc., etc.

En torno al Derecho Constitucional, se puede observar, como ya hemos mencionado, que el Tribunal Constitucional establece que los hijastros forman parte de la nueva estructura familiar de las «familias ensambladas», asimismo les reconoce algunos deberes y derechos especiales, porque no reconocerlos traería una afectación a la identidad de las «familias reconstituidas», situación que se opondría a la protección constitucional que tiene la familia.(45)

No obstante, y este es nuestro parecer, de ahí a decir que el hijastro tenga algún grado de parentesco con el cónyuge que no es su progenitor, existe un abismo, pues es obvio que carece de parentesco consanguíneo y tampoco lo tiene por afinidad. No existen, pues, los «hijos por afinidad.»

Ahora bien, se tiene que considerar que, en la actualidad, como se ha venido mencionando, existen diferentes formas de familias; en este caso en particular, el Tribunal Constitucional hace mención a las familias ensambladas, vale decir aquellas en las que algunos miembros no tienen un parentesco consanguíneo con uno de los cónyuges. El Tribunal Constitucional deja establecido, así como lo hace el Código Civil, que no existen diferencias en torno a los derechos de los hijos, aun éstos sean extramatrimoniales.

(45) Expediente n.° 09332-2006-PA/TC.

La abogada brasileña Ana Paula Gimenez señala, respecto a la filiación socioafectiva, que: «Es un tema muy desarrollado en Brasil al cambiar la familia, ya que antes era un núcleo económico en donde no había divorcio. Conforme la familia fue modificándose, nuevas formas comenzaron a aparecer en la sociedad. Actualmente tenemos una familia más horizontal». De esta manera, define a la filiación socioafectiva como aquella relación basada en el afecto: «Es criar a un hijo/a como si fuera su hijo/a. Es necesario un tiempo de convivencia». En lo que concierne a la regulación jurídica, sostiene que: «En nuestro sistema jurídico la filiación socioafectiva es igual a la filiación biológica. Todos los hijos son iguales y poseen los mismos derechos».(46)

No obstante, por nuestra parte debemos señalar que en el Derecho peruano la llamada filiación socioafectiva no crea parentesco ni por consanguinidad ni por afinidad, con lo cual a pesar de hablar de una especie de «filiación», en estricto no lo estamos haciendo, porque el hijo del cónyuge no es jurídicamente hijo propio.

Si nos referimos al parentesco en el Derecho Penal, podemos observar que el mismo ocasiona que la responsabilidad penal del autor del delito pueda aumentar la pena o disminuirla.

Ello se conoce como circunstancia mixta de parentesco, lo que puede ser observado, a modo de ejemplo, en el artículo 46-E del Código Penal, el mismo que establece la «circunstancia agravante cualificada por abuso de parientes.»

Por poner un ejemplo, un padre que mata a su hijo se enfrentará a mayor pena que un hombre que quite la vida a una persona con la que no guarde esa relación de parentesco.

Pero en el Código Penal, la relación de parentesco no sólo puede agravar una pena, también puede atenuarla o eximirla. Por ejemplo, el artículo 46 del Código Penal señala que una circunstancia atenuante se puede constituir cuando el agente actuó bajo la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible:(47)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(46) Ver: Gimenez, Ana Paula. (s/f). «La filiación socioafectiva en Brasil, Argentina y Chile». Universidad de Buenos Aires. http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/dialogando-desde-el-sur-una-primavera-complicada.Organizado

(47) Artículo 46.- Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:
   a) La carencia de antecedentes penales;
   b) El obrar por móviles nobles o altruistas;

Así también, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal estipula en su inciso 2 que nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.(48)

c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;
e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;
f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;
h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:
a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;
b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;
d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.
e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;
f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;
g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;
h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;
i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;
j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;
k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;
l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;
m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.
n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

[Énfasis agregado]

(48) Artículo IX.- Derecho de defensa
1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a

FONDO EDITORIAL ASTED FREYRE

Podemos observar, además, que en el ámbito laboral, el parentesco incide en torno a la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, como sucede en el caso del Poder Judicial, conforme podemos apreciar en el artículo 42 de la Ley n.° 29277, Ley de la Carrera Judicial, la misma que señala: «Artículo 42.- Incompatibilidades.- Hay incompatibilidad por razón del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho: 1. Entre jueces de la Corte Suprema, entre éstos y los jueces superiores y jueces de los distritos judiciales de la República; así como, con los secretarios y relatores de Sala de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de la República y con los secretarios de juzgados de los distritos judiciales de la República; 2. En el mismo distrito judicial entre jueces superiores y entre éstos y los jueces, secretarios y relatores de sala y secretarios de juzgado; entre jueces y entre éstos y los secretarios y relatores de sala y secretarios de juzgado; y, los secretarios y relatores de sala y secretarios de juzgado entre sí; y, 3. Entre el personal administrativo y entre éstos y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial».

Lo mismo se puede observar con respecto al Ministerio Público, el cual tampoco es ajeno al impedimento por temas de parentesco. Así, tenemos que en el artículo 47 del Decreto Legislativo n.° 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público, se hace mención a lo siguiente: «Incompatibilidad por razón de parentesco.- Hay incompatibilidad por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por matrimonio: 1. Entre el Fiscal de la Nación y los Fiscales Supremos; entre éstos y los Fiscales Superiores, Provinciales y Adjuntos de los Distritos Judiciales de la República. 2. En el mismo Distrito Judicial entre Fiscales Superiores y entre éstos y los Fiscales Provinciales y Adjuntos en las respectivas categorías; entre los Fiscales Provinciales y entre éstos y los Adjuntos. 3. Entre el personal administrativo y entre éstos y los Fiscales, pertenecientes al mismo Distrito Judicial.»

ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.

[Énfasis agregado]

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO-VARGAS

Bajo la misma línea se puede observar que en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones con el Estado - Ley n.° 30225, se hace mención de lo siguiente: «CAPÍTULO III.- CONDICIONES EXIGIBLES A LOS PROVEEDORES.- Artículo 11.- Impedimento: 11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, las siguientes personas: (...) h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios: (i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas; (ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido; (iii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido; (iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), el impedimento tiene el mismo alcance al referido en los citados literales. i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30 %) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección (...).».

Como se puede observar de los ejemplos citados, el parentesco es un elemento muy importante en todas las ramas del Derecho.

El parentesco, obviamente, es determinado por el Derecho Civil y así lo hacen el artículo 236, relativo al parentesco consanguíneo, el artículo 237, referido al parentesco por afinidad y el artículo 238, concerniente al parentesco por adopción. Nos corresponde, pues, en primer término, estudiar el parentesco consanguíneo. Veamos:

a) Parentesco en línea recta

El primer párrafo del artículo 236 establece que el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si nos referimos a un niño, por ejemplo, sus padres serán sus parientes consanguíneos en línea recta en primer grado; sus abuelos, en segundo grado; sus bisabuelos, en tercer grado; sus tatarabuelos, en cuarto grado; y sus trastatarabuelos, en quinto grado.

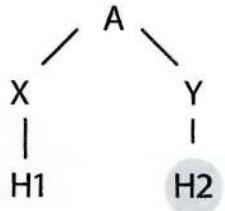
De la misma forma, si apreciamos el parentesco en línea recta descendente, los hijos serán parientes consanguíneos en línea recta en primer grado; los nietos, en segundo grado; los bisnietos, en tercer grado; los tataranietos, en cuarto grado y los choznos, en quinto grado.

Si bien hemos mencionado los parientes en línea recta hasta el quinto grado, eso no implica que el parentesco en línea recta tenga relevancia al infinito.

b) Parentesco en línea colateral

Como señala el artículo 236 del Código Civil, en la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro.

Para efectos de este cálculo, siempre se debe seguir la línea de vinculación consanguínea y nunca dar saltos. Por ejemplo, queremos saber cuál es el grado de parentesco entre lo que conocemos habitualmente como dos primos hermanos. Así, en el siguiente gráfico, si tomamos como referencia a H2, si subimos un grado, encontraremos a su padre, Y (primer grado consanguíneo en línea recta); luego, seguimos subiendo y encontramos a su abuelo, A (segundo grado consanguíneo línea recta); luego, bajamos a X, tío de H2 (tercer grado consanguíneo colateral) y, finalmente, bajamos hasta H1, primo hermano de H2 (cuarto grado consanguíneo colateral):



Como podemos apreciar, nunca habrá parientes consanguíneos colaterales del primer grado. Estos siempre serán parientes consanguíneos en línea recta (en nuestro ejemplo, el padre de H2 –Y–). El abuelo de H2 –A–, será su pariente en segundo grado en línea recta.

El parentesco consanguíneo colateral nunca puede ser de primer grado. Ello, porque la relación de parentesco en primer grado es siempre en

ESTUDIO MARCO ANTONIO FIESTAS

línea recta. Así, el parentesco consanguíneo colateral empieza en el segundo grado.

Si quisiéramos averiguar cuál es el grado de parentesco de H2 con respecto a X (su tío), es decir, tomando como punto de partida a X, debemos seguir el mismo camino, lo que implica subir siempre. Así, empezando de X, para llegar a A, su padre (primer grado consanguíneo de línea recta), debemos bajar a Y, hermano de X y, entonces, Y será pariente consanguíneo colateral en segundo grado. Si seguimos bajando y llegamos a H2, éste último, sobrino carnal de X, será su pariente consanguíneo colateral en tercer grado.

El artículo 236 concluye señalando que el parentesco consanguíneo colateral produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado. Esto significa que, independientemente de que quienes tengan un grado de parentesco más lejano, obviamente, siguen siendo parientes en el sentido amplio o general de la palabra, tal parentesco no debería generar consecuencia jurídica en materia civil.

Ahora bien, conforme resalta el Tribunal Constitucional, en torno a la familia ensamblada –ella genera también una suerte de parentesco mixto, no definido, por cierto– en su Sentencia n.° 09332-2006-PA/TC, fundamento 12, la cual proviene del Expediente n.° 01204-2017-PA/TC, 01/10/2018: «En esta misma línea de pensamiento, este Tribunal ha definido a las familias ensambladas como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa". De este modo, ha considerado que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, siempre que esta relación guarde ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

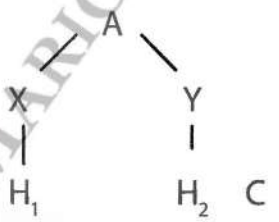
Parentesco por afinidad

Artículo 237.- El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

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

Este artículo se encarga de regular el parentesco por afinidad, que es aquel que nace del matrimonio con respecto a los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Dice el primer párrafo del artículo 237, que el matrimonio produce parentesco por afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Agrega la norma que cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

Así, retomamos el ejemplo que desarrollamos en nuestros comentarios al artículo 236, relativo al parentesco consanguíneo:



Si H2 contrajera matrimonio con C, ocurriría que C asumiría, desde ese momento, los mismos grados de parentesco que H2 (su cónyuge) tiene con respecto a su familia consanguínea.

Así, Y sería pariente por afinidad en línea recta de C, en primer grado; A sería pariente por afinidad en línea recta de C, en segundo grado; X sería pariente por afinidad de C en línea colateral, en tercer grado; y, finalmente, H1 sería pariente por afinidad de C, en línea colateral en cuarto grado.

El segundo párrafo del artículo 237 establece que la afinidad en línea recta no acaba por disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en el segundo grado de la línea colateral, en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge. Como sabemos, estas especificaciones se hacen porque tales grados de parentesco constituyen supuestos de impedimento matrimonial (artículo 242, incisos 2 y 4).

La ley establece que el parentesco por afinidad no acaba por la disolución del matrimonio que la produce, como sería en caso el matrimonio fuese declarado nulo.

La ley no desea que el divorciado contraiga, luego, matrimonio con alguno de tales parientes.

Cuando la norma (artículo 237, segundo párrafo) se refiere a la subsistencia del parentesco por afinidad en el segundo grado de la línea colateral, en caso de divorcio, se refiere al excuñado o a la excuñada.

Pero nótese cómo con los parientes por afinidad en línea recta, la ley habla de disolución de matrimonio en sentido amplio, en tanto que la restricción referida al caso del cuñado o de la cuñada se circunscribe al divorcio. Las razones son obvias. La ley trata de impedir el matrimonio entre el cónyuge divorciado y su excuñado o excuñada. La citada prohibición tiene su base en razones morales. No obstante, la norma resultaría muy injusta en caso el cuñado o la cuñada no hayan sido la causa de la ruptura matrimonial.

Nos imaginamos el caso en el cual se hubieran divorciado en el año 2000 y el exesposo empiece a tener una relación sentimental con su excuñada seis años después. Aquí, sin duda, no existiría argumento moral que quede en pie para impedir ese matrimonio, además de que se estarían vulnerando los derechos humanos y constitucionales de los involucrados.

Sería absurdo e injusto esperar la eventualidad de la muerte del excónyuge para que recién esa pareja pueda contraer matrimonio.

En 1998, en nuestra obra *Tentaciones académicas*[49] pensábamos en la idea de que se podría realizar algunas especificaciones con respecto al parentesco.

Así, considerábamos que el artículo podría modificarse, con un segundo párrafo que señale que: «El parentesco por afinidad en línea colateral sólo se extiende al segundo grado. La afinidad en línea recta acaba por la disolución del matrimonio que la produce.»

(49) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 341-342.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La razón de nuestra posición era que no debía asumirse como cierta la idea de que cuando una persona se casa «también lo está haciendo con la familia de su cónyuge.»

Además, nos permitíamos agregar un tercer párrafo a la norma, por el que se decía: «No subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge.»

Señalábamos que no había razones de orden jurídico o moral que fueren lo suficientemente sólidas para mantener normas como las vigentes. Tomábamos el ejemplo del Derecho de Sucesiones, donde los parientes por afinidad no son ni herederos forzosos ni legales, lo que equivale a decir que ni siquiera se les toma en cuenta para estos efectos.

Decíamos también que el Derecho no puede dejar de reconocer realidades, y menos darles la espalda. Si un excónyuge, por ejemplo, se enamora de la hermana o hermano de su anterior cónyuge, ello no tendría nada de malo o extraño en sí, y el Derecho no debería evitar que si desean contraer matrimonio, lo hagan. Impedírselo equivale a condenarlos a tener una situación de convivencia de hecho, que el propio Derecho es incapaz de evitar.

Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[50] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil del año 2019 propuso una modificación para que el artículo 237 tuviera el texto siguiente:

> **Artículo 237**.- Parentesco por afinidad
>
> 1.- El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.
>
> 2.- La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.
>
> 3.- Igual parentesco, en las mismas líneas y grados, surge de las uniones estables que cumplan las condiciones del artículo 326.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(50) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano*. Volumen 75 de la Biblioteca de Arbitraje. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2020, p. 104.

Como acabamos de estudiar, el artículo 237 en su texto actual regula el parentesco por afinidad.

En la propuesta de modificación del grupo de trabajo se planteaba recoger lo señalado por la norma actual y extenderlo a las uniones de hecho que cumplan con las condiciones establecidas por el artículo 326 del propio Código.

El primer párrafo del actual artículo 237 pasaría a convertirse en el inciso 1; en tanto, el segundo párrafo se convertiría en el inciso 2.

El inciso 3 planteaba regular la asimilación del parentesco en las mismas líneas y grados para las uniones de hecho.

El primer párrafo de la exposición de motivos señalaba que: «A diferencia de lo preceptuado en el artículo 237, se extiende la afinidad a las relaciones familiares originadas por las uniones de hecho.»

No estuvimos de acuerdo con esta propuesta de modificación, pues ya se estaría dando a la unión de hecho efectos muy similares a los del matrimonio; y no hay que olvidar que, si una pareja convive y no se casa, es porque no desea hacerlo y, por tanto, los efectos entre una institución y otra deben seguir teniendo marcadas diferencias y, entre ellas, la relativa al parentesco.

Lo que llamaba la atención era que en el segundo párrafo de la exposición de motivos se señalaba que: «Se regula también la relación jurídica de los hijos afines que no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, haciendo suyas (*sic*) las decisiones del Tribunal Constitucional.»

No obstante, la propuesta del artículo 237 no contenía planteamiento de regulación alguno sobre el particular.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Parentesco por adopción

Artículo 238.- La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

El artículo 238 no dice mucho. Se limita a señalar que la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

Para tales efectos, debemos remitirnos a lo establecido por el artículo 377, precepto que señala que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Primero, en relación con la antigua familia consanguínea del adoptado, debemos decir que ella dejará de ser su familia.

Sólo resultará relevante ese parentesco a efectos de los impedimentos matrimoniales (artículo 242, inciso 5 del Código Civil). Esto, por razones obvias, pues se trata de impedir que el adoptado contraiga matrimonio con sus más cercanos parientes consanguíneos.

En segundo lugar, queda claro de la lectura del artículo 377 que, a partir de la adopción, el adoptado, jurídicamente hablando, es un hijo más y el parentesco consanguíneo se calculará partiendo de esta consideración.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN SEGUNDA

SOCIEDAD CONYUGAL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
EL MATRIMONIO COMO ACTO

CAPÍTULO PRIMERO
ESPONSALES

CONCEPTO

Artículo 239.- La promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma.

En sede contractual existe lo que se denomina compromiso de contratar (artículo 1414), acto por el cual las partes se obligan, a través de ese contrato preparatorio, a celebrar en el futuro un contrato definitivo.

Es claro, además, que la injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte la alternativa entre 1) exigir judicialmente la celebración del contrato; y 2) solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.

En cualquiera de estos casos hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Como se aprecia, en sede de contratos preparatorios, la ley es implacable a este respecto. Si te obligaste, cumples; y, si no cumples, entonces se te puede obligar a cumplir.

En materia de Derecho de Familia y de esponsales, esto, naturalmente, no funciona –ni podría funcionar– así.

Los esponsales son, como lo señala el artículo 239, la promesa recíproca de matrimonio.

Los enamorados formalizan su relación y se comprometen, sea a solas, sea en una reunión con las familias y amigos, para contraer matrimonio entre sí.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es evidente que este compromiso no constituye un contrato, en la medida en que los contratos tienen un contenido fundamentalmente patrimonial y el comprometerse a casar no pasa por esa consideración.

Entonces, los esponsales no son un contrato; y tampoco lo es el matrimonio, acto que se promete celebrar.

Como no podría ser de otra manera, los esponsales no obligan a casarse. Sólo constituyen un deber moral que podría acarrear consecuencias patrimoniales, en caso de incumplimiento, como veremos más adelante.

Si partimos de la premisa mencionada en el artículo 240 del Código Civil, en donde tenemos 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, a fin de hacer vida común»; ello quiere decir que, a efectos de la validez del futuro matrimonio, debe existir la voluntad de celebrarlo, sin ningún medio de coacción.

Entonces, la promesa de los esponsales no implica medio de coerción para que se celebre el matrimonio; en pocas palabras, la promesa de matrimonio no afecta la libertad de casarse.

Como explican Chaves de Farias y Rosenvald: «evidentemente, la celebración de los esponsales no exige forma pública o solemnidad, siendo, normalmente, proveniente de manifestación verbal, así como no es necesaria la fijación de un plazo mínimo para que se celebre el matrimonio.»[51]

El matrimonio, dentro de nuestra tradición jurídica, es una institución con vocación de permanencia en el tiempo.

De esta forma, lo mínimo que se puede pedir a quienes lo contraen, es que lo hagan con voluntad, es decir que se casen porque quieren hacerlo.

Nótese que, por lo general, media un lapso apreciable de tiempo entre el momento en que se contrae los esponsales y el momento previsto para la celebración del matrimonio. Y, en este lapso, podrían decaer el amor y las intenciones de casarse.

Además, por lo general será difícil conocer si el matrimonio se frustró «por culpa» de alguien en especial.

(51) Chaves de Farias, Cristiano y Nelson Rosenvald. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Volumen 6. Editora Atlas, São Paulo, 2015, p. 156.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El hecho de dejar de querer a alguien no necesariamente obedecerá a culpa de alguno de los novios. Lo contrario sí ocurriría, por ejemplo, si el matrimonio se frustrase por culpa, por ejemplo, de la infidelidad de uno de los novios, descubierta por el otro.

Este es el caso a que se refiere el artículo 240, que analizaremos más adelante.

El artículo 239 agrega que los esponsales no generan, tampoco, la obligación legal de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la promesa.

Este extremo el artículo 239, entendemos, se refiere a la eventualidad de que los novios, en los esponsales, hubieran pactado, por ejemplo, cláusulas penales para el caso de incumplimiento. Como vemos, en el artículo sólo cabría indemnización cuando la ruptura de esponsales se derive de la culpa exclusiva de uno de los novios. Tema complejo, por cierto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Efecto de la ruptura de los esponsales

Artículo 240.- Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos.

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

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

Este artículo señala que si la promesa se formaliza indubitablemente –de eso hemos estado hablando siempre–, entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno a los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos.

Estimamos que, si bien los esponsales no obligan a casarse, sí obligan a tener un comportamiento acorde con el hecho de haber prometido matrimonio a una persona. En este caso, se deberá actuar en consonancia con esa promesa y respetar a la persona con quien supuestamente se casará.

En ese sentido, los esponsales marcan un antes y un después en la libertad del ser humano. Antes de los esponsales uno no estaba jurídicamente obligado a nada con respecto a la enamorada (o enamorado, en el caso inverso). A partir de los esponsales sí se está obligado con respecto a la novia (o novio), a actuar con el debido respeto, en consonancia con la voluntad de casarse y la palabra empeñada en ese sentido.

Esto determina que la frustración del matrimonio por causa imputable en exclusiva a uno de los participantes de los esponsales generará un deber indemnizatorio. Es el castigo a la falta de seriedad en el cumplimiento de la palabra empeñada. El Código entiende que ese integrante de la pareja ha tenido un comportamiento abiertamente contrario a honrar esa palabra. Como que a esa persona le da lo mismo actuar en un sentido u otro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo demás, debe entenderse que en los esponsales ambas personas se prometen matrimonio; no es sólo el hombre que «pide la mano» o la mujer, si ella lo hiciere. Son los dos.

A decir de Varsi: «Será necesario que la persona que ha sufrido el daño lo pruebe, para lo cual se va a requerir la relación causal entre la ruptura y el daño; además, se tendrá que probar la promesa de matrimonio, en vista de que el artículo 240 establece la formalización indubitable de esta figura. Los daños que podrán resarcirse son los daños personales; es decir, aquellos referidos a la moral o a la aflicción de los sentimientos, al daño al proyecto matrimonial y en su caso el daño psicológico. No debe olvidarse la posibilidad de indemnización por daños morales.»[52]

No obstante, resulta complicado este tema, puesto que en muchos casos el no casarse se derivará de un legítimo arrepentimiento o acto de conciencia o, incluso, de actitudes o hechos, de la contraparte que desanimen a la novia o al novio.

Pero, como lo expresamos en uno de los estudios introductorios que constituyen el proemio de este libro, resulta mil veces mejor que alguien se arrepienta de casarse antes de hacerlo, que después de haberlo hecho.

En el segundo párrafo del artículo 240, bajo comentario, se establece que la acción (pretensión) debe interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa.

Se trata, sin duda, de un plazo bastante breve, menor a cualquiera de los plazos de prescripción contenidos en el artículo 2001 del propio Código Civil, norma donde el plazo más breve es de dos años. Esto nos conduce a pensar que el plazo de un año contenido en el segundo párrafo del artículo 240, es un plazo de caducidad.

Por otra parte, debemos recordar que el tercer párrafo del artículo 240, bajo comentario, señala que dentro del mismo plazo (de un año), cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho en favor del otro por razón del matrimonio proyectado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(52) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables.* Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 13.

La revocación de la donación es una figura que contempla el Código Civil peruano de 1984 en el artículo 1636, pero la restringe a las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación.

En realidad, lo que hace el artículo 240, último párrafo, es abordar un supuesto muy especial de revocación de la donación, ajeno a las causales contenidas en el artículo 1636.

La revocación del artículo 240, *in fine*, no constituye necesariamente un reproche contra el exnovio o exnovia (exprometido o exprometida), sino simplemente constituye una consecuencia de que ya no habrá matrimonio. Nótese que la donación pudo provenir del otro promitente o de un tercero, como podría ser el caso de los padres de alguno de ellos, en beneficio de aquella persona que iba a pasar a formar parte de la familia.

Se entiende que esta norma revocatoria será aplicada, mayormente, en relación con donaciones que hubiesen versado sobre bienes de considerable valor (como, por ejemplo, un automóvil) o bienes sobre los cuales se tiene alguna vinculación sentimental, como, por ejemplo, la antigua máquina de escribir mecánica, de colección, que el futuro suegro, abogado, regala al futuro yerno, con quien comparte la misma profesión.

El artículo 240 concluye señalando que cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635, relativo al valor de reposición, si el donatario hubiese enajenado el bien o el mismo no pudiese ser restituido.

Debemos reparar en que esta última imposibilidad puede obedecer a alguno de los cinco supuestos de pérdida del bien contemplados por los tres incisos del artículo 1137 del Código Civil.(53)

El contenido de la parte final del artículo 240 no se trata de una obligación alternativa. En verdad, debe haberse perdido el bien en los términos del artículo 1137. Sólo en este caso es que procederá restituir el valor de reposición de ese bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(53) Artículo 1137.- La pérdida del bien puede producirse:
1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
3. Por quedar fuera del comercio.

En 1998, en nuestra obra *Tentaciones académicas*[54] decíamos que considerábamos pertinente suprimir el último párrafo del artículo 240, que establece que «Dentro del mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho en favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635.»

Procedíamos a tal supresión considerando que no se presenta una causal de revocación de la donación, en estricto.

Además, señalábamos que aquello que durante la etapa de enamoramiento o noviazgo se regaló a otro con amor, mediando en su mayor plenitud el *animus donandi*, no puede quitarse así por así.

Y aquellos bienes que se compraron o adquirieron en razón del proyectado matrimonio pertenecerán en propiedad exclusiva a quien los compró. Y si fueron comprados por ambos, les pertenecerán en copropiedad, en porcentajes equivalentes a los recursos que cada uno aportó para tal efecto.

Decíamos en 1998 que todos estos temas tienen regulación, tratamiento y soluciones muy claras dentro de los Libros de Derechos Reales y Fuentes de las Obligaciones, particularmente en lo relativo al contrato de donación. Estimábamos que cualquier otra consideración estaba de más.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(54) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 337-339.

CAPÍTULO SEGUNDO
IMPEDIMENTOS

IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS

Artículo 241.- No pueden contraer matrimonio:

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

El inciso 1 no corresponde al texto original de 1984. Es fruto de la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley n.° 27201, publicada el 14 de noviembre de 1999. El texto original era el siguiente:

1.- Los impúberes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos graves, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

2.- Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numeral 9, en tanto no exista manifestación de la voluntad expresa o tácita sobre esta materia.

El inciso 2 no corresponde al texto original del Código de 1984. Es fruto de la modificación efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original era el siguiente:

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

3.- Derogado. *Este inciso fue derogado por el literal a de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original era el siguiente:*

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.- Derogado. *Este inciso fue derogado por el literal a de la Única disposición complementaria derogatoria de la Ley n.° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012. El texto original era el siguiente:*

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

5.- Los casados.

El artículo 241 regula los impedimentos absolutos para contraer matrimonio. Veamos:

a) Los adolescentes (inciso 1)

De acuerdo con el Código de los Niños y Adolescentes, se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad (artículo I del Título Preliminar).

La norma agrega que el Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

Pero el texto actual del inciso 1 del artículo 241 no pertenece al Código Civil de 1984, sino que es fruto de la modificatoria operada en virtud del artículo 1 de la Ley n.° 27201, publicada el 4 de noviembre de 1999.

El texto original establecía que los impúberes no podrán contraer matrimonio. Señalaba el texto derogado que el juez puede dispensar este impedimento por motivos graves, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

En relación a la norma vigente, podemos decir que ella se limita a señalar que los adolescentes están impedidos de contraer matrimonio. No obstante, precisa que el juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten su voluntad de casarse.

Siempre me he manifestado contrario a esta autorización. La razón fundamental en este caso es el embarazo de la adolescente. Si ya los adolescentes han cometido ese error, el Derecho no debe aceptar o permitir que cometan el segundo error, que consistiría en casarse presionados por

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

las circunstancias. Para estos efectos, también remito al lector a *Tentaciones académicas*.[55]

Ahí señalábamos, en 1998, que no debemos olvidar que el matrimonio es el acto que implica la decisión más importante en la vida de una persona; y esta decisión debe ser tomada sin prisa, con madurez y con pleno conocimiento de los deberes y derechos que implica una institución seria como el matrimonio, la misma que, además, el Estado peruano, en virtud a lo establecido por la Constitución y por el propio Código Civil, fomenta y protege.

Cuando el Código Civil hace referencia a «motivos justificados» (antes de la reforma de 1999, decía «motivos graves»), ello no es otra cosa que el hecho de que la adolescente ha quedado embarazada, y que en tal situación ella y su pareja se verán presionados por sus respectivas familias para contraer matrimonio y, de esta forma, guardar las apariencias ante la sociedad y pensar que con este proceder se evitan rumores y críticas de «amigos» y conocidos.

Siempre hemos pensado que nada más equivocado que esto, pues se trata de una situación de la que todo el mundo se entera, se casen o no los chicos. Hoy, peor aún, con la existencia de las redes sociales.

En ese sentido, pensamos que el Derecho no debería propiciar que si dos adolescentes cometieron un error, la sociedad los lleve a cometer un segundo error: casarse, pues ellos no habían considerado dentro de sus planes inmediatos el matrimonio. Es más, seguramente ni siquiera tendrán una idea bien formada de aquello que implica el matrimonio.

Y, peor aún, si existe la negativa de los padres de alguno de los adolescentes para permitir el matrimonio, o si el muchacho no se quiere casar. En este caso, la sociedad pone entre la espada y la pared a la chica y la obliga a optar entre la falsa «vergüenza» de ser madre soltera o recurrir al aborto.

Decíamos en 1998 que si queremos que en el Perú existan menos abortos, entonces protejamos a esa joven o a esos muchachos que engendraron al niño por nacer, tomando la situación con normalidad, no con hipocresía ni con escándalo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(55) *Ibidem*, pp. 344-346.

Auspiciemos que nazca ese niño y que su nacimiento haga que estos jóvenes maduren rápidamente y, cuando cumplan la mayoría de edad opten, si así lo desean, por casarse o no, pero sin presiones de ningún tipo.

Resulta mil veces preferible que los menores no se casen en estas circunstancias, a que se les obligue a contraer matrimonio y pocos meses o escasos años después tengamos un matrimonio fracasado.

A saber, de Peralta Andía: «La trascendencia social del matrimonio exige para su realización y validez del cumplimiento de ciertos requisitos –cuya omisión– no sólo impide su celebración sino también ocasiona su invalidez. Antiguamente, a estos obstáculos que impiden o retrasaban el casamiento se les llamó "embargos del matrimonio o dilatorios" que fueron de distintas índoles, pero los mismos han evolucionado con el transcurso del tiempo tomando diferentes denominaciones: requisitos, condiciones y, también, impedimentos para el matrimonio».(56)

No obstante, colocar este tema como causal de anulabilidad en la ley civil, sería sumamente peligroso, pues un matrimonio contraído en estas circunstancias no dejaría de ser «un saludo a la bandera», en la medida en que sería muy fácil casarse sabiendo que en cualquier momento podrá anularse ese matrimonio invocando la causal de hipotética inmadurez; además de que tal situación no sólo podría ser alegada por los menores de edad, sino por personas mayores que astutamente, años después de celebrado el matrimonio, busquen su disolución tratando de demostrar que se casaron en una situación que en realidad no existía.

b) Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44. numeral 9, en tanto no exista manifestación de la voluntad expresa o tácita sobre esta materia (inciso 2)

Siempre hemos expresado con respecto al artículo 44 inciso 9 del Código Civil, reformado por el Decreto Legislativo n.° 1384 (Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones) que discrepamos con que califique a quienes se hallan en estado de coma como personas con capacidad de ejercicio restringida. Nos encontramos, en los hechos, frente a una persona con incapacidad absoluta, al menos mientras se halle en estado de coma.

(56) Peralta Andía, Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Editorial Idemsa, Lima, 1993, p. 125.

El inciso 2 del artículo 241 del Código Civil, también modificado por el Decreto Legislativo n.° 1384, señala que ese estado constituye un impedimento absoluto para contraer matrimonio.

La salvedad hecha por el artículo 141, inciso 2, entendemos, se refiere a que si esas personas hubiesen designado un apoyo con anterioridad (artículo 45-B, inciso 3) o si tal apoyo le hubiese sido nombrado judicialmente (artículo 45-B, inciso 4) y se hubieren manifestado con anterioridad a ingresar al estado de coma, caso en el cual podrían contraer matrimonio mientras se encontraren en ese estado.

No lo dice norma alguna, pero se entiende que es el apoyo quien manifestará la voluntad matrimonial, con base en esa voluntad, expresa o incluso tácita, puesta de manifiesto antes por quien ahora se halla en estado de coma.

Rechazamos esta situación.

Ella nos parece nada razonable y se presta a maniobras en perjuicio de quien se encuentra en estado de coma.

No olvidemos que para casarse se requiere el manifestar una voluntad actual, presente, no pretérita. Así, el hecho de que una pareja, por ejemplo, celebró esponsales (promesa de matrimonio futuro) significará que se querían casar en aquel tiempo, pero no necesariamente significará que se quieran casar en tiempo presente. Teniendo en cuenta, como ya lo mencionamos, que la promesa de matrimonio no significa su celebración, la voluntad no debería poder ser expresada por una tercera persona en el acto mismo de celebración del matrimonio sin que se pueda corroborar una conexión presente en la voluntad actual de casarse de quien, lamentablemente, se encuentra en estado de coma y esa supuesta voluntad.

Además, qué apuro hay en casar a alguien que se halla en estado de coma, del cual ni siquiera se sabe si saldrá en el futuro. ¿Acaso no sería mejor esperar que ello ocurra, para que esa persona pueda casarse expresando, ella misma, su voluntad actual? No me gusta esa «construcción» de la voluntad de los seres humanos en función de voluntades o conductas anteriores. En el presente caso, llegaríamos al colmo de casar a quien se halla en estado de coma no sólo por una voluntad expresa de casarse, manifestada en algún momento pretérito, sino que el inciso 2 del artículo 241, permite que ello ocurra, incluso con base en una voluntad tácita o, hasta presunta. ¡¿Qué apuro hay para aplicar estas ficciones a quien se encuentra en estado de coma?! Pues, jurídicamente, ninguno. En función de los intereses creados de terceras personas, no lo sabemos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Los casados (inciso 5)

El artículo 241 establece que los casados tienen impedimento absoluto para volver a contraer matrimonio. Es evidente que con esta disposición la ley peruana impide que una persona contraiga, a la vez, matrimonio con más una persona.

La poligamia es el término genérico que define a la persona que se casa, a la vez, con varias personas.

En el caso del varón casado con varias mujeres se denomina poliginia y en el caso de la mujer casada con varios hombres se denomina poliandria.

El esquema del matrimonio dentro de la tradición jurídica romano germánica es el de la monogamia, es decir, el que se permite tener sólo una pareja formal a la vez.

En el mismo sentido, en 1938, Toledo Más indicaba que: «este impedimento, tiene que figurar seguramente en todas las legislaciones del mundo civilizado, puesto que su infracción constituye el delito de bigamia. Además del consiguiente efecto civil, que es el de la nulidad de estos matrimonios según lo establece el artículo 132, inc. 1 de nuestro C.C., el Código Penal reprime el delito de bigamia, delito que las legislaciones modernas, lo sitúan en el orden de los actos punibles contra la familia, formando con el adulterio la especialidad, de los delitos llamados "delitos contra el matrimonio". (...)».[57]

Esto, a diferencia de la tradición en muchos otros países, como varios del mundo árabe, por ejemplo, en donde se permite –y es normal– que un hombre se case, a la vez, con más de una mujer, como vimos en su oportunidad.

En el Perú esto no está permitido y, por ello, el sentido del artículo 241, inciso 5 del Código Civil.

Ahora bien, un escenario peculiar es el establecido por la Casación n.° 226-94-Ica, 15 de octubre de 1996, en la cual se establece que: «No constituye bigamia el contraer matrimonio mientras se espera se cumpla el trámite de aprobación en consulta de la disolución del primer vínculo matrimonial. Error de derecho no perjudica la buena fe. Segundo (...) El hecho que una mujer haya contraído el segundo acto matrimonial el 6 de noviembre de 1984 (...) cuando se cumplía el trámite de aprobación de la disolución

(57) Toledo Más, César. *Legislación matrimonial en el Perú*. Editorial Lumen, Lima, 1938, p. 65.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del vínculo matrimonial con su anterior esposo mediante la elevación en consulta al superior tribunal, y que fue aprobada por sentencia de 24 de enero de 1986, declarando disuelto el vínculo (...) del primer matrimonio, no constituye causal de impedimento por haber actuado de buena fe; en todo caso, (...) el error de derecho no perjudica la buena fe».[58]

Se puede observar cómo el impedimento por estar casado podría ser superado si nos encontramos en el tramo final del proceso de disolución del primer vínculo matrimonial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(58) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 286.

Impedimentos relativos

Artículo 242.- No pueden contraer matrimonio entre sí:

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

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

3.- Los afines en línea recta.

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

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

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

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

Estos impedimentos relativos también son conocidos como impedimentos morales y sociales y, en estricto, son aquellos que ofenden la ética y moral de la sociedad, aunque no siempre revisten la misma naturaleza. Podemos encontrar que algunos son típicamente morales, otros no.

Sobre la distinción de los impedimentos entre relativos y absolutos, conviene señalar lo que comenta Gómez Morán al respecto: «Para el Derecho Civil los impedimentos pueden ser absolutos o relativos, refiriéndose los primeros a todas las personas y haciendo relación los segundos a las que se encuentren en determinadas circunstancias; y unos y otros pueden ser dirimentes e impedientes, según que anulen o no el vínculo conyugal establecido con omisión del obstáculo.»[59]

(59) Goméz Moran, Luis. *Teoría de los impedimentos para el matrimonio*. Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 86.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 242 se encarga de regular los impedimentos relativos, vale decir, de aquellos que se refieren a situaciones concretas y específicas en las que se halle una. Veamos:

a) Los consanguíneos en línea recta (inciso 1)

Pensamos que la razón que sostiene este supuesto es evidente. El Derecho no permite que un padre se case con su hija o que una nieta se case con su abuelo. Se trataría de casos que el Derecho reprueba y prohíbe con carácter absoluto.

Desde el aspecto fisiológico, decía Toledo: «La opinión tradicional al respecto es la de que el matrimonio entre parientes trae consigo una prole defectuosa. Modernamente se ha dicho que estas uniones son inofensivas y que los cónyuges relacionados transmiten sus vicios y cualidades lo mismo que cualquiera. Pero lo cierto es que hay disposiciones patológicas hereditarias, que con el cruzamiento de sangres diferentes, podrían quizás llegar a la neutralidad.».(60)

Ahora bien, si vemos el aspecto moral de dichas uniones, lo que se podría expresar es la distorsión del pudor natural. El solo hecho de imaginar que el aspecto sexual apoyado por la ley se permita en las uniones consanguíneas nos llevaría a indeseables escenarios de incesto.

El inciso 1 del artículo 242 agrega que el fallo que condena el pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere esta norma.

Esto debido a que si bien no se le está otorgando la condición de hijo extramatrimonial, la condición de hijo alimentista, de por sí, ya genera dudas respecto a su probable condición de hijo extramatrimonial. De ahí la prohibición para contraer matrimonio entre ellos.

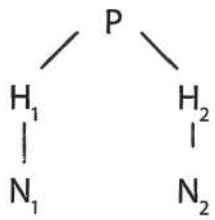
En 1998, en *Tentaciones académicas*,(61) nos mostramos partidarios de eliminar la segunda parte del inciso 1, dado que también planteábamos la supresión de la categoría de hijo alimentista. Dentro de nuestra concepción del Derecho de Familia, dado el avance de la ciencia y la tecnología, resulta innecesario que permanezca la regulación del hijo alimentista, habida cuenta de que en tiempos modernos siempre se podrá demostrar

EDUARDO CASTILLO FREYRE

(60) Toledo Más, César. *Op. cit.*, p. 68.
(61) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 346-347.

la condición de hijo (extramatrimonial) de una persona, dada la existencia de la prueba de ADN.

Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grado (inciso 2)



Por ejemplo, H2 es pariente consanguíneo en segundo grado colateral con H1, que es su hermana. H2 es pariente consanguíneo en tercer grado con N1, su sobrina.

Lo que hace el inciso 2 del artículo 242 es prohibir el matrimonio entre estas personas.

Esto no sólo es lógico, sino apegado a mínimas reglas de convivencia social y respeto familiar.

El inciso bajo comentario agrega que, tratándose del tercer grado (tío-sobrina/ sobrina-tío), el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.

Es obvio que esta norma se refiere al embarazo de la sobrina por el tío, o al de la tía por el sobrino. De lo que trata es de regularizar esta situación que es, de por sí, bastante complicada.

b) Los afines en línea recta (inciso 3)

Se prohíbe el matrimonio entre la exesposa y su exsuegro (o entre el exesposo y su exsuegra). También entre la exesposa y un hijo de su exmarido, pero no propio de ella (o entre el exesposo y una hija de su exesposa, pero no propia de él).

No nos cabe duda del contenido moral de la norma, y no estamos proponiendo modificarla. No obstante, debemos admitir que la disolución del matrimonio no tiene por qué haber obedecido a alguna infidelidad cometida por quien ahora se quiere casar y su pariente en línea recta por afinidad (por ejemplo, entre el exsuegro y su exnuera). El amor pudo haber surgido después. Además, la ley no contempla que el matrimonio se haya

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

disuelto por divorcio en el que se haya probado la infidelidad cometida por estas personas.

En ese sentido, el 1998, en *Tentaciones académicas*,[62] proponíamos derogar el inciso 3, bajo comentario, habida cuenta de lo que señalábamos en el artículo 237, en el sentido de que no debería regir la permanencia de la afinidad por línea recta luego de la disolución del matrimonio. Por otra parte, si estas personas desean hacer vida común, será preferible que lo hagan dentro de la ley (en matrimonio) y no fuera de ella.

c) Los afines en el segundo grado de la línea colateral, cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el excónyuge vive (inciso 4)

Recordemos que el segundo párrafo del artículo 237 establece que la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Agrega la norma que subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge.

Esto, aplicado al inciso 4 del artículo 242, significa que no cabe el matrimonio entre exesposo y excuñada; ni entre exesposa y excuñado.

Pero esta prohibición sólo se presentará cuando: i) el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio; y ii) cuando el excónyuge vive.

Como ya lo hemos señalado, entendemos las razones morales que sustentan el precepto. No obstante, esta norma también parte del prejuicio de que el matrimonio se disolvió porque seguramente ya existía alguna relación entre quienes ahora se quieren casar. Si así fuera, debió haberse contemplado específicamente el supuesto en el cual el divorcio hubiera sido por adulterio y, además, que en ese proceso se hubiese probado la infidelidad del cónyuge culpable con el cuñado o cuñada con quien ahora se quiere casar. Pero esto no está contemplado específicamente por el Código Civil, el mismo que hace una generalización amplia al referirse a la disolución del primer matrimonio por divorcio.

No olvidemos que las causales de divorcio son trece (artículo 333) y el adulterio es sólo una de ellas. Entonces, el impedimento para contraer matrimonio establecido por el artículo 242, inciso 4, constituye, sin duda, un exceso. El primer matrimonio pudo haber concluido, incluso, por separación convencional, *ex* mutuo disenso (inciso 13 del artículo 333) o por

(62) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

uso habitual de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía (inciso 7 del artículo 333), y, en ello no haber tenido nada que ver el hermano o hermana del cónyuge que se separa.

Además, y como ya hemos expresado, el amor entre el excuñado y la exesposa o entre la excuñada y el exesposo pudo haber surgido con posterioridad a la disolución del matrimonio. En estos casos, mientras viva el excónyuge, estas personas no podrán contraer matrimonio. Se trata de una injusticia enorme.

Conozco un caso que calza exactamente en el supuesto que describo, en el que los miembros de la pareja tienen más de treinta años juntos y les resulta imposible contraer matrimonio, a pesar de tener varios hijos y de llevarse bien con todos los miembros de la familia de la pareja mujer, incluida su hermana y exesposa de su ahora conviviente, con quien también tuvo hijos (medio hermanos de los hijos de los concubinos). En ese caso, nunca hubo nada inmoral, pero la ley les impide casarse mientras viva la exesposa. Realmente muy injusta la situación.

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

En primer lugar, tenemos el impedimento entre adoptante y adoptado. Si legalmente son como padre e hija o como madre e hijo, sería impensable que el Derecho les permita contraer matrimonio.

Pero la ley también extiende el impedimento: entre el adoptante y los familiares del adoptado en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 del propio artículo 242, antes estudiados, vale decir, en línea recta (siempre) y en línea colateral (dentro del tercer grado de parentesco). Todo esto, sea por consanguinidad o por afinidad.

Verdaderamente, no nos convence esta prohibición, sobre todo en la línea colateral por consanguinidad o por afinidad. Entendemos que se trataría de situaciones no sólo anormales, sino excepcionales, pero el Derecho no debería prohibir estas uniones matrimoniales, porque estaría condenando a esas parejas a vivir en la informalidad.

e) El condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente (inciso 6)

Aquí se prohíbe el matrimonio entre el condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges (por ejemplo, aquel que mató

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

al esposo), con el cónyuge supérstite. Las razones morales de esta prohibición resultan evidentes.

En el Derecho Canónico, el impedimento de crimen es dirimente por los delitos de adulterio y conyugicidio, esto quiere decir que hace al individuo indigno del sacramento del matrimonio. Así, tenemos que el canon 1075 menciona: «1. Compete de modo exclusivo a la autoridad suprema de la Iglesia declarar auténticamente cuándo el derecho divino prohíbe o dirime el matrimonio. 2. Igualmente, sólo la autoridad suprema tiene el derecho a establecer otros impedimentos respecto a los bautizados.»

Por lo demás, tendría que haber sentencia firme, es decir, en última instancia o, no siendo de última instancia, que haya quedado firme por no haberse recurrido la de la instancia inferior.

En segundo lugar, el inciso 6 también prohíbe el matrimonio del procesado por esta causa con el cónyuge sobreviviente. Nótese que este extremo de la norma, obviamente, no requiere la existencia de una sentencia firme. Lo que se busca evitar es que aquella persona de quien se sospecha la autoría del homicidio del cónyuge se case con la viuda o viudo. Ello, con el propósito de evitar una situación socialmente incómoda. En ese sentido, deberá esperarse la absolución del procesado o procesada.

f) El raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta (inciso 7)

El rapto, en Derecho Penal se traduce como el delito de secuestro, consistente en mantener retenida a una persona en contra de su voluntad. Así tenemos que el artículo 152 del Código Penal establece no sólo la figura del secuestro, sino además las causales agravantes de dicha figura: «Artículo 152.- Secuestro.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad. (...).»

Si se produjera esta situación, podría presentarse el caso en el que ambos –de verdad– deseen contraer matrimonio. Pero, aun así, el Derecho considera que el hecho de encontrarse raptada esta persona constituye de por sí un impedimento, habida cuenta de que no quedará claro si el raptado o raptada se está casando por propia voluntad o si lo está haciendo presionado por las circunstancias. Esto, naturalmente, como especifica el inciso 7, bajo comentario, mientras subsista el rapto o haya retención violenta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo demás, podría estar presente el llamado *Síndrome de Estocolmo*, por el que se aprecia especial empatía entre el raptor y la raptada, lo que podría distorsionar la libre voluntad del sujeto pasivo del delito.

Conforme menciona Toledo: «nuestro Código derogado (Toledo se refiere al Código de 1852), no comprendía este impedimento entre los de su artículo 142, que establecía quiénes no podían de una manera absoluta contraer matrimonio; sino que le dedicaba artículo aparte, el 144, donde no se delineaba bien la figura del rapto, sino la del consentimiento, que no podía ser libremente manifestado. Siendo la doctrina del C.C. vigente (el autor se refiere al Código de 1936), contraria, pues aunque la mujer consienta libremente en el matrimonio, el impedimento subsistiría mientras se halle en poder del raptor.»[63]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(63) Toledo Más, César. *Op. cit.*, p. 72.

Prohibiciones especiales

Artículo 243.- No se permite el matrimonio:

1.- Del tutor o del curador con el menor o con la persona con capacidad de ejercicio restringida del artículo 44 numerales 4 al 7 durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública.

El tutor que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.

El texto del inciso 1 no responde al Código de 1984. Es fruto de la modificación efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original era el siguiente:

1.- Del tutor o del curador con el menor o el incapaz, durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o curatela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública.

El tutor o el curador que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.

2.- Del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que éstos no tienen bienes.

La infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos.

Esta disposición es aplicable al cónyuge cuyo matrimonio hubiese sido invalidado o disuelto por divorcio, así como al padre o a la madre que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad.

3.- De la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. Esta disposición

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

es aplicable a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado.

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

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

No rige la prohibición para el caso del Artículo 333 inciso 5.

Es de aplicación a los casos a que se refiere este inciso la presunción de paternidad respecto del nuevo marido.

El texto del inciso 3 no responde al Código de 1984. Es fruto de la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley n.° 27118, publicada el 23 de mayo de 1999. El texto original era el siguiente:

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

La viuda que contravenga la prohibición contenida en este inciso pierde los bienes que hubiere recibido del marido a título gratuito.

El juez puede conceder dispensa cuando, atendidas las circunstancias, sea imposible que la mujer se halle embarazada por obra del marido.

No rige la prohibición para el caso del artículo 333, inciso 5.

Es de aplicación a los casos a que se refiere este inciso la presunción de paternidad respecto del nuevo marido.

El artículo 243 regula tres casos de prohibiciones especiales para contraer matrimonio. Veamos:

a) Del tutor o del curador con el menor o la persona con capacidad de ejercicio restringida del artículo 44 numerales 4 al 7 durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración (inciso 1)

La figura del tutor se restringe a los menores de edad que carecen de padres que los representen o que éstos hayan sido privados de ésta (argumento del artículo 502 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sería pasible de abusar de la situación de tutela, el tutor que se quiera casar con la pupila (o la tutora que se quiera casar con el pupilo). Estas situaciones constituyen una prohibición especial para contraer matrimonio.

La excepción se presenta si el padre o la madre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio con anticipación, sea por testamento o por escritura pública.

La norma también señala que el tutor que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.

El otro supuesto de prohibición especial regulado por el inciso 1 del artículo 243, es el del curador (en realidad, en algunos casos se trata de representantes legales, conforme a lo dispuesto por el artículo 45-A del Código Civil) con el curado o representado.

Esta norma se refiere a los incisos 4 al 7 del artículo 44, vale decir, a los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos.

En estos casos, también se quiere evitar el abuso del curador o representante legal, con respecto a la situación de ventaja o privilegio que le concede el ejercicio del cargo en relación a su representado.

El primer párrafo del inciso 1 del artículo 243 establece que estas prohibiciones no sólo se extienden al tutor y al curador mientras ejerzan el cargo, sino hasta que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración. En el caso del tutor, la excepción está dada por la aprobación del matrimonio por el padre o madre, por testamento o por escritura pública. En el caso del curador, no existe excepción alguna.

A entender de Somarriva: «La razón de este impedimento la encontramos en la protección de los incapaces. Estima el legislador que el guardador puede llegar a contraer matrimonio con el pupilo para encubrir la mala administración o la administración dolosa. Por esto exige que previamente se apruebe la cuenta de rigor.»[64]

En efecto, nuestro Código prevé eventuales malos manejos en la administración de las cuentas por parte del curador o tutor, generando como

(64) Somarriva Undurraga, Manuel. *Derecho de Familia*. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1963, p. 56.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

condición para permitir el matrimonio, el que dichas cuentas se encuentren debidamente aprobadas.

Sobre este particular, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[65] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil del año 2019 propuso una modificación para el artículo 237, con el texto siguiente:

> **Artículo 243**.- Prohibiciones especiales
>
> No se permite el matrimonio:
>
> 1.- Del tutor o del asistente con el menor o la persona sujeta a un régimen de asistencia, durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o régimen de asistencia hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública.
>
> 2.- El tutor o el asistente que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.
>
> [...]

Como hemos estudiado, el artículo bajo comentario regula las prohibiciones especiales para contraer matrimonio.

El inciso 1 del Código vigente contempla el caso del tutor o del curador. En ese sentido, al haberse modificado el régimen de representación de las personas con discapacidad, introduciendo las ayudas, la comisión sustituyó estas referencias en la propuesta de modificatoria del inciso 1 del artículo 243.

No tenemos mayores comentarios que hacer sobre la norma que se proponía modificar.

b) Del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que proceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su potestad o de que éstos no tienen bienes (inciso 2)

(65) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas* 2. *Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 105-106.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este precepto tiene por finalidad preservar el patrimonio de los hijos respecto de quienes administran bienes propios de sus hijos. Esto, con la finalidad no sólo de evitar un aprovechamiento propio, sino también para evitar el aprovechamiento de tales bienes por parte de un tercero, quien desee menoscabarlos o, incluso, hacerlos suyos y desaparecerlos del patrimonio de los hijos de la viuda o del viudo en cuestión.

La excepción está dada por el hecho de que la viuda o viudo efectúen una declaración jurada, en el sentido de que no tienen hijos bajo su patria potestad o que éstos no tienen bienes.

El segundo párrafo del inciso 2 del artículo 243 señala que la infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos.

En el tercer párrafo del artículo 243 se establece que esta disposición es aplicable a dos casos más:

c) Del cónyuge cuyo matrimonio hubiese sido inválido o disuelto por divorcio (inciso 2)

Y, se entiende, que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad.

d) Del padre o de la madre que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad (inciso 2)

Entendemos que la razón que inspira esta prohibición matrimonial especial es la misma que explicamos con ocasión del análisis del primer supuesto contemplado en este inciso 2 del artículo 243 del Código Civil.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(66) señalábamos que la expresión «hijos extramatrimoniales» bien podría ser sustituida en el Código por la de «hijos nacidos fuera del matrimonio», pues se podría desterrar de la legislación peruana la distinción entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales. Las palabras con las que nos referimos a ellos de ninguna manera representan un adjetivo calificativo peyorativo, sino simplemente una descripción objetiva para tratar de regular su situación legal.

e) De la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que dé a luz (inciso 3)

(66) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 347-348.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En caso aún no hubiere dado a luz, se dispensa el plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por autoridad competente.

La finalidad de esta norma estriba en que se presume matrimonial al hijo póstumo nacido dentro de los trescientos días de la muerte del esposo. Así, entonces, si aún no han transcurrido esos trescientos días, se prohíbe el matrimonio de su viuda con un tercero; ello, para evitar dudas acerca de quién es el padre del menor.

No obstante, en estos tiempos bien podría prescindirse de esta norma, dado que la prueba de ADN no dejaría lugar a dudas sobre la paternidad.

La sanción a la viuda que contravenga la prohibición contenida en el inciso bajo comentario consiste en que pierde los bienes que hubiera recibido de su marido a título gratuito (donaciones). Esto, en razón al quebrantamiento de la prohibición y de que no tuvo la consideración de esperar el transcurso de ese plazo en respeto a la memoria de su marido y, así, no dar lugar al supuesto de incertidumbre que el precepto intenta evitar.

No obstante, resulta claro que si la viuda no se casa, pero queda embarazada a poco de la muerte de su marido, igualmente se presentará el supuesto de incertidumbre sobre el que venimos haciendo comentarios.

El cuarto párrafo del inciso 3 del artículo 243, señala que no rige la prohibición establecida en esta norma para el caso del artículo 333 inciso 5, es decir, para cuando uno de los cónyuges hubiese hecho abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda este plazo.

Entendemos la pertinencia del primer supuesto glosado, por razones obvias, pero no la del segundo, sobre todo si en los últimos trescientos días hubiese habido algún período de convivencia. En este caso, entendemos, sí debería seguir la prohibición especial de matrimonio establecida por el artículo 243, inciso 3 del Código Civil.

El inciso 3, bajo comentario, concluye señalando que es aplicable a los casos a que se refiere este inciso, la presunción de paternidad respecto del nuevo marido.

En verdad, se trata de una norma de poca utilidad en la medida en que ello resulta obvio desde el momento en que la viuda contrae nuevas nupcias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[67] señalamos que este inciso 3 bien podría ser derogado. Ello, en función a que de acuerdo con la tesis de que hoy en día siempre sería posible conocer la paternidad sobre otra persona, esta norma resultaría superflua.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(67) *Ibidem*, p. 348.

Requisitos para matrimonio de menor de edad

Artículo 244.- Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.

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

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

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

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

Complejo tema el del matrimonio de un menor de edad.

Los artículos 113 y 114 del Código de los Niños y Adolescentes –Ley n.º 27337– regulan el matrimonio del adolescente. Es así que el artículo 113 indica que: «El Juez especializado autoriza el matrimonio de adolescentes, de acuerdo a lo señalado en los artículos pertinentes del Código Civil», mientras que el artículo 114 hace mención a lo siguiente: «Antes de otorgar la autorización, el Juez escuchará la opinión de los contrayentes y con el apoyo del Equipo Multidisciplinario dispondrá las medidas convenientes para garantizar sus derechos.»

Se puede observar que el juez recurre a un órgano auxiliar de la justicia que, evidentemente, está especializado en niños y adolescentes. Dicho equipo se encuentra conformado de psicólogos, asistentes sociales y médicos, trabajando todos ellos con el propósito de garantizar el bienestar de los menores.

ESTUDIO MARIO CASTRO TREJO

Conforme podemos observar en los fundamentos del Pleno Jurisdiccional Distrital - Especialidad Civil y Familia 2013-2014 de la Corte Superior de Justicia de Piura, celebrado el 30 de enero de 2014, aquí se plantea el cuestionamiento de la necesidad de autorización para contraer matrimonio ante la evidente libertad sexual de la que goza un adolescente. Veamos: «(...) se debe mantener el trámite judicial de autorización para contraer matrimonio con adolescentes de entre 16 y menos de 18 años de edad. Pese al reconocimiento de la libertad sexual en menores de entre 14 y menos de 18 años de edad, ¿resulta necesaria la autorización judicial para contraer matrimonio o el sometimiento a protección tutelar (abandono) en el supuesto caso en que los menores formalicen unión de hecho?». El Pleno adoptó por mayoría: «Se debe mantener el trámite judicial de autorización para contraer matrimonio con adolescentes de entre 16 y menos de 18 años de edad.»[68]

Como sabemos, resulta claro que el adolescente, como parte de su desarrollo, tiene un nivel moderado de libertad sexual. Ahora bien, esta libertad sexual fue anulada en el terreno formal mediante la Ley n.° 28704 del año 2006, ley que modificaba nuestro Código Penal y que hacía mención en su artículo 173 inciso 3, a lo siguiente: «Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...) 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.»

En ese sentido, observamos que dicho inciso lo que provocó en el sistema de salud –el mismo que superó las barreras de acceso a métodos anticonceptivos mediante la Norma Técnica de Planificación Familiar del año 2005– es que el mismo se encontrara en una posición de inacción a causa de dicha ley, al igual que la posición en la que se ubicó a los adolescentes, quienes fueron señalados como actores de delitos sexuales.

Finalmente, dicha Ley fue declarada inconstitucional por el máximo intérprete de nuestra Constitución en el año 2012, a través de la Sentencia n.° 00008-2012-PI/TC, mediante la cual declaró fundada la demanda interpuesta por 10,609 ciudadanos y, con ello, la inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3 del Código Penal.

(68) Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 288-289.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Considerando que el ideal del matrimonio es el de formar un hogar estable que perdure en el tiempo y que sus cimientos sean guía para los hijos que serán procreados, resulta más que lógico considerar que la libertad sexual de la que goza un adolescente sólo es parte de su descubrimiento personal, una suerte de constantes pruebas de éxito y fracaso; ello, evidentemente, no puede ser aplicado al matrimonio, pues esta institución no existe para experimentar, con lo cual queda descartada la posibilidad de que el matrimonio se avale por el solo hecho de existir la libertad sexual. La existencia de libertad sexual no debe conllevar al matrimonio de menores de edad. Siempre nos hemos opuesto a este tema.

Debemos mencionar que el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos contiene una sumilla equivocada en el artículo 244. Dice: «Requisito para matrimonio entre menores de edad», cuando lo que correspondería decir es «Requisitos para matrimonio de menor de edad». La sumilla del SPIJ da entender que los dos contrayentes serían menores de edad, caso que podría ocurrir, pero el artículo 244 rige cuando, al menos uno de ellos, tiene esa condición. Con eso basta para aplicar el artículo 244.

Este artículo regula una serie de supuestos que analizaremos en detalle. Veamos:

a) Si los padres del menor estuvieran vivos y ejerciendo la patria potestad (primer párrafo)

Aquí se requerirá el asentimiento expreso de sus padres. Si hubiera discrepancia entre ellos, tal discrepancia sería equivalente al asentimiento. Se trata de una opción legal. Bien pudo haber sido lo contrario, pero nos parece correcto, en el límite, optar por la autorización para celebrar el matrimonio.

b) Si falta capacidad absoluta o presenta incapacidad absoluta o ha sido destituido uno de los padres del ejercicio de la patria potestad (segundo párrafo)

En este caso bastará con el asentimiento del otro padre.

No obstante, debemos señalar que dada la Reforma del año 2018, operada en el Código Civil por el Decreto Legislativo n.° 1384, sólo han quedado en la categoría de incapaces absolutos, los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el supuesto del artículo 244, segundo párrafo, bajo comentario, los padres del menor que requiere asentimiento para casarse nunca podrían ser menores de dieciséis años. Ello es evidente. El mencionado Decreto Legislativo n.º 1384 debió haber corregido este extremo del artículo 244, segundo párrafo.

Por lo demás, la solución que brinda esta norma es correcta, bastando con el asentimiento del progenitor que está en capacidad legal de manifestar su voluntad al respecto.

c) Si faltan ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad (tercer párrafo)

En estos casos, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento.

Sobre este supuesto, también debemos observar que no resulta aplicable lo relativo a que los padres del menor que desea casarse sean absolutamente incapaces. Ello, por las razones expuestas en nuestro análisis del supuesto b) de este artículo.

d) Si faltan los abuelos y las abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela (cuarto párrafo)

En estos casos (a excepción del bastante difícil supuesto de incapacidad absoluta de los abuelos y abuelas), correspondía al juez de menores (hoy, juez de familia) otorgar al menor la licencia supletoria.

La norma culmina estableciendo que la misma atribución corresponde al referido juez, respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.

e) Si se tratare de hijos extramatrimoniales (quinto párrafo)

En este caso, sólo se requiere el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél los hubiese reconocido voluntariamente.

Idéntica regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna.

Finalmente, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[69] propusimos la derogatoria de esta norma, en razón a nuestra oposición al

(69) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 348.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

matrimonio entre menores de edad, cuyos fundamentos sustentamos al analizar el inciso 1 del artículo 241 del Código Civil, punto a donde remitimos al lector.

Sobre este particular, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[70] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil del año 2019 propuso una modificación para el artículo 237, con el texto siguiente:

> **Artículo 244**.- Requisitos para matrimonio entre menores de edad
>
> 1.- Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.
>
> 2.- A falta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro.
>
> 3.- A falta de ambos padres, o si los dos estuvieran sujetos a un régimen de capacidad de ejercicio restringida o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento.
>
> 4.- A falta de abuelos y abuelas o si han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores (*sic*) otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores (*sic*), respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.
>
> 5.- Los hijos extramatrimoniales sólo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna.

El grupo de trabajo no proponía introducir modificación relevante alguna a esta norma. Sólo la sistematizaba en cinco incisos.

Debemos anotar que estaba desfasada la referencia que se hacía en el inciso 4 al «juez de menores», cuando –obviamente– debió ser hecha al «juez de familia.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(70) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 106.

Negativa de los padres o ascendientes

Artículo 245.- La negativa de los padres o ascendientes a otorgar el asentimiento no requiere fundamentación. Contra esta negativa no hay recurso alguno.

Como hemos podido apreciar, los padres y abuelos del menor tienen plena libertad para manifestar su asentimiento o su negativa a autorizar a su hijo o nieto a que se case. Hace muy bien el legislador de 1984 en establecer en el artículo 245, que tal negativa no requiere de fundamentación alguna (como tampoco la requiere el asentimiento, por cierto). En otras palabras, ni el asentimiento ni la negativa requieren exposición de motivos.

Pero, además, resulta muy importante que el artículo 245 establezca que contra esta negativa no hay recurso alguno. Esta excepción determina que contra el asentimiento sí habría recurso, pero sería muy difícil que lo interponga alguien con legítimo interés en que el menor de edad no contraiga matrimonio.

En 1998 propusimos la derogatoria de esta norma,[71] siendo el fundamento el mismo que inspiraba nuestra derogatoria del artículo 244.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(71) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 348.

Resolución judicial denegatoria

Artículo 246.- La resolución judicial denegatoria a que se refiere el artículo 244 debe ser fundamentada y contra ella procede el recurso de apelación en ambos efectos.

El artículo 246 establece que la resolución judicial denegatoria a que se refiere el artículo 244 debe ser fundamentada. Ello es obvio, pues éste es un deber de los jueces y una de las garantías básicas de la administración de justicia. Ésta es la regla en Derecho Procesal, salvo para el caso de que se trate de resoluciones de mero trámite, es decir, aquéllas que tienen la naturaleza jurídica de decretos. Los autos y las sentencias siempre deben estar motivados.

El artículo 246, finalmente, establece que contra las resoluciones judiciales denegatorias a que se refiere el artículo 244, procede el recurso de apelación en ambos efectos.

En 1998 propusimos la derogatoria de esta norma,[72] siendo el fundamento el mismo que inspiraba nuestra derogatoria del artículo 244.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(72) *Idem.*

EFECTOS DEL MATRIMONIO DE MENOR SIN AUTORIZACIÓN

Artículo 247.- El menor que se casa sin el asentimiento a que se refieren los artículos 244 y 245 no goza de la posesión, administración, usufructo ni de la facultad de gravamen o disposición de sus bienes, hasta que alcance la mayoría.

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

En primer término, debemos observar que la sumilla que aparece en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, debería ser corregida para colocar «menor» y no «menores», como se ha hecho. Esto, porque la aplicación de la norma no requiere que ambos contrayentes sean menores de edad, sino bastaría, para tal efecto, que uno lo sea.

Como se trata de un impedimento especial, si, contraviniendo la necesaria autorización de que trata el artículo 244, ese menor de edad, de todas maneras, contrajere matrimonio, la sanción que establece la ley no es la nulidad, sino el que no gozará de la posesión, administración, usufructo, ni de la facultad de gravamen o disposición de sus bienes, hasta que alcance la mayoría.

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

Esto resulta evidente.

Sólo queremos mencionar que el parámetro relativo al sueldo mínimo vital (SMV) ha quedado desfasado en el Perú. Su denominación actualmente es la de remuneración mínima vital (RMV) y es de 1,025.00 soles en el año 2023.

Pero la RMV tampoco se emplea para efectos civiles. Lo que correspondería sería actualizar el factor de referencia con la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), con la que se han actualizado algunos artículos del Código Civil, como es el caso del 1623 y del 1624, relativos a la donación de bienes muebles.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El valor de la UIT para el año 2023 es de 4,950.00 soles.

En 1998 propusimos la derogatoria de esta norma,[73] siendo el fundamento el mismo que inspiraba nuestra derogatoria del artículo 244.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(73) *Idem.*

CAPÍTULO TERCERO
CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

DILIGENCIAS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL

Artículo 248.- Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos. Asimismo, podrán contraer matrimonio civil ante notario de la provincia del domicilio de cualquiera de los contrayentes.

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

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

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

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

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.º 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para

ESTUDIO JURIDICO CASTILLO FREYRE

facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 248**.- Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.*

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

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

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

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

El texto citado no responde al Código Civil de 1984, sino a la modificación producida por el artículo 2 de la Ley n.º 27118, publicada el 23 de mayo de 1999. La norma original era la siguiente:

***Artículo 248**.- Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.*

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

ESTADO DE MEXICO FREE

> *Acompañarán, también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.*
>
> *Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.*
>
> *Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos.*

El texto en actual vigencia establece cuáles son los requisitos formales con los que se tiene que cumplir para la celebración del matrimonio. Veamos:

a) Que quienes desean celebrarlo lo declaren oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos o al notario de la provincia del domicilio de cualquiera de los contrayentes (primer párrafo)

Esta norma, de manera implícita, está señalando la competencia municipal para celebrar el matrimonio. Será competente el alcalde de la provincia o el del distrito donde vive cualquiera de los novios o el notario de la provincia de cualquiera de los contrayentes.

La declaración a que hace referencia esta norma pocas veces se realiza de manera verbal. Generalmente, se efectúa llenando un formulario preimpreso por el propio municipio o notaría, sea de manera física o virtual (en formato electrónico).

En este caso, se expresa la voluntad espontánea de la pareja de celebrar el matrimonio.

Es curioso que hasta hace poco tiempo era frecuente la existencia de las denominadas «agencias matrimoniales», las mismas que servían,

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

precisamente, para conseguir pareja a quienes no la tenían. Hoy, diversas plataformas virtuales hacen las veces de las antiguas agencias, naturalmente, con modos y métodos diferentes.

En su tiempo, Somarriva cuestionaba cómo resultaba curioso que la figura de espontaneidad se puede poner a prueba ante la existencia de agencias matrimoniales: «El contrato de corretaje matrimonial: se entiende por tal aquel contrato en cuya virtud una agencia matrimonial se compromete a realizar las gestiones necesarias para proporcionar a su cliente un marido o mujer, según los casos, mediante el pago de una remuneración determinada».(74)

Continuaba Somarriva indicando que: «(...) Cuestión muy discutida en doctrina es la de saber si este contrato es lícito o ilícito. La discusión nació con motivo de una sentencia dictada por la Corte de Casación francesa, el 1 de mayo de 1855, que condenó dicha convención por estimar que adolecía de causa ilícita. Argumentó la Corte que la injerencia de un intermediario en la celebración del matrimonio podía restar independencia y espontaneidad al consentimiento de los contrayentes, y que, como el matrimonio estaba fuera del comercio humano, no era posible que a base de *(sic)* su celebración se hicieran especulaciones y transacciones, pecuniarias. A esta decisión adhirieron autores de tanto prestigio como Aubry et Rau y Laurent».(75)

Era interesante la discusión acerca de la agencia matrimonial, toda vez que en ella existía un primer contrato entre las partes interesadas en conseguir marido o mujer. Dicho contrato era la expresión de la voluntad de las partes –como lo es todo contrato–.

Por otro lado, el agente encargado de hacer realidad el encuentro de los futuros esponsales, en efecto, sólo los presentaba y ya era decisión de los mismos si dicha presentación, con el paso del tiempo, los llevaba a celebrar el matrimonio.

Pero para nosotros es claro que lo que las agencias hacían se limitaba a presentar a las personas. Los ulteriores esponsales o, incluso, el matrimonio, eran actos en los que se manifestaba la espontánea y clara voluntad de las partes.

ESTUDIO MARIO CASTRO REYES

(74) Somarriva Undurraga, Manuel. *Op. cit.*, p. 17.
(75) *Ibidem*, p. 135.

Finalmente, si bien es cierto que en la actualidad dicho servicio sigue existiendo, el mismo ha visto reducido notablemente su radio de influencia, en la medida en que las redes sociales permiten en nuestros tiempos que las personas que no tienen pareja se conozcan con mucha mayor rapidez y facilidad.

b) Se acompañará copia certificada de las partidas de nacimiento (segundo párrafo)

Las partidas de nacimiento son indispensables para identificar a los futuros contrayentes, además de que servirán, *prima facie*, para que la autoridad municipal compruebe que no existe entre ellos los grados de parentesco consanguíneo que puedan resultar evidentes de la simple lectura de las partidas. No obstante, entendemos que al tratarse de un instrumento público, ella, al menos, no debería ser exigida para ciudadanos peruanos. La información hoy se puede tener en línea.

c) La prueba del domicilio (segundo párrafo)

Los futuros contrayentes también deben aportar al expedientillo matrimonial las respectivas constancias domiciliarias.

Nótese que, al menos una de ellas, debe acreditar que uno de los cónyuges vive en el respectivo distrito o provincia, dependiendo del caso de que se trate.

d) Los certificados médicos (segundo párrafo)

Los novios también deberán aportar sus respectivos certificados médicos.

Estos certificados médicos, según establece la norma bajo comentario, servirán para acreditar que los futuros contrayentes no están incursos en los impedimentos establecidos en el artículo 241, inciso 2 (las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44, numeral 9 –quienes se encuentren en estado de coma–, en tanto no exista manifestación de la voluntad expresa o tácita sobre esta materia) y 243, inciso 3 (de la viuda, si acredita no encontrarse embarazada, mediante certificado médico expedido por autoridad competente).

Ya nos hemos pronunciado en contra de que se permita el matrimonio de personas que se encuentren en estado de coma. Nos remitimos a las razones ahí expresadas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

e) Dispensa judicial de impubertad, de ser el caso (tercer párrafo)

Éste es el supuesto contemplado por el inciso 1 del artículo 241 del Código Civil, cuando se refiere al matrimonio de los adolescentes, caso en el cual el juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.

f) El instrumento donde conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, si fuere el caso (tercer párrafo)

Se trata de las autorizaciones al matrimonio de menores de edad de que trata el artículo 244 del Código Civil, que hemos comentado en momento oportuno.

g) La dispensa de parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado (tercer párrafo)

Esta norma hace referencia a la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 242, cuando establece que el juez puede dispensar este impedimento si existen motivos graves.

h) Copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior (tercer párrafo)

Éste es el caso en el cual uno de los cónyuges tenga el estado civil de viudez. Si así fuese, entonces esa persona deberá acreditar tal condición. Aunque podría pensarse que resultaría suficiente acreditar con su DNI, si es que en él ya apareciera el estado civil de divorciado. No obstante, ello no resultaría suficiente en la medida en que la viudez que figurase en el DNI podría provenir de un matrimonio anterior y el documento no hubiere sido actualizado.

i) Copia de la sentencia de divorcio del cónyuge anterior (tercer párrafo)

Es el caso en que uno de los futuros cónyuges tuviese el estado civil de divorciado.

Hacemos de aplicación a este caso, *mutatis mutandis*, lo expresado en el acápite h).

j) Copia de la sentencia de invalidación del matrimonio anterior (tercer párrafo)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Puede haber ocurrido también que el matrimonio anterior de uno de los contrayentes hubiese sido declarado nulo.

Hacemos, también aplicables, *mutatis mutandis*, los comentarios vertidos en los acápites h) e i).

k) El certificado consular de soltería o viudez (tercer párrafo)

Este acápite sólo resulta aplicable cuando el futuro contrayente del que estamos hablando sea extranjero. En estos casos, naturalmente, deberá acreditar que es soltero o divorciado, con las respectivas constancias consulares. El caso de los ciudadanos peruanos que vivan en el extranjero se seguirá rigiendo por el sistema del Reniec.

l) Todos los demás documentos que fueran necesarios, según las circunstancias (tercer párrafo)

Podría ser el caso de la persona que va a contraer matrimonio a través de apoderado. En este caso, será evidente que se requerirá de la presentación del poder, con un testimonio notarial y la respectiva constancia de inscripción registral de fecha reciente.

También será el caso de las personas que tienen alguna discapacidad y que tengan nombrado algún apoyo (sea personal o judicialmente), para que los ayude a expresar su voluntad. Es probable que lo vayan a requerir para contraer matrimonio.

En estos casos se deberá adjuntar copia legalizada del citado nombramiento.

m) Cada pretendiente presentará a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes (cuarto párrafo)

La norma agrega que tales testigos depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento, y que los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

Se trata de lo que genéricamente y en el argot popular se conoce como «testigos de soltería.» Pero en realidad no sólo sirven para acreditar la soltería, sino la ausencia de algún impedimento en general que resulte conocido por ellos.

A mi entender, este requisito es muy importante, pues, más allá de los documentos requeridos para la celebración del matrimonio, serían cuatro, tres o dos personas que declararán ante el Registro Civil, bajo juramento,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sobre estas circunstancias; esto, dado que la norma permite que los testigos lo sean de ambos contrayentes.

El quinto y último párrafo del artículo 248, bajo comentario, señala que cuando la declaración sea oral, se extenderá un acta que será firmada por el alcalde (o notario), los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos.

En 1998 propusimos, en *Tentaciones académicas*,(76) que dentro de los requisitos para contraer matrimonio se podría exigir un certificado que acredite la asistencia de ambos pretendientes a una charla sobre planificación familiar, cuyo dictado estaría a cargo de la municipalidad provincial o distrital respectiva. Ese agregado se proponía al final del segundo párrafo: «Asimismo, adjuntarán un certificado expedido por la municipalidad respectiva que acredite haber asistido a una charla sobre planificación familiar.»

De igual manera, planteábamos agregar un tercer párrafo, en virtud de las consideraciones que nos llevaron a efectuar comentarios en nuestro análisis del inciso 2 del artículo 241 del Código Civil: «La pareja en que ambos conozcan del impedimento de uno de ellos o de ambos, a que se refiere el párrafo anterior, puede subsanar dicho impedimento, a través de una declaración jurada suscrita por ambos, con firmas legalizadas notarialmente, en la que manifiesten que a pesar de encontrarse en tal situación desean contraer matrimonio».

Por otra parte, procedíamos a modificar el actual tercer párrafo, en lo referente al matrimonio de los menores de edad, ya que dentro de nuestras concepciones el mismo se debería prohibir.

Finalmente, estimamos pertinente recordar que la Casación n.° 4472-2007, San Martín, del 14 de enero de 2009, indica que: «No es nulo el matrimonio si los contrayentes subsanan el expedientillo matrimonial que, por cierto, es responsabilidad de la autoridad municipal. Sexto. Si bien es cierto, que alguno de los documentos que forman parte del expedientillo matrimonial no fueron presentados con antelación a la celebración del matrimonio, también es cierto que, con su presentación posterior, se han convalidado tales omisiones; además, la elaboración del edicto matrimonial está reservada para la autoridad municipal, no teniendo los contrayentes responsabilidad en las omisiones incurridas en dicho documento.

(76) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 349-350.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

(...) Octavo. Que, el presente proceso es uno de nulidad de matrimonio, sustentando en la causal contemplada en el inciso 8 del artículo 274 del Código Civil, que señala que es nulo, el matrimonio de quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.»[77]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(77) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 290.

Dispensa judicial

Artículo 249.- El juez de primera instancia puede dispensar a los pretendientes de la obligación de presentar algunos documentos, cuando sean de muy difícil o imposible obtención.

El contenido de esta norma nos parece bastante útil, habida cuenta de que podría ocurrir que algún documento de los requeridos por el artículo 249 resulte de muy difícil obtención. No obstante, debemos admitir que el artículo 249 puede prestarse a supuestos de orden fraudulento. Pero como en cualquiera de estas situaciones, el Poder Judicial está ahí para solucionar cualquier impugnación sobre la validez del matrimonio.

Antiguamente, la dispensa se encontraba sujeta a un control judicial, como decía Emilio F. Valverde: «(...) que concederá la exención cuando se justifique que es difícil o imposible su presentación, para lo que debe actuarse una sumaria información judicial. En ese mismo proceso se establecerán también los hechos que deben constar de los referidos documentos, cuyo contenido se suple, de ese modo, con aquella información.»(78)

Esta dispensa la podemos encontrar como precedente del artículo bajo comentario, en el artículo 9 del Decreto Ley n.° 7282, así como en el artículo 5 de la Ley sobre el Matrimonio Civil de fecha 23 de diciembre de 1897.

Como precedentes remotos en la legislación extranjera, podemos mencionar lo estipulado en la ordenanza suiza sobre el Servicio del Estado Civil de fecha 25 de febrero de 1910, así como en el artículo 110 del antiguo Código Civil venezolano.

Un caso de difícil o imposible obtención de un requisito de los establecidos en el artículo 248 sería aquel en el cual se trate de un ciudadano extranjero que desea contraer matrimonio en el Perú con una ciudadana peruana. Su país, en el continente africano, ha sufrido una convulsión social que derivó en una guerra civil en curso, habiéndose incendiado los Registros Civiles donde

(78) Valverde, Emilio F. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Tomo I. Editorial Ministerio de Guerra, Lima, 1942, p. 216.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

consta la defunción de su antiguo cónyuge. En ese contexto, le es imposible recabar la partida de defunción de su primera esposa.

Pero como en un documento de identidad emitido en su país antes de la guerra civil ya figura como viudo, entonces sería lógico que el juez de familia (el Código Civil de 1984 señala al antiguo juez de primera instancia en el artículo 249) dispense a ese pretendiente de la obligación de presentar la partida de defunción antes mencionada. Ello reviste plena lógica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Publicación del matrimonio proyectado

Artículo 250.- El alcalde o el notario, según corresponda, anunciarán el matrimonio proyectado, por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad o de la notaría durante ocho días y que se publicará en un diario de la localidad por única vez, donde lo hubiere.

En la circunscripción que no exista periódico, el aviso se efectuará a través de la emisora radial de la respectiva localidad que elijan los contrayentes, o de la más cercana a su localidad; debiendo entregarse el texto publicado, con la firma y documento nacional de identidad del responsable de la emisora radial, a la oficina del registro del estado civil respectivo.

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

En caso de que uno de los contrayentes domicilie en otra jurisdicción, se publicará en un diario de circulación departamental o nacional, según sea el caso.

La publicación del aviso podrá realizarse alternativamente a través de medios digitales permitidos por ley y que sean de libre y permanente acceso.

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.° 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 250**.- El alcalde anunciará el matrimonio proyectado, por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por periódico, donde lo hubiere.*

En la circunscripción que no exista periódico (sic), el aviso se efectuará a través de la emisora radial de la respectiva localidad que elijan los contrayentes, o de la más cercana a su localidad; debiendo entregarse el texto publicado, con la firma y libreta electoral del responsable de la emisora radial, al jefe de los Registros Civiles.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

El texto anterior era fruto de la modificación del artículo 250 del Código Civil de 1984, por el artículo 1 de la Ley n.° 26205, publicada el 2 de julio de 1993, norma de texto siguiente:

***Artículo 250**.- El alcalde anunciará el matrimonio proyectado, por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por periódico, donde lo hubiere.*

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

Pasamos a comentar la norma en actual vigencia.

El futuro matrimonio debe ser publicitado en la sociedad, a efectos de que las personas que consideraran la existencia de algún vicio o impedimento puedan hacer ejercicio de su derecho a oponerse a la celebración de ese matrimonio.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 250 establece que el alcalde o notario anunciará el matrimonio proyectado por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad o notaría durante ocho días y que se publicará una vez por periódico, donde lo hubiere.

Creemos que estas publicaciones son importantes, pero más lo serán si es que las mismas se hacen en Internet. En este sentido, la Ley n.° 31643 ha dado un paso muy importante en el camino que siempre abogamos, cuando establece que la publicación del aviso podrá realizarse alternativamente a través de medios digitales permitidos por ley y que sean de libre y permanente acceso, como sería el caso de la página web de la institución (municipalidad o notaría). Esa publicación tendría, en tiempos modernos, mucho mayor efectividad que el aviso en una página o vitrina del local de la municipalidad o notaría.

Es interesante observar que en el Derecho antiguo la publicación tenía carácter oral, habiendo sido ésta evidentemente abandonada por considerarse insuficiente. A decir de Emilio F. Valverde: «(...) el anuncio de viva voz tenía

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

carácter fugaz. Fue sustituido por la publicación escrita, consistente en el aviso que se fija en el local público donde se celebra el casamiento, y ella subsiste como única en la mayor parte de los cuerpos legales, por tener, sin duda, la ventaja de su permanencia (...)».[79]

Hoy, felizmente, se permite utilizar el Internet para estos menesteres. Nada más eficaz, sin duda.

Por otra parte, estamos de acuerdo con la publicación en un periódico, por menor tiraje que éste tenga.

Donde no exista periódico, el aviso se efectuará a través de la emisora radial de la respectiva localidad que elijan los contrayentes, o de la más cercana a la localidad donde se va a celebrar el matrimonio.

En este caso, deberá entregarse al jefe de los Registros Civiles el texto publicado, con la firma y documento nacional de identidad (el Código Civil todavía menciona a la antigua libreta electoral) del responsable de la emisora radial.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 250 establece que el aviso consignará el nombre, nacionalidad, edad, profesión, ocupación u oficio, domicilio de los contrayentes, el lugar donde será celebrado el matrimonio y la advertencia de que todo el que conozca la existencia de algún impedimento debe denunciarlo.

Es importante tener en cuenta que el antecedente de este artículo se encuentra expresado en los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo n.° 7282.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(79) *Ibidem*, p. 218.

Edicto domiciliar

Artículo 251.- Si fuere diverso el domicilio de los contrayentes, se oficiará al alcalde que corresponda para que ordene también la publicación prescrita en el artículo 250, en su jurisdicción.

El artículo 250 parte del entendido de que ambos contrayentes domicilien en el mismo distrito (si fuese un municipio distrital) o provincia (si se tratase de un municipio provincial o notaría donde se tramita el matrimonio).

Debemos precisar que la Ley n.° 31643 omitió modificar este artículo, haciendo referencia al notario, pero el tema se entiende sin mayor dificultad.

Pero podría ocurrir que los contrayentes tengan sus domicilios en circunscripciones diferentes. Es para este caso que está destinado el artículo 251, cuando establece que en este supuesto se oficiará al alcalde que corresponda para que ordene también la publicación prescrita en el artículo 250, en su jurisdicción.

Esto es lógico en la medida en que la publicidad del matrimonio debe hacerse también en la localidad donde vive el otro cónyuge y por los mismos medios establecidos por la ley.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la publicidad del matrimonio perdería cierta eficacia si nos encontramos frente a la figura de diferentes domicilios, toda vez que lo actuado o publicado en el distrito o provincia de uno de los contrayentes no sería conocido en el domicilio del otro, por lo que el artículo bajo comentario tiene como clara intención que se cumpla debidamente con el objetivo de dar a conocer la decisión de quienes desean contraer matrimonio y conocer de algún posible hecho o impedimento que no haya sido declarado en su momento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dispensa de la publicación del edicto matrimonial

Artículo 252.- El alcalde o el notario, según sea el caso, pueden dispensar la publicación de los avisos si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos en el artículo 248.

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.º 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 252**.- El alcalde puede dispensar la publicación de los avisos si median causas razonables y siempre que se presenten todos los documentos exigidos en el artículo 248.*

Tengo serias dudas en cuanto a esta facultad que otorga el artículo 252 al alcalde o notario de la circunscripción donde se tramita el expedientillo matrimonial.

Hace ya algunos años, el alcalde de un distrito de Lima dispensó la publicación del edicto matrimonial a pedido de los contrayentes, precisamente, en un caso en que los hijos del novio (un anciano venerable) sostenían que su padre no estaba en aptitud mental de prestar su consentimiento y, además, de que era presionado por la familia de la novia para contraer matrimonio. Los hijos llegaron a sostener que tenían secuestrado a su padre. Se trató de un gran escándalo, por la relevancia social, económica y política de las familias comprometidas.

La historia concluyó con la anulación del matrimonio.

Si la pareja tiene prisa en casarse, debemos recordar que la prisa es mala consejera, y que muchas veces puede ocultar intenciones o propósitos *non sanctos*. En ese sentido, en 1998, en *Tentaciones académicas*, propusimos la derogatoria de esta norma,[80] pues no encontrábamos razón valedera alguna para evitar la publicación de los avisos que ordena la ley y que, precisamente, serán los que van a permitir a la sociedad enterarse de la proyectada celebración del matrimonio y, eventualmente, impugnarlo.

(80) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 351.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De acuerdo con la redacción actual, cualquier razón podría ser invocada para evitar dicha publicación, lo que se lograría contando con el asentimiento del respectivo alcalde o notario.

Siempre hemos creído que la publicidad del futuro matrimonio es indispensable. Además, la realidad nos demuestra que cuando los futuros contrayentes desean acogerse a esta salida otorgada por la ley, es precisamente porque tienen algún impedimento matrimonial o desean ocultar algo.

Es de advertir que nuestro Código es muy genérico al indicar como requisito para dicha dispensa «causas razonables», dejando claramente a criterio del funcionario si son o no valederas para su dispensa. Sin embargo, creemos que de no derogarse el artículo, bien se podría establecer claramente bajo qué circunstancias podría ser aplicada la dispensa.

Por último, quien nada debe, nada teme.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Oposición de terceros a la celebración del matrimonio

Artículo 253.- Todos los que tengan interés legítimo pueden oponerse a la celebración del matrimonio cuando exista algún impedimento. La oposición se formula por escrito ante el alcalde o el notario que haya publicado los avisos.

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

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.° 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 253**.- Todos los que tengan interés legítimo pueden oponerse a la celebración del matrimonio cuando exista algún impedimento. La oposición se formula por escrito ante cualquiera de los alcaldes que haya publicado los avisos.*

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

Todo lo relativo a la publicación de los avisos del futuro matrimonio tiene por objeto no sólo que la población de la localidad donde viven los novios tome conocimiento del hecho. La principal razón estriba en que si existe alguien que conozca algún impedimento matrimonial (de los contenidos en los artículos 241, 242 y 243 del Código Civil, antes comentados), lo haga conocer al alcalde o notario o a cualquiera de los alcaldes o notarios que han hecho las publicaciones, si fuere el caso.

Debe entenderse que existen dos tipos de oposiciones: la privada, que proviene del interés particular; y la pública, que se expresa desde la opinión de la autoridad municipal o notarial. En este caso estamos hablando de la expresión

EDUARDO MARCO CASTILLO LAREYRE

privada, pues es la persona aparentemente afectada con la celebración del matrimonio la que podrá oponerse al mismo bajo causa válida.

El primer párrafo del artículo 253 señala que la oposición a la celebración del matrimonio podrá ser formulada por cualquiera que tenga interés legítimo.

No obstante, el tema del legítimo interés es bastante relativo en este punto.

Imaginemos que el novio está casado con otra persona. Si ese fuese el caso, es obvio que la esposa o los hijos podrían oponerse a la celebración del matrimonio proyectado, porque tendrían legítimo interés en que el mismo no se celebre.

Pero si esta oposición la realiza cualquier persona, es decir, alguien que, en el argot popular, «No tiene vela en ese entierro», el alcalde también debería suspender el matrimonio.

En otras palabras, si la causal invocada se basara en un impedimento absoluto (artículo 241) o en uno relativo (artículo 242), que no hubiese tenido dispensa, entonces, el matrimonio debería ser suspendido. No es el caso de las prohibiciones especiales, las mismas que sólo podrían motivar una oposición de alguien que tuviera legítimo interés.

En este último caso, no sólo deberá probarse la causa legal del impedimento, sino también el legítimo interés con el que se actúa.

No obstante, admitimos que el tema puede ser dudoso y que, en casos como éste, el alcalde o el notario debería suspender la celebración del matrimonio hasta que se aclare la vinculación que otorga el legítimo interés y la causa legal.

Finalmente, este es un tema de criterio y de prudencia. Para un alcalde o notario, pensamos sería mejor suspender o cancelar la realización del matrimonio, según fuere el caso.

Si la oposición se fundare en causa legal y los pretendientes negaren su existencia, el alcalde o notario remitirá lo actuado al juez, tal como prescribe la parte final del segundo párrafo del artículo 253, bajo comentario.

Esta solución del Código Civil de 1984 es muy lógica. Ello, en la medida en que el alcalde o el notario carece de potestades jurisdiccionales para resolver un conflicto de derecho como éste. Nótese que aquí no es que el o los novios admitan la existencia de la causal, y querrán casarse. En este caso, el alcalde o el notario suspenderá el matrimonio y punto. Pero si el o los afectados con la imputación, rechazaran (negaran) su existencia, se tratará, entonces, de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

un tema controvertido. Aquí, sólo el Poder Judicial podría autorizar la realización del matrimonio.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[81] señalamos que la norma bien podría empezar con la expresión «Cualquier persona puede» en lugar de «Todos los que tengan legítimo interés».

Consideramos que la oposición a la celebración del matrimonio, cuando exista algún impedimento, debe ser una cuestión que la ley faculte a cualquier persona y no circunscribir dicha oposición a quienes tengan legítimo interés.

Lo que ocurre es que a la sociedad le interesa que no se casen personas que tienen impedimento legal. Poco importa, entonces, quién se oponga a la celebración de ese matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(81) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 351.

Oposición del Ministerio Público

Artículo 254.- El Ministerio Público debe oponerse de oficio al matrimonio cuando tenga noticia de la existencia de alguna causa de nulidad.

Como se puede apreciar, el texto del artículo 254 es mandatorio con respecto al Ministerio Público, cuando señala que éste debe oponerse de oficio al matrimonio cuando tenga noticia de la existencia de alguna causal de nulidad. El artículo 274 no da lugar a la discrecionalidad.

El artículo en mención regula siete causales de nulidad del matrimonio, como será analizado en su oportunidad. Sin duda, todos estos supuestos son sumamente graves, de manera tal que el ordenamiento jurídico estima que en estos casos el matrimonio deberá ser declarado nulo; y no sólo eso, sino que ordena al Ministerio Público demandar judicialmente dicha nulidad. Todos estos supuestos son de orden público.

El Derecho no tolera la validez de matrimonios celebrados en tales circunstancias.

Nótese que el artículo 254 del Código Civil sólo se refiere a los matrimonios con causal de nulidad y no a aquellos afectados con una causal de anulabilidad (artículo 277), casos en los cuales la demanda procede a solicitud de parte y no del Ministerio Público.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DENUNCIA DE IMPEDIMENTO MATRIMONIAL POR TERCERO

Artículo 255.- Cualquier persona que conozca la existencia de un impedimento que constituya alguna causal de nulidad, puede denunciarlo.

La denuncia puede hacerse oralmente o por escrito y se remitirá al Ministerio Público, el cual, si la encuentra fundada, formulará la oposición.

En razón de la gravedad de las causales de nulidad del matrimonio (artículo 274 del Código Civil), el artículo 255 faculta a cualquier persona que conozca de alguno de estos supuestos que se configuraría de llegarse a celebrar el matrimonio proyectado, a que lo denuncie oralmente o por escrito al Ministerio Público. Esto, a efectos de que si encuentra fundada la causal, proceda a oponerse a su celebración, frente al alcalde correspondiente, conforme a lo dispuesto por el artículo 254, ya comentado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Procedimiento de la oposición

Artículo 256.- Es competente para conocer la oposición al matrimonio, el juez de paz letrado del lugar donde éste habría de celebrarse.

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

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

La oposición se tramita como proceso sumarísimo.

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.º 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 256**.- Es competente para conocer la oposición al matrimonio, el Juez de Paz Letrado del lugar donde éste habría de celebrarse.*

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

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

La oposición se tramita como proceso sumarísimo.

El texto del artículo 256 responde a la reforma operada en virtud de la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicado el 22 de abril de 1993, la misma que recoge las modificaciones hechas anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.º 768, publicado el 4 de marzo de 1992 y la del artículo 5 del Decreto Ley n.º 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El texto del año 1984 señalaba lo siguiente:

***Artículo 256**.- Es competente para conocer de la oposición al matrimonio el juez de primera instancia del lugar donde se haya recibido la declaración a que se refiere el artículo 248.*

La oposición se tramita conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles para los incidentes, con audiencia del Ministerio Público.

Si se declara infundada la oposición hay lugar al recurso de apelación. Si se declara fundada hay lugar a los recursos de apelación y de nulidad.

Comentando el texto en actual vigencia, vamos a señalar que se establece que es competente para conocer la oposición al matrimonio, el juez de paz letrado del lugar donde éste habría de celebrarse.

Una vez remitido el expediente de oposición por el alcalde o notario, el juez requerirá al oponente para que interponga su demanda dentro de quinto día. El Ministerio Público interpondrá su demanda dentro de diez días contados desde publicado el aviso previsto en el artículo 250 o de formulada la denuncia citada en el artículo 255.

Una vez vencidos los plazos antes mencionados sin que se haya interpuesto demanda, se archivará definitivamente lo actuado.

El artículo 256 concluye señalando que la oposición se tramita como proceso sumarísimo.

A decir del maestro Cornejo Chávez: «El fallo adverso a la celebración del matrimonio tiene el carácter de cosa juzgada cuando el impedimento en el que se fundó la oposición es permanente, mas no cuando tal impedimento es temporal.»[82]

Esta norma es de mero procedimiento, lo que nos releva de hacer mayores comentarios al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(82) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 102.

Indemnización por oposición infundada

Artículo 257.- Si se declara infundada la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad. Si la denuncia hubiera sido maliciosa, es igualmente responsable quien la formula. En ambos casos, la indemnización la fija prudencialmente el juez, teniendo en cuenta el daño moral.

El artículo 257 del Código Civil regula la indemnización por oposición infundada. El tema no es sencillo. Vamos a desarrollarlo.

En primer término, se debe aclarar que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual regido por el artículo 1969 y siguientes del Código Civil. De acuerdo con la primera de las normas señaladas, aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

Agrega este artículo que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Entonces, la regla es que si la oposición que fue declarada infundada, fue hecha culposa o dolosamente, entonces el culpable deberá indemnizar a la pareja que desea casarse, por los daños y perjuicios que le hubiere causado.

Esto determina que la primera parte del artículo 257 deba ser concordada con lo que acabamos de expresar. No toda oposición desestimada autorizará el cobro de daños y perjuicios. Deberá haber mediado dolo o culpa en su autor.

En palabras de Cornejo Chávez: «En la oposición al matrimonio juegan dos intereses privados contrapuestos (salvo cuando el opositor es el ministerio fiscal): el opositor, que invoca uno económico o moral, y el de los pretendientes que desean poner en obra su particular determinación de casarse Por actuar aquél en nombre de su interés, está obligado a conocer los hechos en que se funda, de modo que cuando deduce oposición, sin conocer la realidad o maliciosamente, es responsable de los daños y perjuicios, los cuales valorizará prudencialmente teniendo en cuenta el daño moral.»[83]

(83) *Loc. cit.*

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 257 agrega que si la denuncia hubiese sido efectuada por los ascendientes de alguno de los novios o por el Ministerio Público, ellos estarían exonerados de indemnizar, a menos que la denuncia hubiere sido maliciosa (dolosa), caso en el cual cualquiera de ellos también estaría obligado a indemnizar.

El artículo 257 concluye señalando que en los casos por él regulados, la indemnización la fija prudencialmente el juez, teniendo en cuenta el daño moral.

No obstante, esto no les eximirá, por aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual, de tener que indemnizar los daños y perjuicios de orden patrimonial que hubiesen sido causados. Sería el caso, por ejemplo, de los gastos hechos en la recepción de una boda frustrada.

Es importante considerar que la indemnización no sólo debería ser percibida por el novio o la novia con respecto a quien se presentó la oposición, sino también el otro, pues es evidente que el daño, de haberse causado, afecta a ambos.

En 1998 propusimos, en *Tentaciones académicas*,[84] que se suprimiera una parte intermedia del artículo 257 en la que se exoneraba de esta responsabilidad a los ascendientes y al Ministerio Público.

Estimábamos que tal exoneración era absurda e injustificada, más aún tratándose de personas y de una institución estatal que por parentesco o por su naturaleza, respectivamente, están obligados a actuar con respeto y diligencia extrema con relación a los demás.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(84) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas: La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 348.

Declaración de capacidad de los pretendientes

Artículo 258.- Transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos sin que se haya producido oposición o desestimada ésta, y no teniendo el alcalde o el notario noticia de ningún impedimento, declarará la capacidad de los pretendientes y que pueden contraer matrimonio dentro de los cuatro meses siguientes.

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

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.° 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 258**.- Transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos sin que se haya producido oposición o desestimada ésta, y no teniendo el alcalde noticia de ningún impedimento, declarará la capacidad de los pretendientes y que pueden contraer matrimonio dentro de los cuatro meses siguientes.*

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

Constituye moneda corriente el que no exista oposición al matrimonio de una pareja. Son pocos los casos de personas que desean contraer matrimonio existiendo algún impedimento.

Pero, si lo hubiere, tampoco son frecuentes los casos de oposición al matrimonio, ya sea porque la persona en cuestión ha buscado casarse en una jurisdicción lejana al lugar donde se conocen sus impedimentos o porque el aviso se publicó en algún periódico que sólo circula de manera simbólica, lo que equivale a que, en la práctica, el edicto nunca fue publicado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es así que si hubiese transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos sin que se haya producido oposición o ésta hubiera sido desestimada, y no teniendo el alcalde o notario noticia de algún impedimento, declarará la capacidad de los pretendientes y que éstos pueden contraer matrimonio dentro de los cuatro meses siguientes (artículo 258, primer párrafo).

Aquí cabe preguntarnos si pasado el plazo de cuatro meses y declarada la capacidad de matrimonio de una pareja por parte del alcalde o notario –en el supuesto que llegue información de algún impedimento–, ¿éste puede dejar sin efecto dicha declaración y, por ende, sería lícito negar la celebración de dicho matrimonio a los esponsales que solicitan su celebración dentro del plazo otorgado por ley, cuando ya han sido declarados capaces?

En el caso contrario, es decir, si es que el alcalde tuviese noticia de algún impedimento o si de los documentos presentados y de la información producida no resulta acreditada la capacidad de los pretendientes, remitirá lo actuado al juez, quien, con citación del Ministerio Público, resolverá lo conveniente en el plazo de tres días (artículo 258, segundo párrafo).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FAYLE

Celebración del matrimonio

Artículo 259.- El matrimonio se celebra públicamente, en la municipalidad o en la notaría, ante el alcalde o el notario que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde o el notario, después de leer los artículos 287, 288, 289, 290, 418 y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde o el notario, los contrayentes y los testigos.

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.° 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 259**.- El matrimonio se celebra en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde, después de leer los artículos 287, 288, 289, 290, 418 y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.*

Este artículo, evidentemente, refiere a la última etapa del trámite matrimonial y se enfoca en la celebración de dicho acto, y aunque no se haga mención de manera explícita, debe tenerse presente que el alcalde o notario celebra el matrimonio en nombre de la República del Perú.

A entender de G. Spota: «De todas las solemnidades la única formalidad esencial está dada por las declaraciones de los esposos, consintiendo en el matrimonio, y por la declaración de oficial público, que pronuncia la celebración del matrimonio. Ni el otorgamiento del acta matrimonial, ni la presencia de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

testigos, son formalidades constitutivas del matrimonio; la omisión del acta no obsta a que se pruebe la celebración matrimonial.»[85]

Ahora bien, el artículo 259 establece las características del acto de celebración del matrimonio. Veamos:

a) Lugar de celebración

El matrimonio debe celebrarse en el local de la respectiva municipalidad o notaría. No obstante, el alcalde o notario podría determinar que el mismo se celebre en un lugar distinto, como la iglesia donde se celebrará el matrimonio religioso o en la casa de la novia, si se deseara celebrar allí. Así, el alcalde o notario deberá desplazarse a ese lugar para celebrar el acto, salvo que haya delegación de facultades, en el caso del primero de los nombrados.

En torno al lugar de la celebración, Josserand menciona que: «En principio, el matrimonio debe celebrarse en la casa municipal (...), es decir en la alcaldía. Pero estaba admitido hace mucho tiempo que en caso de enfermedad grave de uno de los esposos, el oficial del estado civil podría trasladarse al domicilio para celebrar allí la unión (...)».[86]

A decir de Peralta Andía: «En la práctica ocurre lo contrario puesto que la ceremonia del matrimonio se lleva a cabo fuera del local municipal, no precisamente por razones justificadas como imposibilidad física de trasladarse, sino por prejuicios sociales y otros motivos, para lo que es menester sólo el pago de una retribución.»[87]

b) Publicidad

El acto de celebración del matrimonio es público. A él pueden asistir, incluso, vecinos del lugar o cualquier persona. Esto, naturalmente, si el acto fuese celebrado en la municipalidad, en la notaría o en otro lugar público.

El acto se celebrará de manera presencial ante dos testigos mayores de edad (que pueden ser otros que quienes oficiaron como testigos de soltería, dando fe de que los contrayentes carecían de impedimentos matrimoniales) y ante el alcalde o notario.

(85) Spota, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Matrimonio.* Editorial Depalma, tomo II, vol. I, Buenos Aires, 1962, p. 584.

(86) Josserand, Louis. *Derecho Civil.* Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo I, vol. 2. Buenos Aires, 1952, p. 61.

(87) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 153.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Testigos

Ya hicimos referencia a este tema en el acápite anterior. Ellos atestiguarán la celebración del matrimonio y suscribirán el acta respectiva.

Debemos señalar que la ley no prohíbe la existencia de una mayor cantidad de testigos que la establecida en el artículo precedente.

d) Lectura de normas legales pertinentes

El alcalde o notario deberá leer –en voz alta– el contenido de los artículos 287, 288, 289, 290, 418 y 419 del Código Civil, cuyos textos son los siguientes:

> **Artículo 287**.- Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos.
>
> **Artículo 288**.- Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.
>
> **Artículo 289**.- Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.
>
> **Artículo 290**.- Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.
>
> A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.
>
> **Artículo 418**.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.
>
> **Artículo 419**.- La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

e) Pregunta a los pretendientes

El alcalde o notario, luego de leídos estos artículos, relativos a las relaciones personales entre los cónyuges y a la patria potestad, preguntará a cada uno de los contrayentes si persiste en su voluntad de celebrar el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

matrimonio. Nótese que aquello que se les debe preguntar es si «persisten», no si «aceptan». La pregunta acerca de la persistencia se relaciona directamente con los artículos del Código Civil que les deben ser leídos, los mismos que no necesariamente eran de su previo conocimiento.

f) Respuesta de los contrayentes

Si alguno o los dos pretendientes respondiesen de manera negativa, el acto se deberá dar por concluido, pues para casarse se requiere que ambos contrayentes estén en disposición de hacerlo y de manifestar su voluntad, en ese sentido.

Si la respuesta de ambos contrayentes fuese positiva, entonces, el alcalde o notario extenderá el acta de casamiento.

g) Suscripción del acta

El acta de matrimonio deberá ser suscrita por el alcalde o notario, los contrayentes y los testigos.

En este punto, deberíamos preguntarnos cuándo es que se celebra el matrimonio. Si cuando ambos contrayentes manifiestan verbalmente su voluntad de casarse, o cuando se firma el acta matrimonial.

El tema, si bien por lo general pasa desapercibido, puede ser importante en caso, luego de manifestar verbalmente su voluntad, alguno de los novios se arrepintiera de celebrarlo y decida no firmar el acta.

El matrimonio no es un acto que requiere la firma del acta. Por lo demás, de seguro habrá muchas pruebas de orden gráfico que acrediten su celebración.

A decir de Spota: «La redacción del acta matrimonial y su firma por quienes han intervenido en el acto, también constituye una formalidad legal, pero no resulta constitutiva del matrimonio, como en cambio lo son el consentimiento de los contrayentes y la referida declaración del oficial público.»[88]

También podría suceder que alguno de los contrayentes muera luego de que se contrajo matrimonio, pero antes de firmar el acta. El sobreviviente tendrá, a partir de ese momento, el estado civil de viudo.

El acta no es el documento por el que se celebra el matrimonio. Sólo constituye una prueba –muy importante, por cierto– de su celebración.

(88) Spota, Alberto G. *Op. cit.*, p. 584.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PERSONAS FACULTADAS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO

Artículo 260.- El alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio a otros regidores, a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos. La función notarial de celebrar matrimonio es indelegable.

El matrimonio puede celebrarse también ante el párroco o el Ordinario del lugar por delegación del alcalde respectivo.

En este caso el párroco o el Ordinario remitirán dentro de un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas el certificado del matrimonio a la oficina del registro del estado civil respectivo. El mismo procedimiento se efectuará en el caso del matrimonio notarial.

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.º 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 260**.- El alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio a otros regidores, a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos.*

El matrimonio puede celebrarse también ante el párroco o el Ordinario del lugar por delegación del alcalde respectivo.

En este caso el párroco o el Ordinario remitirá dentro de un plazo no mayor de cuarentiocho (sic: la expresión correcta es cuarenta y ocho) horas el certificado del matrimonio a la oficina del registro del estado civil respectivo.

En primer término, debemos señalar que la sumilla consignada en este artículo por el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al igual que repetida como sumilla legal por la Ley n.º 31643, «Persona facultada a celebrar el matrimonio», incurre en un error, pues no se está facultado a celebrar, sino para celebrar el matrimonio.

Por otra parte, la Ley en mención y el SPIJ cometen otro error, pues ni ahora ni antes de esta norma legal había sólo una persona facultada para celebrar

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el matrimonio, sino varias, lo que se deduce del propio texto del precepto legal, que ahora, además agrega al notario.

Existen casos en los cuales el alcalde delega en otras personas la facultad de celebrar el matrimonio. Esta delegación tiene carácter específico o genérico. Ello, en la eventualidad de una situación en la cual el alcalde se encuentre imposibilitado de hacerlo personalmente, como sería el caso de un viaje. No obstante, en estos casos, será el primer regidor el que, por ley, asuma las funciones del alcalde. Y, en ese caso, será al primer regidor a quien correspondería delegar facultades para celebrar el matrimonio.

Así tenemos lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley n.° 27972, sobre las atribuciones y obligaciones de los regidores: «Corresponden a los regidores las siguientes atribuciones y obligaciones: 1. Proponer proyectos de ordenanzas y acuerdos. 2. Formular pedidos y mociones de orden del día. 3. Desempeñar por delegación las atribuciones políticas del alcalde. 4. Desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal. 5. Integrar, concurrir y participar en las sesiones de las comisiones ordinarias y especiales que determine el reglamento interno, y en las reuniones de trabajo que determine o apruebe el concejo municipal. 6. Mantener comunicación con las organizaciones sociales y los vecinos a fin de informar al concejo municipal y proponer la solución de problemas.»

Asimismo, en el inciso 20 del artículo 20 de la referida Ley se indica que son atribuciones del alcalde: «20. Delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal.»

Las personas en quienes el alcalde puede delegar la facultad de celebrar el matrimonio son:

a) Otros regidores.

b) Funcionarios municipales.

c) Directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos.

d) Párroco u ordinario del lugar.

El artículo 260 establece en su último párrafo que en este caso el párroco o el ordinario remitirá dentro de un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas el certificado del matrimonio a la oficina del registro del estado civil respectivo.

Finalmente, debemos precisar que el notario no puede delegar sus funciones para la celebración del matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTRO TREJO

CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN DISTINTA JURISDICCIÓN

Artículo 261.- El matrimonio puede celebrarse ante el alcalde de otro concejo municipal, mediante autorización escrita del alcalde competente.

Así como el artículo 260 permite al alcalde delegar la facultad de dirigir las ceremonias de celebración del matrimonio, el artículo 261 le permite autorizar al alcalde de otro concejo municipal para que haga esta celebración de matrimonio en su respectivo concejo. Para tal efecto, la autorización del alcalde competente deberá constar por escrito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Celebración del matrimonio en comunidades campesinas y nativas

Artículo 262.- El matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse también en las comunidades campesinas y nativas, ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad. La presidencia del comité recae en uno de los directivos de mayor jerarquía de la comunidad.

Como ha sido explicado en nuestra obra *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas*,(89) las comunidades campesinas y nativas tienen características que las hacen peculiares y la ley les concede cierta autonomía en diversos aspectos.

Como indica Echeandía: «En ese contexto y circunstancias, el legislador ha considerado que no es prudente obligar a los habitantes de las comunidades campesinas y nativas a tramitar y celebrar sus uniones matrimoniales en la municipalidad distrital a la que pertenecen y que resultaría competente en atención al domicilio de los pretendientes. No es sólo un tema cultural sino también un tema económico, si se tiene en consideración su limitada capacidad económica y lo oneroso que resultaría para aquéllos sujetarse al trámite ordinario y los obstáculos de la burocracia administrativa.»(90)

El Código Civil, en el artículo 262 especifica que el matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse en tales comunidades.

En ese caso, el acto se tramita y se celebrará ante un comité especial que estará integrado por tres miembros: la autoridad educativa de la comunidad y los dos directores de mayor jerarquía de la misma.

El referido comité estará presidido por uno de esos dos directivos de la comunidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(89) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 323-326.

(90) Echeandía Cevallos, Jorge. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 141-142.

Se entiende que el comité se encargará de hacer las veces de concejo municipal y quien lo presida hará las veces de alcalde, pero el acto matrimonial deberá ser dirigido por él y por los otros dos miembros del comité especial, es decir, por los tres.

Lo que quiso el legislador de 1984 es que el trámite del matrimonio revista la mayor solemnidad posible y que la documentación que da sustento al mismo sea revisada por las personas más calificadas (el educador) y más representativas (los dos directivos de mayor jerarquía) de la propia comunidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Facultades del jefe de registro para celebrar el matrimonio

Artículo 263.- En las capitales de provincia donde el registro de estado civil estuviese a cargo de funcionarios especiales, el jefe de aquél ejerce las atribuciones conferidas a los alcaldes por este título.

El artículo 263 concede a los jefes del Registro del Estado Civil que estén a cargo de funcionarios especiales, las atribuciones conferidas a los alcaldes en lo relativo a la tramitación y celebración del matrimonio.

Se aprecia en este artículo que no nos encontramos frente a una delegación de facultades. Si tenemos en cuenta que los artículos precedentes indican que es competente para la celebración del matrimonio el alcalde (y, recientemente, el notario público), observamos que la norma otorga dicha competencia a aquellos funcionarios especiales.

A decir de Echeandía: «El artículo 263, que tiene su fuente en el artículo 123 del Código anterior, se ocupa de un supuesto diferente, pero que podría generar confusión respecto de las normas contenidas en los artículos 260 y 261. En efecto, el artículo 263 establece más que todo una excepción de competencia y facultad que tienen los alcaldes de llevar a cabo la tramitación y la propia ceremonia civil.»[91]

Conforme indica Echeandía, la excepción radica en la competencia del funcionario ante la ausencia de un alcalde en dicha provincia, por lo que la norma subsana la ausencia de la formalidad, por ejemplo, al otorgar el alcalde facultades al registrador para la celebración del matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(91) *Ibidem*, p. 144.

Matrimonio por apoderado

Artículo 264.- El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de celebración.

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

El poder caduca a los seis meses de otorgado.

Como sabemos, la regla en Derecho Civil es que los actos jurídicos pueden ser celebrados a través de apoderado. Sobre el tema del poder, remitimos a los lectores a nuestro libro de acto jurídico;[92] y a nuestro *Tratado de los contratos típicos*, en lo relativo al contrato de mandato.[93]

El artículo 264 regula el matrimonio por poder.

Para tales efectos, señala que el mismo puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad.

Esta especificación requerida por la ley se entiende como necesaria. Ello, en la medida en que resultará inconcebible el otorgamiento de un poder que contenga la facultad de casarse con cualquier persona. Un poder de estas características no sería suficiente en el Perú para contraer matrimonio con alguien, además de que resultaría muy poco serio el otorgarlo en estos términos.

Prácticamente, se estaría dejando al apoderado en la facultad de casar al poderdante con quien decida el primero de ellos.

Por eso, el poder tiene que ser específico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(92) Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 2022, pp. 79-138.

(93) Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 607-644.

El primer párrafo del artículo 264 exige que esté presente en el acto del matrimonio la otra persona interesada en casarse. En otras palabras, la norma no acepta que ambos contrayentes se casen por poder, sino solamente uno de ellos. Por eso exige la presencia del otro en el acto de celebración del matrimonio.

Así, el mal llamado «acto jurídico consigo mismo» se podría configurar si el contrayente presente en la ceremonia fuera apoderado del contrayente ausente.

No obstante, en lo personal no apreciamos problema alguno en el hecho de que se permitiese que ambos contrayentes se casen por poder. Mientras se cumpla con los requisitos, no habría nada que objetar. En este caso, cada uno de sus apoderados sería quien manifieste su asentimiento y, así, por poder, se contraería el matrimonio. Si se permitiere, incluso podríamos encontrarnos en el caso en que ambos actúen con apoderado común. En este supuesto, sería esa sola persona la que manifieste el asentimiento de cada uno de los contrayentes. Pero esto no está permitido por la ley peruana, al exigirse la presencia de uno de los contrayentes en el acto de celebración.

En cualquier caso, no vemos problemas en la realización del matrimonio, pues para su celebración por poder se exige la mención expresa de la persona con quien se contraería matrimonio. Ello disipa cualquier posibilidad de que el acto pueda ser anulado, conforme a lo establecido por el artículo 166 del Código Civil, cuyo texto nos permitimos reproducir:

> **Artículo 166.**- Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.
>
> El ejercicio de la acción le corresponde al representado.

El segundo párrafo del artículo 264, bajo comentario, señala que el matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración del matrimonio, aun cuando el apoderado ignore tales hechos.

Se trata de un supuesto especial de nulidad de matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nótese que lo normal es que, en un supuesto como ese, los actos celebrados por el representante serían plenamente válidos, con prescindencia de si el representado hubiera, en los hechos, devenido en incapaz. Pero aquí no ocurre lo mismo. El matrimonio celebrado sería nulo, pues carecería de sentido que se diera inicio a un nuevo matrimonio, a la unión formal de una nueva pareja, en caso uno de ellos hubiese devenido en incapaz antes de la celebración del matrimonio.

Además, ni siquiera sabemos si el otro cónyuge hubiese contraído matrimonio, cuando lo más probable es que no lo hubiera hecho.

Lo propio ocurre si el poderdante hubiese revocado el poder y el apoderado ignorase tales hechos. Carecería de objeto que ese matrimonio fuera válido.

De otro lado, la segunda parte del segundo párrafo del artículo 264 señala que para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente. Esto es lógico y, además, responde a los criterios generales de eficacia de las declaraciones de voluntad establecidas por el Código Civil en sus artículos 1373 y 1374. No obstante, este precepto carece de importancia, pues conforme a la primera parte del propio segundo párrafo, incluso si no hubiese sido notificada la revocatoria del poder, pero ya se hubiera revocado el poder, si el matrimonio se celebra, el mismo, igualmente, estaría viciado de nulidad. En buena cuenta, la segunda parte del segundo párrafo de este artículo carece de objeto.

Por último, el tercer párrafo del artículo 264 señala que el poder caduca a los seis meses de otorgado.

Se trata, sin duda, de una norma de suma valía, dado que el legislador parte de la regla de la experiencia vivida; y ésta enseña que lo normal es que el poder para contraer matrimonio se otorgue pocas semanas antes de su celebración. Entonces, si el matrimonio no se llegara a celebrar en la fecha prevista y se pospusiera y pospusiera –por ejemplo, hasta unos dos o tres años– no quedaría claro si es que el poderdante todavía desea contraer matrimonio. Tal vez sí, pero tal vez no. Lo que se quiere es que la voluntad expresada en el poder no sea de fecha muy antigua, para que esa voluntad de casarse esté todavía presente. De alguna manera, que se trate de algo que se acerque a una voluntad actual.

Asimismo, es lógico considerar que dicho plazo es establecido ante el posible cambio de voluntad del contrayente, por lo que la normativa aconseja el plazo de seis meses; sin embargo, podría considerarse la posibilidad de una futura reducción del plazo, toda vez que, como ya se ha mencionado, dicho poder,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

al ser específico, debería ser otorgado días o semanas antes de la celebración y, por ende, el excesivo plazo de seis meses sólo alimentaría la incertidumbre de si el poderdante aún mantiene dicha voluntad de casarse.

Así, deberá tenerse sumo cuidado con esto, habida cuenta del plazo de caducidad; caso contrario, podría llegar el momento de la boda y no haber poder vigente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Matrimonio celebrado fuera del local municipal o de la notaría

Artículo 265.- El alcalde o el notario pueden, excepcionalmente, celebrar el matrimonio fuera del local de la municipalidad o de la notaría.

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.º 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 265**.- El alcalde puede, excepcionalmente, celebrar el matrimonio fuera del local de la municipalidad.*

Resulta muy común en el Perú que el matrimonio civil se celebre en la misma iglesia donde se celebra el matrimonio religioso o en algún salón o patio aledaño. Esto, por razones de orden práctico, ya que se ocasionaría una enorme dificultad si se celebrara uno en la iglesia y el otro en el local de la municipalidad; o si se celebraran en fechas distintas, caso en el cual los invitados a uno y otro no podrían ser los mismos. En este caso, la ceremonia civil se realizaría casi en privado.

En ese orden de ideas, lo establecido por el artículo 265 del Código Civil reviste un alto contenido práctico y la citada norma se suele emplear de manera cotidiana en infinidad de bodas.

Por lo demás, entendemos que cuando la norma bajo análisis se refiere al alcalde, también lo está haciendo sobre su representante. Por ello, la adición que en ese sentido proponíamos en 1998, en *Tentaciones académicas*.(94)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(94) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 353.

Prohibición de cobro por parte de funcionarios públicos

Artículo 266.- Ninguno de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en la tramitación y celebración del matrimonio cobrará derecho alguno. Tal prohibición no alcanza al matrimonio civil celebrado por notario.

El texto en actual vigencia es fruto de la Ley n.º 31643, publicada con fecha 15 de diciembre de 2022, Ley que modifica el Código Civil para facultar a los notarios para celebrar el matrimonio civil, norma que modificó el artículo que regía hasta ese entonces, de texto siguiente:

***Artículo 266**.- Ninguno de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en la tramitación y celebración del matrimonio cobrará derecho alguno.*

La sumilla de esta norma en la Ley n.º 31643 y, antes, en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos está equivocada, pues dice: «gratuidad de trámites matrimoniales»; y esto no es cierto, primero porque los trámites sí tienen un costo; y, en segundo y principal lugar, porque de lo que trata el artículo 266 es de la prohibición que se impone a los funcionarios o servidores públicos que intervienen en la tramitación del matrimonio, de cobrar derecho alguno.

Se trata, como vemos, de una prohibición dirigida a las personas que ocupan esos cargos o que desarrollan esas funciones. Nada más.

Es decir, que el presente artículo no promueve que el procedimiento para la celebración del matrimonio sea gratuito, sino que el mismo se dirige a evitar cobros fuera del marco normativo por parte de los funcionarios.

Las municipalidades sí cobran una tasa por la tramitación y celebración del matrimonio. Estos derechos incluyen el pago del pliego matrimonial, el examen médico prenupcial y el pago del representante del municipio o del alcalde. En este último caso, se suele cobrar una tasa un poco más alta que cuando el matrimonio es celebrado por un funcionario que representa al alcalde.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Las tasas también suelen variar por el día, es decir, si es día laborable o sábado. También son distintas si los novios desean contraer matrimonio en el local del propio municipio o en otro lugar.

Es clara la excepción que hace el artículo bajo comentario con respecto a los notarios, quienes sí van a cobrar por la tramitación del matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sanciones al infractor de la gratuidad

Artículo 267.- El infractor del artículo 266 sufrirá destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

Este artículo establece dos tipos de responsabilidad en lo que respecta al funcionario municipal que participe en la tramitación o celebración del matrimonio, y que haya hecho algún cobro por concepto de algún supuesto derecho, a efectos de realizar la tramitación o celebración del matrimonio; infringiendo la prohibición establecida –y ya analizada– por el artículo 266 del propio Código Civil.

En primer término, tenemos la infracción de orden administrativo, consistente en la destitución del cargo.

En segundo lugar, el artículo 267 menciona la responsabilidad penal, materia en la que correspondería hacer mención al artículo 382 del Código Penal, el mismo que indica: «El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Matrimonio por inminente peligro de muerte

Artículo 268.- Si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, el matrimonio puede celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz.

La inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada de la partida parroquial.

Dicha inscripción, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.

El matrimonio derivado de inminente peligro de muerte consiste en una figura de especiales alcances y motivaciones. Veamos:

a) Uno o ambos contrayentes deben encontrarse en inminente peligro de muerte

Si bien es cierto el primer párrafo del artículo 268 del Código Civil, bajo comentario, sólo se refiere, en singular, a la situación descrita con respecto a uno de los contrayentes, es obvio que, aplicando el argumento de si procede en caso se trate de uno, con mayor razón procedería si ambos se encontraran en peligro de muerte. Imaginemos el supuesto en que ambos hubieran sufrido un accidente o que ambos estuvieran muy graves por la pandemia del COVID-19.

El hecho de que uno de los contrayentes se encuentre en peligro de muerte (sean cuales fueren las causas que lo hubiesen conducido a ese estado), implica que si llegara a fallecer, morirá soltero o morirá divorciado. Se trata de un tema de sentimientos ante el drama que esa persona está viviendo.

El Código Civil entiende que lo más próximo que tendrá esa pareja será un sacerdote o, lo entendemos así, quien haga sus veces en religiones distintas a la católica.

Es obvio que en esos casos no se habrá cumplido con realizar los trámites que impone la ley para el matrimonio civil o, incluso, podría darse el caso en que ellos se hubieren cumplido sólo en parte. Pero, en cualquier

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

caso, lo importante será que ese matrimonio religioso que contraiga la pareja, también podrá –ulteriormente– tener valor como matrimonio civil.

Enseña Valverde que: «La urgencia de la celebración, en ese supuesto, obedece a un riesgo de muerte natural; más, según dice Muñiz, interpretando análogo dispositivo del Derecho Canónico, que ha creado este extraordinario instituto del casamiento *in extremis*: "indudablemente, el Código se refiere al peligro de muerte natural, pero como no excluye otro, también será lícito el matrimonio celebrado en esta forma por el que ha de sufrir la pena capital y por el que en manos de malhechores está próximo a morir. Claro es que si las amenazas o preparativos de muerte fuesen un engaño para obligarle a contraer matrimonio o para otro fin, el matrimonio podrá ser nulo por defecto de consentimiento o por defecto de forma".»[95]

Alberto G. Spota enseña que: «Cuando uno de los esposos se halla "en peligro de muerte", el oficial público debe proceder a la celebración del matrimonio prescindiendo de todas o algunas de las formalidades previas. Si mediare "peligro de demora" ese matrimonio en peligro de muerte puede celebrarse "ante cualquier funcionario judicial" (...)».[96]

En el mismo sentido, Arias-Schreiber indica que: «Si bien la regla general es que el matrimonio sólo puede celebrarse luego de haberse cumplido con todos los trámites y requisitos que establece la ley, existe un caso en el cual puede llevarse a cabo sin cumplir las formalidades y esto ocurre cuando alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte (matrimonio "in extremis" o "in articulo mortis").»[97]

Agrega Arias-Schreiber que: «(...) si bien responde a motivos de orden ético o de conciencia, conlleva el peligro de contraerse bajo presión o fraudulentamente y por ello el precepto exige la capacidad de los contrayentes, esto es, que no existan impedimentos para llevar a cabo la unión.»[98]

En torno a dicha excepción, Gabriela Araníbar menciona que: «Este matrimonio es aceptado por la Iglesia católica y por tanto tenía eficacia legal durante la vigencia del Código de 1852. El Canon 1098 del Código de Derecho Canónico de 1917, expresa: "*Si no se puede tener o no se puede acudir, sin incomodidad grave, a ningún párroco u Ordinario o sacerdote*

(95) Valverde, Emilio F. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano,* tomo I. Editorial Ministerio de Guerra, Lima, 1942, pp. 260-261.
(96) Spota, Alberto G. *Op. cit.*, p. 607.
(97) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derecho de Familia,* tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 126.
(98) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTRO TREJO

delegado que asistan al matrimonio a tenor de los Cánones 1095 *y* 1096: 1° *En peligro de muerte es válido y lícito el matrimonio celebrado ante testigos solamente; y también lo es fuera del peligro de muerte si prudentemente se prevé que aquel estado de cosas habrá de durar por un mes*" (...).»[99]

Dicha excepción también podría presentarse si ambos contrayentes estuviesen en peligro inminente de morir, pero el requisito siempre será que ellos se encuentren con capacidad suficiente para contraer matrimonio.

b) Ambos contrayentes deben tener la capacidad necesaria

Sobre esto ya nos pronunciamos. En caso contrario, el matrimonio no produciría efectos civiles. Esto significa que si bien se considerará válido, sería ineficaz.

A entender de Peralta Andía: «Sobre el particular, la doctrina negativa, no justifica la celebración de un matrimonio de esta naturaleza, en razón de que en ese estado de agonía (accidente, enfermedad o peligro de muerte) no existe consentimiento, ya que éste se encuentra viciado, toda vez que el "contrayente" estará preocupado más en salvarse que en contraer nupcias. Todo esto hace suponer la existencia de una presunción de fraude.»[100]

c) El matrimonio puede ser celebrado por un párroco o cualquier otro sacerdote

En verdad, puede ser celebrado por cualquier sacerdote o ministro de cualquier otra religión distinta a la católica. Ello, con base en el derecho de libertad de culto recogido por el inciso 3 artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Es evidente que el Código de 1984 no podría ser interpretado a este respecto de manera restrictiva, a pesar de la mención a párroco o sacerdote.

Como enseña Cornejo Chávez: «Tocante a la exclusiva intervención de un sacerdote en la celebración de este casamiento, se ha objetado que, tratándose de una legislación que considera el matrimonio civil como el único válido, se haya prescindido en absoluto del funcionario del Estado. Nada hay, sin embargo, de extraño en haber permitido la ley la intervención de

(99) Aranibar Fernández Dávila, Gabriela. "Familia y el matrimonio (Códigos de 1936 y 1984)". En: *Instituciones del Derecho Civil peruano*. Cultural Cuzco, Lima, 1996, p. 821.

(100) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 187.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

un sacerdote, pues comúnmente es más fácil requerir y obtener los servicios de éste que los del alcalde (sobre todo en los campos y aldeas), aparte de que es la intervención de aquél y no la de éste la que se ajusta a la profunda tradición de nuestro pueblo. En cambio, no habría existido inconveniente alguno, desde el punto de vista estrictamente legal, en permitir que el matrimonio *in extremis* sea indistintamente celebrado ante un sacerdote católico o ante el funcionario civil competente.»[101]

d) Inscripción

El segundo párrafo del artículo 268 establece que la inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada de la partida parroquial.

El precepto agrega que dicha inscripción, sobreviva o no quien (agregamos, quienes) se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.

A entender de Cornejo Chávez: «El Código de 1936 no establecía el plazo dentro del cual este matrimonio debe ser inscrito, por considerar probablemente que la privación de efectos civiles mientras no se cumpla la formalidad es suficiente para inducir a los interesados a llenarla sin dilación. Sin embargo, si ésta ocurría, no había motivo legal alguno para desconocer la validez al casamiento (...)».[102]

Agrega Cornejo que: «La inscripción debía ser hecha administrativamente por la oficina de registro tan pronto como el sacerdote celebrante remitía al concejo, firmada por él, el acta o certificación correspondiente, con todos los datos que sobre las personas de los contrayentes se debe consignar la partida del registro. Dicha acta debía ser conservada y archivada en la oficina registral. La remisión del acta era el único requisito para proceder a la inscripción del matrimonio de urgencia; pero era aconsejable que en el asentamiento de la partida actuasen como declarantes los cónyuges o por lo menos uno de ellos (...)».[103]

Esta situación tiene plena lógica, pero sobre todo cuando sobrevive alguno de los dos contrayentes. Ello, en la medida en que, al sobrevivir, deberá manifestar el interés en inscribir su matrimonio ante el registro civil.

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

(101) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, pp. 105-106.
(102) *Ibidem*, p. 181.
(103) *Loc. cit.*

No obstante, si el contrayente (luego, cónyuge) en peligro de fallecer, hubiera muerto, es claro que el cónyuge supérstite no podrá hacer valer derecho hereditario alguno si no hubiese inscrito su matrimonio ante el registro civil.

El no registrar el matrimonio implicaría un acto de arrepentimiento del cónyuge supérstite. Además, obviamente, de una deslealtad a su memoria en el terreno moral, en la medida en que el otro habrá muerto en la creencia de que se había casado.

Mayor problema se presentaría cuando el matrimonio hubiese sido contraído encontrándose ambos contrayentes en peligro de muerte y ambos hubiesen fallecido.

Aquí, probablemente, nadie inscriba el matrimonio ante el Registro Civil y, por tanto, el mismo devendría en nulo.

Pensamos que para evitar todas estas incongruencias entre la realidad (el matrimonio celebrado) y la ficción (el hecho de que si no se inscribe dentro de un año, el mismo se considerará nulo), es que el Código Civil debería establecer que el deber de inscripción recaería en el párroco, sacerdote o ministro de la iglesia en la que hubieren contraído ese matrimonio religioso con vocación de ser también matrimonio civil. Así, la inscripción no dependerá del cónyuge supérstite.

Es más, se podría establecer la existencia de un registro en línea para este tipo de matrimonios; ello, a efectos de no tener que realizar trámites posteriores. De este modo, el matrimonio religioso también sería civil y quedaría, en estos casos y por excepción, celebrado civilmente. Los avances tecnológicos permitirían establecer una normativa en este sentido, a efectos de evitar las incongruencias –temporales y de validez– de los actos jurídicos celebrados.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 268, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[104] proponíamos agregar un cuarto párrafo al precepto, el mismo que diría:

«Si sobrevive quien contrajo el matrimonio en inminente peligro de muerte, esa persona o su cónyuge pueden demandar, sin expresión de causa, la anulación del matrimonio, dentro de los seis meses de cesado dicho peligro».

(104) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 353-354.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ello obedecía a que siempre hemos considerado que la prisa es mala consejera, y dadas las peculiaridades emocionales en que se celebra este matrimonio, considerábamos conveniente, en caso sobreviva la persona que se encontraba en inminente peligro de muerte, otorgar a cualquiera de las partes la facultad de demandar la anulación del matrimonio, sin expresión de causa, dentro del plazo de seis meses contados desde el momento en que cesó el inminente peligro de muerte.

En materia jurisprudencial, debemos recordar lo señalado en la Casación n.º 3561-2008-Cusco, de fecha 25 de noviembre de 2008: «Matrimonio *in extremis*. Décimo. En principio, la forma del matrimonio es *ad solemnitatem*, pero excepcionalmente se puede realizar sin observar las diligencias que deben preceder a la ceremonia, cuando uno de los contrayentes se encuentre en eminente peligro de muerte (artículo 268 del Código Civil). Undécimo. De otro lado, sin ser el matrimonio *in extremis*, en virtud del principio de favorecer las nupcias, el inciso 8 del artículo 274 del Código Civil, atenúa los efectos nulificantes en caso de inobservancia de las formalidades al permitirse la convalidación, si los contrayentes han actuado de buena fe y subsanan las omisiones en que incurrieron. El dispositivo antes aludido condiciona entonces la convalidación del matrimonio a dos presupuestos copulativos, la buena fe de los contrayentes y la subsanación de las omisiones.»[105]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(105) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 315.

CAPÍTULO CUARTO
PRUEBA DEL MATRIMONIO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prueba del matrimonio

Artículo 269.- Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil.

La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta.

Hemos sostenido que el matrimonio, como acto jurídico, no necesariamente es un acto que requiera plasmarse en un documento formal, bajo sanción de nulidad. Ello, a pesar de que el Código Civil exige que tanto la autoridad, como los contrayentes y los testigos, suscriban dicha acta.

Si bien no cabe duda de que el acta matrimonial es la prueba por excelencia de la celebración del matrimonio, no es que estemos hablando de una forma solemne, pues en ausencia de acta, el matrimonio podrá ser acreditado a través de cualquier otro medio probatorio (artículo 270 del Código Civil).

Esto significa que si bien para reclamar los efectos civiles del matrimonio deberá presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil, tales efectos también podrán ser reclamados si la existencia del matrimonio se prueba a través de cualquier otro medio.

Como enseña Cornejo Chávez: «(...) Si el casamiento hubiera sido celebrado en sitio donde aún no funcionaba la institución del Registro Civil, es obvio que su prueba será exclusivamente la partida del registro parroquial: primero, porque no pudo extenderse partida alguna en el Registro Civil en la fecha de la celebración del matrimonio, ni podría conseguirse posteriormente esa inscripción aunque estuviera ya establecida la oficina registral en el lugar; segundo, porque las partidas parroquiales son instrumentos públicos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 400, 3 del CPC., de manera que por sí solas prueban sin lugar a duda la verificación del matrimonio religioso que tenía, repetimos, efectos civiles; y tercero, porque aunque no se admitiera la razón anterior, "las

partidas de los registros parroquiales tendrán el mismo valor que las partidas de los registros del estado civil, si se prueba, mediante la certificación respectiva, la inexistencia de este registro en el lugar correspondiente" (...).»[106]

No obstante, esto no podrá hacerse a discreción. Para ello resultará necesario seguir un proceso judicial de reconocimiento de estado civil. En caso de prosperar la pretensión, la autoridad judicial deberá, por sentencia judicial, declarar reconocida la existencia del matrimonio civil en cuestión.

En este caso, lo que hará también el juez es ordenar al registro civil el extender la respectiva partida de matrimonio. Así, con dicha partida, los cónyuges no tendrán problema en hacer valer los efectos de su matrimonio civil.

Es de observar que el segundo párrafo del artículo 269, bajo comentario, indica que la posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto formal de ésta.

¿Cuáles son los alcances de este segundo párrafo?

Lo que pasa es que puede ocurrir que la partida de matrimonio adolezca de un defecto formal. Por ejemplo, que no haya firmado un testigo o que no lo haya hecho uno de los contrayentes, o el funcionario municipal.

En palabras del profesor Max Arias-Schreiber: «El segundo párrafo del artículo bajo comentario acertadamente establece que la posesión constante del matrimonio, subsana cualquier defecto formal de la partida. Se entiende por posesión constante del matrimonio el hecho debidamente acreditado de un varón y una mujer que viven notoriamente como casados, siendo reconocidos como esposos por las respectivas familias y la sociedad en general, sin que nadie haya impugnado u observado lo contrario. Queda claro que el precepto se refiere a un defecto puramente formal, esto es, una deficiencia existente en la partida matrimonial que no tenga mayor significación.»[107]

Ya hemos expresado nuestra opinión en el sentido de que el matrimonio no es un acto jurídico que deba constar en un documento de formalidad solemne, bajo sanción de nulidad, es decir, de aquellos que son nulos en ausencia del requerimiento de esa formalidad. La partida de matrimonio sirve para probar su existencia, pero no es el único medio probatorio con el que tal existencia se puede acreditar.

(106) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 119.
(107) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 130.

EDUARDO CASTILLO FREYRE

Ello queda de manifiesto en este segundo párrafo del artículo 269 del Código Civil, que otorga valor probatorio de matrimonio a la posesión constante del estado de matrimonio.

La posesión constante del estado de matrimonio significa que los cónyuges han hecho vida matrimonial. En otras palabras, que se han comportado como si estuviesen casados. Y es que, en realidad, lo están.

Esa posesión constante del estado matrimonial acreditaría la existencia del matrimonio y salvaría cualquier defecto de orden formal que presente la partida.

En este estado de cosas debemos preguntarnos si lo propio ocurriría con cualquier otro medio probatorio. Lo importante sería que esos otros medios probatorios aquello que deberían acreditar es la celebración del matrimonio.

En otras palabras, si se prueba la celebración del matrimonio a través del medio que fuere, entonces ese matrimonio se considerará celebrado, por más de que no se cuente con la partida matrimonial.

Como hace mención Sambrizzi respecto al Código de Vélez Sarsfield: «(...) el matrimonio se prueba por la inscripción en los registros de la parroquia o de las comuniones a las que pertenecieren los casados. Si no existiesen registros o no pudiesen presentarse por haber sido celebrados en países distantes, puede probarse por los hechos que demuestren que marido y mujer se han tratado siempre como tales, y que así eran reconocidos en la sociedad y en las respectivas familias, y también por cualquier otro género de prueba.»[108]

Por lo demás, no existe norma legal alguna que impida probar el matrimonio por cualquier medio contemplado por la ley procesal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(108) Sambrizzi, Eduardo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 205-206.

Prueba supletoria del matrimonio

Artículo 270.- Comprobada la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba.

Todo lo que hemos venido señalando acerca de la prueba del matrimonio se ve consagrado con el texto del artículo 270, cuando establece que si se comprueba la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, resulta admisible cualquier otro medio probatorio.

Nótese que el supuesto del artículo bajo comentario no sólo hace referencia a la pérdida del registro o del acta correspondiente (extravío, destrucción, etc.), argumento, *mutatis mutandis*, de los incisos 1 y 2 del artículo 1137 del Código Civil,[109] materia estudiada en otras obras con el profesor Felipe Osterling Parodi;[110] también se refiere a la falta de los mismos. Entonces, este supuesto también comprendería a la inexistencia del registro o acta.

Así, puede apreciarse que incluso en estos casos, la existencia del matrimonio es susceptible de ser acreditada por cualquier medio probatorio.

Como expresa el profesor Cornejo: «Además de estos casos, la ley contempla otros en que se admite prueba supletoria, a saber: (...) IV. Cuando, habiendo sido casados los padres, no es posible obtener la partida correspondiente por ignorarse el sitio donde fue extendida y no poderse averiguarlo porque los padres han muerto o están imposibilitados de explicarse, el matrimonio se acredita con la posesión constante del estado de casados de dichos padres, unida a las partidas de nacimiento de los hijos en concepto legítimos; sin perjuicio, por supuesto, de cualesquiera otros medios probatorios que pueda ofrecerse.»[111]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(109) Artículo 1137.- La pérdida del bien puede producirse:
1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
3. Por quedar fuera del comercio.

(110) Ver: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra, Lima, 2008, pp. 159-161; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Rimay, Lima, 2020, pp. 203-204 y Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Thomson Reuters, Lima, 2014, pp. 116-123.

(111) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 122.

Asimismo, Peralta Andía señala que: «Entonces, la prueba supletoria del matrimonio constituye un medio accesorio que surge como consecuencia de la imposibilidad de presentar prueba ordinaria que acredite la celebración del matrimonio. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se han destruido los registros públicos a causa de un siniestro o cuando se ha producido el seccionamiento o inutilización del mismo por acto criminal, en cuyo caso, será factible acreditar el matrimonio mediante pruebas supletorias. El código adjetivo si bien no regula el procedimiento de manera expresa, sin embargo, puede ser de aplicación los artículos 826 al 829.»(112)

Finalmente, Sambrizzi menciona que: «Con respecto a la prueba extraordinaria relativa al hecho de haberse contraído matrimonio, Mazzinghi efectúa una distinción entre *prueba directa*, que se refiere a la celebración del matrimonio y se puede concretar con la declaración de testigos que hubieran asistido a la misma, documentos que indirectamente se refieran al acto, fotografías, noticias periodísticas, etc.; y *prueba indirecta*, que se refiere a hechos de los cuales pueda inferirse la existencia del matrimonio, como documentos públicos de los que ello conste, testimonio de personas que hubieran visto documentos en los que constara la celebración del matrimonio, etc. Como se advierte, al tratarse de la prueba de hechos, se pueden utilizar todos los medios de prueba.»(113)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(112) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 198.
(113) Sambrizzi, Eduardo A. *Op. cit.*, tomo II, p. 210.

Sentencia penal como prueba del matrimonio

Artículo 271.- Si la prueba del matrimonio resulta de un proceso penal, la inscripción de la sentencia en el registro del estado civil tiene la misma fuerza probatoria que la partida.

Puede ocurrir que, en el desarrollo de un proceso penal, haya quedado probado que existe un determinado vínculo matrimonial. Es evidente que en estos casos estaremos hablando de un matrimonio que no consta inscrito en los Registros Civiles, pues si se tratase del caso contrario, no existiría necesidad alguna de acreditar su existencia.

Como se puede apreciar, al legislador de 1984 le interesó establecer una normativa lo suficientemente amplia como para que se pueda acreditar la existencia del matrimonio por cualquier medio probatorio. En el caso bajo comentario, se trataría de pruebas documentales (el expediente penal o algunas de las piezas que lo integran).

A entender de Enrique Varsi: «No es la finalidad de una sentencia penal pronunciarse sobre la existencia del matrimonio. Su objeto es imponer una condena o absolver al acusado de haber cometido un delito, en este caso referido al estado civil. La imposición de una condena a quien perjudicó una partida de matrimonio mediante acto delictuoso, supone la comprobación del delito y, por lo tanto, evidencia la celebración del acto jurídico matrimonial y la preexistencia de la partida.»[114]

En torno a lo establecido en el Código Civil de 1984, Cornejo Chávez menciona lo siguiente: «El acto delictuoso puede ser cometido por el propio funcionario del Registro o por tercera persona, y consistir en la alteración del texto de la partida, la borradura total o parcial de la misma o su destrucción. Actos semejantes caen bajo el dominio de la ley penal, ya sea por lo dispuesto en el genérico artículo 337 referente a las arbitrariedades del funcionario (entre las cuales, según Calle, está la infidelidad en la custodia de documentos), ora por lo dispuesto en los artículos 364, 365, 366 y 368, que aluden a los casos de falsificación de documentos en general, ya a tenor del artículo 219 relativo a la supresión o alteración del estado civil de una persona.»[115]

(114) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonios y uniones estables.* Gaceta Jurídica, Lima, tomo II, 2011, p. 77.

(115) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 199.

EDUARDO MATTO CASTILLO FREYRE

Posesión constante del estado de casados

Artículo 272.- La posesión constante del estado de casados de los padres, constituye uno de los medios de prueba del matrimonio, si hubiesen muerto o se hallasen en la imposibilidad de expresarse o de proporcionar información.

El artículo 272 del Código Civil se ocupa de la prueba de la condición o calidad de hijo matrimonial.

Es evidente que en una situación de normalidad, para probar la calidad de hijo matrimonial, bastaría con la respectiva partida de nacimiento y la partida de matrimonio de los padres, con lo que se acreditará, fechas de por medio, tal condición.

Pero en ausencia de la partida de matrimonio, la posesión constante del estado de casados será uno de los medios probatorios a través de los cuales los hijos podrán probar su calidad de matrimoniales.

Hizo bien en legislador de 1984 en señalar que la posesión constante de estado matrimonial será uno de los medios probatorios (con los que se podrá probar la calidad de hijo matrimonial). Esto, en virtud de que para tal efecto resultará de utilidad cualquier medio probatorio; no sólo por el régimen probatorio del Código Procesal Civil de 1993 (que derogó el régimen de la prueba tasada del antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912), sino también por el propio régimen probatorio establecido por el Código de 1984, el cual en este aspecto (y en muchos otros, también) fue un cuerpo legal de avanzada.

Así, podemos observar la Casación n.º 547-95-Áncash, de fecha 9 de octubre de 1996, cuando señala que, «Es requisito indispensable la vida en común constante de los cónyuges. (...) Sexto. No habiéndose presentado la partida de matrimonio que acredite dicho enlace matrimonial, no existía impedimento matrimonial, para la validez de la convivencia. Sétimo. Para la aplicación de los artículos 272 y 273 del Código Civil, hubieran tenido la posesión constante del estado de casados hubieran vivido también en la posesión constante de casados (*sic*).»[116]

(116) Pozo Sánchez, Julio. Summa Civil. *Op. cit.*, p. 296.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero a criterio de Emilio F. Valverde: «(...) dicha posesión de estado no es suficiente por sí sola para sustituir la prueba preconstituida del matrimonio, como lo fuera, por el contrario, en el derecho justiniano, conforme al Código, Libro V, Título IV ley 9, porque se forma, como ya se dijo, con la frágil prueba testimonial "carente de la garantía de la verdad", según expresión de la exposición de motivos del proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y Contratos, por lo que, en el actual caso, ella tiene valor sólo a condición de estar asociada a la existencia de un principio de prueba por escrito y que consiste en las partidas de nacimiento de los hijos con la calidad de legítimos procedentes del matrimonio que éstos pretenden que se ha celebrado.»[117]

Asimismo, Yolanda Gallegos y Rebeca Jara, señalan que «Pavón anota que "(...) la posesión de estado es un medio de prueba (...). La posesión de estado representa la justificación de que el hombre y la mujer que se dicen casados, deben ser considerados como tales por la sociedad en que actúan, que así los consideran, igual como entre los parientes de ellos, que en ese carácter son mirados por todas las personas, que en todos sus actos y en todo instante han procedido como verdaderos cónyuges, que la mujer lleva el apellido del presunto esposo, etc., todo esto debe demostrarse y, por lo mismo, la posesión de estado no es sino un medio de prueba (...).»[118]

Por su parte, Benjamín Aguilar indica que: «Hemos señalado que la posesión constante de estado alude al estado matrimonial y goza de esa situación dentro de un grupo social. La posesión constante de estado implica gozar del nombre de casados, del trato de casados y la fama o terceros que den cuenta de que esa pareja vivía como casados, por lo tanto, si se acredita que uno de los cónyuges convivía con persona distinta de quien se le reputaba como cónyuge, entonces no cabe aplicar la posesión constante de estado de casados.»[119]

ESTUDIO MEJÍA CASTILLO FERRARI

(117) Valverde, Emilio F. *Op. cit.*, p. 287.

(118) Gallegos Canales, Yolanda y Rebeca Jara Quispe. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores, Lima, 2008, p. 85.

(119) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 82.

Dudas sobre la celebración del matrimonio

Artículo 273.- La duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia si los cónyuges viven o hubieran vivido en la posesión constante del estado de casados.

El contenido del artículo 273 del Código Civil no plantea un supuesto de fácil ocurrencia. Y es que deberá tratarse de un caso judicial en el que se esté discutiendo pretensiones relativas a la situación jurídica del matrimonio.

Por ejemplo, si alguien que señala haberse casado hace seis meses está reclamando alimentos del otro cónyuge. Nótese que sólo tendrán la condición de deudores alimenticios esas personas si es que fuesen cónyuges, habida cuenta de que la convivencia no otorga el derecho de alimentos; y, menos, si sólo están viviendo juntos seis meses y no más de dos años (artículo 326 del Código Civil).

En torno a la duda sobre celebración del matrimonio la Casación n.º 810-2004-Arequipa, de fecha 24 de junio de 2005 señala que: «No existen documentos aportados por las partes que acrediten el tiempo que ejercieron el denominado estado de casados. I. Undécimo. En cuanto al artículo 273 del Código Civil, que establece "la duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia si los cónyuges viven o hubiesen vivido en la posesión constante de estado de casados", analizadas las pruebas aportadas, se aprecia que no existen documentos aportados por las partes que acrediten el tiempo que ejercieron el dominado estado de casados, toda vez que, como bien señalan tanto el demandante como (su) cónyuge al contestar la demanda, se encuentran separados de hecho, por lo que su aplicación no variaría en absoluto el sentido de la parte resolutiva de la recurrida.»[120]

En este caso, si no se probara la posesión constante del estado de casados, el juez debería desestimar la pretensión del demandante.

Nótese que si hubiera posesión constante del estado de casados, tampoco, de manera automática, debería declarar fundada la pretensión. Ello sólo

(120) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 296.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

debería ocurrir en caso el juez haya llegado a la duda extrema de si esas personas han contraído o no matrimonio.

Pero a esa duda extrema recién se arribará luego de haber analizado todos los medios probatorios aportados por las partes.

Como enseña Cornejo Chávez: «En ese último caso, considerando la ley las funestas consecuencias que se derivarían del desconocimiento de un matrimonio que pudo haberse realizado en efecto, ha seguido la regla que sentara ya el Digesto de Justiniano y que consiste en que, en los casos dudosos, se ha de preferir la posibilidad más benigna o favorable.»[121]

Asimismo, Gabriela Araníbar señala que: «Es evidente que el legislador del Código vigente ha considerado necesario precisar los alcances del régimen especial de prueba que significa esta norma, privilegiando "la posesión constante del estado de casados" en apoyo de una decisión que reconozca la validez del matrimonio.»[122]

A entender de Varsi: «Esta disposición guarda concordancia con el Principio de promoción y conservación del matrimonio. Se resuelve en sentido afirmativo, si entre las pruebas se halla la de posesión de estado de casados, las vacilaciones en el espíritu del juzgador en aquellos casos en que se busca suplir la prueba ordinaria del matrimonio, en los que cabe la posibilidad de que los elementos de convicción que se aporten no llenen plenamente la finalidad que con ellos se quiere lograr.»[123]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(121) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 199.
(122) Araníbar Fernández-Dávila, Gabriela. Familia y el matrimonio (Códigos de 1852, 1936 y 1984). *Op. cit.*, p. 855.
(123) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonios y uniones estables. Op. cit.*, tomo II, p. 78.

CAPÍTULO QUINTO
INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

CAUSALES DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

Artículo 274.- Es nulo el matrimonio:

1.- Derogado. *Inciso derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original señalaba lo siguiente:*

1.- Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.

2.- Derogado. *Inciso derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original señalaba lo siguiente:*

2.- Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable.

Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.

3.- Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe.

En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68.

4.- De los consanguíneos o afines en línea recta.

5.- De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral.

Sin embargo, tratándose del tercer grado, el matrimonio se convalida si se obtiene dispensa judicial del parentesco.

6.- De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive.

7.- Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6.

8.- De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

9.- De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges.

Como señala Álex Plácido: «La ausencia de algunos de (los) elementos estructurales del acto jurídico matrimonial provoca –para la doctrina– su inexistencia, por cuanto en realidad no hay matrimonio y porque tampoco existe texto legal expreso que declare su nulidad. Sin embargo, no está de más señalar que, en nuestra legislación, por su falta de regulación expresa como causales de nulidad, la falta de diversidad de sexos de los contrayentes y la ausencia de consentimiento prestado por ellos, se constituyen como los únicos supuestos evidentes de inexistencia del matrimonio.»[124]

Pero el artículo 274 del Código Civil regula los supuestos de nulidad del matrimonio.

(124) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, tomo II, 2003, p. 176.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, debemos precisar que se trata de nulidades especiales, relativas a la celebración de este acto jurídico en particular. Ello no implica que las causales de nulidad de la norma general (artículo 219, incisos 1 a 8) no resulten aplicables al matrimonio. Claro que lo son. Las causales del artículo 274 se suman a ellas.

Indica Plácido que: «En ese orden de ideas, las causas de nulidad del matrimonio son los impedimentos de enfermedad mental, sordomudez, ligamen, parentesco y crimen; regulándose, además, la inobservancia de la forma prescrita, de posible convalidación, y la intervención de autoridad incompetente para celebrar el matrimonio, con la actuación de mala fe por parte de ambos contrayentes. Por su parte, las causas de anulabilidad del matrimonio son los impedimentos de impubertad legal, sanidad nupcial y rapto; regulándose, además, la privación de las facultades mentales por una causa pasajera, los vicios de la voluntad del error en la persona y de la intimidación, la impotencia absoluta (o imposibilidad de realizar la cópula sexual) y la intervención de autoridad incompetente para celebrar el matrimonio, con la actuación de buena fe de por lo menos uno de los contrayentes.»[125]

Finalmente, indica Plácido que: «Resulta importante resaltar que en nuestra legislación se comprueba una evidente incongruencia entre las disposiciones relacionadas con la legitimación activa contenidas en el artículo 274 respecto de la regla del artículo 275 del Código Civil. Y es que esta última disposición sentencia que la pretensión de nulidad del matrimonio puede ser ejercitada por quienes tengan un legítimo interés, mientras que el artículo 274 establece los casos en que la pretensión de nulidad de matrimonio está reservada a favor de los cónyuges. Sin embargo, esta incongruencia se resuelve considerando el principio de favorecer las nupcias que gobierna la especialidad del régimen.»[126]

Al momento de su promulgación y entrada en vigencia en 1984, el Código Civil peruano incluía en el artículo 274 los incisos 1 y 2, que, como hemos mencionado, fueron derogados por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, relativo a la capacidad de las personas con discapacidad, publicado el 4 de septiembre de 2018.

El inciso 1 señalaba que era nulo el matrimonio del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante –agregaba la norma–, cuando el enfermo ha

(125) *Loc. cit.*
(126) *Ibidem*, p. 179.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad. Sobre la reforma introducida por el Decreto Legislativo n.º 1384, principal norma modificatoria del Código Civil a lo largo de su existencia, ya nos hemos manifestado en reiteradas oportunidades y en diversas investigaciones.(127) No abundaremos sobre el particular.

A entender de Benjamín Aguilar: «Enfermedad mental supone que la persona no está en su sano juicio, esto es, se encuentra de espaldas a la realidad, no tiene un raciocinio o un discernimiento; pues bien, al carecer de conciencia no tiene siquiera una aproximación de lo que significa el matrimonio y lo que implica ser fuente de familia y generadora de derechos y deberes no solo entre los cónyuges, sino también para la prole que sobrevenga e, incluso, en las relaciones con terceros.»(128)

Complementa Aguilar dicha idea, indicando que: «La presente causal presupone la existencia de la enfermedad al momento de celebrarse el matrimonio, por lo tanto, si la enfermedad se presenta después de celebrado el matrimonio ya no será causal de nulidad del mismo y, en todo caso, el deber de asistencia para con el enfermo cobraría especial relevancia.»(129)

Por su parte, el inciso 2 establecía la nulidad del matrimonio del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Empero –decía el precepto– si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.

En torno al Código Civil de 1984, el profesor Arias-Schreiber enseñaba en su momento que: «El inciso 2 es novedoso en relación al Código Civil de 1936, pues además del sordomudo ha considerado al ciegosordo y al ciegomudo, que están en condiciones similares al primero en lo que atañe a la capacidad de expresar su voluntad. No obstante, y dados los avances de la ciencia y de la tecnología, la causal no funciona en el caso de que sepan expresar esa voluntad de un modo indubitable.»(130)

(127) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.* pp. 106-109; y Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico. Op. cit.*, pp. 306-307.
(128) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 88.
(129) *Loc. cit.*
(130) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 140-141.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derogadas estas normas, el artículo 274 comienza con el inciso 3. Seguidamente, pasaremos a estudiar cada uno de los supuestos de nulidad del matrimonio que se encuentran vigentes. Veamos:

a) Del casado (inciso 3)

Es evidente que el segundo matrimonio de alguien que tenga el estado civil de casado será nulo. Esto concuerda con lo dispuesto por el artículo 241, inciso 5 del Código Civil, norma que considera como un impedimento absoluto para contraer matrimonio el estar casado.

No obstante, el inciso 3 del artículo 274 realiza determinadas precisiones. Así, en tres supuestos: a) si el primer cónyuge del bígamo ha muerto; o b) si el primer matrimonio ha sido invalidado; o c) si el primer matrimonio ha sido disuelto por divorcio; sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación.

Para ello, el inciso 3 exige que este último haya actuado de buena fe, lo que implica que el matrimonio lo haya contraído mediando error –en el sentido más amplio o lato de la palabra–.

El Código Civil establece que la acción caduca (en realidad es el derecho el que caduca; argumento del artículo 2003 del Código Civil), si no se interpone dentro del plazo de un año contado desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

El supuesto del matrimonio del casado también podría presentarse si el cónyuge del desaparecido contrajese nuevo matrimonio. Nótese que no debería hacerlo, en la medida en que quien se halla en condición de desaparecido está jurídicamente vivo, a menos, claro está, que ya se le hubiera declarado presuntamente muerto.

El matrimonio del desaparecido (y aún no muerto presunto) sólo podría ser impugnado por el nuevo cónyuge mientras dure el estado de ausencia y siempre que el nuevo cónyuge hubiera procedido de buena fe (error, en el sentido amplio de la palabra).

Entendemos que si el desaparecido fuese declarado presuntamente muerto, ya no se podría declarar la nulidad de ese matrimonio. Ello, pues el segundo párrafo del artículo 274 subraya que se podrá hacer mientras dure el estado de ausencia.

Pero si quien hubiera sido declarado presuntamente muerto reaparece y se reconoce judicialmente su existencia, ese reconocimiento no invalida el nuevo matrimonio que hubiera contraído el cónyuge (artículo 68 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, se parte del valor entendido de que este matrimonio fue celebrado luego de que su cónyuge fue declarado presuntamente muerto.

Pero si el segundo matrimonio lo hubiera contraído cuando el cónyuge sólo tenía la condición jurídica de desaparecido o de ausente y reaparece el cónyuge que luego fue declarado presuntamente muerto, entendemos que aquí no sería aplicable el artículo 68. En este caso sí se podría demandar la nulidad de ese segundo matrimonio, pues el mismo estuvo viciado de nulidad al haber sido contraído por su cónyuge cuando el desaparecido o ausente aún no había sido declarado muerto presunto por los tribunales de justicia.

Arias-Schreiber considera que: «Mientras que en el caso del desaparecido la solución es inobjetable, no estamos de acuerdo con la que se ha adoptado cuando el presuntamente muerto ha regresado y se ha reconocido su existencia, pues si el código le permite recuperar sus bienes y utilizar su nombre, entre otras cosas, resulta ilógico que no se actualice su matrimonio, desde luego sin perjudicar al segundo cónyuge quien actuó de buena fe y su unión debe tener todos los efectos del matrimonio putativo. A nuestro entender es irrefutable la opinión de Cornejo Chávez en el sentido de que "la presunción de muerte debe ceder ante la realidad de la sobrevivencia".»[131]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[132] proponíamos efectuar una modificación al inciso 3, ya que en aquella oportunidad pensábamos (a diferencia del presente), que el matrimonio del casado debía ser siempre nulo, a pesar de que luego sobrevenga alguna causal como las descritas en el primer párrafo del inciso bajo tratamiento. Estimábamos que este principio debía ser igual en el Derecho de Familia como en el resto del Derecho Civil.

b) De los consanguíneos o afines en línea recta (inciso 4)

Constituye impedimento relativo para contraer matrimonio, el que los contrayentes sean consanguíneos en línea recta (artículo 242, inciso 1).

También lo es el que los contrayentes sean afines en línea recta (artículo 242, inciso 3).

(131) *Ibidem*, p. 141.

(132) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 355-356.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ambos supuestos están tipificados como matrimonios nulos, en el artículo 274, inciso 4.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[133] proponíamos que el inciso 4 deje de referirse a los afines en línea recta, por las razones expuestas en el tratamiento del artículo 242 del Código Civil.

c) De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral (inciso 5)

Estos supuestos constituyen impedimentos relativos y se hallan regulados en el artículo 242, inciso 4, pero –como vimos al analizar este artículo–, tratándose del tercer grado, el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.

No obstante, el inciso 5, bajo comentario, contempla la posibilidad de que, a pesar de existir parentesco por consanguinidad en línea colateral en el tercer grado, se haya contraído matrimonio sin dispensa. En este caso, el matrimonio se convalida si –ya casados– se obtuviese la dispensa judicial de parentesco.

d) De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el excónyuge vive (inciso 6)

Este caso ya ha sido estudiado por nosotros al analizar los impedimentos relativos (artículo 242, inciso 4). En aquella ocasión nos manifestamos contrarios a que esta prohibición –y consiguiente causal de nulidad– se mantuviera en términos absolutos, por las razones ahí explicadas. Remitimos al lector a este extremo de nuestra obra.

A entender del maestro Cornejo Chávez: «Justificado el impedimento en la necesidad ética de poner coto a la inmoralidad que pudiera esconderse detrás del nuevo matrimonio contraído por un divorciado(a) con una hermana(o) de quien fue su cónyuge anterior, el nuevo Código ha mantenido la norma prohibitiva. Semejante matrimonio será nulo sin atenuación alguna; y regirán, en su caso, las reglas ya conocidas en cuanto a la amplitud de la acción invalidatoria y la imposibilidad legal de confirmar el casamiento.»[134]

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

(133) *Ibidem*, p. 348.
(134) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 221.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[135] proponíamos derogar el inciso 6 del artículo bajo comentario, en razón de los argumentos vertidos con ocasión del tratamiento del artículo 242 del propio Código. Por lo demás, en la presente obra, ya nos hemos pronunciado con holgura sobre el particular.

e) Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6 (inciso 7)

Remitimos al lector a nuestros comentarios sobre esta norma.

A decir de Peralta Andía: «Por tanto, la prohibición comprende solamente a los autores, coautores y cómplices del delito, que actuaron con voluntad consciente y deliberada de matar al otro cónyuge, pero no así a los que participaron en condición de encubridores. En igual forma, no involucra a aquellos que participaron mediando sólo culpa, siendo indiferente si precedió o no el adulterio. Tampoco, comprende a los encubridores, en razón de que éstos cometen solamente delito contra la administración de justicia.»[136]

En torno al vacío e incongruencia con el impedimento, Varsi indica que: «Como se ha anotado; no obstante, al tratarse de un impedimento dirimente, el Código Civil no regula expresamente el caso del procesado por esa causa que contrae nupcias con el cónyuge supérstite como causal de nulidad del matrimonio. En tal supuesto, los contrayentes también adolecen de aptitud nupcial. Siendo esta un elemento estructural o esencial del acto jurídico matrimonial y no estando esa eventualidad regulada expresamente como causal de nulidad, se aprecia en tal supuesto un caso de nulidad virtual por contravenirse el art. 234 del Código Civil que contiene el concepto de matrimonio para el sistema jurídico peruano.»[137]

f) De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268 (inciso 8)

Nos hemos ocupado en detalle de todos los requisitos exigidos por la ley para contraer matrimonio. Tales requisitos constituyen normas imperativas, cuyo cumplimiento interesa al orden público.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(135) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 348.
(136) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 209.
(137) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonios y uniones estables. Op. cit.*, tomo II, p. 324.

No hay duda de que el incumplimiento de alguno de estos requisitos podría subsanarse, como sería el caso en que, por ejemplo, no se hubiera hecho la publicación del matrimonio proyectado, debido a razones imperativas justificadas (supuesto con el que estamos en desacuerdo).

El artículo 274, inciso 8, bajo comentario, señala que, no obstante el incumplimiento del requisito por los –ahora– cónyuges, el matrimonio queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

Sería el caso, por ejemplo, si el funcionario municipal que celebró el matrimonio no hubiese tenido autorización del alcalde. Bastaría con que este último ratifique el acto celebrado por ese funcionario. En estricto, dentro de la teoría general de la nulidad, esto no sería posible, pero en tales supuestos el Derecho lo permite, habida cuenta de que se trata de salvar el matrimonio de una pareja que actuó de buena fe.

A decir del profesor Cornejo Chávez: «No obstante, el Código de 1936 no previó esta causal de nulidad del matrimonio. El anteproyecto del ponente la incluyó expresamente y con esos alcances lo aprobó la Comisión Reformadora; pero la Revisora suavizó la severidad de la norma al establecer que el matrimonio queda convalidado si los contrayentes actuaron de buena fe y subsanan después la omisión; norma que, al menos en el supuesto de prescindencia total de los trámites previos, difícilmente podría justificarse. En ausencia de otras reglas del Código al respecto, ha de suponerse que el Reglamento de los Registros del Estado Civil deberán precisar el modo y tiempo de la subsanación. Según lo expuesto, el matrimonio que nos ocupa es típicamente nulo sólo cuando ha habido mala fe en uno o ambos contrayentes; pero no es típicamente nulo (pues admite subsanación posterior), pero tampoco típicamente anulable (por la amplitud de la acción invalidatoria), cuando ambos contrayentes actuaron de buena fe.»[138]

No ocurrirá lo mismo, por ejemplo, si hubiese habido oposición del Ministerio Público, cuando hubiere tenido noticia de la existencia de alguna causal de nulidad; y los contrayentes no hubiesen conocido de tal oposición.

Para concluir nuestros comentarios, debemos decir que cuando el inciso 8 del artículo 274 se refiere a la buena fe con la que hubieren actuado los contrayentes, está refiriéndose, simplemente, al desconocimiento del

(138) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, pp. 222-223.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

incumplimiento de la causal, es decir, a que hayan actuado en la creencia de que ese requisito –y todos los demás– se habían cumplido.

Pero nótese que la buena fe debería haber estado presente en ambos contrayentes. La mala fe de uno impediría subsanar la omisión. El artículo 274, inciso 8 utiliza el plural, no el singular. No obstante, el inciso 9, como veremos, contempla una salvedad para un caso concreto.

g) De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente (inciso 9)

Con ocasión del análisis del inciso 8 del artículo 274, señalamos que el requisito para la subsanación era que ambos contrayentes hubiesen actuado de buena fe. Pero el inciso 9 establece la excepción, y es cuando ambos, de mala fe, contraen matrimonio ante funcionario incompetente.

El inciso 9 considera que este matrimonio es nulo, en lo que estamos de acuerdo. Pero nótese cómo el Código Civil no regula el caso en que uno de los contrayentes actúe de buena fe y el otro de mala fe y se casen ante funcionario incompetente.

Este caso no se puede subsanar por lo dispuesto en el inciso 8, dado que exige para ello que ambos contrayentes hayan actuado de buena fe. Pero tampoco señala expresamente que es nulo (inciso 9). Entonces, ¿cómo debemos entender este supuesto? Pues como un caso de nulidad, habida cuenta de que la regla consiste en que es nulo el matrimonio celebrado con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268, y la única posibilidad de que sea válido es si los contrayentes (ambos) hubieren actuado de buena fe y se subsane la omisión (inciso 8).

Dentro de tal orden de ideas, el inciso 9 del artículo 274 resulta una norma inútil, pues ese supuesto ya está contemplado dentro de los requisitos para contraer matrimonio, el cual se debe contraer ante el alcalde o ante quien éste hubiere autorizado dicha celebración o ante notario público. Por lo demás, se trataría de la infracción de los artículos 260, 261, 262, 263 o 265.

Finalmente, el inciso 9 del artículo 274 no permite que la pretensión de nulidad sea planteada por los cónyuges, pues podrían conseguir esa nulidad con fraude a la ley.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 274, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[139] proponíamos agregar

(139) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 355 y 356.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

un inciso a este artículo, por el que se prohibiera el matrimonio de los menores de edad. Es obvio que, si cumplidos los dieciocho años esa persona desea contraer matrimonio, en esos momentos lo podría hacer con plena libertad. Sobre esto ya nos hemos pronunciado anteriormente en la presente obra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pretensión de nulidad

Artículo 275.- La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual. Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio.

Este artículo se encarga de regular lo relativo a la pretensión de nulidad del matrimonio.

Veamos:

a) Sujetos activos

a.1) El Ministerio Público

En primer término, se autoriza que sea el Ministerio Público el que demande la nulidad, naturalmente, en caso tuviere conocimiento de la existencia de alguna causal.

A entender de Plácido: «Por la necesidad de salvaguardar el orden público, se impone al Ministerio Público la obligación de interponer la demanda respectiva y se faculta al juez de Familia declararla de oficio cuando sea manifiesta (artículo 275 del Código Civil). Debe advertirse que, por esta misma razón, la regla del *nemo auditur*, vale decir, el principio que veda alegar la propia torpeza decae en el régimen de invalidez del matrimonio; por lo que, puede ejercitar la pretensión cualquiera de los cónyuges y no sólo el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento.»[140]

a.2) Cualquier persona

No obstante, en este último caso se exige que ese tercero que desea demandar la nulidad del matrimonio deba tener un interés legítimo y actual.

(140) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 190.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por interés legítimo entendemos el concepto habitual de legítimo interés, que debe estar presente en cualquier acción frente a la jurisdicción ordinaria.

Si se tratase de alguien sin vinculación alguna con los contrayentes, es claro que aquí no habría legítimo interés. Sí lo habría en caso se tratase de la esposa del novio, por haberse casado estando casado; o de los hijos o de algún familiar que desee impedir prosiga tamaño despropósito en contravención y perjuicio del honor de la familia.

Por lo demás, el legítimo interés debe ser actual, lo que implica que se mantenga vigente. Resulta difícil distinguir el legítimo interés y el hecho de que el mismo deba ser actual. Si no fuese actual, sería pretérito, y entonces ya no sería legítimo.

a.3) El juez puede declararla de oficio

El artículo 275 señala que el juez podría declarar la nulidad de oficio. No obstante, si el juez advirtiera la existencia de alguna causal de nulidad, estimamos que debería abrir la etapa del contradictorio, a efectos de que los cónyuges, si lo tienen a bien, puedan ejercer su derecho de defensa.

b) Improcedencia de la acción

La parte final del artículo 275 del Código Civil establece que el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio, en caso el matrimonio ya hubiese sido disuelto.

Entendemos que esto responde a razones de orden práctico y de salvaguarda de estos temas en los que se pueden ventilar hechos desagradables en los tribunales de justicia; ello, además de que si el matrimonio ya hubiese sido disuelto, resultaría inútil demandar su nulidad. Ella congestionaría, sin razón, los tribunales de justicia.

Por lo demás, si excluimos la nulidad como causal de disolución del matrimonio (porque no se puede intentar declarar nulo aquello que ya hubiese sido declarado nulo), entonces nos quedaríamos con la muerte y el divorcio como los eventuales supuestos a que se refiere el artículo 275, *in fine*.

Cuando el matrimonio viciado de nulidad se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, por más disuelto que esté, el acto jurídico sigue siendo válido; entonces, se podría pensar en demandar su nulidad; y esto es considerado inútil por el Derecho con respecto al Ministerio Público, pero

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

no con respecto a quien tuviera legítimo interés actual en que se declare la nulidad del matrimonio.

Lo propio podríamos decir del caso en el cual el matrimonio se hubiese disuelto por divorcio. En este supuesto, el matrimonio sigue siendo válido por más que esté disuelto. No obstante, el divorcio determina su ineficacia. Y, dentro de tal orden de ideas, resultaría posible reclamar la nulidad de ese acto, pues por muy ineficaz que fuere, el mismo sigue siendo válido. Esta nulidad, conforme al artículo 275, podría ser intentada por un tercero con legítimo interés, pero no por el Ministerio Público.

Antes de concluir, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*[141], proponíamos que la pretensión de nulidad pudiera ser interpuesta por cualquier persona. Ello, en razón al mismo fundamento que inspiraba nuestros comentarios al artículo 253.

Finalmente, podemos observar que existe diversa jurisprudencia en torno a esta pretensión de nulidad.

Tenemos la Casación n.° 2759-2009-Tumbes, del 24 de noviembre de 2009, misma que indica lo siguiente: «Interpretación del art. 275 CC. *Cuarto.* Debe interpretarse el artículo 275 del Código Civil, según el cual: "La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual"; disposición que pareciera contraponerse a los [...] artículos 278 y 279 del Código Civil; sin embargo, en aplicación de los citados preceptos debe concluirse: i) que las causales de nulidad contempladas en el artículo 274, incisos 1, 2 y 3 así como todas las causales de anulabilidad previstas en el artículo 277 del Código Civil, sólo pueden hacerse valer por los mismos cónyuges e iniciado el proceso, ser concluidas por los herederos; ii) las otras causales de nulidad previstas en el citado artículo 274, pueden ser alegadas por los cónyuges, herederos, el Ministerio Público y por cualquier persona con interés legítimo y actual.»[142]

Por otro lado, la Casación n.° 709-2016-Lima, del 17 de julio de 2017, hace mención a que: «No es posible pedir la nulidad de matrimonio por ser la demandante bígama, si judicialmente se declaró la nulidad del primer acto jurídico por falta de manifestación. La indemnización por cónyuge perjudicado responde a la solidaridad familiar, de modo tal, que debe

(141) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 356-357.

(142) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 304.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

analizarse la situación de ambas partes a fin de no generar el empobrecimiento de una de ellas.»

También tenemos la Casación n.º 826-2006-Lima, de fecha 15 de noviembre de 2006, la misma que indica que: «Siendo la demanda de nulidad de matrimonio una acción personalísima, resulta evidente que el cuñado carece de legitimidad para obrar. I. *Noveno*, Cabe señalar que la demanda de nulidad de matrimonio es una acción personalísima y que inclusive no es transmisible a los herederos, salvo que el causante haya iniciado la acción. Por consiguiente, resulta evidente de que (*sic*) el demandante (hermano del cónyuge fallecido) carece de legitimidad para obrar, más aún si se tiene en cuenta que desde la data en que el demandante tomó conocimiento del matrimonio cuya nulidad acciona, ha transcurrido con exceso el plazo de un año –tal como ha quedado evidenciado en autos– y por tanto, ha operado el plazo de caducidad fijado por la propia ley. [...].»[143]

Podemos observar además la Casación n.º 1420-2007-Puno, del 5 de diciembre de 2007, la misma que señala que: «Si no se ha determinado en las instancias inferiores que el fallo sobre nulidad de matrimonio es una sentencia ejecutable o no ejecutable, debe ordenarse al juez a que (*sic*) vuelva a emitir una nueva solución pronunciándose sobre ello. *Quinto.* En el presente caso, el juez de la causa al rechazar la presente demanda (de cosa juzgada fraudulenta), bajo el fundamento que las sentencias expedidas en el proceso de nulidad de matrimonio han sido expedidas el 12 de junio y 3 de diciembre del año 2002, respectivamente, mientras que la presente demanda ha sido presentada el 24 de mayo del 2006, y que por lo tanto ha transcurrido en exceso el plazo de seis meses previsto por el numeral 178 del Código Procesal Civil, no ha tenido en cuenta si la sentencia expedida en dicho proceso es una ejecutable o no ejecutable. *Sexto.* En igual sentido, la Sala Superior decide confirmar la sentencia apelada, agregando que la sentencia cuya nulidad se pretende es una constitutiva, la que busca originar una nueva situación jurídica, por tanto, no es ejecutable, ni capaz de ejecución; sin embargo, dicho Colegiado no ha tenido en cuenta la distinción que el numeral en comentario hace sobre las sentencias ejecutables y no ejecutables. *Séptimo.* En tal virtud, esta Sala Suprema concluye que las instancias de mérito han contravenido las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(143) *Loc. cit.* y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Compendio práctico que sistematiza y conecta la jurisprudencia casatoria más relevante emitida por la Corte Suprema de Justicia durante los últimos 25 años con relación a los artículos del Código Civil.* Gaceta Jurídica, Lima, 2022, p. 198.

normas que garantizan el derecho a un debido proceso al no haber resuelto de acuerdo a lo prescrito por el numeral 178, primer párrafo, del Código Procesal Civil; por tal razón, el presente medio impugnatorio merece ser amparado. [...] ORDENARON al juez que vuelva a emitir resolución de acuerdo a lo expuesto en la presente decisión.»[144]

Asimismo, se puede mencionar la Casación n.° 1860-2003-La Libertad, del 13 de abril de 2004, la misma que establece que: «Cuando el juez declara de oficio la nulidad del matrimonio no se requiere actuación de prueba especial, pues no se trata de una acción orientada a hacer anular el matrimonio, porque éste ya es nulo de por sí, sino a establecer dicha nulidad y a declararla. Octavo. Conforme al artículo 275 del Código Civil, cuando la nulidad del matrimonio es manifiesta, el juez podrá declararla de oficio, lo cual está respaldado por la opinión de tratadistas nacionales como Gabriela Araníbar Fernández Dávila quien nos dice que "(...) El código vigente en su artículo 275 reproduce que la acción puede hacerse valer por cualquier interesado (...). Ordena también que la nulidad la declara de oficio el juez cuando fuera manifiesta. Es decir, cuando la nulidad fluya de las constancias de la causa. Por consiguiente, no se requiere actuación de prueba especial, teniendo en cuenta que no se trata de una acción orientada a hacer anular el matrimonio, porque éste ya es nulo de por sí, sino a establecer dicha nulidad y a declararla; por su parte, Max Arias-Schreiber Pezet nos decía, sobre esta norma que: "(...) en el supuesto de que la nulidad sea manifiesta el juez debe declararla de oficio, siempre en resguardo del interés público".»[145]

De otro lado, la Casación n.° 2220-2005-Puno, del 9 de mayo de 2006, establece el escenario de una tercera persona solicitando la nulidad, como se puede observar a continuación: «Un tercero también puede solicitar la nulidad del matrimonio. *Cuarto.* A la luz de los preceptos señalados debe interpretarse el artículo 275 del Código Civil, según el cual: "La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual": disposición que pareciera contraponerse a los mencionados artículos 278 y 279 del Código Civil; sin embargo, en aplicación de los citados preceptos debe concluirse: i) que las causales de nulidad contempladas en el artículo 274 incisos 1, 2 y 3, así como todas las causales de anulabilidad previstas en el artículo 277 del Código Civil, solo pueden hacerse valer por los mismos

(144) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 304.
(145) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cónyuges e iniciado el proceso, ser concluidas por los herederos; ii) las otras causales de nulidad previstas en el citado artículo 274, pueden ser alegadas por los cónyuges, herederos, el Ministerio Público y por cualquier persona con interés legítimo y actual.»[146]

Por su parte, la Casación n.º 1187-2014-Lima, del 27 de abril de 2015, desarrolla un escenario particular: «No se puede fundar demanda de nulidad de matrimonio en un interés futuro o alegando expectativa. *Décimo sétimo.* Tratándose de matrimonio nulo, la acción puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual, y debe serlo por el Ministerio Público, y si la nulidad fuere manifiesta, el juez la declara de oficio, que la redacción del artículo 275 del Código Civil, no deja lugar a dudas en cuanto exige que el interés que se invoque para accionar debe ser actual, lo que excluye de plano la posibilidad de fundar la demanda en un interés futuro o meramente expectaticio, pero en cambio, pudiera no aparecer claro el carácter que tal interés deba revestir para ser calificado como legítimo [...], así pues, podrán accionar nulidad: "quienes tengan en la invalidación del matrimonio un interés económico y actual [...]; en suma, la acción de nulidad, es flanqueada por ley a los herederos legitimarios (descendientes, padres y otros ascendientes) o legales (descendientes, padres y otros ascendientes, hermanos y parientes consanguíneos del causante en tercero y cuarto grados) para excluir de la herencia al presunto cónyuge sobreviviente [...]"; en consecuencia, en el caso de autos, el demandante al ser el hijo de su causante [...]. tiene un interés en calidad de heredero de este para interponer la presente demanda de nulidad de matrimonio.»[147]

En lo referente a la bigamia, la Casación n.º 2759-2009-Tumbes, del 24 de noviembre de 2009, hace mención a lo siguiente: «La causal de nulidad por bigamia solo puede ser invocada por los propios cónyuges. *Sétimo.* La causal de nulidad del segundo matrimonio invocada es la contemplada en el inciso 3 del artículo 274 del Código Civil, respecto del cual, conforme ya se indicó, solo puede ser invocada por los mismos cónyuges, calidad que no ostentan los demandantes, por lo que la presente demanda resulta completamente improcedente por carecer los actores de legitimidad para obrar: criterio que no varía de aplicarse el Código Civil de 1936 toda vez

(146) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 305. y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, pp. 198-199.

(147) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 305 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 197.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que, tal como se señalara, el artículo 136 del citado Código derogado establecía expresamente que en caso de que el cónyuge del que ha contraído nuevas nupcias falleciere, solo el cónyuge del bígamo puede demandar la nulidad, no teniendo ninguno de los demandantes la condición de cónyuge y, por el contrario, el cónyuge actual (...) es el que está siendo objeto de la presente demanda, resultando evidente la completa improcedencia de la misma.»[148]

Finalmente, la Casación n.º 3001-2003-Moquegua, del 1 de diciembre de 2004, también se refiere a la «Legitimidad para interponer la acción por tener un interés legítimo y actual. Décimo. En la presente controversia se advierte que se ha presentado una causal de nulidad insalvable al tratarse del matrimonio del bígamo, [...] máxime que no se dan los supuestos de excepción regulados en la parte *in fine* del artículo 274 inciso 3 del Código Civil, consecuentemente, correspondía en su caso, interponer la acción no sólo al Ministerio Público sino a cualquiera que tenga un interés legítimo y actual; que en el presente caso, la actora ha cumplido con acreditar dicho interés, en aplicación del artículo 275 del acotado Código sustantivo [...].»[149]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(148) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 305.
(149) *Loc. cit.*

NO CADUCIDAD DEL DERECHO DE PLANTEAR LA NULIDAD

Artículo 276.- La acción de nulidad no caduca.

Hemos sostenido desde hace dos décadas[150] que en el ordenamiento jurídico peruano todo prescribe, a menos que la ley lo declare imprescriptible, y si no prescribe, entonces caduca, a menos que la ley establezca la no caducidad de ese derecho.

Y este último es, precisamente, el caso de la pretensión de nulidad del matrimonio.

En principio, como sabemos, el plazo de prescripción de la pretensión de nulidad, es de diez años, conforme a lo establecido por el artículo 2001, inciso 1 del Código Civil. Esto significa que, de no haberse establecido en el artículo 276 la no caducidad de ese derecho, su plazo de prescripción sería de diez años, en aplicación supletoria del inciso 1 del artículo 2001, antes mencionado.

Pero el legislador de 1984 ha considerado pertinente que el derecho a reclamar la nulidad del matrimonio y la pretensión derivada del mismo no caduquen.

No obstante, en los términos del artículo 276 del Código Civil, se trataría de una pretensión que «no caduca», redacción que no tiene coherencia, puesto que la "no caducidad" se refiere a la no extinción de un derecho, no a la no extinción de una pretensión procesal. Y, como aquí se trata de una pretensión procesal y no de un derecho, lo que debió contemplarse es la imprescriptibilidad de esta pretensión, como ocurre en el caso de la «acción petitoria de herencia» (en la que se trata de resguardar los derechos patrimoniales del heredero –razón por la cual la pretensión para hacerlos valer es imprescriptible–).

Pero, de una forma u otra, el hecho es que el artículo 276 establece la «no caducidad de la acción de nulidad del matrimonio» como excepción a la regla del artículo 2001, inciso 1 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(150) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En: Revista *Derecho & Sociedad*. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Lima, 2004, pp. 273-274.

Esto significa que ella podría interponerse incluso si los contrayentes hubiesen fallecido. Entendemos que, más allá de razones de orden moral, la no caducidad de la nulidad se basa en argumentos de orden patrimonial, conducentes, sea para que se declare que entre los contrayentes no hubo sociedad de gananciales o para que no haya entre ellos derechos de orden hereditario, salvo, naturalmente, que los tuviesen al calificar como miembros de una unión de hecho, en los términos y alcances del artículo 326 del Código Civil, o que exista entre ellos vínculo de parentesco que dé lugar a una vocación hereditaria.

Álex Plácido tiene una manera diferente de apreciar el problema, pero arriba a similares conclusiones. Ello, en la medida en que si un derecho no caduca, es claro que la pretensión derivada del mismo es imprescriptible. Así, señala que: «Debe destacarse que los problemas derivados de la extinción de la pretensión de invalidez del matrimonio son de los que más dividen a la doctrina en esta materia. El principal de aquéllos es el referente a si a la pretensión de invalidez le son aplicables las reglas generales de prescripción. Ya se ha expuesto de que (*sic*) las acciones de estado de familia son imprescriptibles, sin perjuicio de que pueda producirse su caducidad en determinados supuestos. Por lo tanto, se considera imprescriptible la acción de invalidez del matrimonio. Otra parte de la doctrina sostiene la aplicabilidad de las disposiciones generales sobre prescripción, con lo que en general la acción prescribiría a los diez años.»[151]

Plácido agrega que: «Finalmente, se discute si la extinción se produce cuando uno de los contrayentes fallece durante la sustentación del proceso de invalidez del matrimonio. Una parte de la doctrina sostiene la solución positiva, fundada en la premisa de la intransmisibilidad sucesoria de las acciones de estado, que entiende que impide también la transmisión a los sucesores de las ya deducidas. A partir de las reglas contenidas en los artículos 278 y 279 del Código Civil, se concluye por la tesis negativa por cuanto los herederos siempre pueden continuar el proceso iniciado en vida por el causante.»[152]

Por nuestra parte, y como lo hemos manifestado, creemos que la acción puede ser interpuesta por los herederos del titular del derecho, en caso hubiere fallecido sin demandar, o continuar con el proceso, en caso de fallecer luego de haber demandado. Nada lo impide.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(151) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, pp. 192-193.

(152) *Loc. cit.*

Anulabilidad del Matrimonio. Causales

Artículo 277.- Es anulable el matrimonio:

1.- Del impúber. La pretensión puede ser ejercida por él luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede solicitarse la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. La confirmación se solicita al Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos.

Este inciso no corresponde al texto de 1984, ya que fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. El texto original era el siguiente:

1.- Del impúber. La acción puede ser intentada por él, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede intentarse la acción después que el menor ha alcanzado la mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Si la anulación hubiese sido obtenida a instancia de los padres, ascendientes o del consejo de familia, los cónyuges al llegar a la mayoría de edad, pueden confirmar su matrimonio ante el juez. La confirmación produce efecto retroactivo.

2.- De quien está impedido conforme el artículo 241, inciso 2. La acción sólo puede ser intentada por el cónyuge del enfermo y caduca si no se interpone *dentro* del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.

3.- Del raptor con la raptada o a la inversa o el matrimonio realizado con retención violenta. La acción corresponde exclusivamente a la parte agraviada y sólo será admisible si se plantea dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta.

4.- De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción sólo puede ser interpuesta por él, dentro de los dos años de la celebración del casamiento y

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa.

5.- De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.

6.- De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado. El simple temor reverencial no anula el matrimonio.

7.- De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.

8.- De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.

Como enseña el maestro Cornejo Chávez: «Cuando el vicio de que el matrimonio adolece consiste en uno de los impedimentos que el ordenamiento legal estime dispensables, existe la posibilidad de subsanación confirmatoria o prescriptoria; y aunque ésta no llegue a realizarse el negocio existe y es eficaz, es decir que tiene todos los efectos de un matrimonio válido, en tanto no sobrevenga la sentencia anulatoria o la disolución del casamiento. Sin embargo, la invalidación funciona con efecto retroactivo, lo que significa que destruye todas las consecuencias que el negocio viciado había producido. El rigor de este último principio no sólo se atenúa en cuanto lo exige la necesidad de amparar la buena fe: los cónyuges, para defender la calidad de legítimos que el matrimonio invalidado confirió a los hijos, y para reclamar en su propio favor

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

las consecuencias civiles pertinentes; o de los terceros que no previeron o no pudieron prever la futura invalidación.»[153]

El artículo 277 es una de las normas más extensas del Código Civil. Ella recoge las causales de anulabilidad del matrimonio. La estudiaremos en detalle.

Veamos:

a) Del impúber (inciso 1)

El artículo 241, inciso 1 del Código Civil de 1984 establecía como impedimento absoluto para contraer matrimonio el que los contrayentes tuvieran la condición de impúberes. Esta nomenclatura se mantuvo con la modificación operada por el Código Procesal Civil de 1993, pero varió en 1999, cuando el Código de los Niños y Adolescentes incorporó el concepto de adolescente. Dijimos en nuestro análisis del artículo 241, inciso 1, que se entiende por adolescente a los menores desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

Estimamos que el impúber a que se refiere el inciso 1 del artículo 277 es el adolescente. Esto, pues el matrimonio del niño, es decir, de alguien que no llega a los doce años, es nulo por ser un acto contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (artículo 219, inciso 8 del Código Civil). Lamentablemente, se ha eliminado (por el Decreto Legislativo n.° 1384) la nulidad de los actos jurídicos celebrados por la persona absolutamente incapaz (que en la actualidad es únicamente, en el Perú, el menor de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley (artículo 43, inciso 1).

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[154] proponíamos derogar el inciso 1, debido a nuestra antigua y reiterada posición contraria al matrimonio de los menores de edad.

a.1) Legitimados

a.1.1) El adolescente

El inciso 1 del artículo 277 del Código Civil, bajo comentario, establece que la pretensión de anulabilidad puede ser ejercida por el impúber (hoy adolescente), luego de llegar a la mayoría de edad.

(153) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 211.
(154) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 357-359.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a.1.2) Por sus ascendientes

Esto en caso ellos no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio.

a.1.3) Por el consejo de familia

Sólo tendría legitimidad activa el consejo de familia, a falta de ascendientes.

a.2) Prohibiciones

a.2.1) No se puede solicitar la anulación si el menor hubiese alcanzado la mayoría de edad. Se entiende, oficialmente, salvo que se trate de que sea él mismo quien solicite la anulación.

Éste es un tema sobre el cual el Código Civil no establece plazo especial para la anulabilidad (como sí lo hizo para la acción en nulidad –que no «caduca» (en realidad, que no prescribe la pretensión, como hemos visto, por el artículo 276–). Entonces, debemos entender que rige el plazo general para la anulabilidad de los actos jurídicos, que es de dos años (artículo 2001, inciso 4).

a.2.2) Tampoco puede pretenderse la nulidad del matrimonio cuando la mujer ha concebido. Esto tiene plena lógica dentro del pensamiento del legislador de 1984, tendiente a fomentar el matrimonio como institución básica para la familia.

a.3) Confirmación

Establece el inciso 1 del artículo 277 que, aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. Esto, no sólo para fomentar la formalización de las uniones de pareja, sino también porque al haber cumplido la mayoridad, estas personas ya podrán manifestar –por sí mismas– una voluntad libre de los vicios que acarrea el ser menor de edad o adolescente.

Es importante precisar que la confirmación se solicita al juez de paz letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso.

El inciso 1 señala también que la resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos. Esto último resulta de suma trascendencia, porque, de esta forma, por la ficción anotada, se considerará que el matrimonio nunca fue nulo, a pesar de haberlo sido

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

durante un tiempo. Magnífica solución a un problema humano de gran importancia para esa pareja.

A entender del maestro Max Arias-Schreiber: «La pretensión para que se declare la invalidez está limitada al impúber, a sus descendientes si no prestaron su consentimiento, o a falta de éstos, al consejo de familia. Las razones que se dan no sólo se debe a que sólo está de por medio el interés privado, sino el hecho de que el interés moral sólo lo tienen los padres, ascendientes y a falta de ellos, el consejo de familia. Existe igualmente una restricción lógica: no se puede pretender la anulación una vez que el menor haya alcanzado la mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. En efecto, mientras en el primer caso se da por supuesto que el que fue impúber persiste en su voluntad de mantener la unión, en el segundo por un lado está la necesidad de proteger al concebido y por otro lado, resulta evidente que ya quedó atrás la impubertad. En realidad, estamos en presencia de lo que se denomina "convalidación confirmatoria".»[155]

b) De quien está impedido conforme el artículo 241, inciso 2 (inciso 2)

El inciso 2 del artículo 241 se refiere a la nulidad del matrimonio de quien se halle en estado de coma (persona calificada como con capacidad de ejercicio restringida, de acuerdo al artículo 44, inciso 9).

Sería un impedimento absoluto el matrimonio de quien se encuentra en estado de coma, si es que no existe manifestación de voluntad expresa o tácita sobre esta materia.

Ya hemos criticado severamente estas salvedades establecidas por el artículo 241, inciso 2 y no vamos a volver sobre tales críticas. Sólo queremos agregar que el artículo 277, inciso 1, establece que la acción únicamente puede ser intentada por el cónyuge del enfermo.

Pero entendemos que sólo podría interponerla si se hubiese casado mediando error o dolo como vicios de la voluntad, pues si hubiere contraído matrimonio con plena conciencia y voluntad de casarse con alguien en estado de coma, no le sería permitido demandar la anulación del matrimonio.

Se entiende también que quien ha manifestado la voluntad del enfermo será: i) alguien a quien nombró como su apoyo, cuando estaba en pleno uso de facultades, o ii) un representante que le hubiere nombrado un juez.

(155) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 146.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El apoyo o el representante podría proceder cumpliendo instrucciones expresas previas del enfermo o reconstruyendo su voluntad, proceder peligrosísimo, por cierto, en materia tan delicada.

En ese sentido, es injusto que la acción sólo pueda ser interpuesta por el cónyuge del enfermo, a quien se le otorga el plazo de un año contado desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.(156)

¿Y el enfermo? ¿Si sana y constata que quienes manifestaron su voluntad para casarse, transgredieron su voluntad o sus propósitos? ¿Acaso no podría demandar la anulación del matrimonio?

Creemos que sí lo podría hacer; incluso podría demandar su nulidad, en virtud de lo contemplado por la regla general del artículo 219, inciso 1, pues habría faltado la manifestación de voluntad del agente.

En su caso, también podría demandar la ineficacia del matrimonio por tergiversación, exceso o ausencia de facultades del representante (argumento del artículo 161 del Código Civil).

c) Del raptor con la raptada o a la inversa (inciso 3)

En este caso, la acción corresponde exclusivamente a la parte agraviada. Ello se entiende perfectamente.

Además, aquí se establece un plazo de un año. Entendemos que también se trata de un plazo de caducidad y no de uno de prescripción. Ello, pues en primer lugar se trata de un plazo breve (como son los de caducidad) y, en segundo lugar, por ser de la misma duración que el plazo establecido para el supuesto del inciso 2 de este mismo artículo 277, en el cual se especifica que se trata de un plazo de caducidad. No tendría sentido alguno el que se interpretara este plazo como de prescripción.

El plazo se cuenta desde el cese del rapto.

d) Del matrimonio realizado con retención violenta (inciso 3)

Entendemos que sería difícil encontrar un ejemplo de retención violenta que no califique como secuestro.

(156) En ese sentido, la única posibilidad de error es que uno de los contrayentes haya actuado por apoderado o representante en el acto de la celebración del matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En todo caso, la regulación de este supuesto es la misma que para el caso del matrimonio del raptor con la raptada, materia que acabamos de comentar en el literal c).

Como enseña Cornejo Chávez: «La doctrina está acorde en sostener que la violencia que invalida el matrimonio no es únicamente la ejercida por uno de los contrayentes sobre el otro, sino aun la que emana de tercera persona, y este mismo criterio es aplicado por nuestro Derecho positivo según la regla del artículo 214. De aquí se infiere que también se puede alegar amenaza como vicio del consentimiento cuando la esgrimen los padres del mismo contrayente, pero en este caso el juez deberá tener presente que tal coacción ha de ser muy grande, pues el simple temor reverencial, inspirado en el respeto de ciertas personas o en el deseo de no desagradarlas, no basta para anular el acto (art. 277, 6 *in fine*).»[157]

e) De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera (inciso 4)

Muchas pueden ser las razones por las cuales una persona no se halle en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. Podría ser el caso en el que se encuentre totalmente ebrio, o aquel otro en que se halle absolutamente drogado.

Ni en uno ni en el otro caso estaría en pleno uso de facultades, y podría ocurrir que mientras se encontrara en ese estado transitorio contraiga matrimonio. En estos supuestos, el matrimonio sería anulable.

No obstante, el tema resultaría difícil de probar, naturalmente.

Por lo demás, la acción (pretensión) sólo podrá ser interpuesta por su titular dentro de los dos años de la celebración del casamiento.

¿Plazo de caducidad o de prescripción?

Entendemos que sería de prescripción, dado que es de dos años el plazo regular de prescripción establecido por el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil. No tendría sentido considerar que el mismo sea de caducidad. Además, los plazos de caducidad generalmente son menores a dos años.

Por último, hay que decir que es requisito para demandar esta anulabilidad del matrimonio que el afectado no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa (se entiende, con la persona

(157) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 234.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

con la que contrajo matrimonio). Ello, en razón de que si se hubiera producido dicha convivencia por un lapso tan prolongado, ello haría presumir o que no existió esa situación de ausencia de facultades mentales; o bien que, habiendo existido tal ausencia de facultades, la misma –en los hechos– habría resultado irrelevante por la voluntad de convivir puesta en práctica para el sujeto en cuestión.

Aquí, una vez más, el legislador de 1984 prefiere la conservación de las instituciones de la familia, que hacerles perder efectos.

A decir de Plácido: «Respecto de la legitimación activa, el ejercicio de la pretensión se reserva al cónyuge agraviado, a quien ha sufrido la afección temporal de sus facultades mentales al momento de celebrar el matrimonio. El matrimonio queda convalidado si dentro de un estado libre de voluntad de los contrayentes, ellos exteriorizan su propósito de mantener el vínculo, mediante el hecho mismo de la cohabitación, prolongada por un periodo de seis meses de desaparecida la causa, tiempo bastante para demostrar la persistencia real de esa voluntad.»[158]

f) De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente (inciso 5)

Se trata del error *in personae*, lo que significa que alguien se casa con persona distinta de aquella con quien creía estaba contrayendo matrimonio.

Este error se halla contenido en el inciso 2 del artículo 202 del Código Civil, cuando califica como esencial el error que recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.

Y qué mayor error *in qualitate in personae* que aquel que se comete sobre la propia identidad de la persona. Alguien cree que se está casando con A y en verdad se casa con B. Ello podría ocurrir en el caso de los hermanos gemelos, por ejemplo.

En estos casos, la acción (pretensión) sólo puede ser ejecutada por el cónyuge perjudicado (quien hubiese viciado su voluntad) dentro del plazo de dos años de celebrado el matrimonio.

Por los comentarios vertidos en el literal e), se trata, sin duda, de un plazo de prescripción y no uno de caducidad.

(158) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 198.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A entender de Varsi: «El error sobre las cualidades de la persona (*error qualitatis*) no es casual de invalidez, a no ser que se pretenda determinada cualidad directa y, principalmente, por encima de la identidad de la persona misma con la cual se va a contraer matrimonio. Es el antiguamente denominado "error sobre la cualidad de la persona que redunda en error acerca de la persona misma" (*error qualitatis in personara redundans*).»[159]

g) De quien contrae el matrimonio por ignorar algún defecto sustancial del otro contrayente que haga insoportable en la vida en común (inciso 5)

Se trata, también, de otro caso de error *in qualitate in personae* (artículo 202, inciso 2 del Código Civil).

Pero en este caso, el artículo 277, inciso 5, restringe la anulación del matrimonio a unos cuantos supuestos, que entiende o califica como defectos sustanciales, a saber:

g.1) La vida deshonrosa;

g.2) La homosexualidad;

g.3) La toxicomanía;

g.4) La enfermedad grave de carácter crónico;

g.5) La condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de libertad;

g.6) El ocultamiento de la esterilización;

g.7) El ocultamiento del divorcio.

El legislador de 1984 ha considerado que, en cualquiera de esos casos, el desconocimiento de tal situación califica como el desconocimiento de un defecto sustancial.

Nótese cómo si el afectado quisiera demandar la anulación del acto jurídico por la norma general, invocando algún otro defecto que ella considere sustancial, pero que no está enumerado en el inciso 5 del artículo 277, la pretensión debería ser declarada infundada, habida cuenta de que norma especial (277, inciso 5) prima sobre norma general (202, inciso 2).

Por lo demás, hacemos de aplicación a este supuesto los comentarios vertidos cuando estudiamos el literal f) de este artículo 277.

(159) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonios y uniones estables. Op. cit.*, tomo II, p. 347.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, menciona Varsi que: «El error es esencial cuando recae sobre la identidad del otro cónyuge, su honra y buena fama, cuando el error es tal que torne insoportable la vida en común al cónyuge engañado; la ignorancia de un crimen no excarcelable anterior al casamiento y definitivamente juzgado por sentencia criminal; la ignorancia anterior al casamiento de defecto físico irremediable o de enfermedad grave y transmisible por contagio o herencia, capaz de poner en riesgo la salud del otro cónyuge o de la descendencia; el desfloramiento de la mujer, ignorado por el marido.»[160]

No estamos de acuerdo con extender más allá de lo señalado en la ley respecto de todos los supuestos planteados en su oportunidad.

En lo que respecta a la jurisprudencia relativa al inciso 5, bajo comentario, podemos recordar la Casación n.º 1347-2000-Huaura, del 13 de noviembre de 2000, la misma que señala que el: «Demandante que ha sido determinado al matrimonio por su cónyuge mediante un engaño (haciéndole creer que él era quien la había embarazado) sin el cual no se hubiera casado (art. 277.5). *Sexto.* La doctrina reconoce como un supuesto de error cuando un cónyuge ha sido determinado al matrimonio por el otro mediante un engaño sin el cual no se hubiera casado. *Sétimo.* Habiéndose determinado en la resolución recurrida que el motivo determinante del matrimonio fue el accionar doloso de la demandada al hacerle creer al demandante que este era quien la había embarazado, debe concluirse que el inciso 5 del artículo 2771 ha sido aplicado correctamente al caso sub litis.»[161]

Finalmente, la Casación n.º 983-2012-Lima, del 16 de abril de 2013, hace mención a que: «Si bien producto del matrimonio los casados tienen el deber de fidelidad y cohabitación, de ello no puede desprenderse que el texto legal indique como elemento estructural del matrimonio que las partes deban tener relaciones sexuales. Tal hecho no es propio de la nulidad del matrimonio civil (art. 277.7).»[162]

h) De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente (inciso 6)

Este mal, según la norma, debe ser capaz de producir en el amenazado un estado de temor sin el cual no lo hubiera contraído.

Se trata del supuesto de la intimidación como vicio de voluntad, aplicado específicamente al acto del matrimonio.

(160) *Ibidem*, p. 347.
(161) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 307.
(162) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No olvidemos que el artículo 215 señala en la norma general, que hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

La norma general agrega que tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según esas circunstancias.

Entendemos que los lineamientos generales del artículo 215 deben servir para el análisis del caso por el juez, de acuerdo con el artículo 277, inciso 6, naturalmente, *mutatis mutandis*.

El artículo 277, inciso 6, agrega que la acción (pretensión) corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado.

La norma concluye señalando que el simple temor reverencial no anula el matrimonio. En este extremo concuerda con el artículo 217, pero este precepto agrega que la amenaza del ejercicio regular de un derecho tampoco anula el acto. Lo expresado, naturalmente, para los actos jurídicos en general.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[163] proponíamos que en el inciso 6 se variara la fecha desde la cual se computa el plazo, reemplazando el término inicial, relativo a la fecha de celebración del matrimonio, por el cese de la amenaza; ya que ambas pueden no coincidir y si la amenaza continuara, en la práctica la víctima no estaría en condiciones de proceder, en un plazo razonable, de acuerdo con sus intereses.

i) De quien adolece de impotencia absoluta (inciso 7)

La lógica de esta norma es evidente en la medida en que se trataría de un problema de salud del cónyuge, que frustraría buena parte de los objetivos del matrimonio. No obstante, resulta claro que el cónyuge que no sufra del problema podría perdonar esta situación y no demandar la anulación del matrimonio.

Nótese que, en este inciso, la acción (pretensión) corresponde al cónyuge afectado por la impotencia del otro. No entendemos que también se

(163) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 357-359.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

conceda a quien sufre de impotencia, pues esta persona no ha viciado su voluntad por error o dolo.

En ese sentido, el artículo concluye señalando que no procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual. Esta disposición se explica por sí sola.

i) De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente (inciso 8)

No obstante que esta situación podría ser convalidada si el alcalde ratifica el acto celebrado por el funcionario incompetente, lo que, como hemos explicado en su momento, podría subsanar esta situación, el hecho es que quienes hubiesen contraído matrimonio de buena fe, en tales circunstancias, podrían demandar la anulación del acto celebrado. Esa acción sólo corresponde al o a los contrayentes que hubiesen actuado de buena fe.

El plazo para demandar es muy breve, pues se extiende únicamente a los seis meses de la celebración del matrimonio. Se trata, evidentemente, de un plazo de caducidad.

El artículo 277, inciso 8, también hace referencia a que todo esto es sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal del funcionario público que haya procedido sin autorización del alcalde. Esto resulta de evidencia.

Antes de concluir con nuestros comentarios al artículo 277, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(164) proponíamos agregar un inciso y una causal de anulación del matrimonio, en virtud de nuestro pensamiento relativo al artículo 68 del Código («El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge»).

Con ocasión del artículo 68 señalábamos que se trata, sin duda, de un tema largamente discutido en doctrina y acerca del cual resulta necesario tomar posición.

El Código de 1984 optó por una de las soluciones que se contempla sobre el particular. No obstante, no creemos que sea necesariamente la más acertada, ya que si bien se brinda seguridad jurídica al nuevo cónyuge (es decir, a quien se casó con la viuda o con el viudo), desconoce los reales sentimientos que pueden presentarse respecto a aquel que se volvió

(164) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a casar, no por haberse deteriorado su primer matrimonio ni por haber dejado de amar a su cónyuge, sino por creerlo muerto, en el supuesto de que quien hubiera sido declarado como tal reaparezca vivo. Creemos que la solución tajante que establece el Código Civil al respecto podría ser flexibilizada, permitiendo la anulación del segundo matrimonio, únicamente a instancias del cónyuge que se volvió a casar y dentro de un plazo muy breve, que estableciamos en un nuevo inciso (el 9) del artículo 277, que tenía el siguiente texto:

«De quien vuelve a contraer matrimonio, por haberse declarado judicialmente muerto a su cónyuge, en caso de reaparición con vida del primero. La acción corresponde únicamente al cónyuge que volvió a contraer matrimonio y debe interponerse dentro del año siguiente a la fecha de reaparición de aquél que fue declarado judicialmente muerto».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Carácter *intuitu personae* de las pretensiones de nulidad y anulabilidad

Artículo 278.- La acción a que se contraen los artículos 274, incisos 1, 2 y 3, y 277 no se trasmite a los herederos, pero éstos pueden continuar la iniciada por el causante.

El artículo 278 establece que las acciones a que se contraen los artículos 274, incisos 1, 2 y 3, y 277 no se transmiten a los herederos, pero éstos pueden continuar la iniciada por el causante. En verdad, el artículo 278 emplea la terminología en singular (acción), pero nosotros utilizamos el plural, ya que se trata de dos acciones (pretensiones) distintas (nulidad y anulabilidad).

En primer término, debemos señalar que la mención a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 274, en la actualidad se entiende ejercida sólo para el supuesto del inciso 3, habida cuenta de que los dos primeros fueron derogados por el Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

La razón de ser del artículo 278 es que las acciones que contemplan las normas por él señaladas son, en verdad, de carácter personalísimo, razón por la cual su interposición se restringe al titular. Ella no pasa a los herederos. Pero si falleciere el demandante, la pretensión interpuesta podría ser seguida por sus herederos, en sucesión procesal.

Emilio F. Valverde enseñaba respecto al régimen del código derogado, que: «Se trata de la acción de anulabilidad cuando su ejercicio corresponde al cónyuge, a quien únicamente se atribuye interés legítimo para promoverla, interés que será siempre de orden moral, al que puede unirse otro de carácter económico. Interés que, por eso, origina un derecho que, por su esencia, es personal y se extingue con la muerte del titular del mismo.»[165]

Bajo el mismo argumento, el maestro Cornejo Chávez indica que: «En todo caso, se entiende que el artículo estudiado alude al derecho de accionar que tiene el cónyuge y al cual declara intransmisible cuando no ha llegado a ser ejercido; y no al derecho de accionar que directamente reconoce la ley a los herederos de uno de los cónyuges o a terceros, los cuales tienen expedito su

(165) Valverde, Emilio F. *Op. cit.*, pp. 342-343.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

derecho para iniciar la acción una vez fallecido uno de los cónyuges (como es el caso del hermano fallecido que invoca un interés económico y actual para pedir la nulidad del matrimonio, con el fin de excluir de la herencia al cónyuge sobreviviente que contrajo un matrimonio nulo de mala fe).»[166]

Agrega Cornejo que: «Cuando se trata de un matrimonio anulable, en que la acción se confiere sólo a los cónyuges, la sociedad no tiene interés de invalidar un casamiento que ha sido disuelto por la muerte, de manera que si el único interesado que era el cónyuge fallecido, no hizo uso de su derecho de accionar, sus herederos tampoco pueden ejercitarlo, pues no pueden tener más interés que el directamente afectado.»[167]

Sobre el artículo 278, bajo comentario, tenemos la Casación n.º 194-96-Chimbote, del 30 de abril de 1997, la misma que indica que: «Los herederos están legitimados para continuar con la acción de nulidad sólo si el causante la inició anteriormente. Cuarto.- El artículo 278 del [...] Código (Civil) establece que la acción que faculta el inciso 3 del artículo 274 a que se refiere el considerando precedente no se transmite a los herederos, pero éstos pueden continuar la iniciada por el causante. Quinto.- Habiéndose establecido en las instancias de mérito que el primer matrimonio de la recurrente quedó disuelto el 6 de mayo de 1985, sin que el segundo cónyuge hubiera iniciado acción invalidatoria (*sic*) hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido el 28 de junio de 1994, carecen de la referida acción invalidatoria (*sic*) sus herederos en estricta aplicación de las precitadas normas.»[168]

Finalmente, la Casación n.º 826-2006-Lima, del 15 de noviembre de 2006, hace mención a lo siguiente: «Siendo la demanda de nulidad de matrimonio una acción personalísima, resulta evidente que el cuñado carece de legitimidad para obrar.»[169]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(166) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1967, p. 126.
(167) *Loc. cit.*
(168) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 307.
(169) *Loc. cit.*

Intransmisibilidad de la acción de nulidad

Artículo 279.- La acción de nulidad que corresponde al cónyuge en los demás casos del artículo 274 tampoco se trasmite a sus herederos, quienes pueden continuar la iniciada por su causante. Sin embargo, esto no afecta el derecho de accionar que dichos herederos tienen por sí mismos como legítimos interesados en la nulidad.

El artículo 279 establece que la acción (pretensión) de nulidad que corresponde al cónyuge en los demás casos del artículo 274, tampoco se transmite a sus herederos. Concretamente se está refiriendo a los casos de los incisos 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del referido artículo.

En estos supuestos, al igual que ocurre con los comprendidos en el artículo 278, la acción (pretensión) de nulidad no se transmite a los herederos, pero ellos también pueden continuar la iniciada por su causante.

La diferencia entre ambas normas es que el artículo 279 establece que esto no afecta el derecho de accionar que tales herederos tienen por sí mismos como legítimos interesados en la nulidad.

Como vemos, la acción no se transmite a los herederos, pero éstos pueden accionar, a título personal, como terceros con legítimo interés.

A entender de Coello: «En este orden de ideas, si se trata de un matrimonio afectado por la anulabilidad, en que las únicas personas a las que la ley les reserva capacidad de accionar, es a los cónyuges, y en el tiempo dispuesto expresamente para ello; sí procede la intransmisibilidad de la acción que prevé este precepto, empero no ocurre igual si se está frente a un matrimonio nulo.»[170]

El maestro Cornejo Chávez enseña que: «Cuando se trata de un matrimonio nulo y los herederos tienen –por sí mismos– interés legítimo y actual para pedir la nulidad pueden demandarla; pero si no tienen tal interés, no habría motivo para que ejerciten la acción (...).»[171]

(170) Coello García, María Elena. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 208.

(171) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 149.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otro lado, Peralta Andía enseña que: «Cuando se trata de un matrimonio nulo los herederos pueden demandar si tienen interés legítimo y actual, pero si no es así no habrá razón para ejercitar la acción. Pero, si se trata de un matrimonio anulable, la acción sólo se concede a los cónyuges y, si el interesado (cónyuge fallecido) no hizo uso de su derecho de accionar, los herederos tampoco pueden ejercerlo puesto que no pueden tener más interés que el directamente afectado. Es más, la sociedad no tiene ningún interés en la invalidez del matrimonio que ha sido disuelto por muerte.»[172]

En lo que respecta a nuestra jurisprudencia, podemos mencionar la Casación n.° 1641-96-Lambayeque, de fecha 5 de julio de 1998, la misma que señala que: «En la teoría de la invalidez del matrimonio hay que distinguir la nulidad de la anulabilidad; la primera significa la existencia de un vicio que afecta la validez del acto del matrimonio, insanable, que determina su existencia y que por ello puede ser demandado por cuantos tengan interés y por el Ministerio Público y no caduca; la segunda, reconoce la existencia de un vicio que no afecta las condiciones esenciales del acto mismo que puede ser subsanable o que solo interesa a los cónyuges y por eso el ejercicio de la acción queda limitado; mas en ambos casos la declaración de la nulidad tiene eficacia retroactiva; esto es que si la demanda resulta fundada el matrimonio resulta inválido.»[173]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(172) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 182.
(173) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 307.

Pretensión de invalidez por representación

Artículo 280.- La invalidez del matrimonio puede ser demandada por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

En general, en materia de procesos judiciales, la regla es que se pueda actuar por apoderado.

En ese sentido, lo que se hace a través del artículo 280 no sólo es ir de la mano con la regla general, sino, además, establecer un requisito especial para el poder, y es que las facultades deben constar de manera expresa y, por añadidura, el poder debe ser otorgado por escritura pública.

La razón de estas formalidades, estriba en que el tema de la invalidez del matrimonio (el mismo que comprende a la nulidad y a la anulabilidad) es uno muy delicado, como para permitir que el poder: i) no conste de manera indubitable, por lo que se exige que sea otorgado por escritura pública; y, ii) que el mismo sea expresamente otorgado con las facultades de demandar esa invalidez, no representando al poderdante de manera genérica, sino específica, es decir, para demandar la nulidad o anulación de su matrimonio con determinada persona.

En buena cuenta, el legislador quiso, con el artículo 280, que no exista la menor inseguridad o duda con respecto a la voluntad del poderdante, de solicitar a la justicia que se declare la invalidez de su matrimonio.

Como enseña Cornejo: «La razón de esta exigencia radica en la gravedad que reviste la invalidación de un matrimonio, tanto para quienes lo contrajeron cuanto para terceros (y aun para los hijos, no obstante la declaración constitucional que otorga iguales derechos a todos los hijos, pues es evidente que en lo que concierne a su formación no les es igual hallarse bajo la potestad conjunta de sus padres dentro de un hogar legalmente constituido y normalmente funcionante, que encontrarse en situación semejante a la de padres divorciados). La ley quiere, por eso, que quien la demanda lo haga con plena conciencia y conocimiento, evitando que un apoderado general, valido de sus atribuciones corrientes u ordinarias, anule el casamiento de su poderdante.»[174]

(174) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, pp. 238-239.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otro lado, Coello indica que: «El artículo en comento es un claro ejemplo de la protección especial que se brinda a favor del matrimonio, al disponer que para accionar mediante apoderado la invalidez del matrimonio, se requiere no solo la existencia de un poder otorgado por el titular, sino precisa además que dicho poder debe ser específico, es decir, que conste por escrito la voluntad expresa del accionante de buscar la nulidad del matrimonio, con indicación de la causal a invocarse.»(175)

Coincide con ellos Peralta, al indicar que: «La invalidez del matrimonio puede ser promovida por apoderado, si está facultado expresamente y consta en escritura pública, bajo sanción de nulidad, entonces, se trata de un caso de representación. Un acto de tanta trascendencia no podría ser ejercitado mediante poder general y por ello, con justificación plena este precepto establece que el poder debe ser específico y formal, esto es, mediante escritura pública, todo bajo sanción de nulidad. La razón de esta exigencia se encuentra en la gravedad que reviste la invalidación de un casamiento, por eso su infracción se sanciona con la nulidad.»(176)

Finalmente, observamos en la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1954, p. 496; *Anales Judiciales*, 1945, p. 11; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1978, p. 141,(177) que: «Es nula la sentencia expedida en el juicio de nulidad de matrimonio si el poder otorgado por el demandante no expresa la causa en que debe fundarse la demanda.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(175) Coello García, María Elena. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 211.
(176) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 217.
(177) Coello García, María Elena. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 211.

PROCESO PARA LA INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

Artículo 281.- La pretensión de invalidez del matrimonio se tramita como proceso de conocimiento, y le son aplicables, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones establecidas para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal.

El texto de este artículo no es original de 1984. Él fue modificado por el artículo 5 del Decreto Ley n.° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992. Luego, la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993, recogió la modificación a que hemos hecho referencia. El texto original era el siguiente:

Artículo 281.- Durante el juicio de invalidez del matrimonio, las peticiones sobre separación temporal de los cónyuges, asignación para alimentos y gastos judiciales, oposición a dichas asignaciones, inventario, medidas de seguridad del patrimonio común y guarda de los hijos menores, se sujetarán a las normas pertinentes relativas al juicio de separación de cuerpos y de divorcio.

Tratándose de pretensiones que buscan se declare la nulidad o anulabilidad del matrimonio, el Código establece para su tramitación, la relativa al proceso de conocimiento, que es, precisamente, el más largo; y, a la vez, el que ofrece más garantías para las partes.

La norma hace aplicables, en lo pertinente, las disposiciones para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal. Si bien tales materias controvertidas son distintas, la lógica de ambas se equipara con la de la nulidad o anulabilidad del matrimonio, en el sentido de que la pareja ya no desea seguir haciendo vida en común.

Por lo demás, las pretensiones de nulidad y anulabilidad, si bien buscan se declare la invalidez del acto matrimonial, esta invalidez acarrea su ineficacia, que es, precisamente, lo que se pretende cuando se demanda el divorcio por causal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por último, la separación de cuerpos y el divorcio por causal implican considerable e intensa actividad probatoria, la que –de seguro– ocurrirá también cuando se pretenda la nulidad o anulabilidad del matrimonio.

Señala el maestro Cornejo Chávez que el Código de 1984: «Corrigiendo el error material en que incurrió el Código derogado al preceptuar la aplicabilidad al juicio de invalidez del matrimonio de sus artículos 286 y 287, que eran notoriamente inaplicables, y no mencionar en cambio los numerales 281y 282 que sí eran pertinentes, el nuevo Código simplifica, además, la regulación de esta materia al preceptuar en su artículo 281 que durante el juicio de invalidez del matrimonio, las peticiones de los interesados sobre separación temporal, asignación de alimentos o *litis expensas*, oposición a ella, inventario y medidas de seguridad de los bienes y guarda de los hijos menores, se sujetarán a las normas pertinentes de los juicios de separación de cuerpos y divorcio.»[178]

A entender de Gallegos y Jara: «Es de destacar que, conforme se desprende del artículo 281 del Código Civil, además de las reglas correspondientes al proceso de conocimiento, le son aplicables al proceso de invalidez del matrimonio (nulidad o anulabilidad del mismo), en cuanto sean pertinentes, las disposiciones establecidas para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal, razón por la que tiene que tenerse presente las reglas que integran el Capítulo Primero («Separación de cuerpos») y el Capítulo Segundo («Divorcio») del Título IV («Decaimiento y disolución de vínculo») de la Sección Quinta («Procesos contenciosos») del Código Procesal Civil (...).»[179]

Peralta Andía refiere: «Pero, la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, establece que durante el proceso de invalidez del matrimonio, las pretensiones sobre separación temporal de los cónyuges, asignación para alimentos y gastos judiciales, oposición a dichas asignaciones, inventarios, medidas de seguridad del patrimonio social y guarda de los hijos menores, se sujetarán a las normas pertinentes relativas al juicio de la separación de cuerpos y de divorcio.»[180]

Como indica Coello: «Así, el Estado adopta mayores recursos para emplazar o desplazar un estado de familia, Por ello las acciones de nulidad y anulabilidad de matrimonio se tramitan como proceso de conocimiento. Agrega la norma en comento que a la pretensión principal pueden acumularse las

(178) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 239.
(179) Gallegos Canales, Yolanda y Rebeca Jara Quispe. *Op. cit.*, p. 106.
(180) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 217.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pretensiones de alimentos, tenencia y cuidados de los hijos, separación de bienes de gananciales, y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de la sociedad de gananciales que puedan resultar afectados como consecuencia de la pretensión principal; aspectos que expresamente regulan para el divorcio vincular los artículos 483 y 94 del Código Procesal Civil y que por remisión resulta aplicable a esta materia.»[181]

A decir de Benjamín Aguilar: «En cuanto a la vía procedimental, la pretensión de invalidez del matrimonio se tramita como proceso de conocimiento y le son aplicables, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones establecidas para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal. Es pertinente señalar que dentro de un proceso de invalidez de matrimonio cabe solicitar medidas cautelares como la separación provisional de los cónyuges, alimentos, tenencia por uno de los padres y administración y conservación de bienes comunes, tal como lo consigna el artículo 485 del Código Procesal Civil.»[182]

Finalmente, nuestra jurisprudencia, conforme se puede observar en la Casación n.º 729-95-Lima, del 5 de agosto de 1997, establece lo siguiente: «El proceso de conocimiento como vía para solicitar la invalidez de matrimonio. *Primero.* (De) La fundamentación del recurso fluye que se pretende obtener una declaración de ineficacia del matrimonio celebrado por el demandante con el causante de la sucesión cuya declaratoria de herederos se solicita *Segundo.* Conforme al artículo 281 del Código Civil la pretensión de invalidez del matrimonio se tramita como proceso de conocimiento.»[183]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(181) Coello García, María Elena. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 215.
(182) Aguilar Llanos, Benjamín. *La Familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 109-110.
(183) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 308-309.

Invalidez del matrimonio y patria potestad

Artículo 282.- Al declarar la invalidez del matrimonio, el juez determina lo concerniente al ejercicio de la patria potestad, sujetándose a lo establecido para el divorcio.

Este artículo es una norma de remisión al indicar que cuando se declara la invalidez del matrimonio, el juez determina lo concerniente al ejercicio de la patria potestad, sujetándose a lo establecido para el divorcio.

En ese sentido, remitimos al lector a nuestros comentarios a los artículos 418 a 471 del Código Civil.

Como indica Coello: «Cabe precisar que, estando a lo dispuesto en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, al discutirse la patria potestad, se está afectando derechos o intereses de niños y adolescentes, razón por la cual el juzgador está obligado a escuchar la opinión de los hijos menores de edad respecto de esta pretensión accesoria; y de no haber sido ofrecida como medio de prueba por ninguna de las partes, el juez puede ordenarla de oficio por interés superior del niño, conforme al artículo 187 del Código de los Niños y Adolescentes.»(184)

Por su parte, Peralta Andía enseña que: «El artículo 232 establece que los hijos menores no pueden quedar desamparados al producirse la invalidez del matrimonio y por ello el precepto obliga al juez a determinar todo lo concerniente al ejercicio de la patria potestad, siendo aplicable para estos casos las reglas que rigen en materia de divorcio.»(185)

De otro lado, el profesor Benjamín Aguilar opina que: «Al pronunciarse el juez en la sentencia sobre la invalidez del matrimonio también deberá hacerlo respecto de los hijos comunes menores de edad. En efecto, el artículo 282 del Código Civil lo consigna mencionando el término ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, y aun cuando no estamos de acuerdo con la norma, el juez al pronunciarse con quién se quedan los hijos, lo que está haciendo es conceder ejercicio de patria potestad a uno y suspendiéndole el ejercicio al

(184) Coello García, María Elena. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 216.
(185) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 218.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

otro. Sobre el particular, (...) creemos que el pronunciamiento debería estar referido a la tenencia de los menores y no al ejercicio de todos los atributos de la patria potestad.»[186]

Por último, según Cornejo Chávez: «En el supuesto de haber hijos menores del matrimonio que se invalida, su condición no es idéntica, pero sí análoga, a la de los hijos de padres divorciados. A ellas remite el artículo 282 del nuevo Código al juzgador, quien deberá pronunciarse acerca del régimen de la patria potestad en su sentencia.»[187]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(186) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 112.
(187) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 239.

Indemnización por invalidez del matrimonio

Artículo 283.- Son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso del divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios.

Ocurre lo propio con el artículo 283, pues se trata de otra norma de remisión, al hacer aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso del divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios.

Así, remitimos al lector a nuestros comentarios a los artículos 348 a 360 del Código Civil.

A decir del maestro Cornejo Chávez, en torno al Código de 1984: «No obstante lo que se acaba de expresar, la Comisión Revisora sí asumió la posición del ponente, que a su vez conservó en este punto la regla del Código de 1936, en el sentido de que, tal como lo preceptúa el artículo 351 para el caso de divorcio, el cónyuge inocente tiene derecho a una reparación del daño moral si es que los hechos que determinaron la invalidación del casamiento agravian gravemente su legítimo interés (artículo 283).»[188]

El profesor Eduardo A. Sambrizzi, citando a Acuña Anzorena, indica que: «No juega en este caso el principio –que no es de carácter absoluto– que dispone que la acción emergente de un acto ilícito comienza a correr desde que el hecho se produce, o desde que el mismo haya llegado a conocimiento del damnificado, por cuanto ello es así siempre que el ejercicio de la acción indemnizatoria no quede supeditado a una previa declaración judicial, como nos parece que es el caso, en que previamente debe decretarse la nulidad del matrimonio.»[189]

El propio Sambrizzi menciona que: «Zannoni afirma que, en general, los daños materiales serán de menor entidad que el daño moral, pudiendo entre los primeros contarse los daños derivados de la celebración del matrimonio, o los que produjeron con motivo de haber el esposo de buena fe renunciado a un

(188) *Ibidem*, p. 247.
(189) Sambrizzi, Eduardo A. *Op. cit.*, tomo II, pp. 328-329.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

empleo o trabajo remunerado con motivo del matrimonio. Estima asimismo dicho autor que la nulidad del matrimonio provoca además de un daño moral genérico, un agravio moral específico, en función del supuesto que ha producido la nulidad. Vidal Taquini coincide con lo recién expresado, y además afirma que para determinar el monto de la reparación –que no debe ser meramente simbólico–, deben ponderarse adecuadamente las condiciones personales y particulares de los cónyuges, como también la repercusión social que en el medio donde actúa el esposo de buena fe haya tenido la difusión de lo ocurrido.»[190]

Gallegos y Jara, mencionando a Azpiri, indican que: «(...) El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios, al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia (...). El hecho de celebrar un matrimonio conociendo la existencia de la causa que provocará su nulidad constituye un obrar antijuridico y, como tal, implica que su autor deberá responder por los daños materiales y morales que se ocasionen al cónyuge de buena fe. Esta responsabilidad se extiende a los terceros partícipes en esta situación; la responsabilidad será, en tal caso, solidaria entre el de mala fe y estos terceros.»[191]

ESTUDIO MARIO CASTELLO TEXTOS

(190) *Ibidem*, p. 329.
(191) Gallegos Canales, Yolanda y Rebeca Jara Quispe. *Op. cit.*, p. 112.

Efectos del matrimonio invalidado

Artículo 284.- El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.

Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos.

El error de derecho no perjudica la buena fe.

Como sabemos, en razón a lo expuesto por el artículo 222 del Código Civil, el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare.

Esta es, pues, la norma general al respecto. Como hemos explicado en nuestro libro de acto jurídico, no existe una norma equivalente para la anulabilidad, pero nadie duda de que en este caso los efectos son los mismos. En otras palabras, tanto para la nulidad como para la anulabilidad, cuando éstas se declaran y quedan firmes en un proceso judicial o arbitral, sus efectos se retrotraen al momento de la celebración del acto jurídico, el cual, entonces, nunca habría sido válido, lo que equivale a decir que siempre fue nulo.

El legislador de 1984 ha considerado que esta norma general no debería aplicarse para la nulidad del matrimonio, porque ella sería muy radical e injusta.

En ese sentido, el artículo 284, bajo comentario, señala que la invalidación del matrimonio (nulidad o anulabilidad) no produce su invalidez, sino sólo su ineficacia. Ello se deduce del primer párrafo del artículo 284, cuando indica que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.

Nótese cómo en este caso especial de nulidad o anulabilidad del matrimonio, cuando ambos contrayentes actuaron de buena fe, el acto anulado no sería nulo, sino sólo ineficaz. Y la ineficacia, además, no tendría efectos retroactivos.

Pero esto será así solamente si ambos contrayentes actuaron de buena fe.

En caso uno de los cónyuges hubiera actuado de mala fe, el matrimonio no produce efectos a su favor, pero sí respecto al otro cónyuge y a los hijos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Se trata, sin duda, de una solución especial, pues en este caso en particular, el acto declarado nulo o anulado no sólo no será inválido para los dos contrayentes, sino que para quien actúa de buena fe será eficaz y para quien actuó de mala fe resultará ineficaz, pero nunca con efectos retroactivos.

La norma finaliza señalando que el error de derecho no perjudica la buena fe.

Nos parece adecuado este precepto en la medida en que si aplicáramos el principio de que las normas legales se presumen conocidas desde el momento de su publicación en el diario oficial *El Peruano* (artículo 109 de la Constitución Política de 1993), no se podría considerar que alguien en el Perú, desconoce los alcances de una norma legal.

Esto, naturalmente, podría perjudicar sobremanera los derechos de un contrayente de buena fe que, en verdad, hubiere desconocido los alcances, o los reales alcances, de una norma legal. De ahí que el establecer que el error de derecho no perjudica la buena fe, permite que este contrayente siga siendo considerado de buena fe y, obviamente, no pase a la categoría de aquellos de mala fe, en la que se encontraría de no existir este precepto.

Sobre el particular, Peralta indica que: «Conviene esclarecer previamente el significado de la buena fe. Esta, consiste en la ignorancia del impedimento o del vicio que afectaba la celebración del matrimonio. La ignorancia en que se hace consistir la buena fe puede ser ocasionada por un error de hecho o de derecho. Existe, error de hecho, cuando los cónyuges o uno de ellos ignoraba, al momento de casarse, de la existencia de un motivo de impedimento como es el caso de la persona que se liga con su hermana o de aquél que contrae matrimonio con persona ya casada. En cambio, hay error de derecho, cuando conociéndose la existencia del hecho, se ignora que él constituye impedimento legal (...).»[192]

Aguilar Llanos, en torno al matrimonio putativo, refiere que el mismo «Se produce cuando el matrimonio ha sido celebrado por los contrayentes actuando ambos o uno de ellos de buena fe. En ese caso la ley le reconoce efectos al matrimonio, que pueden abarcar a ambos cónyuges, a uno solo de ellos, y a los hijos. A estos matrimonios se les conoce como matrimonios putativos y se encuentran reconocidos desde el siglo XII en los decretales del Papa Alejandro III. Son los matrimonios inválidos contraídos de buena fe por uno o

(192) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 180.

ambos cónyuges y su característica consiste en que la anulación solo opera *ex nunc*, locución latina que significa desde entonces, lo que expresa que en la ley, contrato o condición no existe retroactividad en sus efectos, es decir, empieza a regir desde el momento en que se inicia o perfecciona la disposición o relación jurídica.»[193]

Por otro lado, el maestro Cornejo Chávez enseña que: «La realidad jurídica, dice Muñiz, demostró la evidente injusticia que importaba el rigorismo excesivo de aquel principio, porque castigaba del mismo modo al cónyuge que de mala fe contrajo el matrimonio nulo y al inocente, haciendo recaer despiadadamente sus efectos sobre otros seres más inocentes aun que son los hijos. Fue el Derecho Canónico el que atenuó por razones humanitarias la inflexibilidad del mencionado principio, al instituir lo que hasta hoy se llama matrimonio putativo, reconocido desde el siglo XII en las Decretales del Papa Alejandro III.»[194]

Enrique Varsi indica que: «Para Torres Vásquez los efectos del matrimonio invalidado dependen (de) que los cónyuges hayan actuado de buena o mala fe, elemento trascendental del matrimonio putativo, matrimonio que adolece de invalidez pero es eficaz.»[195]

El maestro Arias-Schreiber enseña que: «Ha habido mucha discusión en lo que atañe al error de derecho. Hay autores que sostienen que ese error no debe ser motivo de excusa, pues nadie puede alegar la ignorancia de la ley. Otros autores sostienen lo contrario y dicen que la buena fe puede resultar tanto del error de hecho como de derecho. Nuestro Código ha tomado este último camino, que lo consideramos justificado, en razón de la escasa educación jurídica de las mayorías nacionales.»[196]

En materia jurisprudencial, debemos recordar que el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia, realizado en Piura, el 27 de agosto de 2009, analizó como Tema n.° 1: Nulidad de matrimonio por bigamia, y concluyó en que: «Los efectos civiles del matrimonio de buena fe invalidado, no incluye el derecho a seguir percibiendo la pensión de viudez otorgada ilegalmente, sino a la cónyuge supérstite. *Efectos civiles por declaración de nulidad de matrimonio por bigamia respecto a la pensión de viudez solicitada y otorgada a la esposa cuyo matrimonio fue anulado, frente a la legítima cónyuge que solicita se le*

(193) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 111.
(194) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 150.
(195) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonios y uniones estables. Op. cit.*, tomo II, p. 306.
(196) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 153.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

otorgue dicha pensión, dejando sin efecto la concedida a quien no tiene estado civil de viuda. El Pleno acordó por mayoría: "Que los efectos civiles del matrimonio de buena fe invalidado, no incluye el derecho a seguir percibiendo la pensión de viudez otorgada ilegalmente, sino a la cónyuge supérstite."»[197]

Asimismo, la Casación n.º 3760-2000-Lima, del 18 de abril de 2001, refiere que: «El juez tiene que necesariamente pronunciarse sobre la buena o mala fe de las partes en un proceso de nulidad de acto matrimonial. *Segundo.* El artículo 284 del Código Sustantivo establece los efectos civiles del matrimonio invalidado, según si fue contraído de buena o mala fe. *Tercero.* Al resolverse en la sentencia la nulidad del matrimonio, que era el punto controvertido, necesariamente tenían que señalarse los efectos civiles de dicho matrimonio invalidado, de decir si había sido contraído por la demandada de buena o mala fe. *Cuarto.* Por ello, al haberse pronunciado al respecto, con la apreciación de la prueba actuada y establecer que la demandada había contraído el enlace de buena fe, no se ha contravenido el derecho al debido proceso, por lo que no se ha incurrido en las causales de nulidad previstas en los artículos 171, 174 y 176 del Código Procesal Civil.»[198]

Por otro lado, la Casación n.º 3775-2000-Arequipa, del 28 de septiembre de 2001, indica que el «Matrimonio invalidado, pero contraído de buena fe, es como uno disuelto por divorcio; por lo tanto, ambos excónyuges no tienen derecho a heredar entre sí. Cuarto. Respecto al numeral 284 del Código Sustantivo, antes citado, este establece que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido, disuelto por divorcio. *Quinto.* De lo antes expuesto, se colige que, al haber sido celebrado de buena fe, el matrimonio contraído por la demandada, éste produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio y, por ende, no puede heredar a su cónyuge fallecido, en estricta aplicación del artículo 353 del Código Sustantivo que dispone que los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.»[199]

Así también, la Casación n.º 2789-98-Lima, del 19 de febrero de 1999, hace mención a que: «No se ha acreditado la mala fe de la contrayente: la prueba de la buena fe es nula, por tratarse de un orden interno y subjetivo. *Primero.* No se ha acreditado durante la secuela del presente proceso la mala fe de la contrayente en la celebración del matrimonio nulo, entonces resulta de aplicación

(197) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 309.
(198) *Loc. cit.*
(199) *Ibidem*, pp. 309-310.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL

lo dispuesto en el artículo 284 del Código Civil, sobre los efectos civiles del matrimonio si se contrajo de buena fe. *Segundo.* Sobre el particular, debe tenerse presente que en la doctrina hay autores que sostienen que "la buena se presume mientras no se pruebe lo contrario, porque no se puede preatribuir (*sic*) a los particulares la intención de violar la ley o los derechos ajenos; argumento que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que la prueba de la buena fe es nula, por tratarse de un orden interno y subjetivo" [...].»[200]

Finalmente, recordaremos que la Casación n.º 226-94-lca, del 15 de octubre de 1996, indica que: «No constituye bigamia el contraer matrimonio mientras se espera que se cumpla el trámite de aprobación en consulta de la disolución del primer vínculo matrimonial. Error de derecho no perjudica la buena fe.»[201]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(200) *Ibidem*, p. 310.
(201) *Loc. cit.*

Efectos de la invalidez matrimonial frente a terceros

Artículo 285.- El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe.

Esta norma es de enorme importancia, en la medida en que cuando dos personas contraen matrimonio, quienes se relacionan jurídicamente con ellos, es decir, quienes celebran actos jurídicos y contratos, lo hacen, por regla general, estimando que el matrimonio, es válido.

En ese sentido, el tema será relevante, sobre todo cuando están casados por el régimen de sociedad de gananciales (la que se constituye en el momento mismo del matrimonio). Así, quienes hayan contratado con la sociedad, pues deben tener la seguridad jurídica de que esos contratos son válidos.

Dentro de tal orden de ideas, si el matrimonio fuera declarado nulo, esa nulidad (cuyos efectos, por lo demás, no son los propios de la nulidad en general) no afectará la validez de los contratos que terceros hubiesen celebrado con la sociedad conyugal, lo que sí ocurriría por las reglas generales de nulidad.

Esta especial nulidad sigue mostrándonos una faceta muy distinta de la nulidad en general y su tratamiento legislativo.

En torno a los terceros respecto del matrimonio declarado nulo, Manuel Muro Rojo señala: «Ahora bien, en la práctica pueden presentarse dos supuestos de hecho perfectamente diferenciables, a los cuales se les puede aplicar este precepto: a) Un primer supuesto en el que estamos frente a un matrimonio putativo, esto es, que ha sido declarado nulo por haber incurrido en alguna causal de invalidez de los artículos 274 y 277 del Código Civil, pero en el que ha mediado buena fe de parte de uno o ambos cónyuges. b) Y, un segundo supuesto, en el que estaremos frente a un matrimonio declarado nulo pero que no puede ser catalogado como putativo, pues no ha existido buena fe por parte de ninguno de los cónyuges.»[202]

(202) Muro Rojo, Manuel. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 225.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Y agrega que: «En consecuencia, ya sea que estemos en uno u otro caso, los terceros que hubiesen celebrado contratos o cualquier otro acto jurídico con los cónyuges y que mantengan un crédito no satisfecho, podrán constituirse en acreedores de la sociedad conyugal. De este modo, al fenecimiento de la sociedad de gananciales y una vez realizado el inventario de los bienes exigidos por el artículo 321 del Código Civil, estos terceros acreedores deberán ser preferidos en el pago de las deudas antes de reintegrarse a cada cónyuge el remanente de los gananciales y de sus bienes propios.»(203)

A decir de Gallegos y Jara: «Con arreglo a lo previsto en el artículo 286 del Código Civil, resulta válido el matrimonio contraído con infracción del artículo 243 de dicho Código, o sea, el matrimonio contraído no obstante existir impedimento en caso de tutela, curatela y viudez.»(204)

Sambrizzi indica que: «Borda efectúa una distinción, según que se haya hecho lugar a la demanda, o que, por el contrario, la acción hubiera sido rechazada. En el primer caso se considera indudable los efectos *erga omnes* de la sentencia, porque de otra manera se tendría que reabrir indefinidamente el debate sobre la validez del vínculo, con todos los trastornos que ello ocasionaría.»(205)

A decir de Cornejo Chávez: «Menos claro (...) es el supuesto de no haber habido buena fe en ninguno de los supuestos cónyuges; pero aun en este caso no se ve por qué razón podría la ley negar acción a los terceros que, sin culpa alguna de su parte y procediendo de buena fe, han adquirido derechos contra la aparente sociedad legal. Es indudable que, en todo caso, tales terceros tienen expeditas las acciones encaminadas a hacer efectiva la responsabilidad de los presuntos cónyuges, tanto por el monto de sus créditos, como por los daños y perjuicios que pueda habérseles seguido a raíz de la declaración judicial de invalidez.»(206)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(203) *Loc. cit.*
(204) Gallegos Canales, Yolanda y Rebeca Jara Quispe. *Op. cit.*, p. 114.
(205) Sambrizzi, Eduardo A. *Op. cit.*, tomo II, p. 314.
(206) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1982, p. 248.

Validez del matrimonio contraído con infracción de la prohibición especial

Artículo 286.- El matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido.

Como se recuerda, el artículo 243, analizado en su oportunidad, regula los casos de prohibiciones especiales para contraer matrimonio.

Aparentemente, se podría pensar que la infracción de una prohibición especial acarrearía la nulidad de ese matrimonio. Pero ello no es así. Curiosamente, en este caso la infracción de una norma prohibitiva no acarrea la nulidad del acto, sino su validez.

Lo que ocurre es que los tres casos contenidos en el artículo 243 son supuestos en los que el Derecho, si bien en teoría y por el texto expreso de este artículo, no permite el matrimonio de determinadas personas, la contravención de esta prohibición no acarrea la nulidad del matrimonio celebrado.

Ello, en buena cuenta, dado que los supuestos contemplados por el artículo 243 consisten en restricciones referidas a temas fundamentalmente de contenido patrimonial, todos ellos susceptibles, sin duda, de generar problemas de este orden, pero cuya gravedad no es de tal magnitud como para acarrear la nulidad del matrimonio.

Entonces, podría concluirse en que la referida prohibición tiene, sobre todo, una carga o sentido moral, más que una consecuencia jurídica. Decimos esto, pues la consecuencia jurídica a este respecto debió ser la nulidad del matrimonio y no su validez.

A entender de Varsi: «La ilicitud matrimonial es una institución familiar distinta a la nulidad y anulabilidad de matrimonio, en virtud de la cual se generan diferentes consecuencias jurídicas para aquellos matrimonios celebrados a pesar de adolecer de impedimentos coetáneos al momento de la celebración del matrimonio. Estos, generalmente, implican la no observancia de requisitos o condiciones que el ordenamiento jurídico establece que deben cumplir los promitentes incursos en tales impedimentos para contraer un matrimonio plenamente lícito. La ilicitud matrimonial no implica invalidez, por lo tanto,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los matrimonios ilícitos son válidos, sin embargo en virtud de su celebración, le son aplicados determinados efectos jurídicos negativos dependiendo de cada supuesto.»[207]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(207) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonios y uniones estables. Op. cit.*, tomo II, p. 294.

TÍTULO II

RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES

CAPÍTULO ÚNICO
DEBERES Y DERECHOS QUE NACEN DEL MATRIMONIO

OBLIGACIONES COMUNES DE LOS CÓNYUGES

Artículo 287.- Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos.

El artículo 287 del Código Civil establece dos deberes (obligaciones) fundamentales para los cónyuges, que el Código considera de naturaleza común a ambos cónyuges. Se trata de los deberes de alimentar y educar a sus hijos.

Veamos.

a) El deber de alimentar a sus hijos

La noción de alimentos se halla regulada por el artículo 472 del propio Código Civil. En esta norma se señala que «Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.»

El tema de los alimentos será objeto de comentario cuando lleguemos a las normas pertinentes del Código Civil. No obstante, diremos (aunque no constituye el argumento central) que el deber alimenticio respecto de los hijos proviene, también, del Derecho Natural, pues tiene absoluta consecuencia con el hecho de haber procreado hijos. La procreación es un acto que, haya sido voluntario o no, obliga a la pareja que ha dado lugar a la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

concepción de ese hijo, a alimentarlo. No obstante, el tema debe encontrarse objetivado en la ley a efectos de que sea de cumplimiento obligatorio.

En palabras de Cornejo Chávez: «La obligación que nos ocupa comienza con el nacimiento de los hijos y termina generalmente con su mayoridad, por presumirse que entonces han alcanzado aquellos el completo desarrollo de su personalidad; sin que se la considere terminada por la declaratoria de disolución o de invalidez del vínculo matrimonial de los padres.»(208)

Como es sabido, el ser humano es el animal más débil en sus primeros meses y años de vida y requiere de la permanente atención y cuidado de sus padres.

El tema de los alimentos constituye una obligación de los padres hacia con los hijos (materia que interesa para el acápite bajo estudio, a pesar de que la obligación alimenticia se extiende a otras personas), lo que no significa que los padres deberán dedicarse, ellos mismos, a cubrir todas esas actividades relativas a los menores, pues resulta obvio que muchas de ellas escaparán a sus habilidades y conocimientos. De lo que se trata es de que los padres cubran o sufraguen los costos de esos deberes alimenticios.

Arias-Schreiber señala que «es innegable la trascendencia social que este deber tiene. De allí que, siendo un deber natural y común, quede su cumplimiento generalmente dentro del ámbito interno de la relación familiar; pero, también por ello, la efectividad de su ejecución sea contemplada, vigilada y exigida celosamente por la ley.»(209)

No cabe duda de que el artículo 287 del Código está empleando la expresión «alimentos» en sentido estrictamente jurídico.

Por ello, como el concepto de los alimentos comprende todo aquello indispensable para la educación, entonces deberá entenderse como todo aquello que requiera el alimentista para recibir educación escolar o superior.

Decimos esto, pues no se comprende la educación que los hijos reciban en casa por parte de sus propios padres. Esto último, se entiende, está referido a la educación que los padres (directamente) deben brindar a sus hijos.

En este caso, no se trata de recursos que se destinen a terceros para tal labor, como podría ser el caso de los alimentos, sino a la labor de educación que, directamente, deben hacer los padres para con sus hijos en

(208) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 256.
(209) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 165.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

casa. La ley, como es obvio, distingue ambos conceptos en el artículo 287, bajo comentario.

b) El deber de educar a sus hijos

Como ya hemos señalado, debe notarse que el deber alimenticio comprende a la educación de los hijos, pero entendemos que el concepto contenido en el artículo 472 del Código Civil se refiere, fundamentalmente, a no dejar que sus hijos se queden sin instrucción inicial, escolar o superior, esta última, si fuese el caso.

En cambio, cuando el Código, en el artículo 287, establece el deber de educar a los hijos, se está refiriendo a una obligación *intuitu personae*, es decir, que trata acerca de la educación que, para la vida, deben dar los padres a sus hijos en el hogar.

Aquí, se trata de la labor de educación que, directamente, los padres deben hacer en casa para con sus hijos.

En ese sentido, la educación es sinónimo de formación moral y en valores. Ello, independientemente de la impartición de otro tipo de conocimientos que sean complementarios o que refuercen los impartidos en la escuela.

Resulta evidente que esta educación o formación es indelegable, insustituible. Lo que desea la ley es que ella sea proporcionada por los padres. Sólo en casos de excepción, es decir, a falta de ambos es que ella será proporcionada por otra persona, concretamente por el tutor, quien, además, será el representante del menor de edad.

Todo esto no obsta para que otros familiares, como es el caso de los abuelos, de los tíos y demás, contribuyan a la formación del menor, situación que ocurre en la mayoría de familias del Perú.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Deberes de fidelidad y asistencia

Artículo 288.- Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.

El artículo 288 del Código Civil versa sobre los deberes de fidelidad y asistencia. Los estudiaremos por separado.

a) Deber de fidelidad

¿En qué consiste el deber de fidelidad?

De acuerdo a la Real Academia Española, fidelidad significa «Lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona.»(210)

El deber de fidelidad es un deber jurídico sin contenido patrimonial y que nace del matrimonio, que consiste en no tener relaciones sexuales con terceras personas.

Decimos que no tiene contenido patrimonial en la medida en que la sociedad rechazaría la posibilidad de pensar en la valorización de la propia fidelidad. Esto, no por el hecho de que por su cumplimiento se pacte una contraprestación, sino por el hecho de que pensar, siquiera, en que ella tenga un valor patrimonial, causaría rechazo en la mayor parte de la población.

En ese sentido, dado que las obligaciones son deberes jurídicos de contenido patrimonial, la fidelidad encuadra dentro de los deberes jurídicos que carecen de un contenido de esa naturaleza.

Por otra parte, el deber de fidelidad nace impuesto por ley a las personas que contraen matrimonio. Jurídicamente hablando, no se debe fidelidad a persona distinta del cónyuge.

La fidelidad, entonces, implica un deber de no hacer, es decir, una conducta negativa, consistente en abstenerse de tener relaciones sexuales con terceros. No voy a entrar a describir cuáles son los alcances de ese deber de fidelidad, a pesar de que el Derecho de Familia suele realizar tales delimitaciones. No obstante, podemos decir que ella consiste en no mantener

(210) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 22 de octubre de 2022.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

relaciones sexuales con personas distintas al cónyuge mientras dure el matrimonio. Se trata, también, de la primera de las causales de separación de cuerpos contenida en el inciso 1 del artículo 333 del Código Civil.

En concordancia con lo anterior, el pronunciamiento de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en la sentencia recaída en la Causa n.° 865-05, de fecha 25 de marzo de 2008, señala que el cónyuge incumplirá con su deber de no hacer cuando mantenga relaciones extramaritales con una tercera persona: «El actor ha incumplido su deber de fidelidad previsto por el artículo 288 del Código Civil al mantener una relación extramarital con tercera persona cuando aún no se había disuelto el vínculo matrimonial.»(211)

Cualquier otra contravención podría encuadrar dentro del marco de la conducta deshonrosa, pero no en el del adulterio. El inciso 6 del artículo 333 del Código Civil, establece como causal de separación de cuerpos a «La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.»

b) Deber de asistencia

La palabra asistencia, de acuerdo con la Real Academia Española, significa: «1. Acción de estar o hallarse presente [...] 3. Acción de prestar socorro, favor o ayuda [...] 9. Medios que se dan a alguien para que se mantenga», en tanto que asistir significa, entre otras cosas, «2. Servir o atender a alguien, especialmente de un modo eventual o desempeñando tareas específicas [...] 4. «Socorrer, favorecer, ayudar» [...] 5. Cuidar enfermos y procurar su curación [...] 9. «Estar o hallarse presente».(212)

Sobre el deber de asistencia, Barbero señala que: «la asistencia (*mutuum auditorium*) impone a cada uno de los cónyuges respecto del otro el deber de una comunidad incluso espiritual, en forma que realice una plena solidaridad de vida (...), que constituye el coronamiento de las finalidades del matrimonio y la mejor defensa de las demás finalidades»(213).

Todo eso implica el deber de asistencia. En otras palabras, ese deber se extiende a siempre estar al lado del otro, a ayudarlo en lo que necesite, a

(211) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 311.

(212) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 22 de octubre de 2022.

(213) Barbero, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo II, 1967, p. 68.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

apoyarlo en los malos momentos, a socorrerlo, a estar a su lado siempre, de manera permanente y recíproca.

Ahora bien, la doctrina distingue entre el deber de asistencia genérico y el específico de alimentos. Sobre ello, Arias-Schreiber señala que «la noción de asistencia recoge –al igual que la fidelidad– una serie de presupuestos éticos que esencialmente podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal. Así, en la asistencia en sentido amplio, quedan comprendidos la mutua ayuda, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben dispensarse. Por esa razón, el incumplimiento de la asistencia en sentido amplio configura las causales de injuria grave, atentado contra la vida del cónyuge o violencia, para demandar el divorcio.»

Agrega el profesor sanmarquino que: «La asistencia en sentido estricto se refiere a los alimentos que, como prestación, si bien se fundan en el deber de asistencia, se traducen en valores pecuniarios, de contenido económico, que aseguran la subsistencia material y comprende todo lo necesario para el sustento, vestido, la habitación y asistencia médica de los cónyuges.»(214)

Respecto a la asistencia en sentido estricto, es importante anotar lo señalado por la Casación n.º 3065-98-Junín, de fecha 3 de junio de 1999, la cual refiere, en su fundamento tercero, que «La obligación de pagar una pensión alimenticia entre los cónyuges implica el cumplimiento del deber de asistencia de aquellos, el cual se encuentra establecido en el artículo 288 del Código Civil. Asimismo, ante la falta de pago voluntario, quien tenga derecho para solicitarlo puede pedir la determinación judicial de dicha pensión, al amparo del artículo 324 del Código acotado.»(215)

De ello se entiende que la normativa civil incluso faculta al cónyuge a solicitar la determinación de una pensión cuando ésta sea debida según las circunstancias.

Entonces, el deber de asistencia podría resumirse en que cada cónyuge debe poder contar con el apoyo del otro en todo momento.

Este deber de asistencia es muy amplio y de alcances sumamente importantes en la vida de los cónyuges.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(214) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 168.
(215) *Loc. cit.*

Tanto el deber de asistencia como el de fidelidad se extienden de manera perpetua, vale decir, hasta el fallecimiento de cualquiera de los integrantes de la pareja matrimonial.

Nótese, además, que los deberes de asistencia y fidelidad no se extienden a las uniones de hecho, reguladas en el marco del artículo 326 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Deber de cohabitación

Artículo 289.- Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

El deber de los cónyuges de hacer vida común en el domicilio conyugal es lo que se conoce como deber de cohabitación.

Cohabitar, de acuerdo con la Real Academia Española, significa: «1. Habitar juntamente con otra u otras personas. 2. Hacer vida marital [...]»(216).

Hacer vida marital no es otra cosa que hacer vida conyugal, se entiende con todo lo que ello implica.

En ese sentido, la Casación n.° 3006-2001-Lima, de fecha 6 de febrero de 2002, señala que: «La obligación de cohabitación conlleva a los cónyuges en hacer vida en común, asegurando la plena comunidad de vida conyugal, determinado como fin del matrimonio, salvo excepciones como que la cohabitación ponga en peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges, o la actividad económica de la que dependa el sostenimiento de la familia.»

Nos preguntamos si es que el deber de hacer vida marital implica el deber de mantener relaciones sexuales. En verdad, el artículo 289 del Código Civil no lo dice expresamente, pero ello se entendería de manera implícita.

Sobre ello, la Casación n.° 157-2004-Cono Norte de Lima, de fecha 2 de junio de 2005, indica en su cuarto fundamento que: «[...] El "deber de cohabitación significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir o cohabitación, el juzgador deberá verificar si se ha incumplido con los deberes antes mencionados, por

(216) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 22 de octubre de 2022.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

lo que debe tener en cuenta también que pueden presentarse situaciones eximentes para los cónyuges que podrían obligarlos a un incumplimiento temporal de dicho deber como, por ejemplo, por razones de trabajo o de salud.»[217]

Pero debemos subrayar que al no establecerse de manera expresa y al no constituir su contravención una causal de separación de cuerpos (artículo 333 del Código Civil), la ausencia de relaciones sexuales en el marco del matrimonio no acarrea sanción alguna para nuestro Derecho Civil.

Por otra parte, debemos señalar que se entiende por domicilio conyugal aquel donde viven ambos cónyuges.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 36 del propio Código, el domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.[218]

No obstante lo señalado sobre el domicilio conyugal, nos resulta importante anotar la distinción que realiza Arias-Schreiber respecto a los términos «domicilio conyugal», «casa conyugal» y «hogar conyugal», pues aunque éstos son tratados como sinónimos por el Código Civil, tienen una clara distinción para la doctrina: «dentro de lo estrictamente jurídico, es distinto el significado de las palabras anotadas. El "domicilio conyugal" es el lugar donde habitualmente residen los cónyuges para hacer vida común, de conformidad con los artículos 33 y 36 del Código Civil. La "casa conyugal" es el espacio físico o material, que sirve como vivienda o morada, y en donde se constituye o asienta el domicilio conyugal. El "hogar conyugal" es el 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. Siendo así, debe utilizarse sólo la expresión "domicilio conyugal" para referirse a todos los supuestos vinculados con el cumplimiento o no del deber de cohabitación.»[219]

Finalmente, cabe anotar que el código, con una impecable fórmula legislativa, ha previsto la situación en que exista una situación de imposibilidad de realizar la cohabitación entre cónyuges, pues, como indica Cornejo Chávez, «Con esta fórmula se ha cubierto aquellas situaciones en que el mantenimiento de la vida en común significaría un riesgo excesivo y probablemente un sacrificio inútil. Los casos de ponerse en peligro la vida o la salud, como ocurriría,

(217) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 312.
(218) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, p. 91.
(219) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 171.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

entre otros supuestos, en el de enfermedad contagiosa o en el de circunstancias externas que entrañen riesgo grave y tal vez inminente para las personas, se justifican por sí mismos; y se justifica, también, que el legislador haya preferido utilizar aquella fórmula genérica en vez de imaginar supuestos específicos».(220)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(220) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 259.

IGUALDAD EN EL HOGAR

Artículo 290.- Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.

Debemos recordar que el Código Civil de 1936 hacía ciertas distinciones entre los derechos del hombre y la mujer en lo que respecta al gobierno del hogar:

Artículo 161.- El marido dirige la sociedad conyugal.

La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar.

Artículo 162.- Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así corno decidir sobre lo referente a su economía.

Pero a partir del 28 de julio de 1980, fecha de entrada en vigencia de la Constitución Política que se elaboró entre los años 1978 y 1979, fueron suprimidas todas las distinciones que se hacía entre los derechos de hombres y mujeres. En ese sentido, desde esa fecha, devinieron en inconstitucionales las normas del Código Civil de 1936 que hacían esta distinción.

Resulta obvio que el Código Civil de 1984, cuyo proceso de elaboración estuvo cobijado, en su última y más intensa etapa, bajo el amparo de la Constitución Política de 1979, tenía que respetar escrupulosamente la regulación constitucional del tema.

El Código de 1984, en su artículo 290, aborda varios temas a este respecto. Veamos:

a) El gobierno del hogar

La igualdad de derechos entre hombre y mujer se aprecia en multiplicidad de normas del Código de 1984, y una de ellas es el artículo 290, cuando establece la igualdad de los derechos de los cónyuges en el gobierno del hogar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El gobierno del hogar no es otra cosa que la conducción del mismo, es decir, el conjunto de decisiones, tanto de orden patrimonial como extrapatrimonial, que se deben adoptar para que el hogar pueda funcionar.

En palabras de Arias-Schreiber: «el gobierno del hogar establecido de ese modo, determina que ambos consortes, dentro de sus respectivos roles y de un igual trato, cumplan los recíprocos deberes que les impone su estado matrimonial. Cualquier divergencia que pudiera surgir entre los cónyuges, puede ser planteada ante el juez; quien deberá resolver lo conveniente al interés familiar.»[221]

No obstante lo anterior, cabe recordar, en palabras de Rolando Peralta, que, por excepción, uno de los cónyuges puede asumir la dirección y representación de la sociedad en los siguientes casos:

a) Si el otro está impedido por interdicción u otra cosa.

b) Si ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto.

c) Si el otro ha abandonado el hogar conyugal (artículos 290 y 294).

b) El desenvolvimiento del hogar

En el terreno patrimonial, es evidente que si los cónyuges se hubiesen casado por el régimen de sociedad de gananciales, ambos serán representantes de la sociedad y los dos deberán tomar las decisiones que corresponda sobre la misma.

Situación distinta se presentará en caso la pareja estuviere casada con el régimen de separación de patrimonios, caso en el cual cada uno de ellos adoptará las decisiones que estime convenientes sobre su propio patrimonio.

No obstante, tanto en uno como en el otro caso resultará de aplicación lo dispuesto por el artículo 290 en su primer párrafo, cuando señala que ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de cooperar al mejor desenvolvimiento del hogar.

Esta obligación debe entenderse en el sentido de que ambos cónyuges deberán cooperar en la medida en sus posibilidades al sostenimiento del hogar.

La alusión legal al mejor desenvolvimiento del hogar resulta evidente que no sólo se refiere al hecho de que deben coadyuvar a la toma de decisiones

(221) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 173.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

acertadas en beneficio del hogar, sino también a que para que se pueda desenvolver el mismo deberán aportar los recursos que sean necesarios.

c) Domicilio conyugal

En lo que respecta al domicilio conyugal, debemos recordar que el artículo 36 del Código Civil establece que: «El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron».

El artículo 290, segundo párrafo, señala que compete a ambos cónyuges, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal.

Por lo general, cuando una pareja casada mantiene buenas relaciones no existirá problema alguno en cuanto a la fijación del domicilio conyugal. Esto, por la sencilla razón de que ambos van a querer vivir juntos, bajo el mismo techo.

Los problemas se pueden presentar en la medida en que uno de ellos reciba una oferta de trabajo o tenga la necesidad de trasladarse a alguna localidad lejana para desarrollar su trabajo. En este caso, el otro cónyuge o lo acompañará o seguirá viviendo en el domicilio conyugal mientras el otro se traslada a vivir en otro lugar.

Pero nótese que incluso en situaciones como ésta no es que el Derecho peruano los considere domiciliados en lugares distintos, habida cuenta de que el propio artículo 36 señala que domicilio conyugal también será el último que compartieron los cónyuges. Así, si uno de los cónyuges se queda en casa y el otro se va a trabajar a otra localidad, a ambos se les considerará domiciliados en el último domicilio que compartieron.

Esta ficción también será aplicable para el caso en que la pareja se separe por no querer seguir viviendo juntos, es decir, cuando se hubieren peleado. En estos casos podría ocurrir, incluso, que ninguno de los dos viva en el domicilio que compartieron, pero aun así el Derecho los considera domiciliados en el último domicilio común.

d) Decisiones referentes a la economía del hogar

Las decisiones sobre la economía del hogar también tienen que ser adoptadas por ambos cónyuges. Ello, independientemente de lo que se comprometa a aportar cada uno, proveniente de sus ingresos o de su patrimonio propio, si fuese el caso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Conforme a la visión clásica que mantiene la doctrina respecto al manejo de las finanzas por parte de la mujer, Peralta Andía ha planteado algunas teorías acerca de las decisiones que toma la mujer en la economía doméstica.

No cabe duda de la íntima relación que existe entre el punto b) y el punto d), de nuestros comentarios sobre el artículo 290.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligación unilateral de sostener la familia

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

Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa (*sic*) 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.

El artículo 291 se encarga de regular los casos en que la obligación del sostenimiento de la familia recae en uno solo de los cónyuges.

Se trata, sin duda, de una excepción a la regla del artículo 290, ya analizado, excepción que resulta bastante común en nuestro país, por las razones que vamos a pasar a explicar.

El artículo 291 se ocupa, pues, del supuesto más frecuente en la sociedad peruana, y es que uno de los cónyuges trabaje y el otro (generalmente, la mujer) se ocupe de los hijos y de las labores propias del hogar.

Es verdad que esta situación ha ido evolucionando notoriamente en las últimas décadas con el gran impulso de la mujer en diferentes profesiones y oficios, pero, aun así, en la mayoría de hogares con hijos pequeños, la mujer no trabaja fuera del hogar o trata de hacerlo en el propio hogar, si ello fuera posible.

Con esto no decimos que si la mujer se ocupa del hogar no esté trabajando. Todo lo contrario, pues el trabajo en los asuntos del hogar es el más complejo, el que implica mayor esfuerzo, dedicación, sacrificio y una gran responsabilidad, sobre todo si hay hijos de por medio.

Nos referimos a otro tipo de trabajo, sea independiente o dependiente de un tercero.

En relación con ello, cabe anotar que, como señala Nita Gamio de Barrenechea: «Las mujeres, entonces, si pretenden acceder a la fuerza laboral a la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que también por cierto tienen derecho, deben contar con un cambio drástico en el modelo tradicional y organizarse en una clara división de tareas entre las parejas para las labores del hogar. Y esto debe ser entendido y comprendido por los varones.»[222]

Si uno de los cónyuges se ocupa en exclusiva de las labores del hogar, pues será el otro el que deba contribuir con el 100 % de los gastos que implique el mantenimiento de ese hogar. Esto es totalmente justo.

No obstante, el primer párrafo del artículo 291 establece que ello será sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo.

Esto significa que la ley no está dividiendo las responsabilidades en dos campos o terrenos absolutamente infranqueables: «tú en el hogar y tú en el trabajo». Si los cónyuges se encontraran en esta situación, nada impedirá que los dos colaboren en las labores que realiza el otro. Es más, ello resulta normal en la generalidad de casos en que se presenta el supuesto del artículo 291.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 291 establece que cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella.

Este precepto establece una disposición de carácter elemental en la medida en que carecería de sentido que si aquel cónyuge que se dedica a las labores del hogar, precisamente abandona ese hogar, el otro cónyuge (que trabaja fuera del hogar) siga estando obligado a prestarle alimentos.

Para tal efecto, el Código Civil establece dos requisitos que debe reunir el abandono. El primero de ellos, es que el abandono se produzca sin justa causa. El cónyuge abandonante se habrá ido, simplemente, porque decidió hacerlo (por desamor, por ejemplo) o porque se enamoró de otra persona y quiere vivir con ella o, simplemente por cualquier otra causa que no obedezca a culpa o dolo del otro cónyuge. Obviamente, no califica dentro de estos supuestos cuando el cónyuge abandonante se tenga que ir por recibir maltrato físico o moral por parte del otro cónyuge o por haberse enterado de que le ha sido infiel o por cualquier otro hecho de similar naturaleza.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(222) Gamio de Barrenechea, Nita. «La mujer profesional en la familia». En: *Revista del Instituto de la Familia. Op. cit.*, p. 59.

Pero para que se aplique el artículo 291, el Código establece como segundo requisito, que el cónyuge abandonante se rehúse a volver al hogar conyugal. Esto es de importancia, pues el supuesto habilitante de la norma no es que el cónyuge se haya ido sin justa causa, sino que no quiera regresar. En otras palabras, que la situación de ausencia del hogar conyugal sea sostenida en el tiempo. Nótese que el artículo 291 no establece un plazo para la aplicación de la norma. Esto significa que basta el abandono y la persistencia en él para que se aplique la norma y las consecuencias que venimos comentando. Esa persistencia, no obstante, deberá ser sostenida en el tiempo, vale decir que no sólo deberá ser de algunos minutos u horas de duración, sino al menos de unos días. Entendemos que, a pesar de no decirlo la norma, eso sería lo razonable.

En el supuesto regulado por el segundo párrafo del artículo 291 del Código Civil, el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos.

Esta norma tiene un profundo contenido ético en la medida en que se quiere proteger a quien ha abandonado el hogar conyugal sin culpa (o, probablemente, por culpa de aquél que se quedó en el hogar conyugal). El embargo de sus bienes asegurará que los derechos alimenticios y de cualquier otra naturaleza podrán ser cubiertos con cargo al patrimonio de aquel que se quedó en el hogar conyugal.

El artículo 291 del Código finaliza señalando que el mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges. Esta disposición guarda plena lógica y, de seguro, en la mayoría de casos implicará una reconciliación o perdón entre los cónyuges.

Sobre ello, Arias-Schreiber señala que: «La resolución judicial de embargo quedará sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges. El pedido demostrará, no sólo la reanudación de la vida común, sino también que no media coacción o colusión entre los cónyuges para su formulación, supuestos en los que el juez, atendiendo al principio de protección de la familia, podrá disponer la continuación del embargo.»[223]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(223) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 176-177.

Representación de la sociedad conyugal

Artículo 292.- La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.

Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

Si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos a que se refiere este artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado.

El texto en vigencia del artículo 292 del Código Civil es fruto de la modificación operada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993; la misma que recoge las modificaciones hechas anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992 y la del artículo 5 del Decreto Ley n.° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992.

El texto original del artículo 292 de Código Civil era el siguiente:

***Artículo 292**.- Corresponde conjuntamente a los cónyuges la representación legal de la sociedad conyugal. Cualquiera de ellos puede, sin embargo, dar poder al otro para que ejerza sólo dicha representación en todo o en parte.*

Para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad es representada indistintamente por el marido o por la mujer. Si cualquiera de ellos abusa de este derecho, el juez puede limitárselo a instancias del otro.

Ya ingresando en el análisis de la norma en vigencia, diremos que la sociedad conyugal no es la suma del patrimonio de los cónyuges. Se trata de una entelequia, de una concepción artificial o ficticia a través de la cual los cónyuges tienen un solo patrimonio, con personería jurídica propia y cuyos representantes son, precisamente, los dos cónyuges. Esto, con independencia de los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

bienes comunes que cada uno de los cónyuges tuviere al momento de contraer matrimonio o las utilidades que generen los mismos durante la vigencia de la relación matrimonial.

La sociedad conyugal está, pues, representada por ambos cónyuges y, como veremos más adelante, si bien no es necesaria la participación de ambos para adquirir bienes comunes, sí lo es para disponer de ellos (argumento del artículo 315 del Código Civil y acuerdos del VII Pleno Casatorio Civil, así como de la Casación n.º 2893-2013-Lima, de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 29 de enero de 2013).

Cabe anotar que la Casación n.º 2846-98-Cusco, de fecha 26 de mayo de 1999, ha reconocido que, por lo general, algunos actos de administración pueden ser representados por uno solo de los cónyuges; sin embargo, en algunos actos la norma exige la presencia de ambos para que ellos sean válidos.

Lo anterior, en concordancia con la Casación n.º 2893-2013-Lima, de fecha 29 de noviembre de 2013, que determina que el acto jurídico de disposición de un bien social celebrado por uno de los cónyuges sin autorización del otro, es ineficaz.

En buena cuenta, se observa un criterio uniforme de los jueces cuando reconocen que existen situaciones en las que los cónyuges no se encuentran de acuerdo en la disposición de bienes sociales y es por ello que, a través de la norma, determinan que hay casos comunes en la disposición en los que la administración puede ser ejercida por un solo cónyuge, pero también existen casos especiales en los que, de no tener la intervención de ambos, el acto de disposición será ineficaz.

El artículo 292 del Código Civil hace referencia a que la representación conjunta es sin perjuicio de lo establecido por el Código Procesal Civil, cuerpo normativo que aborda el tema en el artículo 65, precepto que dispone la regulación de la representación procesal del patrimonio autónomo, en los siguientes términos:

> **Artículo 65**.- Representación procesal del patrimonio autónomo
>
> Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica. 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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> 93. Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el Artículo 435. 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.

El artículo 292 del Código Civil establece también que cualquiera de los cónyuges puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.

Esta norma pareciera innecesaria, pero responde a las dudas que siempre han existido en torno a la denominada contratación entre cónyuges. El tema siempre ha generado polémica, en la medida en que si los cónyuges están casados bajo el régimen de sociedad de gananciales, entonces será difícil que contraten entre sí sobre los bienes de la sociedad, pero en el caso de la representación, ni siquiera estamos hablando de la necesidad de contratar, pues el acto de apoderamiento por el que se otorga la representación es un acto unilateral, de modo que aquí no tiene por qué haber contrato, salvo que las partes quieran que ese poder se enmarque dentro de los alcances de un contrato de mandato que, perfectamente, podrían celebrar.

El primer párrafo del artículo 292 del Código Civil se encarga de subrayar que el poder otorgado puede ser para una representación total o para una parcial.

Una representación total, será aquella en la cual el apoderado estará facultado para celebrar todos los actos jurídicos que podría celebrar el poderdante. La representación parcial es la circunscrita a determinados actos.

El segundo párrafo del artículo 292, bajo comentario, se encarga de establecer que, para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

Sobre las necesidades ordinarias del hogar, Arias-Schreiber señala que «éstas no sólo son las adquisiciones corrientes u ordinarias para el sustento cotidiano –para lo cual se realizan también actos de disposición–, sino todos aquellos actos que representan la satisfacción de las necesidades inmediatas de la familia, conforme con la condición social y económica de ésta, como la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

reparación y sustitución de muebles, la provisión de vestidos o de útiles requeridos para la educación de los hijos, etc.»[224]

La citada norma tiene por objeto facilitar el manejo de los temas cotidianos. Se trata de decisiones sobre materias ordinarias de la vida diaria y que, resulta evidente, no deben comprometer la notoria disminución del patrimonio de la sociedad conyugal. En ese sentido, el precepto hace referencia a actos de administración (por oposición a actos de disposición) y conservación, lo que implica mantener el patrimonio de la sociedad, precisamente, conservándolo. No tendría sentido que estas decisiones tuvieran que ser adoptadas y llevadas adelante por ambos cónyuges. Eso, por el contrario, sería perjudicial para la sociedad.

Sobre los alcances de estos actos, Cornejo Chávez señala: «Ardua resulta ser también, y de solución muy elástica, la cuestión de determinar hasta qué punto –por su naturaleza y cuantía– los actos que uno de los cónyuges celebre con un tercero han de considerarse como comprendidos en la vida ordinaria del hogar; y cuál es, en consecuencia, el límite por encima del cual será precisa la intervención de ambos cónyuges o el poder formal que uno de ellos otorgue al otro o que ambos se otorguen recíprocamente.»[225]

Pero queda en evidencia que, al no formar parte de la norma de excepción que venimos comentando, la adquisición de bienes comunes de importante valor patrimonial (en razón a la magnitud del patrimonio de la sociedad, naturalmente) sí debería contar con la participación de ambos cónyuges, más aún si se tratase de bienes adquiridos a crédito, situación en la cual resulta evidente que nadie otorgará crédito a uno de los cónyuges sin la participación del otro.

El artículo 292 del Código Civil también se coloca en el supuesto en el cual cualquiera de los cónyuges abuse de los derechos a que se refiere el propio artículo, caso en el cual el juez de paz letrado puede limitárselos en todo o en parte, tramitándose la pretensión en la vía del proceso abreviado.

Por nuestra parte, podemos agregar que era necesaria la presencia de un precepto como el que acabamos de citar. Ello, en la medida en que el Derecho debe habilitar una vía procedimental adecuada y rápida, para que el cónyuge perjudicado por una situación de esta naturaleza pueda hacer valer sus derechos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(224) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 180.
(225) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano*, *Op. cit.*, tomo I, 1967, p. 270.

Libertad de trabajo de los cónyuges

Artículo 293.- Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia.

El artículo 293 del Código Civil es, a nuestro parecer, una norma profundamente desfasada. Decimos esto en la medida en que el precepto parte de la idea de que si cualquiera de los cónyuges va a desarrollar una profesión o industria (agregaríamos, oficio) fuera del hogar, pues requeriría la autorización del otro.

Esto, en la práctica, no es así, salvo que se trate de una labor que podría intentar desarrollar alguno de los cónyuges al interior (no fuera) del hogar, que consista en un trabajo realmente invasivo y perturbador de la paz del hogar. En un supuesto como éste, naturalmente, para proceder de esta manera, ese cónyuge requeriría del asentimiento del otro. Aquí no cabe duda de que ello debería ser así.

Marisol Fernández Revoredo considera incluso que el precepto es inconstitucional por ser discriminatorio contra la mujer: «consideramos que esta norma es inconstitucional pues genera una discriminación indirecta, la cual se encuentra prohibida por el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú, así como contra toda norma de Discriminación contra la Mujer aprobada y ratificada por el Estado Peruano. Asimismo, otro argumento a considerar es que el matrimonio no puede afectar el derecho fundamental a la libertad del trabajo.»[(226)]

Coincidimos en que es abiertamente inconstitucional porque atenta contra el derecho al trabajo. Además, lo normal siempre ha sido que uno trabaje fuera del hogar, concepto que, no obstante, se ha relativizado notablemente con la pandemia del COVID-19.

No se entiende, en tiempos modernos, que los cónyuges deban pedirse permiso, de manera recíproca, a afectos de poder desarrollar una profesión o industria (u oficio) lícito fuera del hogar conyugal.

(226) Fernández Revoredo, Marisol. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 256.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este es un rezago del Código Civil de 1936, cuerpo legal que requería que, si la mujer deseaba trabajar fuera del hogar, necesitase permiso del marido:

> **Artículo 173**.- La mujer puede ejercer cualquier profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido.
>
> Si el marido negare su consentimiento, la mujer podrá ser autorizada por el juez, siempre que prueba que esta medida la justifica en el interés manifiesta de la sociedad conyugal o de la familia.

El artículo 293, bajo comentario, parte de una idea que resulta contraria a las libertades del ser humano y a los derechos que le son reconocidos por la Constitución Política del Perú (derecho al trabajo, artículo 23) y los instrumentos (tratados) sobre la materia, como es el caso de la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (artículo 23) y el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 6, prohibición de esclavitud y servidumbre).

Consideramos que si alguno o ambos cónyuges desean desarrollar fuera del hogar alguna actividad profesional, industrial o cualquier oficio, que se encuentre dentro del marco legal, pues lo podrá hacer sin inconveniente alguno.

Sería inimaginable que, si uno de los cónyuges fuese abogado, el mismo tenga que pedir permiso a su esposo o esposa, a efectos de poder ejercer la abogacía en un estudio de abogados, en una empresa, entidad pública o donde sea.

Esto no resiste el menor análisis. Una oposición del otro cónyuge podría merecer una acción de amparo del perjudicado y la rápida obtención de una medida cautelar que la faculte a hacerlo.

Pensamos, incluso, que ello podría resultar innecesario dado que el cónyuge que desee trabajar en una profesión, industria u oficio fuera del hogar conyugal podrá hacerlo libremente, ya que si su cónyuge lo retuviese ilegalmente en el hogar conyugal, estaría cometiendo delito de secuestro (artículo 152 del Código Penal).

¿Cuál podría ser la razón de la oposición del cónyuge en estos casos?

Pensamos que podría argumentar que la paga por el trabajo del otro no es considerable o algo así, pero como por principio constitucional todo trabajo es remunerado, entonces, de alguna manera, ese cónyuge siempre percibiría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ingresos por el ejercicio de esa profesión, industria u oficio, lo que redundaría en beneficio del hogar conyugal.

A nuestro entender, el requisito de la autorización del otro cónyuge para ejercer la profesión, industria u oficio fuera del hogar conyugal podría tener relevancia cuando nos encontramos ante oficios que se encuentran al margen de la ley, pero no prohibidos por ésta, como sería el caso de la prostitución.

No nos cabe duda de que, si ese fuese el caso, de todas maneras, el cónyuge interesado en dedicarse a ese oficio fuera del hogar debería obtener el asentimiento del otro. Se trataría de una situación en extremo delicada, que no sólo afectaría el honor del otro cónyuge, sino que también pondría en riesgo su propia salud.

En estos casos, resulta evidente que la ausencia de consentimiento o la negativa del otro cónyuge estaría plenamente justificada. Pensamos que en caso el cónyuge que desea realizar este trabajo fuera del hogar recurriese a los tribunales de justicia, éstos deberían respaldar la decisión del cónyuge que se niega a ello. Esto, porque debe proteger la integridad moral y personal del otro cónyuge y de los hijos que, eventualmente, tenga esa pareja viviendo en el hogar.

No obstante, convenimos en que los tribunales podrían permitirlo en la medida en que el otro cónyuge no trabaje y no aporte recursos para el sostenimiento del hogar, y la pareja que se quiere dedicar al ejercicio de la prostitución acredite que esa será la única forma de obtener recursos para mantener su hogar. En los términos del propio artículo 293, podría ser autorizado si lo justifica el interés de la familia.

Por lo demás, la prostitución no es una actividad prohibida ni penada por la ley en el Perú. Es más, el ejercicio legal de la prostitución no está impedido por la ley, teniendo en cuenta que el artículo 24, literal a de la Constitución Política señala lo siguiente: «*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*»

Sólo está prohibida la prostitución callejera en tanto atentatoria contra la sanidad, la moral y las buenas costumbres. Por ejemplo, algunas municipalidades han emitido ordenanzas que multan el ejercicio de la prostitución en la vía pública por un monto del 100 % del valor de una UIT y la misma sanción a la persona o usuario que solicita en la vía pública la actividad de la prostitución.(227)

(227) Ver: Ordenanza Municipal n.° 451/MDSJM, Ordenanza Municipal n.° 479-CDLO y Ordenanza Municipal n.° 384-MSI.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero no dudamos de que, de llevar adelante este trabajo sin asentimiento del otro cónyuge ni autorización judicial, el cónyuge que se prostituya podrá ser objeto de una demanda de separación de cuerpos, amparada en la causal de infidelidad o de conducta deshonrosa.

Tema aparte sería el dilucidar si el ejercicio de la prostitución para sostener el hogar común podría calificar como infidelidad. Es cierto que la infidelidad se configura por tener trato carnal con personas ajenas al cónyuge, pero en este caso la necesidad de ese trato carnal no obedecería a algún amorío o diversión del cónyuge, sino a la necesidad de trabajar y sostener un hogar. Lo mismo podría decirse de la causal de conducta deshonrosa.

Sobre la causal de conducta deshonrosa, la Casación n.º 83-96-Cono Norte, de fecha 12 de diciembre de 1996, parece tener un criterio más delimitado, pues en su fundamento tercero señala que: «Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y respeto mutuo y al vivir la esposa con otro varón, está quebrantando los deberes matrimoniales, lo que también constituye conducta deshonrosa.»[228]

Como ha sido expresado por nosotros, consideramos que los cónyuges, como cualquier persona, gozan de la libertad de trabajo consagrada por la Constitución. En tal sentido, no cabe que el otro cónyuge se oponga a que su pareja trabaje.

No obstante, es evidente, como hemos señalado, que existirán algunos casos en que por la naturaleza del trabajo a realizar, el otro cónyuge podría recurrir a los tribunales para que se declare que esta situación no se justifica para los intereses de la familia; y, es más, si dicho trabajo se realizara en una localidad distinta a donde se ubica el hogar conyugal, el alejamiento permanente e injustificado de uno de los cónyuges podría asimilarse a la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, que, como sabemos, constituye una de las causales de separación de cuerpos y divorcio (artículo 333, inciso 5).

Resulta claro que no deberían estar comprendidos en estas consideraciones quienes se limitan a cumplir órdenes, como los funcionarios del Servicio Diplomático de la República, el personal de las Fuerzas Armadas y los miembros de la Policía Nacional.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(228) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 311.

Representación unilateral de la sociedad conyugal

Artículo 294.- Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad:

1.- Si el otro está impedido por interdicción u otra causa.

2.- Si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto.

3.- Si el otro ha abandonado el hogar.

Hemos explicado oportunamente que la dirección y representación de la sociedad conyugal corresponde y es ejercida por ambos cónyuges. Pero esto parte, naturalmente, de que los cónyuges se encuentren en una situación de normalidad, la misma que permita, precisamente, que ambos ejerzan la representación de dicha sociedad.

El legislador de 1984 fue consciente de que el matrimonio podría pasar por algunas circunstancias en las cuales resultara imposible que ambos cónyuges representaran conjuntamente a la sociedad, caso en el cual uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad.

Veamos:

a) Si el otro cónyuge está impedido por interdicción u otra causa (inciso 1)

Sería el caso de cualquiera de los supuestos comprendidos en los incisos 4 a 9 del artículo 44 del Código Civil, precepto que regula las causales de personas con capacidad de ejercicio restringida, a saber: los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil y las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

En cualquiera de estos casos resulta evidente que el otro cónyuge se hará cargo de la dirección y representación de la sociedad conyugal.

Nótese que si bien el ordenamiento jurídico peruano contempla la figura de los representantes legales para la mayoría de los supuestos comprendidos en el citado artículo 44 (con excepción del supuesto del inciso 9), la sociedad conyugal no será dirigida y representada por el cónyuge que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

no tiene problemas y un representante del otro, sino sólo por aquél. Esto es perfectamente lógico en la medida en que el matrimonio, sus instituciones y las decisiones que se toman a su interior no deben permitir la intromisión legal de terceras personas.

b) Si se ignora el paradero del otro cónyuge (inciso 2)

La situación por la cual se ignora el paradero de uno de los cónyuges podría pasar por cualquiera de tres situaciones: que el mismo haya desaparecido, pero que aún no haya sido judicialmente declarado como tal; que el mismo haya desaparecido, pero ya hubiera sido declarado judicialmente como tal (artículo 47 del Código Civil); o que el mismo haya sido declarado judicialmente como ausente (artículo 49 del Código Civil). Por lo demás, remitimos al lector a nuestros comentarios sobre el particular, contenidos en nuestro, tantas veces citado, libro de *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas.*

Es evidente que en ninguno de estos casos el cónyuge que se encuentra desaparecido o ausente va a poder dirigir ni representar a la sociedad conyugal.

En la duda acerca de si esta normatividad legal se aplica también para el caso en el cual el cónyuge hubiese desaparecido, pero todavía no hubiese sido declarado judicialmente como tal, nosotros creemos que el supuesto sí devendría en aplicable, en la medida en que la imposibilidad de dirigir y representar a la sociedad conyugal se presenta de igual forma que en los otros dos casos (aquellos en que los cónyuges ya han sido declarados judicialmente desaparecidos o ausentes).

c) Si el otro cónyuge se encuentra en lugar remoto (inciso 2)

En caso se produzca este supuesto, y uno de los cónyuges se encuentre en un lugar remoto, la dirección y representación de la sociedad conyugal podría recaer en el otro cónyuge, siempre y cuando se cumpla determinadas condiciones.

No debemos olvidar que, en 1984, cuando se promulga y entra en vigencia nuestro Código Civil, el que una persona se encuentre en un lugar remoto implicaba, en los hechos, que la misma se halle incomunicada del otro cónyuge. No vamos a citar ejemplos, pero sólo imaginar que uno de los cónyuges sea ingeniero y esté destacado en un campamento que construye una carretera en medio de la selva peruana, hubiera implicado, en 1984, encontrarse incomunicado, razón por la cual esa persona no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

hubiese podido participar en la dirección y representación de la sociedad conyugal formada en su matrimonio, sino hasta que hubiere regresado, por ejemplo, a Lima o a otra ciudad con las debidas conexiones telefónicas.

No obstante, en nuestros días, los sistemas de comunicación hacen que esa persona probablemente pueda estar perfectamente en línea con su cónyuge y efectuar videollamadas a diario, razón por la cual sí podría participar de la dirección y representación de la sociedad conyugal.

En virtud de ello consideramos que la aplicación de esta segunda parte del inciso 2 del artículo 294, bajo comentario, resultará cada vez más difícil de presentarse, a pesar de no ser imposible que se dé alguno de esos casos, como podrá ocurrir, por ejemplo, con el cónyuge que fuese marino y estuviese realizando maniobras dentro de un submarino durante treinta días sin subir a la superficie y a quien la institución castrense le haya prohibido intentar comunicarse con terceros.

En este último caso, qué duda cabe, resultaría aplicable esta norma, pero convengamos en que ella encuentra cada vez menos supuestos en los que resulta de aplicación.

d) Si el otro cónyuge ha abandonado el hogar (inciso 3)

El abandono de hogar determina que quien lo hace ya no desea continuar viviendo con el cónyuge abandonado. Esta sola razón determinará, en los hechos, que resulte extraño que, a pesar de haber abandonado el hogar, los cónyuges mantengan comunicación a efectos de decidir sobre la dirección y representación de la sociedad conyugal. Por esta razón, el inciso 3 del artículo 294, bajo comentario, otorga, en estos casos, la plena dirección y representación de la sociedad conyugal al cónyuge abandonado.

Ahora bien, resulta claro que si éste último mantiene comunicación con el cónyuge que hizo abandono de hogar, y ambos deciden, de consuno, seguir dirigiendo y representando a la sociedad, no habrá problema. Entendemos que el referido inciso 3 no es una norma de orden público, de tal manera que los cónyuges podrían determinar algo distinto al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO III
RÉGIMEN PATRIMONIAL

CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

Elección del régimen patrimonial

Artículo 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

El Código Civil peruano de 1984 regula dos regímenes patrimoniales distintos. Se trata de la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios. Resulta claro que ambos son excluyentes entre sí y no pueden coexistir. En otras palabras, los futuros cónyuges o se casan por un régimen o se casan por el otro.

En primer término, debemos señalar que el artículo 295 establece 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 comenzará a regir al celebrarse el casamiento. En otras palabras, los cónyuges tienen la más absoluta libertad para tomar esta decisión antes de contraer matrimonio. La experiencia vivida enseña que éste es, precisamente, el mejor momento para adoptar un régimen u otro y, en verdad, los contrayentes deberían conversar de manera previa sobre el particular.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Debemos señalar que el adoptar el régimen de separación de patrimonios nunca debe ser visto como motivo de recelo entre los futuros cónyuges. Lo que ocurre es que la vida profesional nos demuestra que muchos de los problemas que se suscitan y agravan la relación de la pareja cuando ésta tiene inconvenientes o desea separarse son, precisamente, derivados de temas de orden patrimonial.

Por ello, en lo personal, aconsejo casarse bajo el régimen de separación de patrimonios. No voy a abundar en razones, pues luego ellas serán expuestas.

El precepto bajo comentario agrega que si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Esto es fundamental en la medida en que la ley exige un instrumento de tal nivel de veracidad; y, además, el mismo servirá para que luego el régimen se inscriba en el Registro Personal, lo que será determinante, como indica la propia norma, para que el referido régimen patrimonial surta efectos respecto de terceros.

El artículo 295, bajo comentario, parte de una presunción establecida en el cuarto párrafo de la norma cuando señala que si los futuros cónyuges no han suscrito una escritura pública de separación de patrimonios, deberá entenderse que han optado por el régimen de sociedad de gananciales. A pesar de que no promovemos el cambio del sentido de la norma, en verdad, pensamos que se debería haber partido de la presunción inversa.(229)

Sobre este particular, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,(230) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso una modificación para el artículo 237, con el texto siguiente:

> **Artículo 295**.- Elección del régimen patrimonial.
>
> 1. Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

(229) Sobre este particular, escribí, en coautoría con Ricardo Vásquez Kunze, un ensayo que forma parte del libro titulado *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2004. Esta obra ha tenido tres ediciones más en distintas casas de Perú, España y Chile.

(230) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 107.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.
3. No será necesario otorgar escritura pública cuando los contrayentes lo declaran en el acto de la celebración del matrimonio, lo que deberá constar en el acta.
4. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.
5. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.
6. Constituida la unión de hecho, cabe la separación de patrimonios formalizada ante Notario Público e inscrita en el registro personal para oponer efectos ante terceros.

La comisión sistematizaba el texto del artículo 295 en seis incisos. Lo único relevante aquí era que el régimen de separación de patrimonios se podría acordar en el propio acto de celebración del matrimonio.

Reiteramos nuestra opinión en el sentido de que se trataría de una ocasión demasiado pública para hacerlo, a menos –claro está– que tal extremo del acta no sea leído en la ceremonia.(231)

A pie de página, transcribo el capítulo referido al régimen patrimonial del matrimonio, titulado «Amor de gavilanes», de la obra que escribí con Ricardo Vásquez Kunze titulada *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil.*(232)

(231) Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Palestra, Lima, 2007, pp. 298-300.

(232) CAPÍTULO IX.- AMOR DE GAVILANES

Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de los bienes sociales

¿Cómo no te iba a conmover descubrir que no estabas sola, que [...] otros, como tú, encontraban intolerable que la mujer fuera considerada un ser inferior, sin derechos, un ciudadano de segunda clase?

Mario Vargas Llosa como *alter ego* de Flora Tristán

Muchas veces las cosas no son lo que parecen. Tras los abalorios de la modernidad, tras las revolucionarias teorías que pretenden arrasarlo todo, tras las reivindicaciones de la razón en nombre de la eficiencia y el progreso, se esconde, acechante, el mazo de las cavernas. Y aunque a estas alturas no deberían extrañarnos las inconsistencias, vacíos y paradojas de una teoría que pasaba por ser la vanguardia del pensamiento jurídico, el Análisis Económico del Derecho en el Perú deja la indeleble huella de la noche de los tiempos, esta vez, en el tema de la disposición y gravamen de los bienes sociales del matrimonio. Veamos, pues, de qué se trata.

Uno de los aspectos más importantes de la institución del matrimonio ha sido, es y será siempre el de los bienes regidos bajo su imperio. En tanto que bienes, esto es, en tanto objetos de intercambio económico, se hace necesario que el mercado sepa sin ambages quién o quiénes tienen ante la ley

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La presunción en favor de la sociedad de gananciales resulta, como se aprecia en la nota a pie de página precedente, en extremo discutible, tanto desde una visión económica de la institución como de diversas perspectivas.

Pero, sin duda, la razón por la cual el legislador de 1984 establece tal presunción es por haber tenido en mente la figura, abrumadoramente mayoritaria en 1984, en que muchas mujeres se dedican a las labores propias de la casa,

---

la legitimidad para ejercer los atributos de la propiedad y, por ende, la facultad de disponer a su guisa del patrimonio conyugal. Como quiera que en nuestra legislación asúmese, salvo expresión manifiesta y formal en contrario, la mancomunidad de bienes o sociedad de gananciales como el régimen patrimonial del matrimonio por excelencia, quiere consecuentemente la ley que sean ambos cónyuges quienes participen de pleno derecho en la eventual disposición de los bienes de propiedad del matrimonio. Así, el Código Civil, en su artículo 315, establece que: «Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales».

Un hecho cierto es, obviamente, que una cosa es la ley y sus designios, y otra, muy distinta, la realidad. Y en nuestro país, a diferencia de muchos otros, la realidad es que, como consecuencia de un sistema registral muy ineficiente e incapaz en la práctica de constituir derechos y obligaciones frente a terceros, el estado civil de las personas es, *erga omnes*, un estatus jurídico meramente declarativo. Por tanto, está sujeto a la misteriosa sombra de la duda.

Así las cosas, el problema que se presenta al debate es quién o quiénes deberían asumir los costos jurídicos y económicos de una declaración inexacta por parte de un cónyuge que afirma no ser tal en una transacción comercial que involucra la disposición o el gravamen de los bienes sociales del matrimonio, con lo que falta a lo prescrito en el artículo 315 del Código Civil. En pocas palabras, quién ha de pagar la factura de un fraude.

Para el «Análisis» la cosa es muy clara: debe perjudicarse quien está en mejor capacidad de conocer la situación civil, los antecedentes personales y la trayectoria moral del que oculta al mundo la alianza que juró ante Dios y las obligaciones que contrajo ante la ley del hombre. Y aquel no es otro que el cónyuge, en tanto que «cada cual está en mejor posibilidad de saber con quién se ha casado, y por tanto, qué nivel de confianza tener en esa persona». Suena lógico el argumento así expuesto en la asepsia de las burbujas teóricas. El problema es que el mundo no es aséptico y nosotros vivimos en la realidad del mundo. El problema es pues que en el Perú, ese cónyuge asexuado por el velo del «Análisis» que, además, debe asumir los riesgos de un fraude matrimonial, tiene el rostro de mujer.

En efecto, para nadie es un secreto, y mucho menos para quienes ejercen la práctica profesional de abogado, que en nuestro país, la abrumadora mayoría de los cónyuges defraudados en el patrimonio de los bienes sociales por aquellos que en su momento les juraron honrarlos y respetarlos hasta que la muerte los separe son las mujeres. Los maridos sinvergüenzas son la regla; las mujeres, la excepción.

El Análisis Económico del Derecho propone, por ejemplo, que en el caso de los créditos bancarios, no sean ni el banco ni los solteros que quieren obtener un crédito quienes asuman el eventual costo del incumplimiento del préstamo solicitado por una persona que, ocultando su calidad de cónyuge, compromete como garantía un patrimonio que no puede disponer ni gravar. Desde el momento mismo en que el «Análisis» exige que este costo sea asumido por el otro «cónyuge» ignorante de los hechos, lo que en realidad está diciendo es que los platos rotos los pague la mujer. De este modo, el «Análisis» pretende reparar la injusticia de un fraude contra los acreedores de un crédito por otra injusticia contra la compañera de lecho.

en tanto y en cuanto sus esposos trabajan. Así, dentro de esta lógica, se quiere evitar que los bienes que se adquieran durante la vigencia del matrimonio, se compren a nombre del marido, habida cuenta de que es él, precisamente, el que gana el dinero con el que se adquieren tales bienes.

En otras palabras, se quiere que el cónyuge que se ocupa de las labores del hogar esté en igualdad de condiciones que el otro, reconociendo la importancia y complementariedad del trabajo en las labores propias del hogar y de la familia.

FERNANDO HINOJOSA FREYRE

Y eso se llama aquí y en cualquier parte del mundo discriminación. Así de simple, así de fácil. Porque al discriminar el riesgo y cargárselo a uno de los cónyuges que en más del 90 % de los casos son mujeres confiadas en la buena fe del otro, lo que se está proponiendo –*de facto*– es la discriminación de la mujer y su patrimonio de la protección de la ley.

Nos otros no avalamos, por supuesto, la discriminación de nadie. Ni la del banco que presta contra una garantía espuria. Ni la del comprador de buena fe de un bien vendido por quien no tenía la facultad de hacerlo. Ni mucho menos la discriminación de la mujer en el problema que nos ocupa, esto es, en determinar quién debe pagar la cuenta del incumplimiento del artículo 315 del Código Civil que sanciona la intervención de ambos cónyuges en la disposición y gravamen de los bienes sociales.

El hecho es que la solución del problema no pasa por destruir la regla del artículo 315, tal como lo exige el «Análisis» porque esto permite que en una mancomunidad de bienes cualquiera de los cónyuges pueda disponer de ellos y gravarlos, con la intolerable injusticia hacia la mujer que de esto realmente se sigue. Ello sin mencionar siquiera el despropósito que significa desnaturalizar así el régimen de bienes comunes en el que, precisamente, por ser comunes, debe serlo también el acuerdo sobre cualquier eventual disposición de estos.

No. La solución pasa por hacer de la mancomunidad de bienes una excepción, y de la separación de estos la regla que rija el régimen patrimonial del matrimonio. Exactamente al revés de lo que el Código Civil sanciona. Pasa pues, entonces, por modificar no el artículo 315, como erróneamente propugna el «Análisis», sino el 295. Y la razón de ello es muy simple. Jurídicamente, porque de asumirse la separación de bienes como el régimen patrimonial del matrimonio querido por la ley, se reduce a su mínima expresión la aplicación del artículo 315. De tal suerte que se convierte en general que los cónyuges puedan disponer cada cual de sus bienes en la medida en que no son comunes. Así, pues, se minimiza el riesgo de los cónyuges que le sacan la vuelta al patrimonio del otro, el fraude a los bancos con garantías ajenas y, por tanto, el costo de los créditos que tanto preocupa al Análisis Económico del Derecho.

Pero es en el terreno económico en el que cobra su total dimensión el cambio de la regla del régimen patrimonial del matrimonio, propuesta por nosotros para disminuir la relevancia social de los casos de incumplimiento del artículo 315. Y esto, porque –en principio– la economía tiene un importantísimo componente psicológico, por no decir que toda ella se reduce a esos términos. En efecto, la razón de ser de un régimen de mancomunidad de bienes no es otra que la de asegurarle a la mujer su puesto en la cocina a cambio de acceder en calidad de «dueña» a los bienes que el hombre pueda comprar con un trabajo remunerado. Así se explica muchas veces, sino todas, que el cónyuge que trabaja a cambio de un salario –esto es, en la abrumadora mayoría de los casos, el hombre– se sienta con derecho a disponer y gravar lo que él siente como «suyo» en tanto fue adquirido con su trabajo reconocido por una planilla o un recibo de honorarios profesionales. Y de ahí se deriva quizá, aunque queremos creer que inconscientemente, la justificación de algunos a que, después de todo, sea la mujer la que asuma los riesgos de un mal matrimonio y no los bancos ni cualquier otro, en el caso de la disposición indebida de los bienes sociales.

No vamos a ahondar en el tema, habida cuenta de que el mismo es abordado en detalle en el ensayo que integra el libro *Analizando el análisis*.

Para contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales, no resulta necesario, entonces, hacer algo especial, habida cuenta de

Pero quien resulta, a fin de cuentas, el acreedor más defraudado por la engañifa psicológica de la ilusión de un «futuro económico asegurado» por la sociedad de gananciales es la mujer misma. Pues no hay mejor futuro económico que la verdadera garantía de tener el pleno poder jurídico que da la propiedad de los bienes que son solo de uno. La separación de bienes como regla del régimen patrimonial del matrimonio sería, pues, el mejor incentivo económico entonces para que la mujer que quiera asegurar su vejez de cualquier sorpresa en las que la vida es pródiga se ponga de inmediato a trabajar a cambio de un salario. Abriríase de este modo en la economía nacional, por la fuerza de la necesidad –que es el más poderoso motor de todo progreso–, un espacio insospechado aún para la mujer en el desarrollo de la Patria. Y, demás está decirlo, para ella misma y su independencia, de manera que contribuya a ganar la justa batalla contra la discriminación de sus derechos que algunos todavía, pese a su discurso de *avant garde*, ** avalan entre líneas y medias voces. Con esto no queremos desconocer que hoy mismo y en todos los ámbitos de la sociedad peruana la mujer casada ocupa un lugar expectante en el mercado laboral. Pero creemos que sus motivaciones, dada la vigente regla del régimen patrimonial del matrimonio y las ilusiones que este engendra, son más las de la abnegación de contribuir al hogar común que a su propio beneficio. Y es este el que deseamos nosotros. Buscará así su prosperidad personal sin dejar de lado el hogar y el matrimonio, pero con el seguro inventario de todo el activo que le pertenece, llegado el infortunado momento de hacer maletas.

Queda, sin embargo, el problema de las consecuencias del incumplimiento del artículo 315 para quienes, en el marco de nuestra propuesta, quieran expresamente y con las mismas formalidades notariales que prescribe hoy el artículo 295 para el régimen de separación de bienes tomar partido por el de la sociedad de gananciales. Ya hemos dicho que estos serían pocos, tanto como hoy son pocos los que se toman la molestia de realizar el engorroso trámite de elevar a escritura pública la separación de bienes. Así pues, el «costo social» del incumplimiento, también como ya hemos dicho, sería poco. En esa balanza comprenderíamos que atendiendo a su «filosofía» del costo-beneficio, para el «Análisis» devenga socialmente irrelevante quién deba pagar la factura por disponer o gravar indebidamente los bienes comunes (si es que acaso insistan aún en su teoría de que deba pagarlo el cónyuge honesto que escogió la (hipotética) excepción del régimen mancomunado). Esa es la diferencia entre ellos y nosotros. Y es que para quienes amamos la justicia esta no debe administrarse en función de los muchos o pocos beneficiados por su imperio, ni discriminar por el número, el tamaño de la bolsa, la raza, la religión o el sexo de sus súbditos. Debe, por el contrario, dar solución a todos los problemas legales que se expongan a consideración de su majestad.

¿Y cuál era el problema que ponía bajo la luz de la inteligencia el artículo 315? No que existiera un cónyuge desalmado, que en todas partes y en todo tiempo habrá. El asunto era que no había forma de corroborar si quien dispone o grava un bien es o no es cónyuge y, en este último caso, a qué régimen patrimonial está adscrito. Y todo esto por la ineficiencia del sistema registral, no lo olvidemos. Obvio es entonces para cualquiera con un mínimo de sentido común que la solución va por prevenir el fraude, esto es, porque el Estado cumpla con su deber, pues es al Estado al que le toca prevenir en primer lugar los actos ilícitos, y solo después y supletoriamente a los individuos. Si no, ¿para qué existiría el Estado? Antes pues que convertir a la mujer casada en policía, o de recordarle incansablemente el precio de su «negligencia» por no cuidar sus intereses en el patrimonio conyugal, lo que debió proponer el «Análisis» es hacer del sistema registral, en este caso del Registro Personal, un instrumento eficaz · para el propósito de constituir derechos y obligaciones de indubitable factura. ¿Qué ello es costoso? Sí, lo es. Pero más costoso para la civilización es ese amor de gavilanes que cortejan a sus víctimas con la complacencia de un Derecho economizado de toda justicia.

GUILLERMO CASTILLO FREYRE

que la ley peruana (artículo 295) presume la existencia de este régimen patrimonial.

En cambio, para contraer matrimonio bajo el régimen de separación de patrimonios, los novios deben haber suscrito una escritura pública en tal sentido, con anterioridad al momento de la celebración del matrimonio. No importa cuánto antes de la celebración. Lo importante es que sea antes.

Con la escritura pública bastará para que al casarse rija este régimen patrimonial, pero la misma no será suficiente para que los cónyuges puedan oponerlo a terceras personas. Para tal efecto, será necesaria su inscripción en el registro personal. Esto es lógico, en la medida en que se presume la existencia del régimen de sociedad de gananciales y, por tanto, si la separación de patrimonios no se encuentra inscrita en el registro personal, los terceros que contraten con la sociedad y cualquier otra persona, entenderán que lo están haciendo con una sociedad de gananciales, lo que implica todos los efectos derivados de esta situación.

Cabe señalar que el pacto de régimen patrimonial de separación de patrimonios no sólo es válido para el matrimonio, sino también para la convivencia de pareja en la modalidad de unión de hecho, tal como se halla regulada en el artículo 326 del Código Civil, figura que analizaremos en su momento.

Entonces, el pacto por el cual los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios es un contrato en toda la línea y, por añadidura, un contrato formal, pues el segundo párrafo del artículo 295 establece que se deberá celebrar en escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Sin embargo, no constituye posición unánime en Derecho la posibilidad de optar por un régimen patrimonial en el matrimonio o por otro. A decir de Sambrizzi: «No se puede en nombre de la libertad, pretender que las personas puedan establecer en el matrimonio el régimen patrimonial que a ellas les parezca adecuado, ya que como más arriba hemos sostenido, el legislador debe actuar al respecto estableciendo el régimen que estime más justo según la idiosincrasia y las conveniencias sociales del lugar.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sustitución convencional del régimen patrimonial

Artículo 296.- Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

El hecho de que la pareja se case por uno u otro régimen patrimonial no implica necesariamente que vayan a conservar ese régimen hasta que acabe la relación matrimonial, sea por divorcio o por el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Para estos efectos, el Código contempla el artículo 296. Es más, la variación de régimen patrimonial no sólo podría producirse una, sino varias veces, aunque debemos convenir que esto último es inusual en la práctica.

Lo normal es que el cambio de régimen solamente se produzca una vez.

En ese sentido, Sambrizzi menciona que: «En efecto, en el Derecho comparado, la tendencia es hacia la admisión de una mayor autonomía de la voluntad, tanto en lo que se relaciona con la posibilidad de los esposos de optar entre distintos regímenes, como a su mutabilidad posterior –ya sea del régimen en sí mismo, o mediante modificaciones al elegido–, aunque, por lo general, esa mutabilidad solo resulta factible luego de transcurrido un cierto tiempo mínimo de celebrado el matrimonio.»[233]

El artículo 296 establece dos requisitos para el cambio de régimen patrimonial. El primero de ellos es que el cambio se celebre por escritura pública. Esta formalidad se explica por sí sola si el cambio fuese de separación de patrimonios a sociedad de gananciales, por cuanto el primer régimen se habría pactado por escritura pública y se requeriría de idéntica formalidad para cambiarlo a uno distinto.

En el caso inverso, es decir, si se hubiesen casado por sociedad de gananciales y quisieran cambiar el régimen a separación de patrimonios, el Código también exige la escritura pública, lo que ya está establecido en el artículo 295, comentado con anterioridad.

(233) *Ibidem*, p. 453.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ambas situaciones, además, será necesaria la escritura pública para cumplir con el segundo requisito que exige el artículo 296 para el cambio de régimen patrimonial; consistente en que el mismo se inscriba en el Registro Personal.

El cambio de régimen patrimonial surtirá efectos desde su inscripción en el referido registro. Las razones ya fueron expuestas por nosotros en el comentario al artículo 295.

Así también lo advierte Plácido Vilcachagua, quien menciona: «Como se observa, nuestro Código Civil no sigue el sistema de la inmutabilidad del régimen patrimonial según el cual, después de la celebración del matrimonio, no es posible modificar el régimen elegido; por el contrario, adopta el principio de libre variabilidad durante el matrimonio.»(234)

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 296 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,(235) que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 296, con el texto siguiente:

> **Artículo 296**.- Sustitución del régimen patrimonial
>
> 1.- Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio es necesario el otorgamiento de escritura pública.
>
> 2.- Para que surta efecto ante terceros debe inscribirse en el registro personal.
>
> Cabe la sustitución del régimen patrimonial por los integrantes de la unión de hecho inscrita, y para que surta efecto ante terceros se debe inscribir en el registro personal.

Lo único relevante de la propuesta de modificación de este artículo, era que se establecía que los miembros de la unión de hecho pueden cambiar de régimen patrimonial. Nosotros, dos años antes, ya habíamos escrito en ese sentido.(236)

(234) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 274.

(235) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 107-108.

(236) Castillo Freyre, Mario. «Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge». En *Actualidad Civil*. Lima, noviembre 2017, n.° 41, pp. 19-31.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sustitución judicial del régimen patrimonial

Artículo 297.- En el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación, en los casos a que se refiere el artículo 329.

Al analizar el artículo 296, hemos estudiado el supuesto en el cual los cónyuges deciden, voluntariamente, la variación o sustitución de un régimen patrimonial por otro. El artículo 297 trata el supuesto en el cual se produzca el cambio de régimen patrimonial por solicitud judicial de uno de los cónyuges.

La norma hace referencia a los supuestos señalados en el artículo 329 del propio Código.

Y se trata del caso en el cual el otro cónyuge abuse de las facultades que le corresponden y actúe con dolo o culpa. Naturalmente, estamos hablando de la existencia entre los cónyuges de un régimen de sociedad de gananciales, habida cuenta de que carecería de sentido el solicitar el cambio de régimen de separación de patrimonios a sociedad de gananciales en la medida en que en este último régimen el cónyuge titular de cada patrimonio puede hacer con él lo que mejor le plazca (ello, naturalmente, con los límites impuestos por el artículo 1629 del Código Civil en lo que respecta a la donación inoficiosa).

Cuando la norma se refiere al abuso de las facultades que le corresponden, hace referencia el artículo 329, lo que implica que la pareja se encuentre casada o conviviendo bajo el régimen de sociedad de gananciales. Ello significa hacer un ejercicio abusivo del derecho en detrimento de los intereses del otro cónyuge y de los miembros del hogar, deteriorando el patrimonio común.

Para tal efecto, el cónyuge agraviante debe haber actuado con dolo o culpa (se entiende inexcusable o leve). En buena cuenta, debe tratarse de una situación derivada de una causa imputable a este cónyuge.

Entonces, quedan excluidos del ámbito del artículo 329 y, por ende, del artículo 297, los supuestos de causas no imputables, que, en el régimen del Código de 1984, son el caso fortuito, la fuerza mayor y la diligencia ordinaria.

Sobre el particular, Arias-Schreiber señala que: «Se constata que en nuestro Código Civil rige un criterio muy restrictivo para la variación del régimen

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

con aprobación judicial. Si a ello se añade la dificultad probatoria que importa demostrar aspectos tan subjetivos como son el dolo o la culpa, o inclusive, el abuso de facultades en la gestión de bienes, comprobamos que prácticamente se hace inoperable este mecanismo y se mantiene una situación intolerable para el cónyuge perjudicado. Por ello, se debe optar por un sistema con causales objetivas que respondan a situaciones de inhabilitación de uno de los cónyuges para la gestión de los bienes, por un lado, y a situaciones de incumplimiento de deberes conyugales con repercusión patrimonial, por el otro.»[237]

El artículo 329 establece, además, que, interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél.

Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros.

Como ocurre siempre en los casos de régimen patrimonial, la separación de patrimonios, esta vez dictada por orden judicial, surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda.

Finalmente, debemos decir que se entiende que el recurrir al artículo 297 del Código Civil constituye el último recurso que tendría un cónyuge, ante los apremios derivados de la situación descrita anteriormente. No obstante, siempre cabría, de manera previa, la posibilidad de que ese cónyuge perjudicado por el actuar doloso o culposo del otro, con actos que afecten el manejo y entidad del patrimonio común, llegue a un acuerdo con este último, a efectos de realizar un cambio de modalidad patrimonial por convenio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(237) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 225.

Liquidación del régimen patrimonial

Artículo 298.- Al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación.

La razón de ser del contenido del artículo 298 se basa en el hecho de que cuando se cambie de régimen patrimonial deberá quedar muy claro cuál es el estado patrimonial del mismo; esto, en la medida en que si ello no se hiciese, en la práctica lo que estaría ocurriendo es la convivencia informal de los dos regímenes patrimoniales, a la par que una confusión extrema, no sólo para la pareja, sino, fundamentalmente, para los acreedores, que no sabrán, seguramente, cómo cobrar las deudas contraídas por quienes conforman ese matrimonio o esa unión de hecho, según el caso.

Por eso es que el artículo 298 exige la liquidación de un régimen al ser sustituido por otro.

Como señala Peralta Andía, cabe anotar que «la palabra liquidación (...) proviene del latín *liquidare*, y significa poner término a un caso o a las operaciones de un establecimiento o empresa. En el tema bajo comentario viene a ser el ajuste formal de cuentas o conjunto de operaciones ejecutadas con el objeto de determinar lo que corresponde a cada uno de los cónyuges en los derechos activos y pasivos de la sociedad.»[238]

Por ejemplo, si la pareja estaba casada por el régimen de sociedad de gananciales y decide cambiar al de separación de patrimonios, deberá establecer la división de los bienes entre uno y otro, los cuales pasarán a integrar esos patrimonios separados.

En ese sentido, la jurisprudencia ha señalado en el fundamento séptimo de la Casación n.° 1128- 99-Piura, de fecha 10 de febrero de 2000, que «Mientras no se liquide la sociedad de gananciales, los cónyuges no tienen un porcentaje determinado en el inmueble, por lo que la demandante sólo podrá solicitar la división y partición, cuando cumplidos los trámites de la liquidación de sociedad

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(238) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 182.

de gananciales, se establezca el porcentaje que en dichos bienes corresponda a la esposa y cuyos derechos y acciones ha adquirido la recurrente.»[239]

Lo propio ocurrirá en el caso inverso, si es que se acordara variar el régimen de separación de patrimonios por el de sociedad de gananciales. Aquí, las deudas personales de cada uno de los cónyuges o concubinos serán susceptibles de ser perseguidas en la nueva sociedad de gananciales, con independencia de cualquier acuerdo interno que hubiese pactado la pareja.

Sobre el particular, Arias-Schreiber señala que: «Ello es así, no sólo para evitar confusiones patrimoniales que puedan afectar a los cónyuges sino, además, para garantizar a los acreedores el cobro de su deuda y la invariabilidad del respaldo patrimonial existente al momento de contraerse la obligación. Consecuentemente, los acreedores encontrarán aquí el sustento legal para demandar la liquidación del régimen si los cónyuges no lo realizan.»[240]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(239) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 318.
(240) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 226.

Integración del régimen patrimonial

Artículo 299.- El régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquél en vigor como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia.

El artículo 299 se refiere a la integración del régimen patrimonial del matrimonio, pero, sin duda, se trata de una norma incompleta. Decimos esto, en la medida en que el artículo sólo trata acerca de los bienes, cuando en realidad el régimen patrimonial del matrimonio no solamente comprende los bienes, sino también todos los créditos y deudas que los cónyuges tenían antes de entrar en vigor el régimen patrimonial, así como los adquiridos (contraídos, en el caso de deudas y créditos) por cualquier título durante su vigencia.

Por esa razón, la sumilla otorgada a esta norma por el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es la de «Bienes del régimen patrimonial», correcta descripción del texto actual del artículo 299, precepto incompleto en los alcances del tema que está destinado a regular.

No obstante ello, el artículo bajo comentario no ofrece problemas prácticos en la medida en que el medio jurídico interpreta la norma en sus adecuados alcances.

Cabe anotar lo señalado por Arias-Schreiber sobre la finalidad de esta disposición, cuando indica que: «es la de sentar implícitamente el principio de que todos los bienes de los cónyuges, sin excepción, estarán destinados a atender las necesidades de la familia.»[241]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(241) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 227.

Obligación mutua de sostener el hogar

Artículo 300.- Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas.

En caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno.

Cuando una pareja se encuentra en armonía, la contribución al sostenimiento del hogar fluirá de manera natural y el acuerdo para tales efectos se verá de la manera más armoniosa, entendiendo cada uno de los cónyuges el cumplimiento de sus deberes como algo normal.

Resulta, por demás, un valor entendido que cada uno de los cónyuges deberá efectuar tal contribución de manera proporcional a sus respectivas posibilidades y rentas. Lo contrario sería un despropósito.

Así también lo entiende Arias-Schreiber cuando enseña que: «Resulta importante resaltar que cada cónyuge cumplirá con abonar las cargas familiares de acuerdo con el rol que haya asumido en el hogar. Así, si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo doméstico y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recaerá sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que los cónyuges se deben en uno u otro campo. En tal sentido, el juez considerará cumplida esta obligación de acuerdo al rol que cada consorte haya asumido en el hogar y, de acuerdo a ello, reglará la contribución de cada uno.»[242]

Sólo en caso de conflicto, es decir, cuando el matrimonio ya está en crisis, será imaginable el que alguno de los cónyuges recurra al juez para que establezca cuál debe ser la contribución de cada uno. Una situación de esta naturaleza, es probable que sea el paso previo al inicio de la separación de cuerpos y ulterior divorcio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(242) *Ibidem*, p. 228.

CAPÍTULO SEGUNDO
SOCIEDAD DE GANANCIALES

Bienes de la sociedad de gananciales

Artículo 301.- En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

Etimológicamente, la sociedad de gananciales proviene del término *societas*, que significa asociación de personas que cumplen un fin mediante la cooperación; y *ganancial*, que es sinónimo de provecho.

Cuando hablamos del matrimonio y del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, pareciera que nos estamos aproximando a un estado patrimonial en el cual esa pareja sólo tiene bienes comunes y que ellos, precisamente, pertenecen a la sociedad de gananciales.

Pero eso no es así, pues el régimen de sociedad de gananciales plantea la existencia de dos clases de bienes: los bienes sociales, es decir, aquellos que pertenecen a la sociedad y los bienes propios, vale decir, aquellos que, en términos cuyos alcances serán desarrollados más adelante, pertenecen exclusivamente a alguno de los cónyuges.

No obstante, en relación con los bienes propios, que estudiaremos en el siguiente artículo, debemos decir que también califican como tales aquellos bienes que uno de los cónyuges tenga en copropiedad con terceros o, incluso, aquellos bienes que los cónyuges tengan en copropiedad entre sí. La condición de bienes propios la asigna la ley y, los casos que acabamos de mencionar, en tanto correspondan a alguna de las categorías enumeradas en el artículo 302 del Código Civil, tendrán la condición de bienes propios.

Es importante señalar que el fundamento de la ganancialidad, como indica Sambrizzi: «[...] reside en la existencia de una presunción sobre la concurrencia de ambos cónyuges en un esfuerzo solidario para llevar adelante los fines del matrimonio. Ello es así, con prescindencia de cuál de los esposos obtuvo los ingresos monetarios o de otra especie para la adquisición de los bienes de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que se trata, suponiéndose, si fue uno solo el que los consiguió, que el otro realizó en el hogar las tareas necesarias para el desarrollo en la familia de la vida diaria –incluyendo el cuidado de los hijos, si los hubiera–, aun cuando dichas tareas no hubieran tenido significación económica, en el sentido de no haber sido remuneradas.»[243]

Antes de concluir este punto, es necesario señalar que en el régimen de sociedad de gananciales sólo existen dos categorías de bienes, los propios y los comunes, así que, de no estar en un rubro, pues estarán en el otro. No existe un tercer rubro.

Así también lo ha indicado el Tribunal Registral en la Resolución n.º 042-2001-ORLC/TR, de fecha 1 de febrero de 2001, cuando se ha pronunciado sobre los elementos esenciales de la sociedad de gananciales: «En el régimen de la sociedad de gananciales destacan dos características esenciales, es decir, la existencia de una masa en común y la división de ésta a la disolución del régimen, manteniéndose, sin embargo, como una particularidad, la posibilidad de que a su interior coexistan tanto bienes propios de los cónyuges como bienes propios de la sociedad.»[244]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(243) Sambrizzi, Eduardo A. *Op. cit.*, tomo III, p. 652.
(244) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 319.

Bienes propios

Artículo 302.- Son bienes propios de cada cónyuge:

1.- Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.

2.- Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.

3.- Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.

4.- La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.

5.- Los derechos de autor e inventor.

6.- Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.

7.- Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.

8.- La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.

9.- Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

En primer lugar, debemos decir que el artículo 302 recibe en la versión del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la sumilla de «Bienes de la sociedad de gananciales», la misma que es errada, en la medida en que el referido artículo únicamente trata acerca de los bienes propios y no de los comunes. Habría que corregir este error.

Sobre la definición de bienes propios, la Casación n.° 2201-99-Lima, de fecha 25 de junio de 2000, manifiesta que: «Se califica como propios de cada cónyuge los bienes que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales, que la formula general empleada por el legislador comprende todos los bienes que cada uno de los cónyuges tenían al momento de iniciarse el régimen, sea corporales o incorporales, muebles o inmuebles, créditos o rentas, en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

general, todos los valores patrimoniales de cualquier naturaleza, sin atender al origen o título de adquisición [...].»[245]

En criterio similar, la Casación n.° 2242-99-Lima, de fecha 5 de abril de 2000, establece que: «Los bienes propios son aquellos que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio y aquellos que adquiera durante su vigencia a título gratuito, por subrogación real con otro bien propio, o por una causa o título anterior al matrimonio, siendo además éstos de libre disposición para su titular, y los bienes sociales constituyen por contrapartida, aquellos que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y aun después de su disolución por causa o título anterior a la misma.»[246]

Entonces, como señala Peralta Andía: «Los bienes propios son todos aquellos que cada cónyuge lleva al matrimonio o que adquiera después por herencia, legado o donación. Estos bienes, por disposición legal pueden ser del marido y también de la mujer.»[247]

El artículo 302 hace una enumeración de nueve incisos acerca de los bienes propios. Los estudiaremos detenidamente. Veamos:

a) Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales (inciso 1)

Cuando una pareja contrae matrimonio, aplicándose, en defecto de pacto distinto, el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, definitivamente va a iniciar la vida matrimonial con un patrimonio, sea el mismo escaso, mediano o grande.

Podría ocurrir que los miembros de ese nuevo matrimonio solamente tengan sus efectos personales (ropa, utensilios diversos, etc.) o, por el contrario, mucho dinero en cuentas bancarias, automóviles, inmuebles, etc.

Al respecto, Cornejo Chávez señala que: «La fórmula general empleada por el legislador comprende todos los bienes que cada uno de los cónyuges tenía al momento de iniciarse el régimen sean corporales o incorporales, muebles o inmuebles, créditos o rentas; en general, todos los valores patrimoniales de cualquier naturaleza, sin atender al origen o título de adquisición. Entre estos bienes se pueden distinguir los adquiridos con

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(245) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 320.
(246) *Loc. cit.*
(247) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 218.

absoluta independencia del matrimonio y los que se obtienen en vista de la futura celebración de éste [...].»[248]

Cualquiera fuere el caso, esos bienes, adquiridos antes de la celebración del matrimonio por cada uno de ellos, tienen la calidad o condición de bienes propios. En otras palabras, la sociedad de gananciales va a comenzar, al momento de la celebración del matrimonio, con un patrimonio de bienes comunes equivalente a cero, es decir, al momento mismo de la celebración del matrimonio no pueden, por definición, existir bienes comunes. Éstos podrán comenzar a existir al instante siguiente de celebrado el matrimonio, pero no antes. Esto, con prescindencia de que, cuando eran novios, hayan comprado algunos bienes en copropiedad, materia distinta, por cierto.

Sobre el particular, la jurisprudencia se pronuncia en el mismo sentido en la Casación n.° 2227-2002-La Libertad, de fecha 19 de junio de 2022: «Si el cónyuge adquirió bienes antes de contraer matrimonio, manteniendo tales títulos en la calidad de bienes propios, estos no pueden ser objeto de la separación pretendida por la otra cónyuge. *Sexto.* [...] [Son] bienes propios de cada cónyuge los que adquieran durante la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella, entendiéndose el término causa como el motivo o el antecedente necesario que origina un efecto, y también el fundamento necesario por el cual se adquiere un derecho, se trata en consecuencia de aquellos bienes sobre los cuales uno de los esposos ya tenía un derecho antes de casarse. *Sétimo.* [...] el demandado adquirió [...] acciones [...] antes de contraer matrimonio con la accionante, manteniendo tales títulos la calidad de bien propio [se concluye que tales bienes no pueden] ser objeto de la separación pretendida por la demandante [puesto que no pertenecen a la sociedad de gananciales]. (*sic*)»[249]

Así también, la Casación n.° 2395-98-Lima, de fecha 19 de marzo de 1999, establece que: «Es un error calificar como bien propio del causante un inmueble que fue adquirido un mes antes de la vigencia de la sociedad de gananciales. *Tercero.* [Conforme al Código Civil de 1936] son bienes comunes los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges, lo que significa, que cuando un bien se compra y se paga una parte del precio con

(248) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 288.
(249) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 320 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, pp. 209-210.

IUS ET VERITAS

dinero propio de uno de los cónyuges y el saldo con el caudal común, se establece una copropiedad entre uno de los cónyuges y la sociedad conyugal en proporción a los valores invertidos. [...] *Sexto.* [Hay] error de derecho en las sentencias de mérito al calificar como bien propio del causante un inmueble que fue adquirido un mes antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, gravado con una hipoteca en garantía de un préstamo a largo plazo y que es cancelado durante la vigencia de la sociedad conyugal, por lo que es fundada la denuncia de aplicación indebida del inciso primero del artículo 177 del Código Civil de 1936.»

b) Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla (inciso 2)

Es obvio que si uno de los contrayentes aporta a la sociedad de gananciales bienes propios al momento de contraer matrimonio, tales bienes no necesariamente permanecerán inalterables a lo largo del tiempo. Si se tratara de una joya familiar o los libros inherentes a la profesión, puede que ello ocurra, pero si se trata de bienes consumibles, por ejemplo, pues ellos se agotarán o deteriorarán notablemente con el primer uso que se haga de los mismos.

Si se tratase de dinero, por ejemplo, es probable que el cónyuge titular de esa cantidad, desee darle alguna finalidad determinada, es decir, adquirir con ese dinero uno o más bienes diferentes, como podría ser un automóvil, por ejemplo.

Es precisamente de esto de lo que se ocupa el inciso 2 del artículo 302 del Código Civil, cuando señala que son bienes propios de cada cónyuge los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.

En otras palabras, cada cónyuge puede disponer, como prefiera, de sus bienes propios y, cuando con el valor de ellos adquiera otros, estos últimos también conservarán la categoría de bienes propios. La lógica del legislador de 1984 es impecable, pues no existiría razón para que, con la transformación de esos bienes, vía contratos celebrados a título oneroso, los mismos dejen de tener tal calidad y pasen a ser bienes comunes, cuando los mismos no han sido fruto del esfuerzo de la pareja, sino han precedido al matrimonio de ésta, o al supuesto comprendido en el artículo 326 del propio Código, relativo a la unión de hecho.

Y el maestro Arias-Schreiber menciona que: «[...] si para la adquisición se emplearon fondos sociales, total o parcialmente, no prevalece la causa

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

anterior al matrimonio para determinar así el carácter propio del bien. En estos casos, y conforme a un elemental principio de derecho, el origen de los fondos utilizados para la adquisición establecerá si el bien es propio, social o dual.»[250]

c) Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito (inciso 3)

Como sabemos, la adquisición de bienes puede producirse a título oneroso, vale decir cuando por tal adquisición exista una contraprestación; o a título gratuito, vale decir, cuando la adquisición del bien no lleve consigo una contraprestación.

El ejemplo por excelencia de contratos celebrados a título gratuito, es el de la donación (artículos 1621 y siguientes), en virtud del cual el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien.

Nuestra jurisprudencia, conforme se puede observar de la Casación n.º 251-95-Lambayeque, de fecha 12 de setiembre de 1996, ha indicado lo siguiente sobre los bienes comprendidos en este inciso: «Bienes obtenidos por causa de herencia, legado y donación son bienes propios. *Segundo.* Es cierto que el inciso 3 del artículo 302 del Código Civil preceptúa que son bienes propios de cada cónyuge "los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito"; empero, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen que quedan comprendidos dentro de este grupo los bienes obtenidos por causa de herencia, legado y donación.»[251]

Al tratarse de un contrato que rompe la regla de la onerosidad en la contratación en la sociedad (pues las personas, por lo general, no andan empobreciéndose voluntariamente), el contrato de donación, usualmente se celebra con carácter *intuitu personae*, lo que significa que para el donante resulta de mucha importancia quién es el donatario, ya sea porque sienta especial afecto por él, porque sea consciente de sus necesidades particulares, etc. Entonces, cuando alguien done un bien a uno de los integrantes de la pareja y no a la pareja, precisamente, es porque estará haciendo la distinción entre uno y otro y, resulta evidente que no le da lo mismo regalar ese bien a la pareja que regalárselo a uno de los dos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(250) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 231.
(251) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 320.

En este caso, hace muy bien el legislador de 1984 en considerar que el bien que ingresa a la sociedad de gananciales a través de esta vía, es un bien propio del donatario.

Sobre ello, Aguilar Llanos señala lo siguiente: «[...] obsérvese que se trata de liberalidades y que por tanto el cónyuge beneficiario no se obliga a contraprestación alguna, mi mucho menos compromete el patrimonio social para la adquisición del bien, de allí que sin discusión alguna se considere como bien propio [...]».(252)

A pesar de no tratarse de un supuesto contemplado por la ley (y convenimos en que no debería serlo), pensamos que también podría considerarse como bien propio aquél que haya sido adquirido a precio simbólico por uno de los cónyuges, distando enormemente de su valor comercial. Es el supuesto de la llamada «donación indirecta o atípica». En estos casos, naturalmente, habría que detraer el precio simbólico, el mismo que quedaría como una deuda del cónyuge que celebró ese contrato con respecto a la sociedad de gananciales.

d) La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad (inciso 4)

Como sabemos,(253) la indemnización de daños y perjuicios tiene por finalidad resarcir el detrimento patrimonial o el daño moral. Pero en ambos casos, la función indemnizatoria es resarcitoria, en la medida en que busca que el patrimonio de la persona no se vea disminuido o, si ya lo está, que vuelva al estado en que se encontraba antes de producirse el hecho dañoso. Y, en el caso del daño moral, si bien la indemnización no podrá evitar el sufrimiento ya padecido, sí podrá brindar a la víctima placeres compensatorios a ese sufrimiento imposible de borrar.

Dentro de tal orden de ideas, si uno de los cónyuges recibiera una indemnización derivada de un accidente, ello significaría que esa indemnización, precisamente, serviría para resarcirle los daños patrimoniales o morales padecidos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(252) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 150.

(253) Ver: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, 2014, volumen V, pp. 2205-2212 y Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, 2020, pp. 880-891.

Lo propio ocurriría en caso reciba una indemnización derivada de un seguro de vida, derivada, precisamente, de la muerte de un familiar en cuya cabeza pendía el seguro. Esa indemnización estará destinada a resarcir el lucro cesante que implique para él la muerte de esa persona, quien, a lo mejor, contribuía con él con el aporte gratuito de cantidades de dinero mensuales, o por los sufrimientos que le produzca su muerte.

Idéntica situación se producirá con las indemnizaciones que reciba uno de los cónyuges por seguros de daños personales o de enfermedades. La lógica es la misma.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la prima (es decir, el precio de la póliza del seguro) haya sido pagada con dinero que constituya bien propio del cónyuge que reciba la indemnización. En este caso, nada habrá que reclamar, habida cuenta de que la indemnización (bien propio) se habría derivado del pago con otro bien propio (la prima).

Pero si hubiese ocurrido que la prima se hubiere pagado con dinero que tuviere la condición de bien común, será evidente que habrá que detraer del monto indemnizatorio recibido por el cónyuge que reciba la indemnización, la cantidad de dinero pagada por concepto de prima. En otras palabras, esa cantidad de dinero será una deuda que tenga ese cónyuge en favor de la sociedad conyugal.

Al respecto, agrega Cornejo Chávez que: «La actividad de uno de los cónyuges no pertenece a la sociedad, le pertenece sólo a él. Lo que corresponde a la sociedad son los frutos de esa actividad. Luego lo que debe tener carácter de bien común son los rendimientos de la suma recibida como indemnización mas no esta misma que reemplaza a la actividad perdida o disminuida. De aquí que mientras el inciso que tratamos califica acertadamente como bienes propios a esas indemnizaciones, el artículo 310, da a sus frutos el carácter de comunes.»(254)

En el mismo sentido, Peralta Andía señala que: «En cuanto a las deducciones de las primas pagadas, si éstas fueron canceladas con bienes propios o de terceros, no cabe deducirlas; mas si éstas hubiesen sido pagadas con bienes sociales es lógico que se realicen las deducciones para reintegrarlas al patrimonio social.»(255)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(254) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 266.
(255) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 219.

e) Los derechos de autor e inventor (inciso 5)

Los derechos de autor e inventor se derivan de actividades que son, esencialmente, *intuitu personae*. Se podría decir que no existe nada más personalísimo que las obras (de la naturaleza que fueren) que sean creadas por la inteligencia humana, tales como canciones, melodías, obras literarias, obras de conocimientos especializados, inventos de cualquier naturaleza, etc.

El legislador de 1984 parte de la idea de que los derechos patrimoniales de autor e inventor, es decir, todos aquellos beneficios patrimoniales que perciba por tales conceptos deben tener la calidad de bienes propios.

Naturalmente que podría tratarse de una obra o un invento ideado o creado por ambos cónyuges. En ese caso, la pregunta a formular sería si se trataría de un bien propio o de un bien común. Pues se trataría de un bien propio, compartido en condición de copropietarios por ambos cónyuges. No se trataría de un bien común por la sencilla razón de que la norma legal bajo comentario lo califica como bien propio. Por lo demás, la situación jurídica sería muy parecida a si se tratase de un bien común, con la siguiente diferencia teórica. En el caso de un bien sujeto al régimen de copropiedad, el bien pertenece en copropiedad a ambos condóminos. En cambio, un bien común en el marco de una sociedad de gananciales es un bien que pertenece en su totalidad a esa entelequia denominada sociedad conyugal, de la cual ambos cónyuges son titulares y representantes.

Cabe añadir que, como regla general, en el Perú los derechos patrimoniales de autor duran toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento.(256)

Antes de concluir este punto, es importante señalar que cierto sector de la doctrina ha sostenido que deberían considerarse como bienes propios a todos los derechos patrimoniales inherentes a la persona y no sólo a los derechos intelectuales El profesor Arias-Schreiber enseñaba que: «No obstante, se omite referirse a otros derechos inherentes a la persona como son los demás derechos intelectuales: nombre y lema comercial, marca de fábrica o de servicio, diseño y modelo industrial, etc. Y, también la calidad de socio de una asociación (¿sólo de una asociación o de una persona jurídica en general?), por ejemplo.»(257)

(256) Artículo 52 del Decreto Legislativo n.° 822, Ley de Derecho de Autor.
(257) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 233.

FONDO MARIO CASTRO PEREYRA

Así también, Varsi Rospigliosi sostiene que: «Los derechos de autor e inventor, como derechos subjetivos, personales e incorporales son propios en razón de que son intransferibles. Sus rentas son sociales (art. 310). Haciendo un análisis amplio la norma quedó diminuta pues debió considerarse otros derechos intelectuales tales como marcas, nombres, lemas, diseños industriales que están encuadrados dentro de la categoría de signos distintivos.»[258]

f) 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 (inciso 6)

El inciso 6 del artículo 302, bajo comentario, señala que los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo tienen la calidad de bienes propios en lo que respecta a cada uno de los cónyuges.

Nótese que la norma bajo comentario no hace la distinción entre si tales bienes fueron adquiridos antes o después de la celebración del matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales. Y ello es natural, pues si se tratare de bienes que hubiesen sido adquiridos antes del matrimonio, estarían calificados como bienes propios, pero por lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 302. En este caso, ya no se necesitaría de una norma como la del inciso 6.

Ahora bien, podemos preguntarnos si los bienes enumerados en el inciso 6 fueron adquiridos por el cónyuge al que le pertenecen en calidad de bienes propios, con otros bienes que le eran propios. Pues la respuesta es que no. Ello, en razón a que si así fuese, tampoco resultaría necesaria la existencia del inciso 6, pues tales bienes tendrían la calidad de propios por lo dispuesto en el inciso 2.

Y también podríamos preguntarnos si esos bienes fueron adquiridos a título gratuito. Puede que sí, pero ello sería irrelevante para el inciso 6, pues este supuesto ya estaría cubierto por el inciso 3.

Entonces, queda claro que los bienes a que se refiere el inciso 6 son bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio y del régimen de sociedad de gananciales a título oneroso con recursos comunes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(258) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial y las relaciones económicas y las instituciones supletorias, así como al amparo familiar.* Gaceta Jurídica, Lima, 2012, tomo III, p. 178.

Así, si tales bienes fueron adquiridos con recursos comunes (con bienes que tienen la calidad o condición de comunes), entonces, ¿por qué la ley los considera propios, como se establece en el inciso 6?

Creemos que la respuesta es sencilla, pues más allá de los recursos que se hayan empleado para la obtención o adquisición de tales bienes, los mismos sólo serán de utilidad para el cónyuge que ejerza la profesión o trabajo que se relacione directamente con tales libros, instrumentos y útiles. Al otro cónyuge no le serán de utilidad alguna y, adquiridos que fueren con recursos comunes, lo han sido en favor exclusivo de uno de los cónyuges.

En el caso en que ambos cónyuges se dedicaran al ejercicio de la misma profesión o trabajo, por ejemplo, si los dos fueran abogados, los libros pertenecerán a los dos en copropiedad. Si ambos fuesen de especialidades diferentes, pues los libros de una especialidad le pertenecerán a uno y los de la otra, al otro.

Y qué pasaría con los libros de teoría general del Derecho o si ambos cónyuges se dedicaran a la misma especialidad en el Derecho.

Aquí la respuesta sería que, siendo bienes calificados como propios por el artículo 302, inciso 6, ellos no podrían ser calificados como comunes, pero creemos que sobre tales bienes regiría un régimen de copropiedad entre ambos cónyuges.

Para concluir nuestros comentarios al inciso 6, diremos que la excepción a que los bienes ahí mencionados tengan la calidad de propios de un cónyuge está dada por el hecho de que los mismos sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio (o sea, que esta empresa tenga la calidad de bien común). Creemos innecesaria esa precisión. Pero, al fin y al cabo, lo que abunda, no daña.

g) 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 (inciso 7).

Las utilidades obtenidas por una empresa pueden ser repartidas a sus socios si así lo acuerda la respectiva junta general de accionistas. Pero también, esa junta, en lugar de acordar su distribución, podría acordar su capitalización, con lo cual se produce la revaluación o incremento del patrimonio de la sociedad. En este caso, lo que corresponderá será la distribución a los accionistas de acciones liberadas en proporción a su participación en el capital social. Si las acciones que el socio poseyera en esa empresa tuvieren la calidad o condición de bien propio, las acciones liberadas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tendrán también la calidad de bienes propios. En caso las acciones originales fuesen bienes comunes, las acciones liberadas también serán bienes comunes. El tema reviste meridiana claridad.

Así también lo ha señalado Benjamín Aguilar, al expresar que: «[...] ahora bien, si esas acciones que representan el patrimonio social de la sociedad, pertenecen al cónyuge en calidad de bien propio, y con la autorización pertinente se actualiza el valor del referido patrimonio social, por lo tanto, es lógico que ese patrimonio ahora esté representado por un número mayor de acciones (incremento del capital social), y que tales acciones se distribuyan en forma gratuita entre los socios, dentro de los cuales está el socio cónyuge, quien recibe un número determinado de acciones o participaciones, según fuera el caso, en consecuencia estas tienen que seguir la suerte de las acciones originarias, y si estas eran propias, las segundas también tendrán que ser propias.»(259)

La razón de ser del inciso 7 del artículo 302, bajo comentario, se basa en el hecho de que las acciones liberadas van a revalorizar el patrimonio del accionista y le van a permitir seguir conservando el mismo porcentaje de participación en el capital de la empresa. Si las acciones liberadas pasasen a tener la condición de bienes comunes, entonces el porcentaje de participación del socio disminuirá y, en caso de ser mayoritario, en algún momento en el tiempo perderá el control de la empresa o, al menos, tendrá que compartirlo con su cónyuge.

Además, no olvidemos que la participación en el accionariado de una empresa es un negocio personal de uno de los cónyuges, el mismo que no tiene por qué ser compartido con el otro, por más de que se hayan casado por el régimen de sociedad de gananciales.

El artículo 302, inciso 7, hace aplicable este tema no sólo a las acciones liberadas, sino también a las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente.

h) La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio (inciso 8)

Para efectos del contrato de renta vitalicia, remitimos al lector a nuestro *Tratado de los contratos típicos*.(260)

(259) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 152.
(260) Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Op. cit.*, tomo II, pp. 737-747.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No cabe duda de que este contrato, generalmente, se celebra a título gratuito, a efectos de beneficiar a aquella persona sobre cuya cabeza se hubiese celebrado. En este caso, queda en evidencia, por la lógica de todo lo que venimos analizando acerca de los bienes propios, que la renta vitalicia percibida a título gratuito por uno de los cónyuges será un bien propio de él.

Tendrá la misma calificación la renta vitalicia que perciba uno de los cónyuges a título oneroso, pero los pagos que efectúe como contraprestación a dicha renta vitalicia, los hubiere hecho con bienes propios.

Para Arias-Schreiber: «La gratuidad reside en la falta de contraprestación a cargo del cónyuge beneficiado.»(261)

A decir de Aguilar Llanos: «En cuanto a la renta vitalicia gratuita se trata de una liberalidad y que por lo tanto no ha comprometido el patrimonio social al adquirirse, en esa medida, no cabe duda de que estamos ante un bien propio.»(262)

En cambio, tendrá la condición de bien común la renta vitalicia percibida a título oneroso, cuando la contraprestación pagada lo hubiese sido con bienes comunes. Este supuesto no está mencionado en el inciso 8 del artículo 302, pero la lógica de la solución creemos resulta inobjetable.

i) Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia (inciso 9).

Resulta evidente que si los bienes a que se refiere el inciso 9 del artículo 302 hubiesen sido adquiridos conforme a lo dispuesto por los incisos 1, 2 o 3, los mismos tendrían la calidad de bienes propios.

Entonces, el inciso 9 se está refiriendo a que los bienes ahí mencionados son adquiridos durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales, fundamentalmente a título oneroso, en el caso de los vestidos y objetos de uso personal.

Pero en lo que atañe a los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia, estamos en presencia de bienes cuya adquisición se produce a título gratuito, razón por la cual se aplicarían al caso las consideraciones que expresamos con ocasión de nuestro análisis del inciso 3 del presente artículo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(261) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 236.
(262) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 152.

Entendemos el celo del legislador de 1984 para asignarles una norma especial en el inciso 9, pero, en estricto Derecho, la misma no resultaba necesaria.

En la misma línea, Cornejo Chávez señala que: «Aunque no se trata en este caso de bienes integrantes de la persona misma o emanados de ella, sirven a la persona de modo tan estrecho y aun íntimo o se vinculan tan cercanamente a sus méritos y afectos, que repugnaría, con su solo enunciado, la idea de convertirlo en bien de la sociedad, aparte de que ordinariamente carecen de valor pecuniario –nota característica de un objeto para que pueda considerarse como un bien– y lo tienen, a veces muy vívido y profundo, afectivo y vivencial.»(263)

Aguilar Llanos indica que: «No cabe duda de la calidad personalísima de estos bienes que están destinados al exclusivo uso de la persona, o han sido adquiridos en función a los méritos personalísimos, de allí que no podrían considerase como bienes sociales [...]»(264)

Los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia deben tener siempre la calidad de bienes propios, en razón a que ellos sólo interesan al cónyuge que los ha recibido. Naturalmente que se produciría una situación distinta si en alguno de estos casos el bien hubiese sido otorgado a ambos cónyuges. Podríamos imaginar, por ejemplo, un diploma otorgado a los dos cónyuges por alguna institución, o una condecoración en común, o alguna correspondencia dirigida a los dos por un amigo común o retratos y demás recuerdos de familia que interesen a ambos, precisamente, por ser, por ejemplo, primos segundos.

En estos casos los bienes también tendrán la condición de propios en razón a lo señalado por el inciso 9 del artículo 302 del Código Civil, pero los mismos pertenecerán en copropiedad a ambos cónyuges.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(263) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 291.
(264) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 151.

Administración y disposición de bienes propios

Artículo 303.- Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.

El artículo 303 del Código Civil recibe por parte del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la sumilla de «Administración de bienes propios». Pero ella resulta incompleta, en la medida en que la norma no sólo trata acerca de la administración sino de la disposición de los bienes propios.

En realidad, vale decir, en estricto Derecho, el artículo 303 resulta innecesario, ya que se puede arribar a la misma conclusión aplicando las normas generales sobre propiedad.(265) Decimos esto, en razón a que quien es propietario de un bien no sólo tiene derecho a administrarlo libremente, sino también a disponer libremente de él.

En ese sentido, Arias-Schreiber ha señalado que: «La gestión de los bienes propios responde a la regla general de que cada cónyuge conserva la libre administración de éstos y puede disponer de ellos o gravarlos.»(266)

Sobre la administración de bienes propios, la jurisprudencia en la Casación n.º 938-99-Lima, de fecha 3 de septiembre de 1999, ha señalado lo siguiente: «Régimen de sociedad de gananciales. Bienes propios y sociales de la sociedad. *Segundo.* [En] el régimen de sociedad de gananciales hay bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad. Tercero. Los bienes propios son administrados y dispuestos en forma independiente y responden de las obligaciones particulares de cada cónyuge [...]; en cambio los bienes sociales deben ser administrados y dispuestos en forma mancomunada por los cónyuges [...].»(267)

Entendemos que el legislador de 1984 ha hecho esta precisión en el artículo bajo comentario, en razón a que nos encontramos en Derecho de Familia y frente a un tema que, en determinadas circunstancias, puede llegar a ser verdaderamente sensible para la pareja y para la familia, en general.

(265) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Derechos reales principales y de garantía*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 105-111.
(266) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 237.
(267) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 321.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La realidad es que el bien propio es sólo, única y exclusivamente de uno de los cónyuges y no del otro. En otras palabras, por más casado que esté y por más de que esté casado por el régimen de sociedad de gananciales, las decisiones sobre los bienes propios (administración, disposición y gravamen) sólo corresponden a su propietario. Es probable que una pareja que tenga una buena comunicación converse el tema y llegue a un consenso sobre el particular, pero estas consideraciones son extrajurídicas, pues la única opinión y decisión que tiene valor para el Derecho será la del cónyuge propietario de ese bien. Todo lo demás sobra.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia, como se puede observar en la Casación n.° 1599-2003-Ayacucho, de fecha 20 de noviembre de 2004: «Al adquirir un bien antes de contraer matrimonio, se tiene la libre disposición de dicho bien, pudiendo enajenarlo. *Décimo.* [...] [La demandada] adquirió el inmueble sub litis antes de contraer matrimonio con el demandante, resultando por ello erróneo que, como lo considera el Colegiado Superior, tal condición de bien propio haya variado a bien social por el hecho de no haberse efectuado separación de patrimonios o que se haya incorporado a la sociedad de gananciales en mérito a un documento unilateral del actor sin la intervención de su cónyuge; de lo que se concluye que esta ha tenido la libre disposición de un bien propio, pudiendo enajenarlo, como en efecto lo ha hecho a favor de los codemandados [...], quienes han adquirido el bien bajo la fe del Registro Público, por lo que dicha transferencia no adolece de nulidad, deviniendo así en amparable la casación [...].»[(268)]

Similar criterio sigue la Casación n.° 2167-2011-Del Santa, de fecha 3 de diciembre de 2013: «No resulta nula la compraventa de un bien, realizada solo por uno de los cónyuges, cuando se adquiriere a título gratuito, ya que este no formaría parte de la sociedad de gananciales. *Cuarto.* [...] [Si] bien es cierto la accionante [...] contrajo matrimonio con [su cónyuge] antes que éste adquiriera la propiedad de las parcelas sub litis, no es menos cierto que dichos inmuebles los adquirió a título gratuito, por lo tanto, conforme al artículo 302 del Código Civil son bienes propios de cada cónyuge "los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito". En consecuencia, el vendedor estaba en la facultad de disponer de dichos bienes a tenor del artículo 303 del Código sustantivo, por tanto, el fundamento de que la actora no participó en las transferencias y que con ello se infringió el artículo 315 del Código Civil, no resulta aplicable al caso sub materia, en razón que al haberse adquirido el

(268) *Loc. cit.*

LEGIS.PE

bien a título gratuito éste no formaría parte de la sociedad de gananciales, tal como se tiene acotado, sin perjuicio que el supuesto de hecho previsto en el artículo 315 del Código Civil no se trata un supuesto de nulidad de acto, sino un supuesto de ineficacia. [...]»[269]

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 303, debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[270] que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso una modificación con el texto siguiente:

> **Artículo 303**.- Administración de bienes propios.
>
> 1.- Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.
>
> 2.- Aun tratándose de bien propio ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer del inmueble donde está constituido el hogar conyugal. El juez puede autorizar el acto de disposición por causas justificadas, atendiendo el interés familiar.

Cabe anotar que la exposición de motivos señalaba lo siguiente: «Por regla general dispuesta por el Código, cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos. Asimismo, la proyectada norma establece que, respecto a los bienes propios, ninguno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, puede disponer del inmueble que constituye el hogar familiar, esto en aras de la protección del lugar donde transcurre la vida de relación matrimonial.»[271]

El inciso 2 que proponía la comisión era atentatorio contra los derechos del cónyuge propietario del inmueble donde se constituye el hogar conyugal. Admitiríamos una solución como ésta en caso ese bien sea el único que posean los dos, pero de ninguna manera si el otro cónyuge también fuese propietario de, al menos, otro inmueble.

ESTUDIO MUYO CASTILLO FREYRE

(269) Ibidem, pp. 321-322.

(270) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 108.

(271) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 82.

Irrenunciabilidad de actos de liberalidad

Artículo 304.- Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro.

Las herencias, los legados y las donaciones recaen sobre bienes que, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 302, son adquiridos a título gratuito y revisten la condición de bienes propios del cónyuge que se beneficia con ellos.

Dentro de tal orden de ideas, se podría decir que el eventual beneficiario es libre de aceptar o no ese patrimonio hereditario o los bienes que se le han legado o que se le quiere donar.

Sabemos que la regla en materia de actos de liberalidad en el Derecho peruano es que los eventuales beneficiarios tienen que dar su asentimiento para que tales actos surtan efectos. En otras palabras, perfectamente se puede renunciar a una herencia o a un legado, así como negarse a celebrar un contrato de donación en calidad de donatario.

Las razones pueden ser mil, desde que el patrimonio hereditario o los bienes no le fueren de utilidad o hasta de amor propio u orgullo respecto del causante o eventual donante.

Pero la renuncia a la herencia o legado y el dejar de aceptar una donación requiere, cuando se está casado por el régimen de sociedad de gananciales, del asentimiento del otro cónyuge. La razón es una sola, y es que por más de que esos bienes ingresarían a la sociedad de gananciales en la condición de bienes propios del cónyuge beneficiario de los mismos, en verdad, en un matrimonio, el beneficio patrimonial de uno de los cónyuges también es el beneficio patrimonial del otro. No hay duda de que los bienes propios también son empleados por los cónyuges en beneficio del hogar, y, por tanto, el renunciar a una herencia o a un legado o el dejar de aceptar una donación, no sólo afectaría a quien eventualmente devendría en titular de los mismos, sino a su cónyuge, hijos y demás familiares. De ahí es que el artículo 304 establece que ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El maestro Arias-Schreiber señala al respecto, que: «[...] este dispositivo limita el derecho de uno y otro a renunciar a una herencia o legado o a no aceptar una donación por cuanto, ello puede afectar desfavorablemente la formación e incremento del patrimonio social –si se considera que son bienes sociales los frutos y productos de los bienes propios, cuya conservación y mayor valía interesa a ambos cónyuges–.»(272)

En materia jurisprudencial, tenemos la Casación n.° 3702-2000-Moquegua, de fecha 9 de junio de 1999, que señala sobre el artículo en mención, que: «Ninguno de los cónyuges puede (...) rechazar una donación sin el consentimiento del otro, salvo que se trate de una trasferencia a título gratuito. *Tercero.* [El] artículo 304 del Código Civil, establece entre otros supuestos, que ninguno de los cónyuges puede dejar de aceptar o rechazar una donación sin consentimiento del otro, norma que no resulta aplicable al presente caso, por cuanto el demandado sí aceptó la transferencia a título gratuito que efectuó a su favor su empleadora, y por ende al tratarse de un bien propio, de acuerdo a lo establecido por el inciso tercero del artículo 302 del Código sustantivo, no requería del asentimiento de su cónyuge.»(273)

Ahora bien, nótese que en materia de actos *inter vivos*, el artículo 304 solamente menciona a la donación, pero no a los demás actos de liberalidad, como las cesiones de derechos o créditos a título gratuito, las condonaciones de deudas, o cualquier otro contrato que pudiera beneficiar a uno de los cónyuges a cambio de nada.

El principio contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, relativo a que no es posible interpretar por extensión o analógicamente las normas que restringen derechos, impide aplicar la restricción, consistente en contar con el asentimiento del otro cónyuge, contenida en el artículo 304, a cualquier otro acto *inter vivos* que se plantee celebrar a uno de los cónyuges a título gratuito. Queda claro, entonces, que, para todos estos otros supuestos, el cónyuge en cuestión tendrá toda la libertad de no aceptar la celebración de ese acto o contrato, a pesar de que no sólo pudiera beneficiarlo a él, sino a toda su familia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(272) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 238.
(273) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 322 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 210.

Antes de concluir, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[274] proponíamos que el artículo 304 contemplara una excepción, «salvo que existan fundadas razones para tal renuncia».

Ello, en función a que el texto del artículo bajo comentario podría ser muy estricto, al no permitir alguna excepción a la regla en él contenida.

Es por ello, que creíamos debía dejarse abierta la posibilidad de que el cónyuge al cual se le quiere beneficiar con una herencia o legado y que no desea tal beneficio, pueda renunciar a él, si existiesen fundadas razones para tal renuncia.

El primer caso podría ser aquél en el cual la herencia tenga más deudas que activos, con lo que su aceptación representaría un esfuerzo inútil para el heredero.

Otro ejemplo muy claro sería el del cónyuge que se ve «beneficiado» con la herencia o legado de una persona de muy mala reputación en la sociedad, caso en el cual aceptar esa herencia o legado podría perjudicar gravemente el prestigio del supuesto beneficiario, y, antes que causarle un beneficio, le estaría ocasionando un perjuicio.

Otro ejemplo sería el del cónyuge «beneficiado» por una herencia o legado de una persona por la cual sienta profundo resentimiento, dado que el difunto, en vida, causó mucho daño a la persona o familia de dicho cónyuge.

No cabe duda de que en los tres ejemplos señalados existirán razones más que suficientes para considerar fundada una negativa unilateral, que podría prevalecer judicialmente sobre la voluntad contraria de la pareja.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(274) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 362-363.

ADMINISTRACIÓN DE BIENES PROPIOS DEL OTRO CÓNYUGE

Artículo 305.- Si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba.

Como hemos expresado, cuando una pareja se casa por el régimen de sociedad de gananciales, podrá haber bienes propios de cada cónyuge, pero los bienes comunes no existirán al principio. Estos últimos se irán constituyendo poco a poco, conforme el trabajo de los cónyuges haga que esos bienes aparezcan dentro del patrimonio de la sociedad, los mismos que lo harán en calidad de bienes comunes.

Esto significa que, al inicio del matrimonio, la pareja sólo contará con los bienes propios de cada uno de los cónyuges. De ahí que será indispensable el apoyo de ambos, con esos bienes propios, para poder sostener el hogar y progresar como familia.

Es en ese contexto que se plantea la utilidad del artículo 305, bajo comentario, el mismo que se coloca en el supuesto de que uno de los cónyuges no contribuya con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar. Se entiende, por supuesto, que el otro cónyuge no se encuentra en una situación similar; sino que, por el contrario, sí contribuye con los frutos y productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar.

La sanción legal impuesta por el artículo bajo comentario consiste en que el cónyuge cumplidor puede pedir que pasen a su administración, los bienes propios de su pareja, sea de manera parcial o total. Se trata, sin duda, de una sanción severa, pues implica perder el control de la administración en favor de su pareja. Muy riesgoso para cualquiera el incurrir en este supuesto.

Pero nótese cómo el artículo 305 exige que el cónyuge que realice este pedido constituya garantía en favor del otro. La norma exige la constitución de hipoteca. No entendemos por qué sólo se menciona esta garantía. En nuestros tiempos, podríamos pensar en la anticresis, en una garantía mobiliaria o una prenda, que las sigue habiendo en abundancia en el Perú.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero creemos que la solución la da, implícitamente, el propio artículo 305, cuando señala que, si el cónyuge solicitante careciere de bienes propios, podrá constituir otra garantía, si fuese posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba.

Por nuestra parte, entendemos que, en caso extremo, los tribunales podrían prescindir de esa garantía, si de por medio está la viabilidad económica del hogar.

Sobre la garantía, el maestro Arias-Schreiber señala que: «En tal eventualidad, el cónyuge administrador de los bienes propios del otro está obligado a constituir una garantía para cautelar de la mejor manera la conservación o restitución de los bienes en especie o valor. Tal garantía puede ser una hipoteca, una prenda o una fianza, por el valor de los bienes que reciba. [...] En todo caso debe observarse que la garantía debe ser la más indispensable; de lo contrario, puede constituir una carga excesivamente onerosa que gravitará en perjuicio de los intereses comunes de los cónyuges.»[275]

Para concluir debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[276] proponíamos que el tema de las garantías se redujere a una «garantía suficiente», ya que no tendríamos por qué considerar en principio sólo a la hipoteca, pues podría tratarse de otras garantías reales o personales que revistan similar o, incluso, mayor solidez que aquélla.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(275) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 239.
(276) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, p. 363.

Atribución del cónyuge administrador

Artículo 306.- Cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro, no tiene éste sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del propietario.

Resulta usual que, conservando la armonía en el matrimonio, uno de los cónyuges permita que el otro, tal vez más instruido o con más tiempo disponible para estos efectos, administre los bienes del primero.

Esta situación, como es obvio, puede acarrear riesgos para el cónyuge que no administra su propio patrimonio, pues el otro podría aprovecharse de la misma.

Es precisamente ese riesgo el que llevó al legislador de 1984 a incluir el artículo 306 en el Código Civil, subrayando que quien administra el patrimonio de su pareja solamente tiene las facultades de administración sobre tales bienes.

Además, la norma citada señala que el cónyuge administrador tiene la obligación de devolver tales bienes a su titular, apenas sea requerido para ello. Esto es natural, en la medida en que se trata de que, si se le encarga la administración de los bienes, estamos hablando de que éste asume una obligación a plazo determinable, la misma que tiene un término inicial, pero no se ha establecido para ella un término final. El término final, precisamente, estará constituido por el aviso o comunicación que haga el titular de los bienes al cónyuge que está ejerciendo su administración.

Aquí resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1240 del propio Código, en el sentido de que: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación». En el caso bajo análisis, el requerimiento de devolución de los bienes se puede producir en cualquier momento, incluso antes de que el otro cónyuge hubiese comenzado a realizar cualquier acto de administración.

La devolución de los bienes debe ser inmediata. Y en ella se comprende todos los documentos necesarios para ejercer la administración, como chequeras, tarjetas bancarias, libros y demás. No obstante, cabe la posibilidad de que los bienes no se encuentren en la misma localidad donde se halla el domicilio

FERNANDO CASTILLO CADENILLAS

conyugal. En estos casos, habrá que agregar a la inmediatez el plazo que determine el término de la distancia.

También queda en evidencia que, si el cónyuge que administra los bienes del otro ha incurrido en malos manejos, derivados de dolo o culpa suya, pues deberá indemnizar al cónyuge propietario de los mismos, como ocurriría en cualquier otro caso en que alguien confiara a otro el manejo de sus negocios y defraudara el encargo por causa imputable al administrador de los mismos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales

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

Constituye una regla en materia del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, el hecho de que las deudas que ha contraído alguno de los cónyuges antes de la celebración del matrimonio deben ser pagadas por aquél que las contrajo, lo que significa que los bienes del otro no responden por dicha deuda. Y, naturalmente, menos responderán los futuros bienes comunes.

La excepción estará dada por aquellos casos en que, si bien la deuda hubiese sido contraída por uno de los futuros cónyuges, el propósito del endeudamiento hubiera sido el provecho de la familia.

Nos explicamos con algunos ejemplos.

Si uno de los futuros cónyuges hubiera contraído un préstamo bancario con el único objeto de comprarse un automóvil de carreras, que, además, sólo va a ser empleado por él, resulta claro que ese endeudamiento no ha sido contraído en provecho de su familia o de su futura familia. En este caso, ese futuro cónyuge responde en exclusiva con sus bienes propios para el pago de la deuda.

Distinto sería el caso en el cual el futuro cónyuge hubiese contraído un préstamo con el objeto de comprar una casa para vivir con su esposo (a) y con sus futuros hijos, y así hubiese ocurrido. En este caso, resulta evidente que la responsabilidad por el pago del crédito se extiende al cónyuge que no contrajo la deuda, por la sencilla razón de que se contrajo en provecho de la familia.

Resulta de interés el caso resuelto en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Cajamarca en 1998, el mismo que ha señalado lo siguiente sobre la embargabilidad de bienes del otro cónyuge por deudas alimentarias: «¿Pueden ser embargados los derechos y acciones de uno de los cónyuges por deudas alimentarias del otro? El Pleno POR UNANIMIDAD acuerda: Que los bienes sociales, y a falta o insuficiencia de éstos, incluso los propios de ambos cónyuges responden por las deudas de carácter alimentario de uno de ellos. El Pleno POR MAYORÍA acuerda: La posibilidad del remate

ESTUDIO MARIO CASTILLO REYNA

inmediato de los bienes embargados, sin necesidad de esperar el fenecimiento de la sociedad de gananciales.»[277]

En ese caso observamos que la deuda no se ha contraído en beneficio del hogar; sin embargo, la jurisprudencia determina que debe pagarse con bienes sociales. Pero entendemos que se trataría de una deuda alimentaria contraída después de celebrado el matrimonio.

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 296 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[278] que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil del año 2019 propuso una modificación del artículo 307, con el texto siguiente:

> **Artículo 307**.- Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales.
>
> 1.- Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con el derecho que el cónyuge deudor tenga sobre determinado bien social, a falta de bienes propios del deudor.
>
> 2.- En este último supuesto, el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, previa a la liquidación.

La comisión establecía en el anteproyecto que si hubiere deudas que hayan sido contraídas por uno de los cónyuges en beneficio del futuro hogar, se pagarán con el derecho que el cónyuge deudor tenga sobre determinado bien social, a falta de bienes propios del deudor. Hoy en día la norma establece que en este caso estas deudas serán pagadas con bienes sociales, a falta de bienes propios del deudor.

En la exposición de motivos se colocó lo siguiente: «Se ha considerado en la propuesta normativa que el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, esto en aplicación de la teoría del reembolso, el que se aplica luego de la liquidación, siendo la finalidad la determinación y deslinda de la responsabilidad patrimonial, tanto de la sociedad conyugal como del cónyuge acreedor.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(277) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 322.
(278) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 108-109.

No estábamos de acuerdo con la solución que se proponía, pues por más que la deuda del futuro cónyuge haya sido contraída sólo por él, lo hizo en beneficio del futuro hogar, lo que en términos patrimoniales significa que lo hizo en beneficio de la futura sociedad de gananciales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Deudas personales del otro cónyuge

Artículo 308.- Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

El artículo 308 es muy enfático al señalar que los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

Se entiende que los bienes propios solamente responden por las deudas propias del cónyuge a quien pertenecen. La excepción estaría constituida por préstamos que ese cónyuge hubiere asumido en provecho común. En este caso, a pesar de tratarse de una deuda personal del otro cónyuge, su pareja también responderá por ella, también con sus bienes propios, precisamente porque la deuda se contrajo en provecho de toda la familia.

Sobre la norma materia de análisis, Cornejo Chávez menciona que «[...] se trata de un tipo especial de deuda, que contraída por uno de los cónyuges, ha beneficiado de alguna manera al hogar, aunque no sea necesariamente para atender las cargas del artículo 316. De éstas es que el artículo 308 preceptúa que no responden los bienes propios del otro cónyuge, salvo que se pruebe que redundaron en provecho de la familia. Aunque este tercer tipo desdibuja al nivel teórico, la clasificación tradicional de las deudas familiares, pueden darse en los hechos y se justifica, por tanto, la existencia de una norma reguladora.»[279]

Ahora bien, podríamos preguntarnos por qué no se respondería con bienes sociales ante los créditos contraídos por uno de los cónyuges y la respuesta la ha desarrollado el maestro Arias-Schreiber, cuando señala que: «No obstante la responsabilidad por estas obligaciones puede alcanzar, eventualmente el patrimonio propio del otro cónyuge si se contrajeron en provecho de la familia. Ello ocurre cuando, durante el matrimonio, se adquieren créditos para comprar bienes de uso doméstico; y, también, cuando se realiza lo mismo para adquirir bienes no comprendidos en el menaje ordinario del hogar y que son destinados para atender necesidades mediatas de la familia. Esto último no debe ser confundido con las obligaciones contraídas en el ejercicio del poder

(279) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 302.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

doméstico por el cual las adquisiciones son destinadas a la satisfacción de las necesidades inmediatas de la familia o cargas sociales, que son, por tanto, obligaciones de la sociedad.»[280]

Asimismo, la Casación n.° 1181-2001-Lima, de fecha 14 de noviembre de 2001, ha establecido que: «Bajo ninguna circunstancia debe entenderse que los bienes sociales responden por las deudas propias de uno de los cónyuges. *Primero.* Bajo ninguna circunstancia debe entenderse que los bienes sociales responden por las deudas propias de uno de los cónyuges, pues [...] no se ha acreditado que los bienes materia de la tercería hayan sido bienes del [cónyuge fallecido]. [...] *Cuarto.* [...] En autos no se ha probado [...] que el crédito del cónyuge fallecido haya beneficiado a la sociedad conyugal [...].»[281]

Por otro lado, la Casación n.° 938-2002-Lima, de fecha 17 de octubre de 2002, señala lo siguiente: «Ineficacia del anticipo de legítima en lo que respecta al 50 % de derechos y acciones que son de propiedad del cónyuge deudor. *Octavo.* [El] Banco accionante ha solicitado se declare la ineficacia del anticipo de legítima "en lo que respecta al cincuenta por ciento de derechos y acciones que son de propiedad [del cónyuge deudor]", petición que es coherente con el hecho que el actor sólo le atribuye la deuda a aquél. *Noveno.* [La] obligación [del deudor] no perjudica a su cónyuge, en la parte de los bienes de la sociedad que le correspondería en caso de liquidación, como informa el artículo 309 del Código Civil. *Décimo.* [El] actor no pretende la ineficacia del anticipo de legítima respecto al total de derechos y acciones de la Sociedad Conyugal [...], por consiguiente, el artículo 317 del Código Civil que señala que los bienes sociales responden de las deudas que son de cargo de la sociedad, no es aplicable al caso en litigio. *Undécimo.* [Los] derechos y acciones que pudieran corresponder [al cónyuge deudor], que son derechos expectaticios, sí son susceptibles de embargo, al no prohibirlo el artículo 648 del Código Procesal Civil.»[282]

Consideramos, además, que el propio Código ofrece la respuesta, ya que en su artículo 316 señala como cargas de la sociedad de gananciales una lista que constituye *numerus clausus* y en la que no se encuentran incluidas las deudas personales de uno de los cónyuges.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(280) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 241.
(281) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 323.
(282) *Loc. cit.*

Responsabilidad extracontractual del cónyuge

Artículo 309.- La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación.

El texto transcrito y vigente del artículo 309, es fruto de la modificación de la norma producida por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

La norma de 1984 tenía el siguiente texto:

***Artículo 309**.- La responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación.*

La modificación del texto del artículo 309 por parte del Código Procesal Civil fue una reforma innecesaria.

Como puede apreciar el lector, la única variación consistió en que la expresión «La responsabilidad civil» se cambió por «La responsabilidad extracontractual». En verdad, yo siempre tuve claro que cuando la norma original del Código hacía referencia a la responsabilidad civil, se estaba refiriendo a la de carácter extracontractual; ello, habida cuenta de que ambas expresiones se usan como sinónimas en el Derecho Civil. Pero entendemos que para cierto sector del medio jurídico nacional el tema no estaba lo suficientemente claro y se podía pensar que la referencia a responsabilidad civil comprendía tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual (o por inejecución de obligaciones).

Ello, porque el Código de 1984 se refiere con la denominación de responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes) a la responsabilidad civil extracontractual y no con el nombre de responsabilidad civil. De ahí que se considerara necesaria la precisión efectuada en 1993 en el artículo 309.

Ahora bien, yendo al tema de fondo, debemos señalar que las obligaciones contractuales contraídas por uno de los cónyuges durante la vigencia del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

régimen de sociedad de gananciales están reguladas en el artículo 308, norma que acabamos de analizar.

Es obvio también, que, en el caso de deudas contraídas contractualmente por ambos cónyuges, éstos responderán tanto con los bienes comunes como con aquellos que tengan la condición de bienes propios.

En el caso de la responsabilidad extracontractual y partiendo de la idea de que el daño hubiese sido causado solamente por uno de los cónyuges, la norma (artículo 309) establece que tal responsabilidad 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.

Así lo ha reiterado también la jurisprudencia en la Casación n.° 50-96-Cajamarca, de fecha 11 de noviembre de 1996: «La responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges no afecta los bienes propios. *Cuarto.* [...] [En los casos de] responsabilidad extracontractual de un cónyuge, o sea derivado (*sic*) por acto ilícito [...] no sólo quedan libres de afectación los bienes propios del otro consorte sino también la parte que le correspondería en los bienes de la sociedad en caso de liquidación; Que, tal es el temperamento sostenido por comentaristas y autores del proyecto del Código Civil vigente en esta materia, que corroborando la tesis de la resolución impugnada, se ha establecido que tratándose de un acto absolutamente personal, no tiene por qué afectar el patrimonio del otro, ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales. *Quinto.* Tratándose de un acto propio de un cónyuge, no puede afectar los derechos y acciones que corresponden al cónyuge en el inmueble embargado, ya que no se trata de obligación que la sociedad conyugal debe responder.»[283]

Asimismo, tenemos[284] la Casación n.° 1895-98-Cajamarca, del 6 de mayo de 1999: «*Sexto.* La medida cautelar trabada sobre el inmueble referido tiene su sustento en la obligación que tiene el cónyuge de pagar la suma de dinero que por concepto de responsabilidad civil le fue impuesta en virtud de una condena penal, consiguientemente, se trata de una deuda personal que no ha sido contraída para atender las cargas de la sociedad de gananciales, en consecuencia, el citado cónyuge debe afrontar tal obligación con sus bienes propios ya que los bienes sociales sólo responden por obligaciones asumidas por

(283) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 324.
(284) *Loc. cit.*

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

la sociedad de gananciales o por deudas asumidas por uno de los cónyuges en beneficio del hogar.»[285]

En el mismo sentido se aprecia la Casación n.° 158-2000-San Martín, de fecha 9 de mayo de 2000, que establece lo siguiente: «La sociedad de gananciales no es actual sino virtual concretándose únicamente, una vez fenecida ésta y previa liquidación. *Octavo.* [La] obligación asumida por el co-demandado [...], cónyuge de la actora, respecto de un tercero, surgió como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual en que éste incurriera, la cual no sólo no le es imputable a la [cónyuge] demandante, sino que además, ésta no está obligada a responder por ella ni con su patrimonio personal ni con los bienes que forman el patrimonio social, cuya titularidad también detenta; con lo que se concluye, afirmando correctamente, que el derecho de propiedad que tienen los cónyuges frente a los bienes que forman parte de la sociedad de gananciales no es actual sino virtual concretándose únicamente, una vez fenecida ésta y previa liquidación.»

A decir del maestro Cornejo Chávez, «el acto ilícito es, tratándose de una persona capaz, absolutamente personal, de modo que no tendría por qué afectar el patrimonio del otro ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales.»[286]

Por otro lado, es evidente que, si el daño hubiese sido causado por ambos cónyuges, la solución sería diferente, pues en este caso ellos responderían tanto con sus bienes propios como con los bienes comunes.

Así también lo indica Arias-Schreiber cuando señala: «Se trata aquí de las obligaciones resultantes de daños causados por un cónyuge, que por su carácter personalísimo, sólo puede pesar individualmente sobre el autor del hecho dañoso. Si ambos cónyuges coparticiparon en la comisión del daño, la responsabilidad obviamente será común.»[287]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(285) *Ibidem*, pp. 324-325.
(286) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 303.
(287) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 242.

Bienes sociales

Artículo 310.- Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso.

El artículo 310 se encarga de brindar el concepto de bienes sociales.

En primer término, debemos señalar que la expresión «bienes sociales» puede llevar a confusión. Ello, en la medida en que el régimen de sociedad de gananciales permite la coexistencia de dos categorías de bienes: los propios y los sociales o comunes. En ese sentido, para no repetir una palabra que se encuentra en el nombre del mismo régimen patrimonial (sociedad de gananciales), es que consideramos que resultaría más claro denominar a los bienes sociales como bienes comunes, pues el llamarlos bienes sociales daría a entender que el régimen de sociedad de gananciales no admite la existencia de otro tipo de bienes o que los bienes propios fueran una categoría ajena a la propia sociedad de gananciales.

Y, ¿cuáles son los criterios para calificar a los bienes como sociales?

La Corte Suprema ha definido el concepto de bienes sociales en la Casación n.º 1895-98-Cajamarca, de fecha 6 de mayo de 1999, de la siguiente manera: «*Tercero*. La sociedad de gananciales está compuesta por bienes propios y bienes sociales, siendo estos últimos, todos aquellos objetos corporales o incorporales que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y aun después de la disolución por causa o título anterior a la misma. Por consiguiente, son los adquiridos por el esfuerzo de cualquiera de los cónyuges, por el empeño o por el azar de las rentas y frutos de los bienes propios y comunes.»[288]

(288) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 325.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora pasaremos a estudiar cada supuesto mencionado por el artículo materia de análisis:

a) Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302

El primer criterio que emplea la norma es el de la oposición. Así, tratándose, como hemos señalado, de dos únicas categorías de bienes (los propios y los sociales o comunes), entonces no debería haber mayor problema para, luego de una enumeración exhaustiva como la que hace el artículo 302, poder señalar que bienes sociales son todos aquellos que no se mencionan dentro de esa relación de bienes propios.

Este criterio se puede observar en la Casación n.º 3360-2007-Arequipa, del 27 de agosto de 2008: «Séptimo. Respecto de los bienes propios de los cónyuges, el Código Civil [...] ha establecido una descripción de manera taxativa de los mismos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del citado Código en el sentido de que se entienden (*sic*) por bienes propios los que son señalados en dicha norma, asimismo se conceptúan como sociales todos los no referidos en el artículo 302 del referido Código, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera de su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios de la sociedad, rentas de autor e inventor, así como los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, a tenor de lo establecido en el artículo 310 del mencionado Código.»[289]

b) Se incluye dentro de los bienes sociales a aquellos que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión

La razón de ser de incluir como sociales a todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, se basa en el hecho de que la actividad que realice uno o ambos cónyuges se entiende que se hace en beneficio o apoyo del hogar, en beneficio o apoyo recíproco. Y esto es muy importante, en la medida en que, en muchos casos, solamente uno de los cónyuges tiene un trabajo remunerado, en tanto el otro trabaja en las labores propias del hogar. En estos casos, sería muy injusto que aquello que ganara el que trabajase fuera del hogar tuviera la calificación de bien propio. Por eso el artículo 310 califica a tales ingresos como bienes comunes.

(289) *Ibidem*, pp. 325-326.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre ello, Cornejo Chávez ha señalado que: «El hecho es, pues, que las cargas sociales se hacen efectivas sobre el producto de dicha actividad, y en ello hay causa bastante para que la ley reconozca la naturaleza de comunes a los bienes rendidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges. Contribuye a darles ese carácter la circunstancia, no por indefinible menos cierta, de que cada cónyuge presta al otro, normalmente, una cooperación activa o pasiva en la adquisición de bienes materiales.»[290]

c) Los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad

Si bien los bienes que se adquieren antes del matrimonio o que provienen de alguna de las vías contempladas por el artículo 302 del Código Civil seguirán siendo bienes propios, no ocurre lo mismo con los frutos y productos derivados de los mismos.

Por ejemplo, si uno de los cónyuges heredó un inmueble, no cabe duda de que ese inmueble será bien propio de ese cónyuge, pero si el mismo estuviere arrendado, la renta tendrá la calificación de bien común.

Lo propio ocurriría con una cantera de mármol que hubiere adquirido a título gratuito uno de los cónyuges. Esa cantera será bien propio, pero no lo serán sus productos, vale decir, el mármol que se extraiga de ella con fines comerciales.

La razón de esta disposición normativa se basa en que los frutos y productos de los bienes propios deben ser compartidos en un acto de generosidad. La idea es que los bienes propios contribuyan también al fortalecimiento de la sociedad conyugal y que, por diversas vías se vaya creando un patrimonio común, consistente en los bienes sociales. De lo contrario, si sólo hablásemos de los ingresos por trabajo, es muy probable que los mismos se destinen a gastos corrientes del hogar y, de esa manera, no prospere una comunidad de bienes en la pareja. El matrimonio, en los aspectos patrimoniales, también debe ser un acto de compartir.

Nuestra jurisprudencia ha seguido este criterio en la Casación n.° 3199-2010-La Libertad, de fecha 24 de noviembre de 2011: «*Décimo tercero.* Las ampliaciones (sobre un bien propio de uno de los cónyuges se efectuaron durante la época del matrimonio, no encontrándose en discusión si la actora laboraba o no, pues lo percibido por las partes durante la época del matrimonio son bienes de la sociedad de gananciales, por tanto, habiéndose

(290) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 296.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

efectuado las ampliaciones con el caudal social, estos corresponden a la sociedad de gananciales, no siendo bienes propios [...].»[291]

d) Las rentas de los derechos de autor e inventor

El tiempo que uno de los cónyuges destina a escribir una obra literaria o musical o a investigar determinada materia que luego lo lleva a inventar un bien fructífero es tiempo de compañía que le quita al otro cónyuge y a los hijos, habida cuenta de que esos trabajos de investigación son esencialmente desarrollados de manera personal y en solitario, razón por la cual el legislador de 1984 ha entendido que es una forma de retribuir al otro cónyuge y a los hijos, al hacer que las rentas de los derechos de autor e inventor sean consideradas como bienes comunes.

e) Los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges

Si una casa o edificio se construye a costa del caudal social, es que se está construyendo con bienes comunes. Si la referida construcción se hubiere edificado en un terreno que fuere bien social, no habría problema alguno, pues la integridad de la edificación tendría la calificación de bien social.

Pero si la construcción se hubiere hecho con recursos sociales o comunes y se hubiere edificado sobre un terreno de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, es claro que no se podrá separar lo construido del terreno, caso en el cual el problema deberá solucionarse unificando al propietario de ambas porciones del bien (edificación y terreno).

Para esos efectos, el segundo párrafo del artículo 310 del Código Civil establece que el edificio será bien común (lo que resulta obvio al haber sido construido con recursos que también gozan de tal condición), pero agrega que también pasará a ser bien común el terreno sobre el cual se edificó, terreno que dejará de ser bien propio, debiéndose abonar al propietario del terreno el valor del suelo (entendemos, su valor comercial) al momento del reembolso. Se trata de una solución absolutamente justa.

Ahora bien, cabe recordar que el libro de Derechos Reales del propio Código Civil tiene una distinta regulación respecto a la construcción de buena fe en terreno ajeno:

(291) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 328.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> **Artículo 941**.- Edificación de buena fe en terreno ajeno
>
> Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.

Entonces, para casos generales distintos al matrimonio, el Código ha previsto otra regulación, pues el dueño podrá optar entre hacer suyo lo edificado o cobrar el valor del terreno, lo cual no sucede en el caso de los cónyuges, pues debido a su particular relación, el cónyuge dueño del terreno no recibe compensación por éste ni tiene opción a tener lo construido como bien propio.

En criterio concordante, la jurisprudencia del Tribunal Registral, mediante Resolución n.° 3280-2019-SUNARP-TR-L, de fecha 18 de diciembre del 2019, ha señalado lo siguiente: «Fábrica social sobre bien propio. Interpretación de los artículos 310 del Código Civil y 79 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Cuando la sociedad conyugal sujeta al régimen de sociedad de gananciales edifica sobre terreno propio de uno de los cónyuges, se produce –por imperio de la ley– la conversión en social de todo el inmueble (construcción y suelo), salvo que se acredite que se mantiene la condición de propio. A efectos de dar cumplimiento al tercer párrafo del art. 79 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios bastará con que intervenga en la declaratoria de fabrica el cónyuge propietario del terreno, adjuntando copia certificada de la partida de matrimonio.»[292]

Finalmente, la Casación n.° 372-2005-Arequipa, de fecha 17 de enero de 2006, indica que: «Las edificaciones realizadas sobre un bien propio se reputan como bienes sociales, por lo que para disponer de ellos se requerirá de la participación de los dos cónyuges. *Tercero*. [A] la fecha de constituirse la hipoteca del inmueble con las edificaciones construidas, el [cónyuge] codemandado se encontraba casado con la demandante, por lo que, resulta aplicable la regla establecida en el inciso primero del artículo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(292) Ver: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (s/f). Precedentes de observancia obligatoria aprobado en el Pleno Registral CCXX. https://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/PrecedentesyResoluciones.asp?ID=9146

311° del Código Civil el cual prescribe que "todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario"; resulta necesario señalar lo expresado por Max Arias-Schreiber Pezet respecto a este artículo pues, se trata de una presunción relativa que opera en caso de duda o ante la falta de prueba para calificar un bien como propio de uno de los cónyuges. Es decir, que si bien el codemandado [...] adquirió el lote [...], es presumible entonces que la demandante [...], al haberse casado con él, edificó la construcción de todo aquello que forma parte del inmueble; situación que no ha sido negado (*sic*) por el codemandado [...] en su escrito de contestación de demanda [...]. *Cuarto.* Al haberse aplicado la presunción respecto a que las edificaciones son un bien social, es pertinente también la aplicación del segundo párrafo del artículo 310° del Código Civil, el cual establece, que también tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en el suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso. *Quinto.* [Lo] antes expuesto debe ser concordado con el artículo 315° del Código Civil, el cual señala que, para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Consecuentemente, durante el transcurso del proceso se ha acreditado que la cónyuge demandante no intervino en la celebración de la constitución de la hipoteca, pese a que el Banco demandado tenía conocimiento que el [cónyuge] codemandado [...] era casado y que el inmueble que se iba a hipotecar contenía edificaciones, por lo cual, tenía la calidad de bien social.»[293]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(293) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 328.

Reglas para la calificación de los bienes

Artículo 311.- Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:

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

El artículo 311 del Código Civil se encarga de establecer una presunción relativa al carácter o condición de los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales. Señala varias reglas que veremos a continuación:

a) Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario (inciso 1)

Esta presunción resulta muy importante, sobre todo con respecto a los acreedores de alguno o de ambos cónyuges. De lo que se trata, en Derecho de Obligaciones y Contratos, es de que los acreedores puedan hacer efectivos sus créditos. Y la mejor manera de que eso ocurra es establecer una presunción como ésta.

Pero nótese que la presunción es que todos los bienes son bienes comunes o sociales y, por lo tanto, quien quiera demostrar lo contrario tendrá que probarlo. En ese sentido, resulta aconsejable que los cónyuges siempre tengan consigo los medios probatorios que les permitan acreditar la propiedad exclusiva de sus bienes.

Al respecto, la Casación n° 3495-2015-Cusco, de fecha 27 de septiembre de 2016, ha establecido que: «Para contravenir la presunción de gananciialidad no es suficiente acreditar que se ha hecho la adquisición a nombre de uno de los cónyuges, sino que se ha hecho a costa del caudal privativo. *Duodécimo.* Si bien la presunción establecida en el numeral 1 del artículo 311 del Código Civil es una de carácter iuris tantum, que produce una regla general de presunción de ganancialidad, para contravenirla y reputar el bien como privativo no es suficiente acreditar que se ha hecho

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la adquisición a nombre de uno de los cónyuges, sino que se ha hecho a costa del caudal privativo, lo cual, conforme a lo establecido por las instancias de mérito, no ha sido acreditado por la parte recurrente [...]. [...] *Décimo Sexto*. Se aprecia que la indemnización por daños y la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, son beneficios que resultan excluyentes, es así que, si se ordena el pago de una indemnización no puede ordenarse a su vez la adjudicación preferente de un bien social, pues de lo contrario se estaría generando un doble beneficio.»(294)

Por otro lado, cabe señalar que no constituye prueba suficiente la declaración del otro cónyuge, conforme establece la jurisprudencia del Tribunal Registral contenida en las Resoluciones n.º 073-2009-SUNARP-TR-A del 26 de febrero de 2009 y n.º 288-2007-SUNARP TR A, del 27 de diciembre de 2007, del XLVI Pleno Registral: «Con la finalidad de enervar la presunción de bien social contenida en el inciso 1) del artículo 311 del Código Civil e inscribir un bien inmueble con la calidad de bien propio, no es suficiente la declaración efectuada por el otro cónyuge contenida en la escritura pública de compraventa.»(295)

Sobre la idoneidad de las pruebas, Arias-Schreiber señala que: «La prueba eficaz para enervar los efectos de esta presunción será diversa según que el litigio sea entre los cónyuges o de éstos con terceros. En el primer caso, la declaración de un cónyuge de que el bien no es social sino propio del otro –sea en acto anterior al proceso o dentro de éste, como reconocimiento o confesión– es vinculante entre marido y mujer, salvo que se pruebe que medió simulación o falsedad en ella. En cambio, respecto a terceros tal manifestación es irrelevante por sí sola; debiéndose, entonces, actuar las pruebas que acrediten no sólo que el bien esté a nombre de uno de ellos –lo que por sí solo también es insuficiente– sino que en la adquisición del bien se aportaron fondos propios.»(296)

b) Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron (inciso 2)

Ya fue analizado por nosotros un extremo similar cuando estudiamos los bienes propios, específicamente con motivo del segundo párrafo del inciso 2 del artículo 302, motivo por el cual estimamos innecesario volver sobre el particular. Remitimos al lector a lo ahí expresado.

(294) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 332-333.
(295) *Ibidem*, p. 332.
(296) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 244.

c) Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior (inciso 3)

Nótese la diferencia entre lo dispuesto en el inciso 3 con respecto a lo señalado en el inciso 2. En esta última norma debe haber una clara relación de sintonía entre el bien del que se dispone y el bien que se adquirió con el primero. El ejemplo más claro estaría dado por la compra de un automóvil con la suma de US$20,000.00, provenientes de una cuenta bancaria. Si el dinero en la cuenta era bien propio de uno de los cónyuges, el automóvil también lo será. Si el dinero en la cuenta era bien común, pues el automóvil también será bien común.

Pero el inciso 3 del artículo 311 parte de un supuesto en el que no se aprecie con claridad la directa relación entre el bien del que se ha dispuesto y el bien que ha sido adquirido con ese patrimonio. Como dice el referido inciso, no debe constar que el precio ha sido invertido, pero deben haberse comprado después bienes equivalentes (se entiende, de valor equivalente).

En estos casos la norma presume, salvo prueba en contrario, que la adquisición efectuada con posterioridad ha sido hecha con el producto de la enajenación anterior.

La presunción antes referida resulta correcta. Ello, en la medida en que el precepto intenta hacer una aproximación, lo más fidedigna posible, a la naturaleza de esos nuevos bienes, vale decir, si resultan ser propios o comunes de la sociedad de gananciales.

En el mismo sentido, Cornejo Chávez señala que: «Esta presunción, muy lógica por lo demás, tiende a remover obstáculos excesivos en la probanza que se ha de actuar en torno a la naturaleza de un bien; pero tiene la limitación de que haya correspondencia aproximada entre el precio de lo que se vendió y el del bien que luego fue comprado (equivalencia cuya omisión en el Código anterior hubimos de criticar en su oportunidad). En el fondo, esta presunción no hace sino complementar y facilitar la aplicación de la anterior.»[297]

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 296 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[298] que

(297) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 306.
(298) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 109.

EDICIÓN PARA CASTILLO FREYRE

la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso una modificación para el artículo 311, con el texto siguiente:

> **Artículo 311**.- Reglas para calificación de los bienes.
>
> Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:
>
> 1.- Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
>
> 2.- Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.
>
> 3.- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.
>
> 4.- Los bienes adquiridos, antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales, mediante precio pagado en parte con fondos sociales y en parte con fondos propios de uno o de ambos cónyuges, se reputan en la misma condición en proporción al valor de los desembolsos respectivos.

En la exposición de motivos se expuso lo siguiente respecto a la introducción del inciso adicional: «Con la propuesta se establece determinadas reglas que permitan su definición con claridad en lo que respecta a los bienes adquiridos con fondos de diversos orígenes (personales o sociales). Esto en la medida que (*sic*) resulta insuficiente la mera declaración de uno o ambos cónyuges indicando la naturaleza del bien (si es personal o social). Tal calidad tendría que ser probada de forma documental, en todo caso evaluada en un proceso judicial con medios probatorios. Ésta ha sido la interpretación jurisprudencial y registral sobre el particular, que concluye que para enervar la presunción del numeral 1 no basta ni la declaración del beneficiado ni la aceptación del otro cónyuge.»

La propuesta del grupo de trabajo copiaba los tres primeros incisos de la norma en vigencia y le agregaba un inciso 4, que adoptaba una solución verdaderamente confusa y de difícil aplicación práctica. Hubiese sido preferible que en este caso los bienes se consideren comunes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de contratar entre cónyuges

Artículo 312.- Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

El tema de la contratación entre cónyuges resulta de sumo interés y vamos a expresar algunas ideas al respecto.

El artículo 312, bajo comentario, se encarga de prohibir la contratación entre cónyuges respecto de los bienes de la sociedad.

El supuesto del que parte la norma citada es que la pareja se haya casado bajo el régimen de sociedad de gananciales. En este caso, como sabemos, existen bienes comunes y también bienes propios. La prohibición del artículo 312 se refiere, en general, a los bienes de la sociedad, lo que estimamos constituye un error.

Nos explicamos.

Resulta evidente que la pareja sí podría contratar sobre tales bienes. Por ejemplo, si ambos cónyuges (la sociedad conyugal) acuerdan vender a uno de ellos un bien común, y este último pagará su precio con recursos que haya aportado al iniciarse el régimen de la sociedad de gananciales, bien propio, por excelencia, como dispone el inciso 1 del artículo 302 del propio Código Civil.

En este caso, de un lado, como vendedora actuará la sociedad conyugal, representada por ambos cónyuges y, del otro, como comprador, actuará el cónyuge que adquirirá ese bien con recursos propios.

Entonces, aquí, nos encontraríamos frente a un supuesto jurídicamente posible, en el cual la sociedad se desprende de un bien común y uno de los cónyuges lo adquiere en calidad de bien propio.

Similar razonamiento podríamos llevar adelante con respecto a los demás incisos del artículo 302. Siempre podremos jugar en materia de contratación, entre la sociedad y uno de los cónyuges; o, incluso, con ambos.

Si retomamos el ejemplo anterior, la sociedad conyugal puede vender un bien común a ambos cónyuges, quienes lo pagarían con bienes propios que hubiesen aportado al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales. En este

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

caso, como se observa, los cónyuges compradores se convertirán en copropietarios del bien, en proporción a cuanto haya pagado cada uno de ellos por el precio del bien.

Es verdad que un supuesto de estas características resultaría sumamente extraño en la práctica, pero con él demostramos que, incluso, en casos como éste, resultaría posible la contratación entre cónyuges.

Ahora bien, podrá pensarse que lo que sí no resultaría posible es que los cónyuges celebren contratos sobre los bienes comunes a efectos de transferírselos entre sí. Pero esto tampoco es cierto, habida cuenta de que cuando se liquida la sociedad de gananciales es eso lo que se hace, precisamente, con respecto a los bienes comunes, asignando a cada uno de ellos la titularidad o propiedad de determinados bienes.

Entonces, esto también resulta posible. Lo que se podría argumentar es que ello no se podría realizar si es que no hubiese el ánimo de liquidar la sociedad de gananciales. Pero esto tampoco es cierto, en la medida en que los cónyuges podrían acordar una división y partición de bienes comunes, asignándolos a título gratuito a cada uno de los cónyuges. Nos encontraríamos frente a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 302 del Código Civil, precepto que califica como bienes propios de cada cónyuge los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito. Y este sería el caso.

Como puede apreciarse, entonces, no es cierto lo dispuesto por el artículo 312 del Código Civil, en el sentido de que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

Ahora bien, cabe la posibilidad de pensar que a lo que se esté refiriendo el artículo 312 es a que los cónyuges no podrían comportarse como personas naturales independientes respecto de los bienes de la sociedad. Ello sí tendría sentido, en la medida en que los bienes comunes de la sociedad no son bienes de cada uno, ni siquiera de los dos. Son bienes de una entelequia jurídica llamada sociedad de gananciales. Es claro que ellos no pueden comportarse con respecto a los bienes comunes de la sociedad, como si fueran personas independientes, dado que tales bienes no pertenecen a los cónyuges, sino a la sociedad de gananciales, entelequia autónoma, cuyos representantes son, precisamente, ambos cónyuges.

Este razonamiento ha sido seguido por la Corte Suprema en la Casación n.º 2796-2001-Ica, del 21 de enero del 2002: «*Quinto.* (En) el caso las instancias no han establecido que se ha producido la división acotada con el remanente de liquidado el régimen de la Sociedad de Gananciales, ni tampoco que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se haya efectuado la adjudicación a cada cónyuge, y por tanto, no puede calificarse jurídicamente a los bienes inventariados en el proceso de separación como propios de alguno de los cónyuges, por ende tampoco puede estimarse como propio de cada cónyuge el cincuenta por ciento del bien sub-litis, contrario sensu permanecen en su calidad de sociales, no pudiendo ninguno de los cónyuges disponer de ellos, como pretende la recurrente con la presente demanda de Retracto, por encontrarse prohibido por el artículo 312 del Código Civil, resultando el petitorio jurídicamente imposible.»[299]

Entonces, queda claro que los cónyuges no podrán contratar entre sí sobre los bienes de la sociedad, en casos como éstos, pues, precisamente, se tratará de imposibles jurídicos. Pero sí lo podrán hacer en todos los demás supuestos a los que nos hemos referido con anterioridad, precisamente, porque se trata de actos jurídicamente posibles.

En este punto, entonces, lo que nos debemos preguntar es si la prohibición del artículo 312 resulta inútil, pues se está refiriendo a prohibir actos jurídicamente imposibles o si es que tal prohibición está comprendiendo los actos en que la contratación entre cónyuges sí es posible.

En verdad, tenemos dudas.

Pensamos que la intención del legislador de 1984 pudo haber sido la de prohibir toda contratación entre cónyuges respecto a los bienes comunes, con el propósito de evitar que, mientras la pareja estuviere casada, se permita que los bienes comunes sean transferidos a uno de los cónyuges en particular, en calidad o condición de bienes propios. Ello, para no permitir abusos.

No obstante, la norma solamente contempla un supuesto que es jurídicamente imposible, razón por la cual consideramos que no corresponde a los intérpretes del artículo 312 hacerle decir lo que no dice. Por esta razón, es que concluimos que sí sería válida la contratación entre cónyuges respecto de los bienes de la sociedad.

Por otra parte, resulta necesario recordar que el legislador de 1984 ha creído conveniente establecer que se permite la representación entre cónyuges (artículo 146). Tal disposición constituye una demasía. Decimos esto, dado que no está prohibida la contratación entre cónyuges en términos generales, razón por la cual, menos aún, estaría prohibida la representación entre ellos.

(299) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 334 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 360.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, queda muy claro que, si los cónyuges no estuviesen casados por el régimen de sociedad de gananciales sino por el de separación de patrimonios, entonces, será perfectamente posible que ellos contraten entre sí sobre los bienes de los cuales cada uno es propietario. Así, por ejemplo, un cónyuge podrá vender o arrendar al otro un bien, pues ese bien será propio del que lo venda o dé en arrendamiento.

En síntesis, el artículo 312 devendría en inaplicable, por ser jurídicamente imposible hacerlo. No obstante, si se optase por tratar de encontrarle una utilidad y una función de acuerdo a la voluntad del legislador de 1984, habría que concluir en que la norma prohíbe cualquier contrato entre cónyuges sobre los bienes de la sociedad, sea la modalidad que fuere; lo que no nos parece bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Administración común del patrimonio social

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

El artículo 313 se encarga de regular lo relativo a quién corresponde la administración de los bienes de la sociedad (se entiende, de los bienes comunes). La norma establece que tal administración corresponde a ambos cónyuges. Esto es lógico, en la medida en que, como ya hemos señalado, los titulares y representantes de la sociedad conyugal son, precisamente, ambos cónyuges.

Pero en la vida suele ocurrir que uno de ellos delega al otro la administración de la sociedad. Esta delegación podrá ser expresa o tácita, en razón a las normas generales referidas a la manifestación de voluntad.

Ese puede ser el caso de la ausencia de uno de los cónyuges por motivos de viaje, como ha sido el caso materia de pronunciamiento de la Casación n.º 2967-2011-Huaura, de fecha 1 de agosto de 2013: «La administración de los bienes sociales puede ser administrada (*sic*) por uno de los cónyuges. Cualquiera de ellos puede facultar al otro. *Sétimo.* En el presente caso, la sentencia de vista objeto de impugnación ha establecido, luego de la valoración del caudal probatorio existente en autos –específicamente, en base al movimiento migratorio de la cónyuge demandante [...]–, que la cónyuge ahora demandante salió del Perú con destino a Chile el día 8 de agosto de 2007 y que recién retornó el 22 de diciembre de 2008; bajo este contexto, se ha determinado que en este caso se presentó el supuesto de hecho previsto en el inciso 2 del artículo 294 del Código Civil –*ubicación remota del otro cónyuge*–, de tal forma que, durante la ausencia del país de la demandante, para radicar en la ciudad de Chile (*sic*), la administración de los bienes sociales se hallaban (*sic*) a cargo de su cónyuge [...] ahora emplazado.»[300]

(300) *Loc. cit.*

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

Tal delegación en las facultades de administración del patrimonio social podrá estar referida a la totalidad o a una parte de él.

Sobre las facultades otorgadas, Plácido señala que: «[...]se admite que uno de los cónyuges otorgue un poder al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes sociales. En tal supuesto, el cónyuge administrador solo podrá realizar actos tendientes a conservar los bienes sociales y a hacer que éstos produzcan sus rendimientos, con el propósito de atender al levantamiento de las cargas familiares; en cuyo caso, también está facultado para realizar los actos de disposición que ellos requieran.»(301)

Dentro de tal orden de ideas, resulta arreglado a Derecho que quien recibe esa delegación en las facultades de administración del patrimonio común deba rendir cuentas de manera periódica al cónyuge que ha efectuado tal delegación.

En la medida en que se trata de actos de administración, ellos bien podrían haber sido ejecutados de manera idónea o los mismos podrían haber sido ejecutados de manera negligente o dolosa y, en tales casos, haber perjudicado el patrimonio social. Aquí resulta más que evidente que el cónyuge que perjudique el patrimonio de la sociedad deberá indemnizar al otro.

A pesar de no decirlo el precepto (artículo 313, bajo comentario), entendemos que las normas aplicables a esta responsabilidad serán las relativas a la responsabilidad por inejecución de las obligaciones (artículo 1314 y siguientes) y no las relativas a la responsabilidad extracontractual (artículo 1969 y siguientes).

Decimos esto, en la medida en que, en el caso bajo comentario, esa delegación de facultades debe haber implicado un acuerdo expreso o tácito entre los cónyuges, razón por la cual, se considere que ha habido o no contrato, estaremos ante una figura igual o parecida al contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(301) Plácido Vilcachagua, Álex. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 294.

Administración de bienes sociales y propios, por parte del otro cónyuge

Artículo 314.- La administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en los casos del artículo 294, incisos 1 y 2.

Si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales.

Como se recuerda, el artículo 294 establece que uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad, si el otro está impedido por interdicción u otra causa (inciso 1) o si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto. Estos dos son los supuestos que resultan de aplicación al artículo 314.

Resulta evidente que, en cualquiera de estos casos, el cónyuge comprendido en ellos no podrá llevar adelante la administración, no sólo de los bienes que tenga en común con el otro, sino, también, la administración de sus bienes propios.

Sobre el alcance de la administración comprendida en esta norma, en posición con la que concordamos, el maestro Arias-Schreiber señala que: «La administración unilateral transferida es otorgada al cónyuge presente y hábil, quien tiene los límites en las responsabilidades y facultades en la gestión, expuestos en el artículo anterior.»(302)

Al respecto, Aguilar Llanos señala que: «Esta norma es razonable atendiendo a la urgencia del cuidado del patrimonio social, y además porque en el caso de la interdicción del cónyuge o la desaparición del mismo, el deber de asistencia cobra importancia en el campo económico, pues el cuidado de esos bienes no solo lo hace para sí el cónyuge que pasa a administrar, sino también para el cónyuge en desgracia.»(303)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(302) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 247.
(303) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 330.

Es justamente para este supuesto que tenemos el artículo 314, el mismo que trata acerca de una administración impuesta por la ley; ello, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 313, propio de la representación convencional.

El artículo 294 contempla también un inciso 3, por el cual señala que uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad, si el otro ha abandonado el hogar. Para este caso, el artículo 314 establece que corresponde al otro la administración de los bienes sociales. El segundo párrafo del artículo 314 no menciona a los bienes propios de ese cónyuge, pues se presume que, si ha hecho abandono del hogar conyugal, se entenderá que también se habrá llevado tales bienes consigo (por lo menos, los muebles). Y si éste no fuese el caso, igualmente la ley no concede su administración al otro cónyuge, pues entiende que habría conflicto de interés. No se puede administrar desapasionadamente los bienes de aquel que con su ausencia ha «roto el matrimonio.» Además, se trata de bienes propios del cónyuge abandonante, con cuya propiedad y administración nada tiene, ni debe tener que ver el cónyuge abandonado.

Finalmente, cabe señalar que nuestra jurisprudencia ha entendido el "abandono del hogar" en el sentido amplio, esto es, este concepto implica también un "abandono de hogar simple", conforme ha sido desarrollado por la Casación n. ° 2703-2007-Arequipa, de fecha 18 de marzo de 2008, al señalar que: «Cuando la ley establece que si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales, no se refiere al abandono injustificado del hogar (art. 333.5 CC), sino al abandono del hogar simple. Cuarto. La recurrida determina la aplicación del artículo 314 del Código Civil en base a la denuncia policial de abandono de hogar obrante (...) y a las partidas de nacimiento de los hijos de la demandante con una persona diferente a su esposo hoy demandado (...) empero, dicha prescripción normativa, que establece que si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales, no se refiere al abandono injustificado del hogar conyugal contenido en el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil, causal de separación de cuerpos y que la recurrente señala como inaplicada, sino que respecta a un abandono del hogar simple, carente de las exigencias del instituto anterior, pero que posibilita lógica y acertadamente la administración de los bienes sociales por parte del cónyuge que no abandonó el hogar.»(304)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(304) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 335.

Disposición de los bienes sociales

Artículo 315.- Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

Largo tiempo fue discutido el tema de las consecuencias del acto jurídico celebrado por uno de los cónyuges sin intervención del otro. Las opiniones de la doctrina nacional y de la jurisprudencia eran diversas, girando, fundamentalmente, en torno a si el acto era nulo o si debía considerarse ineficaz. Ello motivó la realización de un Pleno en la Corte Suprema.

Es así que en el VIII Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia de Casación n.° 3006-2015-Junín, cuyo resultado se dio a conocer en septiembre de 2020, se estableció lo siguiente:

1. La disposición por parte de uno de los cónyuges, sin intervención del otro, regulada en el artículo 315 del Código Civil es un supuesto de ineficacia del acto jurídico; por consiguiente, resulta inoponible para la sociedad conyugal, sin perjuicio de los efectos para las partes que intervinieron en el mismo.

   Como se puede apreciar, la Corte Suprema optó por considerar que se trata de un acto ineficaz y no de un acto nulo.(305)

   Es evidente que la solución otorgada por la Corte Suprema tiene una condición mucho más benigna que si hubiese optado por la nulidad. Ello, habida cuenta de que el acto ineficaz es uno que no surte efectos para el Derecho, independientemente de que el mismo pueda ser válido.

   En ese sentido, sobre las reglas vinculantes que los jueces deberían seguir cuando adviertan que sólo un cónyuge, sin la intervención del otro,

(305) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Op. cit.*, tomo II, pp. 288-289.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dispone de bienes sociales que pertenecen a la sociedad de gananciales, el Octavo Pleno Casatorio ha señalado, «*Segundo.* En los casos en los que los jueces de la República adviertan que un solo cónyuge, sin la intervención del otro, dispone de bienes sociales que pertenecen a la sociedad de gananciales, deberán tener presente siguiente: a) El derecho de propiedad es un derecho humano de primera generación y, por tanto, la protección de este derecho exige que se desestime cualquier conducta o artificio con la que se pretenda desconocerlo, afectando los derechos patrimoniales de una las partes dominio de un bien que les pertenezca en su condición de cónyuge. b) Las normas que se aplican para la copropiedad de los bienes, resultan ser aplicables supletoriamente cuando se trata de la disposición indebida de los derechos que son inherentes a la sociedad de gananciales en la institución matrimonial, aun cuando existiendo este vínculo, los documentos personales de cada cónyuge no hagan constar esta condición de sus relaciones matrimoniales. c) Las reglas de tutela del derecho de propiedad deben estar esencialmente orientadas a impedir en todos los casos el ejercicio abusivo de los derechos inmobiliarios de uno de los cónyuges, cuyo comportamiento a su sola iniciativa se impulse para tratar de disponer de los bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales. d) La actuación conjunta a que se refiere el artículo 315 del Código Civil, constituye la regla para los actos de disposición bienes sociales. e) Para disponer de los bienes sociales, se requiere que en el acto de disposición intervengan ambos cónyuges por mandato expreso del artículo 315 del Código Civil, como elemento constitutivo necesario para la validez del acto jurídico. Por ello, el acto de disposición de un bien social realizado por uno solo de los cónyuges, sin la intervención del otro, es nulo por ser contrario a una norma imperativa de orden público, según el inciso 8) del artículo 219 del Código Civil, concordante con el artículo V del Título Preliminar del acotado Código. f) Tratándose del caso referido al cónyuge que dispone del bien social, que actúa en nombre de la sociedad de gananciales excediéndose del poder especial otorgado por el otro cónyuge, actos ultra vires, el acto de disposición deberá reputarse ineficaz en virtud de lo dispuesto en el artículo 161 del Código Civil. g) Cualquiera de los cónyuges puede reivindicar el bien que pertenece a la sociedad de gananciales, en el caso de que uno solo de ellos hubiera dispuesto de la propiedad en común.»[306]

(306) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 336.

Se entiende, entonces, que el contrato no surtirá efectos contra el cónyuge que no celebró el acto de disposición. Pero el extremo bajo comentario deja a salvo los efectos entre el cónyuge que sí celebró el acto y su contraparte.

Esto, entendemos que se referirá, fundamentalmente, a los efectos indemnizatorios correspondientes, en caso no se logre que, de manera ulterior, el cónyuge que no participó en este acto de disposición dé su asentimiento al respecto.

2. El campo de protección de esta norma se extiende a las uniones de hecho debidamente declaradas. Si la declaración judicial no ha sido aún expresada, las disposiciones que se efectúen de los bienes no podrán afectar a quien efectuó el negocio jurídico con el conviviente, siempre que no le fuera conocido el estado de convivencia o razonablemente no hubiera podido estar en la posibilidad de conocerlo.

Como sabemos, las uniones de hecho pueden ser inscritas en el Registro Personal. Es claro que para estos casos, al encontrarse exteriorizada la unión de hecho y ser ella oponible *erga omnes*, ningún contratante (que adquiere el bien) podrá alegar desconocimiento de que quien disponía contractualmente de ese bien, no lo estaba haciendo acompañado del otro representante de la sociedad de gananciales, razón por la cual, las consecuencias en estos casos serán idénticas a aquellas que se producirán cuando uno de los cónyuges disponga de la propiedad de un bien común sin la participación del otro cónyuge, vale decir, del otro representante de la sociedad.

Como sabemos, sólo un porcentaje muy reducido de uniones de hecho se inscribe en Registros Públicos. Ello significa que la inmensa mayoría de personas que ya integran una unión de hecho reconocida por el Código Civil, vale decir, de aquellas que tienen más de dos años de constituidas y los demás requisitos establecidos por el artículo 326 del Código Civil, figuran con respecto a terceras personas no sólo como solteros, sino además como personas libres de disponer de su patrimonio.

En ese sentido, resulta evidente que quien actúe en estas circunstancias podrá engañar a terceras personas, quienes contratarán con él de buena fe. De ahí que este numeral de la Sentencia de Casación establece que estas personas no podrán verse afectadas por la situación de convivencia de quien ha contratado con ellas.

Es claro que la excepción estará dada por el hecho de que esos terceros conocieran de la situación de convivencia en una unión de hecho de quien

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contrata con ellas. Aquí, tales terceros habrán actuado de mala fe y, por tanto, debería entenderse que la ineficacia del acto también les afectará a ellos y no debería haber indemnización entre tales terceros y el concubino contratante.

Pero esta situación se extiende a los terceros que razonablemente hubieran estado en la posibilidad de conocer la existencia de esa unión de hecho. Por ejemplo, se compra un inmueble registrado sólo a nombre del vendedor y no se constata que en él se halla viviendo toda su familia (la concubina del vendedor y sus hijos, por ejemplo).

Es razonable que cuando una persona adquiere un inmueble, no le baste que el mismo figure en Registros Públicos a nombre del potencial vendedor, sino que requiere inspeccionarlo. Nadie compra una casa sólo viendo los registros, sin ver si el inmueble está desocupado.

Cabe señalar que el voto en mayoría ha centrado la discusión en la disposición de bienes de la sociedad de gananciales por parte de uno de los cónyuges y, a diferencia del voto en minoría[307], nada dice sobre la aplicabilidad de lo decidido a las uniones de hecho; sin embargo, por las razones expuestas consideramos que el campo de protección se extenderá a las uniones de hecho debidamente declaradas.

3. Si el adquirente obró de buena fe, evidenciándose ello, por ejemplo, sin que se trate de un catálogo absoluto, en la inexistencia de datos de recognoscibilidad de la propiedad, falta o deficiencia de información registral que no sea posible controvertir, documentos de identidad que indiquen otro estado civil y hasta contenido del contrato de adquisición a favor sólo del cónyuge que transfiere el bien, y la transferencia fue inscrita en los Registros Públicos, debe respetarse la adquisición, en tanto se estaría ante la figura descrita en el artículo 2022 del Código Civil.

El punto 3 de la Sentencia de Casación se encarga de establecer cuáles son las consecuencias de si el adquirente obró de buena fe. Para tal efecto, señala, sin que se trate de una enumeración exclusiva o excluyente, los casos en que se pondría en evidencia dicha buena fe. Se refiere a los siguientes supuestos:

(307) Extracto del pronunciamiento del voto en minoría. «El campo de protección de esta norma se extiende a las uniones de hecho debidamente declaradas. Si la declaración judicial no ha sido aún expresada, las disposiciones que se efectúen de los bienes no podrán afectar a quien efectuó el negocio jurídico con el conviviente, siempre que no le fuera conocido el estado de convivencia o razonablemente no hubiera podido estar en la posibilidad de conocerlo.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Inexistencia de datos que hagan recognoscible a la propiedad.

  Este supuesto no se entiende muy bien. Pensamos que el mismo puede estar referido a que el inmueble se halle ubicado en una zona informal, en la que no sea fácil identificarlo. En este caso, se estimará que el adquirente obró de buena fe.

- Falta o deficiencia de información registral que no sea posible controvertir.

  Si hubiere información registral deficiente, estaríamos en el mismo supuesto que en el caso anterior, pues al fin y al cabo el bien no se podría relacionar con la propiedad de otra persona en adición a aquél que se propone a disponer de él.

- Documentos de identidad que indiquen otro estado civil.

  Éste, sin duda, es el caso más frecuente; aquel en el cual el miembro de la unión de hecho figura como soltero, viudo o divorciado (que, en realidad, lo es), pero como la unión de hecho no altera el estado civil, si el tercero que va a contratar con él desconoce su situación de concubinato, entonces, entenderá, perfectamente, que esa persona es soltera, viuda o divorciada y está legitimada para contratar.

- Contenido del contrato de adquisición a favor sólo del cónyuge que transfiere el bien.

  Lo propio ocurrirá si el disponente no tiene su derecho inscrito, pero cuenta con un contrato en virtud del cual adquirió el bien del que ahora desea disponer; y, precisamente, en ese contrato no sólo figura como soltero, viudo o divorciado, sino que, además, fue el único que compró.

  En este caso la Corte Suprema entiende que los adquirentes deben ser protegidos y ello resulta lógico.

- La transferencia fue inscrita en los Registros Públicos.

  Éste es, qué duda cabe, el supuesto por excelencia. Si el bien fue adquirido por un tercero de buena fe, pues el mismo estará protegido por la buena fe registral; ello, naturalmente, si es que no hubiese elementos que desbaraten tal buena fe, sea por conocimiento de la real

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

situación de la propiedad del bien, sea porque no habiendo conocido tal situación, estuvo en plena aptitud de conocerla.

En todos estos supuestos contenidos en el punto 3 de la Sentencia de Casación, deberán ser respetados los derechos del adquirente, porque la disposición del Pleno Casatorio parte del supuesto de que la transferencia emanada del contrato de disposición celebrado sólo por uno de los miembros de la unión de hecho haya sido inscrita en Registros Públicos.

Esta disposición del Pleno Casatorio se basa en lo dispuesto por el artículo 2022 del Código Civil, precepto que señala que para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. La norma citada agrega que si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

En buena cuenta, se está premiando a aquel adquirente que actúa de manera más diligente con respecto a sus derechos, al inscribir su título de adquisición en Registros Públicos.

4. En el supuesto anterior, si la transferencia no se encontrara inscrita, debe preferirse el derecho del cónyuge no interviniente en la operación contractual: de lo que sigue que el acto será inoponible para la sociedad conyugal afectada.

El punto cuarto del Pleno Casatorio parte de la idea de que quien adquirió un bien de un miembro de una unión de hecho, no inscribió su título en Registros Públicos.

Se sanciona al adquirente por no haber actuado de manera diligente en resguardo de sus derechos, precisamente al no consumar el trámite registral.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema señala que debe preferirse el derecho del cónyuge no interviniente en el contrato. Además, señala de manera expresa que de ello se sigue que el acto no será oponible para la sociedad conyugal afectada.

5. En caso que el bien y las sucesivas transferencias se encuentren registrados, el tercer adquirente se encontrará protegido por el artículo 2014 del Código Civil, subsistiendo para las partes afectadas la posibilidad de solicitar la tutela resarcitoria correspondiente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este supuesto, el adquirente se hallará protegido por el artículo 2014 del propio Código, precepto que establece que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición, una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. Agrega la norma que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

6. Las demandas tramitadas en la actualidad como de nulidad o anulabilidad del acto jurídico deberán ser reconducidas hasta el estado de saneamiento del proceso, debiendo indicar el juez de la causa la posibilidad de pronunciarse sobre la ineficacia del acto jurídico, propiciando el contradictorio y la aportación de las pruebas que las partes consideren conveniente.

El punto 6 de la Sentencia de Casación se ocupa de los casos en trámite, es decir los que se hayan iniciado antes de la fecha de esta sentencia y en los cuales los accionantes hubiesen demandado la nulidad o anulabilidad.

La solución que brinda la Sentencia de Casación nos parece totalmente lógica, pues señala que tales demandas deberán ser reconducidas (se entiende con la pretensión de ineficacia) hasta el estado de saneamiento del proceso.

El juez de la causa deberá indicar la posibilidad de pronunciarse sobre la ineficacia del acto jurídico.

El juez, además, deberá propiciar el contradictorio, es decir que las partes expongan sus nuevos argumentos con la pretensión reconducida, a la par que aporten las pruebas (adicionales) que estimen conveniente.

7. Sin perjuicio de la reconducción del proceso que deba hacerse, dado el estado de incertidumbre existente, esta sentencia deberá ser aplicada a partir de los treinta días siguientes de su publicación; luego de dicho plazo, las demandas que no cumplan con lo aquí dispuesto deberán ser declaradas improcedentes por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, conforme lo prescribe el artículo 427, inciso 4 del Código Procesal Civil.

Dada la confusión que reinaba en esta materia en lo que respecta a la pretensión por la cual accionar, hizo bien la Corte Suprema en establecer un período de ventana de treinta días posteriores a la publicación de la Sentencia de Casación, período en el cual se dio trámite a las demandas en

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

las que se pretendiera la nulidad, la anulabilidad y, obviamente también, la ineficacia del acto jurídico celebrado.

Luego de transcurridos esos treinta días, las demandas que se presenten con pretensiones de nulidad o anulabilidad de los actos jurídicos celebrados deberían ser declaradas improcedentes por carecer de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, conforme lo establecido en el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil.

8. Si el cónyuge vendedor y el comprador se hubieran puesto de acuerdo en la celebración del acto jurídico, a sabiendas de que el bien es de la sociedad conyugal, se está ante un supuesto de nulidad del acto jurídico por fin ilícito.

Totalmente de acuerdo con esta disposición del Pleno Casatorio. Ella es tan clara que no hay algo que agregar.

Pero para concluir queremos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,(308) proponíamos que se agregara un tercer párrafo al artículo 315, el mismo que señalara:

«Si se contraviniera lo estipulado en este artículo, el acto será ineficaz».

Con ello, veintidós años antes del Pleno Casatorio del 2020, sobre el que hemos tratado, buscábamos evitar erróneas interpretaciones acerca de la naturaleza de los actos de disposición o gravamen de los bienes de la sociedad conyugal, por parte de uno solo de los cónyuges.

Además, se evitaría el problema de concordancia que existe entre el artículo 315 y el artículo 1540 del Código Civil, que advirtiéramos en el año 1990 en nuestra obra *Los contratos sobre bienes ajenos*,(309) en la eventualidad de que podamos considerar que un contrato de esta naturaleza pueda ser una venta de bien parcialmente ajeno o una venta de bien totalmente ajeno, actos que, como sabemos, son válidos, pero pueden llegar a ser ineficaces.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(308) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 364-365.

(309) Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Lima, 1990, pp. 190-191.

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 296 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas* 2,[310] que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso una modificación del artículo 307, con el texto siguiente:

> **Artículo 315**.- Disposición de los bienes sociales
>
> 1.- Si uno de los cónyuges dispone o grava un bien social sin la participación del otro, dicho acto es ineficaz.
>
> 2.- El cónyuge que no participó en el acto de disposición o gravamen puede ratificarlo, en cuyo caso el acto será considerado eficaz desde el momento de su celebración.
>
> 3.- Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición o gravamen que requieran del asentimiento del otro, cuando existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendiéndose el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo.

Nos parecía adecuada la norma propuesta como nuevo artículo 315. En ella se brindaba –a nuestro entender– razonable solución a tan debatido tema. Por lo demás, posteriormente, el Pleno Casatorio que analizó el tema lo hizo en el mismo sentido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(310) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del* Código *Civil peruano. Op. cit.*, pp. 109-110.

Cargas de la sociedad

Artículo 316.- Son de cargo de la sociedad:

1.- El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes.

2.- Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas.

3.- El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges.

4.- Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten.

5.- Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste.

6.- Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten.

7.- Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan.

8.- Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.

9.- Los gastos que cause la administración de la sociedad.

Como se recuerda, el artículo 301 del Código Civil, relativo a los bienes de la sociedad de gananciales y primera norma del Capítulo de la Sociedad de gananciales, establece que en este régimen puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

En ese sentido, para analizar el artículo 316, debemos tener en consideración que cuando este precepto se refiere a las cargas de la sociedad, lo está haciendo con relación a la integridad del patrimonio de la sociedad, vale decir, a los bienes comunes, pero también a los bienes propios de aquélla. Veamos, entonces, cuáles son las deudas que debe afrontar la sociedad de gananciales:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a) El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos (inciso 1)

Resulta claro que la sociedad de gananciales debe sostener a la familia que se ha creado entre los cónyuges. En esta oportunidad, sin duda, la norma se está refiriendo tanto al sostenimiento de los cónyuges como al de los hijos comunes, vale decir, al núcleo familiar.

Como se puede apreciar, esta norma también comprende el sostenimiento de la educación de los hijos. Se entiende que es hasta que los mismos cumplan la mayoría de edad. Y, luego de que ello ocurra, tal obligación podría prolongarse, en tanto continúen sus estudios exitosamente, conforme lo ha regulado el artículo 483 del Código Civil:

> **Artículo 483**.- Causales de exoneración de alimentos
>
> El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla (*sic*) sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad.
>
> Tratándose de hijos menores, a quienes el padre o la madre estuviese pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, ésta deja de regir al llegar aquéllos a la mayoría de edad.
>
> Sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente.

b) Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas (inciso 2)

Nótese que este supuesto implica que la sociedad de gananciales responda por el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que tenga uno de los cónyuges con terceros, como podría ser el caso de los padres, hermanos e incluso hijos extramatrimoniales o de un matrimonio anterior.

Problema complicado. Primero, porque se tiene que afrontar esa deuda con un patrimonio común formado o constituido no sólo por el obligado a prestar esos alimentos, sino también por el otro cónyuge, que no se encontraría obligado a prestarlos si se hubiese mantenido soltero.

Se trata, sin duda, de una obligación que impone solidaridad (en el sentido lato, no jurídico de la palabra) entre los cónyuges que integran la sociedad de gananciales, dado que responderá para el pago de esas obligaciones

ESTUDIO MARIO CASTILLO FEVRE

alimenticias el patrimonio común (bienes comunes de la sociedad, es decir, la entelequia), pero también podrán responder los bienes propios de cada cónyuge; ello, en la medida en que no resulten suficientes los bienes comunes para el pago de la deuda.

A estos efectos, debemos recordar lo dispuesto por el artículo 317 del Código Civil, en el sentido de que 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. La responsabilidad a prorrata implica que con respecto a los bienes propios cada uno responderá en proporción al valor de tales bienes propios. Esto es justo, por lo demás.

Entonces, el tema es clarísimo. El matrimonio conlleva obligaciones (obviamente de carácter patrimonial como toda obligación) para los cónyuges que, de seguro, ni siquiera imaginaban afrontar al contraer matrimonio.

c) El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges (inciso 3)

Puede ocurrir que, durante la existencia de la sociedad de gananciales, ambos cónyuges hayan celebrado un contrato de donación con alguno de sus hijos comunes.

Como sabemos, al tratarse de un contrato, éste debe cumplirse. Además, nótese que es un contrato en el cual ambos cónyuges tendrán la calidad o condición de donantes y el hijo común, la condición de donatario.

Tratándose de una obligación asumida por ambos cónyuges, primero responderán con los bienes comunes y luego con los bienes propios, siempre a prorrata, como ordena el artículo 317 del Código Civil.(311)

d) 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 (inciso 4)

Las mejoras necesarias son aquéllas que se realizan para evitar la destrucción o deterioro del bien (artículo 916 del Código Civil). La naturaleza de las mejoras necesarias es muy grande, dado que ellas responden a la imperiosa obligación de realizarlas pues, en caso contrario, el bien que las requiera se destruirá o deteriorará.

(311) A efectos de conocer los alcances del contrato de donación y sus particularidades, consultar Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Op. cit.*, tomo II, pp. 59 -144.

A decir de Arias-Schreiber: «Son aquellas que sin tener el carácter de urgencia propio de las necesarias, determinan el provecho para el bien aumentando su valor. La construcción de un cuarto de baño en una casa-habitación, es una mejora de esta naturaleza. También lo será la instalación de luz eléctrica, la construcción de un depósito, un tanque de agua y similares.»(312)

Es por ello que el inciso 4 del artículo 316, bajo comentario, hace de cargo de la sociedad de gananciales el pago de tales mejoras.

Entendemos que cuando el precepto se refiere a los bienes propios, lo está haciendo con respecto a los bienes de propiedad de uno de los cónyuges.

La norma también extiende la obligación al pago de las reparaciones de mera conservación o mantenimiento en esos predios propios, así como las retribuciones o tributos que los afecten.

La idea es que la sociedad de gananciales debe mantener ese patrimonio, por más de que se trate de bienes propios de uno de los cónyuges, habida cuenta de que estamos hablando del patrimonio de uno de los miembros de la pareja y, en el más amplio sentido de solidaridad, no sería concebible que la sociedad de gananciales permita, indolente, la destrucción o deterioro de los bienes de uno de los cónyuges. Al fin y al cabo, resguardar el patrimonio de cada uno es contribuir al fortalecimiento o mantenimiento del patrimonio de la propia sociedad de gananciales. Nunca olvidemos que la sociedad de gananciales está constituida por los bienes comunes (entelequia) y por los bienes propios de cada uno de los cónyuges. Y, además, que la renta de los bienes propios constituye bien común.

e) Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste (inciso 5)

El sentido del inciso 5 es evidente, dado que, si ambos cónyuges hubiesen acordado introducir mejoras útiles o de recreo en un bien propio de uno de ellos, se tratará de una deuda que deberá asumir la sociedad. Nótese que al tratarse de mejoras que no revisten la calidad de necesarias, debe haber acuerdo para que ellas sean consideradas como deudas de la sociedad.

(312) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo III, p. 128.

LAURO MANUEL CASTILLO PEREZ

f) Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten (inciso 6)

En lo que respecta a las mejoras realizadas en los bienes sociales, resulta evidente que todas las mejoras deberán ser asumidas por la sociedad de gananciales, pues el legislador de 1984 ha partido de la idea de que todas ellas van a beneficiar a ambos cónyuges.

Se entiende que las mejoras son útiles, porque aumentan el valor del bien y las mejoras de recreo también revisten utilidad porque permiten un uso más placentero del bien (artículo 916 del Código Civil).

No obstante, al no señalar el inciso 6 del artículo 316, bajo comentario, que la decisión sobre efectuar tales mejoras útiles y de recreo deba ser adoptada por ambos cónyuges, su introducción podría conllevar abusos. Ello, en la medida, por ejemplo, en que el marido decida ampliar, con un costo enorme, el baño de un inmueble que califique como su bien propio, a punta de mármol y grifería y accesorios importados de Europa, de primera calidad, cuando hablamos de una casa sin lujos; o si es que la mujer decide construir un carísimo spa, para su uso exclusivo, también en una casa que le pertenezca en exclusiva a ella y que carezca de lujo alguno. En ambos casos, si la decisión hubiese sido tomada de manera unilateral o, incluso, con la oposición expresa del otro cónyuge, pensamos que el costo de tales mejoras de recreo debería ser asumido en exclusiva con los bienes propios del cónyuge que decidió llevarlas a cabo.

En lo que respecta a la parte final del inciso 6, bajo comentario, debemos señalar que la norma concluye indicando que también son de cargo de la sociedad de gananciales los tributos y retribuciones que afecten a los bienes propios de cada cónyuge. Esto se entiende, en la medida en que los tributos son establecidos por ley y ellos no dependen de decisión de la pareja y ni de alguno de sus miembros. Si las rentas sobre los bienes propios tienen la condición de bienes comunes, se entiende que los tributos que graven aquellos bienes también afectan a la sociedad en su conjunto. Se sigue la misma lógica.

En lo que respecta a las retribuciones, de acuerdo con la Real Academia Española[313] la retribución se define como la «recompensa o pago de algo».

(313) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 9 de noviembre de 2022.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

g) 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 (inciso 7)

Este inciso hace referencia a réditos o atrasos devengados. En realidad, a lo que está haciendo alusión es a obligaciones que se deban con ocasión de los bienes tanto propios como sociales.

Entonces, la pregunta que corresponde formular es la relativa a cuáles son estas obligaciones.

Se trata de obligaciones relativas a los bienes, como podría ser el caso de las deudas que graven la propiedad, tales como los arbitrios e impuesto predial que se devenguen con relación a tales bienes.

También consideramos comprendidas a las obligaciones que se hallen garantizadas con esos bienes propios, si hubiesen sido objeto de garantía mobiliaria, prendaria, hipotecaria o anticrética.

No obstante, y respecto de los bienes propios, constituye una excepción a la regla de que las deudas personales, anteriores al matrimonio o contraídas después en provecho propio, se pagan con bienes propios del cónyuge deudor.(314)

h) Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge (inciso 8).

Tanto la sociedad de gananciales como cualquiera de los cónyuges pueden gozar del usufructo de un bien; en tal caso, es natural que quien percibe los frutos haga los gastos correspondientes. En esa forma pueden citarse como cargas del usufructuario las cargas contenidas en el artículo 1010 del Código Civil.

i) Los gastos que cause la administración de la sociedad (inciso 9)

Toda administración cuesta. Puede ocurrir que el patrimonio de la sociedad sea reducido o puede que sea cuantioso. Dentro de tal orden de ideas, es lógico suponer que cuanto mayor sea el volumen del patrimonio de la sociedad de gananciales, más cueste su administración. Para tal efecto, incluso, se puede llegar a la situación en que resulte necesario contratar

(314) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 252.

personal contable y de administración, además de otros empleados que coadyuven a estos fines.

En tal sentido, será evidente que los gastos que se requiera para tales efectos deberán ser asumidos por la sociedad de gananciales, siempre en los términos del artículo 317 del Código Civil, vale decir, que los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

Finalmente, a decir de Arias-Schreiber, el carácter social de esta carga reside en que la administración genera desembolsos hechos en beneficio de la sociedad; en consecuencia, ésta debe asumirlos, como son los gastos de cobranza, pago de servicios profesionales y otros semejantes.(315)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(315) *Ibidem*, p. 253.

Responsabilidad por deudas de la sociedad

Artículo 317.- Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

Cuando hemos analizado el artículo 316, precedente, se ha explicado cuál es la razón de ser del contenido del artículo 317. Por ese motivo, no volveremos sobre el particular.

Sin perjuicio de ello, consideramos conveniente citar la Casación n.° 1052-98-Sullana, del 9 de septiembre de 1998, la misma que señala lo siguiente: «El artículo 317 del Código Civil establece que los bienes sociales y a falta o por insuficiencia de éstos los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son a (*sic*) cargo de la sociedad. *Tercero.* El inciso 6 del artículo 316 del Código Sustantivo dispone que son de cargo de la sociedad conyugal las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales. Cuarto. En este caso, la deuda ha sido contraída para dotar de llantas al camión de propiedad de la sociedad conyugal por lo que se encuentra incursa en las disposiciones legales antes citadas.»(316)

Finalmente, debemos señalar que la doctrina, en posición concordante, establece que «[...]es razonable y justo que las deudas contraídas en el interés de los esposos y de su familia más próxima entren en la esfera de responsabilidad de ambos, cualquiera que sea el contratante, y que las deudas ajenas a estos intereses compartidos afecten solamente la responsabilidad de quien las asumió. El que para solventar éstas sean también ejecutables bienes de destino común integrantes del patrimonio del deudor, protege a los terceros contratantes y amplía las posibilidades crediticias de los esposos.»(317)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(316) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 349.
(317) Méndez Costa, María Josefa. *Las deudas de los cónyuges*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 75.

Fin de la sociedad de gananciales

Artículo 318.- Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

1.- Por invalidación del matrimonio.

2.- Por separación de cuerpos.

3.- Por divorcio.

4.- Por declaración de ausencia.

5.- Por muerte de uno de los cónyuges.

6.- Por cambio de régimen patrimonial.

El artículo 318 regula las causales de terminación del régimen de sociedad de gananciales. Repasaremos uno por uno tales supuestos.

a) Por invalidación del matrimonio (inciso 1)

Como ya ha sido estudiado por nosotros, el Derecho de Familia asigna causales especiales de nulidad y de anulación del matrimonio. Ellas se suman a las causales generales que establece el Libro de Acto Jurídico del propio Código Civil.(318)

Cuando un matrimonio se declara nulo o se anula, ello se produce por la existencia de un vicio de origen en el acto matrimonial, lo que implica que la sentencia de nulidad o de anulación tendrá efectos retroactivos al momento de la celebración, lo que implica que se considerará que el matrimonio nunca tuvo validez.

Dentro de tal orden de ideas, si el matrimonio se invalida, entonces ello significará que quienes se casaron, en realidad, nunca estuvieron casados, de modo tal que el régimen patrimonial de sociedad de gananciales en estricto nunca habría tenido lugar. Ello implica que cada uno de los contrayentes siempre habría sido dueño, tanto de lo que llevó al matrimonio, como de lo que adquirió con recursos generados por él a lo largo del matrimonio.

(318) Ver: Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico. Op. cit.*, pp. 301-343.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, el tema, en materia práctica, es complicado, en la medida en que, a pesar de ser nulo el matrimonio y, por tanto, la sociedad de gananciales, ella habrá surtido efectos con respecto a la pareja y a terceras personas que hayan contratado de buena fe con la sociedad de gananciales. En estos casos, naturalmente, se respetará los derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso.

Es por ello que el artículo bajo comentario, en su inciso 1, establece que la sociedad de gananciales se va a liquidar con la invalidación del matrimonio, lo que equivale a decir que se considera que ella sí existió.

Cabe señalar que cierto sector de la doctrina sostiene que, si medió mala fe en la celebración del matrimonio, éste será nulo y ninguno de los cónyuges tendrá derecho a gananciales: «Mas si medio mala fe en ambos cónyuges y si esta circunstancia determina que el matrimonio inválido no produzca efecto civil alguno, no habrá surgido el régimen de sociedad de gananciales y no habrá derecho a gananciales. Se procederá como en los casos de división y partición de comunidad de bienes, pero solamente si se probara que ha habido aportes de los cónyuges.»[319]

b) Por separación de cuerpos (inciso 2)

Las causales de separación de cuerpos se hallan reguladas en el artículo 333 del Código Civil y las vamos a estudiar en momento oportuno; pero como establece el artículo 332, la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Esto significa que, una vez declarada la separación de cuerpos (y que ella sea notificada a las partes), automáticamente cesará el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, imponiéndose la separación de patrimonios. El tema no será simple, porque habrá que liquidar el régimen de sociedad de gananciales, pero esta es la regla.

c) Por divorcio (inciso 3)

Conforme a lo establecido por el artículo 348, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio; en tanto el artículo 349 señala que puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1

(319) Arias-Schreiber Pezet, Max. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 356.

al 12. Por su parte, el artículo 350 regula los efectos del divorcio respecto de los cónyuges, pero el estudio de estas normas será realizado en el momento que corresponda.

Es evidente que, si la separación de cuerpos pone fin al régimen de sociedad de gananciales, el divorcio lo hará con mayor razón.

Sobre esta causal, la jurisprudencia se ha pronunciado en la Casación n.º 848-96-Amazonas, de fecha 5 de noviembre de 1997, en el sentido siguiente: «Fin del régimen de sociedad de gananciales por causal de divorcio. *Cuarto.* Habiendo fenecido [el régimen de sociedad de gananciales] por virtud de divorcio por causal de adulterio imputable al actor, cualquiera de los ex cónyuges está legitimado para solicitar la liquidación patrimonial de la sociedad de gananciales, la cual tiene su inicio con el inventario de los bienes aun cuando se trate de un solo bien; una vez formalizado el inventario se pagan las obligaciones sociales y cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren; luego de lo cual los bienes gananciales remanentes se dividen por mitad entre ambos cónyuges [...].»[320]

d) Por declaración de ausencia (inciso 4)

Ya ha sido estudiado por nosotros el tema de la declaración de ausencia,[321] por lo que no abundaremos sobre el particular. Sólo vamos a agregar que la misma se produce al presentarse el supuesto contemplado por el artículo 47 del Código Civil, precepto que establece que cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin tener noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de curador interino, entre otros aspectos.

El Código Civil de 1984 entiende que la declaración de ausencia pone fin a la sociedad de gananciales. Ello, porque desde que uno de los cónyuges es declarado ausente, éste no podrá contribuir al mantenimiento de la sociedad conyugal, así como tampoco podrá tomar decisiones al respecto. Incluso, no lo olvidemos, en estos casos, el juez nombrará un curador de bienes del ausente, el mismo que deberá coordinar con el cónyuge que no ha sido declarado ausente los pasos para liquidar la sociedad de gananciales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(320) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 350.
(321) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 129-154.

Para Carlos Enrique Becerra: «El momento en que se considera fenecido el régimen de la sociedad de gananciales es regulado en dos niveles por el artículo 319. En un primer nivel respecto a la relación entre los cónyuges, la sociedad de gananciales se considera fenecida en la fecha de la declaración de ausencia. En un segundo nivel, respecto a terceros, se considera fenecido dicho régimen en la fecha de la inscripción de la declaración de ausencia.»(322)

Agrega Varsi que: «El cónyuge ausente no podrá ejercer facultades, su patrimonio estará sujeto, aunque de modo temporal o transitorio, a un régimen de manejo ajeno a las normas del régimen patrimonial del matrimonio. Tales medidas respecto del cónyuge ausente están orientadas al cuidado, conservación y preservación del patrimonio de dicho cónyuge, en salvaguarda de sus intereses y, de ser el caso, los de sus potenciales herederos.»(323)

Todo este proceso, naturalmente, deberá resguardar los derechos patrimoniales del ausente.

e) Por muerte de uno de los cónyuges (inciso 5)

La muerte pone fin a la vida y, por consiguiente, al matrimonio. Y, resulta evidente que, si esto se produce con relación al matrimonio, con mayor razón se va a producir el fin de la sociedad de gananciales, régimen patrimonial del matrimonio.

Cabe resaltar que la muerte a la que se hace referencia es la muerte física o presunta.

La muerte de uno de los cónyuges, además, dará lugar a los derechos sucesorios que corresponda a los herederos.

f) Por cambio de régimen patrimonial (inciso 6)

Si una pareja se casa sin señalar régimen patrimonial alguno, por defecto rige, como ya hemos visto, el de sociedad de gananciales. Pero ello no significa que deben mantener ese régimen para siempre. Así, pues, podrían

(322) Becerra Palomino, Carlos Enrique. «La ausencia y sus efectos en relación con la familia». En: *La familia en el Derecho peruano. Op. cit.*, p. 499.

(323) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial y las relaciones económicas y las instituciones supletorias, así como al amparo familiar. Op. cit.*, tomo III, p. 277.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

acordar su sustitución por el de separación de patrimonios, naturalmente, previa liquidación del régimen anterior.

A decir del maestro Cornejo Chávez: «El primero de dichos casos consiste en el cambio del régimen patrimonial de gananciales por uno de separación de patrimonios. Como ya se expresó anteriormente, este cambio puede, a su vez, ser el resultado de una decisión voluntaria de los mismos cónyuges, supuesto en el cual deberán otorgar escritura pública e inscribirla en el Registro Personal; o producirse por sentencia judicial dentro de un juicio promovido a instancia del cónyuge perjudicado por el dolo o la culpa con que el otro actúa dentro del régimen de gananciales, hipótesis en la que dicha sentencia debe ser también registrada.»(324)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(324) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 309.

Momento en que se produce el fin de la sociedad

Artículo 319.- Fin de la Sociedad

Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del Artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.

Debemos puntualizar que el texto en vigencia del artículo 319 es fruto de la modificación operada en virtud del artículo 1 de la Ley n.º 27495, publicada el 7 de julio de 2001. El texto de la norma original era el siguiente:

***Artículo 319**.- Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.*

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.

El artículo 319 se encarga de establecer los momentos precisos en los cuales se debe considerar fenecido el régimen de sociedad de gananciales. Esto, para que no exista la menor duda al respecto. Veamos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. Fecha de la muerte de uno de los cónyuges

   Estamos de acuerdo con ello. Esta fecha será determinante, más allá del momento en que se conozca la muerte de esta persona.

2. Fecha de la declaración de muerte presunta o de ausencia

   Nuestra duda en este punto es la relativa a si se debería considerar la fecha de la resolución o aquélla en que tal resolución es notificada al otro cónyuge.

   Pero, entendemos que, de acuerdo a lo establecido en este extremo por el Código Civil, la fecha de la resolución es la que manda, independientemente de la fecha en que ella sea notificada. No obstante, esta solución traerá no pocos problemas de orden práctico.

3. La notificación de la demanda de invalidez del matrimonio

   Inventario valorizado de bienes sociales. El matrimonio conlleva una regulación que no necesariamente coincide con la normativa de acto jurídico.

   En el caso de los actos jurídicos en general, la sentencia firme que declare nulo o anule un acto tendrá efectos retroactivos al momento de la celebración del acto; ello, habida cuenta de que tanto la nulidad como la anulabilidad acarrean como consecuencia de su declaración que se considere que el acto nunca tuvo validez. En materia de Derecho de Familia, el régimen de sociedad de gananciales fenece cuando se haya notificado la demanda de invalidez (nulidad o anulabilidad) del matrimonio.

   Como vemos, a pesar de tratarse de un vicio de origen, la sentencia firme que declare la invalidez del matrimonio no tendrá efectos retroactivos al momento de su celebración, sino al de la notificación con la demanda. Ello, para el caso del cese del régimen de separación de patrimonios.

4. Con la notificación con la demanda, en caso de divorcio, separación de cuerpos o de separación judicial de bienes

   Nos parece lógica esta solución del artículo 319. Ella brinda seguridad jurídica, más allá de la fecha en que se hubiere presentado la causal que ha dado lugar al pedido de divorcio, separación de cuerpos o separación judicial de bienes.

   Esto, por cuanto la demanda será el acto por el cual se exteriorizará la relevancia que la causal ha tenido para el cónyuge afectado. Y, como no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

podría ser de otra manera, se considera la fecha de notificación con la demanda.

5. En la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo

No tenemos objeción a este precepto. Su lógica es impecable.

En lo que respecta a la jurisprudencia, podemos mencionar la Casación n.º 2754-98-Lima, de fecha 14 de mayo de 1999, la misma que señala que: «Cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo, el fin de la sociedad de gananciales se determina por la fecha de la escritura pública. *Primero.* El artículo 319° del Código Civil contiene dos supuestos referentes al fenecimiento de la sociedad de gananciales, uno que rige para los cónyuges y otro para los terceros. Respecto de los cónyuges establece que la sociedad de gananciales fenece en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o ausencia, en la fecha de la notificación con la demanda de invalidez del matrimonio (nulidad), divorcio, separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.»(325)

Sobre el inciso en mención, Cornejo Chávez señala que: «En cambio, en lo que atañe a los terceros interesados, el régimen de comunidad de gananciales sólo se considera fenecido en la fecha de inscripción pertinente en el Registro Personal (pues antes de ello no tienen obligación y acaso ni siquiera posibilidad de enterarse del evento que origina el fenecimiento del régimen en cuestión).»(326)

6. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

El inciso 5 se refiere al 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; en tanto el inciso 12 establece la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho período será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

(325) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 354.
(326) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 311.

FONDO EDITORIAL

Nos parece lógica la solución adoptada por el artículo 319 del Código Civil. El momento en que se produce la separación de hecho será determinante al respecto, porque el mismo significa que uno de los cónyuges o ambos, de mutuo acuerdo, ya no desean continuar juntos. En ese sentido, no resultaría razonable entender que prosiga la vigencia de la sociedad de gananciales.

Así, tenemos que conforme a lo señalado en la Casación n.º 4442-2010-La Libertad, de fecha 2 de julio de 2012, se determinó que se establece como fecha de fenecimiento de la sociedad conyugal el momento de la separación de hecho: «*Noveno.* [Los] cónyuges admiten que la separación de hecho se generó en el año 2000, cuando el cónyuge se retiró del hogar conyugal por los motivos y circunstancias que alegan; en concreto, desde esa data, ya no cohabitaron juntos o lo dejaron de hacer de forma definitiva al ya no hacer vida en común; y procedieron desde ahí a desarrollarse de forma independiente [incluso el cónyuge tiene una nueva relación marital donde ha procreado una menor], lo que denota la complacencia de ambos, salvaguardando la mínima comunicación por intereses aún en común [...], es decir, del hecho de que obtuvieron préstamos bancarios y compraron en el año 2002, un inmueble a nombre de los dos. Sin embargo, la celebración de un negocio jurídico no evidencia la vida conyugal en común, tampoco el hecho que se encuentren o compartan eventualmente el domicilio conyugal, siempre y cuando ambas (*sic*) admitan que prevalece su estado de separados de hecho desde fecha cierta, como se tiene en la presente litis, en donde ambos cónyuges coinciden en precisar que la cohabitación finalizó el año 2000. Entonces el hecho de que para resolver sus intereses coordinen o se reúnan, después de dos años, en un inmueble que no habitan por estar en construcción, pero que es de propiedad de los cónyuges, no debe suponerse, como lo ha hecho el Colegiado Superior, que es un hecho concluyente, para determinar que la relación conyugal se prolongaba a esa data [...]. *Décimo.* [En] consecuencia, conforme se estableció en la sentencia de primera instancia, se debe establecer como fecha de fenecimiento de la sociedad conyugal la determinada por el artículo 319 del Código Civil, para la separación de hecho, es decir, desde el 7 de julio del año 2001, en que se publicó la Ley N.° 27495, ello conforme a lo establecido en la primera disposición complementaria y transitoria de la Ley aludida.»[327]

(327) *Loc. cit.*

En el mismo sentido, el maestro Arias-Schreiber indica que: «En los supuestos de 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; o en caso de que se haya producido una separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad; la sociedad de gananciales se dará por fenecida –para los cónyuges– desde el momento en que se produce la separación de hecho.»(328)

Cabe resaltar que la jurisprudencia se ha pronunciado señalando en el sentido de que el artículo materia de análisis no ha previsto el escenario de separación de cuerpos. Así lo señala la Casación n.° 2754-98-Lima, de fecha 14 de mayo de 1999: «En el caso de separación convencional de cuerpos formulado (*sic*) por ambos cónyuges, para el efecto de las relaciones entre ellos, la sociedad de gananciales fenece en la fecha de su acuerdo. *Tercero.* La norma [contenida en el artículo 319 del Código Civil] no se ha puesto en el caso de pedido de separación convencional de cuerpos, formulado por ambos cónyuges, con pleno conocimiento del contenido del pedido que suscriben. *Cuarto.* Siguiendo el sentido de la norma su análisis a su ratiojuris (*sic*), debe concluirse que en el caso de separación convencional de cuerpos formulado (*sic*) por ambos cónyuges, para el efecto de las relaciones entre ellos, la sociedad de gananciales fenece en la fecha de su acuerdo, lo que importa una aplicación por analogía.»(329)

Finalmente, sobre el estado de los bienes al finalizar el régimen de la sociedad de gananciales, el Tribunal Registral ha determinado en la Resolución n.° 1689-2016-SUNARP-TR-L, de fecha 23 de agosto de 2016, que: «Como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales se crea un estado de indivisión postcomunitario que tiene el propósito de mantener inalterable el patrimonio hasta su liquidación. Desde entonces, deja de ser regido por las normas de la sociedad de gananciales, para quedar sujeto a las prescripciones de la copropiedad; aunque seguirán aplicándose los principios rectores para la calificación de los bienes, los cuales contribuirán también a mantener el estado del patrimonio.»(330)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(328) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 306.
(329) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 354.
(330) *Loc. cit.*

Inventario valorizado de bienes sociales

Artículo 320.- Fenecida la sociedad de gananciales, se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes. El inventario puede formularse en documento privado con firmas legalizadas, si ambos cónyuges o sus herederos están de acuerdo. En caso contrario el inventario se hace judicialmente.

No se incluye en el inventario el menaje ordinario del hogar en los casos del artículo 318, incisos 4 y 5, en que corresponde al cónyuge del ausente o al sobreviviente.

Cuando fenece el régimen de separación de patrimonios, sea porque el matrimonio ya se extinguió (como ocurriría en caso de muerte de uno de los cónyuges) o si el fenecimiento de la sociedad de gananciales se hubiere producido por haber acordado los cónyuges la sustitución de ese régimen por el de separación de patrimonios, será importante proceder a liquidar la sociedad de gananciales, lo que equivale a decir que habrá que efectuar el pago de las deudas de la sociedad, ver el remanente (si lo hubiere) y proceder a dividirlo entre el cónyuge supérstite y los herederos de aquel que ha fallecido (en el primer ejemplo) o entre los cónyuges, si ambos vivieran (como ocurre en nuestro segundo ejemplo).

Para tal efecto, de acuerdo al artículo 320 del Código Civil, resulta necesaria la facción de inventario.

Al respecto: «Las operaciones de liquidación exigen, inicialmente, el conocimiento exacto de todas las partidas del activo o pasivo de la masa común; en otras palabras, de todos los bienes, derechos y relaciones patrimoniales que influyen en la determinación definitiva del remanente dividendo o el déficit. A este fin se redacta un inventario valorado de los bienes comunes, así como de las relaciones de crédito que median entre las diversas masas patrimoniales (en rigor, basta de las relaciones con la masa consorcial), incluso las obligaciones pendientes que pueden repetirse contra ella y resulten personales en la relación inter partes.»(331)

(331) Lacruz Berdejo, José; Sancho Rebullida, Francisco; Luna Serrano, Agustín; Rivero Hernández, Francisco y Joaquín Rams Albesa. *Derecho de Familia*. Editorial JMB, Barcelona, 1990, tomo I, p. 494.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El inventario puede realizarse de manera extrajudicial, por acuerdo de los cónyuges o por acuerdo del cónyuge supérstite y los herederos del otro cónyuge, si fuere el caso.

En este supuesto, el inventario podrá celebrarse en documento privado con firmas legalizadas (se entiende, por notario público).

Si no hubiere acuerdo, el inventario deberá realizarse en la vía judicial.

El artículo 320 puntualiza que no se incluye en el inventario el menaje ordinario del hogar en los casos del artículo 318, incisos 4 (fenecimiento de la sociedad de gananciales por declaración de ausencia de uno de los cónyuges) y 5 (fenecimiento de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges), en que corresponde al cónyuge del ausente o al sobreviviente.

Esta solución es de una lógica indiscutible.

Sobre el momento en que deben ejecutarse los bienes de la sociedad de gananciales, el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia, de fecha 10 de junio de 2016, realizado en Lima Norte, señala que: «Deben ejecutarse todos los bienes de la sociedad de gananciales, pero hasta antes de la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales, ello en mérito al principio *pro comunitate*. En consecuencia, la conclusión plenaria por mayoría, en este tema es la siguiente: • En la ejecución de las sentencias de divorcio, se pueden producir eventualidades en la liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales, debiendo considerarse en esta liquidación los bienes enajenados con reserva de propiedad, bienes que han sido objeto de prescripción adquisitiva, bienes reivindicados, bienes resueltos, entre otros de igual naturaleza, sobre los mismos deben evaluarse su origen (*sic*) de los fondos que originaron la adquisición de dichos bienes para su incorporación en el inventario de la liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales; el cual servirá para establecer si es un bien social o un bien propio. [...] Deben ejecutarse todos los bienes de la sociedad de gananciales, pero hasta antes de la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales, ello en mérito al principio, *pro comunitate*, que tiene que ver con los bienes gananciales obtenidos que son sociales y tienen que compartirse por el principio de igualdad de cónyuges. • Lo que importa es que nadie se enriquezca ni se empobrezca, no debe existir un desequilibrio patrimonial después del divorcio.»[332]

(332) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 355.

EDICIONES JURÍDICAS GRIJLEY

Finalmente, corresponde señalar que el acto de inventario valorizado de bienes constituye el inicio de la liquidación de la sociedad de gananciales.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación n.º 3349-99-Cusco, de fecha 11 de agosto de 2000: «*Quinto.* [...] El fenecimiento de la sociedad de gananciales, además de otras causales, puede ocurrir con el divorcio, pues es obvio que con la declaración de él, la sociedad de gananciales no puede seguir existiendo, desde que el vínculo que le dio origen ha quedado inexistente; en tal sentido, [...] "el acto con el que se inicia la liquidación del régimen de comunidad de gananciales consiste en el inventario de todos los bienes, tanto de los propios de cada cónyuge, como de los sociales", que puede realizarse por voluntad de las partes o judicialmente de conformidad con el artículo 320 del Código Civil, aplicándose las demás reglas previstas en la ley material, como el pago de las obligaciones sociales y las cargas, y luego, recibiendo los ex cónyuges los bienes propios de cada cual que quedaren, y sólo después de ello se liquidan los gananciales o bienes remanentes que se adjudican por mitades.»[333]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(333) *Loc. cit.*

Bienes excluidos del menaje

Artículo 321.- El menaje ordinario del hogar no comprende:

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

El artículo 321 del Código Civil se encarga de establecer qué bienes no forman parte del menaje del hogar.

Consideramos que la razón por la cual la norma establece esta distinción e incluso en una fórmula negativa, responde a que el menaje, a diferencia de los bienes comunes, no será objeto de liquidación.

Otra explicación que desarrolla la doctrina al respecto se sustenta en el principio de incomunicabilidad, como explica Enrique Varsi: «Este principio se sustenta en que todos los bienes luego del matrimonio se juntan creando un patrimonio único. Esto se da en ambos regímenes, especialmente en una sociedad de gananciales, pero también en un régimen de separación si nos referimos al menaje del hogar, bienes estos que comienzan y terminan siendo de ambos. La comunicabilidad de los bienes existe en razón que (*sic*) el matrimonio genera una comunidad de vidas (art. 234), los cónyuges tienen el deber de asistencia mutua (art. 288) y ambos son responsables del sostenimiento de la familia y del hogar (arts. 291 y 300). Por lo tanto, tratándose del régimen de

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

comunidad, a la hora de la partición, deben dividirse el patrimonio en común, aquel que se encuentra en mancomunidad, independientemente de quien haya adquirido los bienes. Algo similar sucede en la separación, en la que los cónyuges se dividirán el menaje adquirido en conjunto. Son bienes incomunicables los objetos que no son de uso doméstico; es decir, todos los que menciona el artículo 321 del Código, bienes personalísimos.»[334]

Asimismo, Cornejo Chávez señala que: «Omitió el legislador, a nivel de la Comisión Revisora y contra la opinión del ponente, precisar que cuando el fenecimiento del régimen de gananciales se produce por cambio del régimen patrimonial, el menaje ni se incluye en el inventario ni se atribuye a ninguno de los cónyuges, desde que el hogar va a continuar funcionando y requiriendo, por tanto, de esos muebles.»[335]

De acuerdo con la Real Academia Española,[336] menaje es el «conjunto de muebles, ropas y enseres de uso común en las casas, vale decir, que tales bienes se entienden usados, en el caso de un matrimonio, por la pareja.»

A decir de Varsi: «Son aquellos bienes, enseres de uso doméstico, ordinario, diario y casero que sirven para satisfacer las necesidades cotidianas de la familia y que se encuentran dentro del hogar, tales como los electrodomésticos, utensilios de cocina, muebles de alcoba, objetos de decoración. Sirven para todos en la familia, no es de uno ni de otro, ni de interés particular, sino que sirven para la satisfacción general.»[337]

Entonces, de lo que trata el artículo 321 es de distinguir qué bienes no corresponden al menaje ordinario del hogar. Veamos:

1. Los vestidos y objetos de uso personal (inciso 1)

   Se entiende que los vestidos de la mujer y del marido serán claramente distinguibles. Ellos no son de uso común, como refieren los significados de la palabra «menaje».

(334) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial y las relaciones económicas y las instituciones supletorias, así como al amparo familiar. Op. cit.*, tomo III, p. 66.

(335) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 312.

(336) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 9 de noviembre de 2022.

(337) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial y las relaciones económicas y las instituciones supletorias, así como al amparo familiar. Op. cit.*, tomo III, p. 56.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por objetos de uso personal, podría entenderse, en el caso del hombre, la máquina de afeitar, la espuma, los medicamentos, etc. En el caso de la mujer, las cremas, sus perfumes, medicamentos, etc.

2. El dinero (inciso 2)

El dinero no es parte del menaje del hogar. Si él se encontrare al interior del hogar conyugal, pues el mismo o tendrá la calificación de bien propio o de bien común. Pero al tratarse de un bien de carácter esencialmente divisible, podrá ocurrir que parte del dinero sea común y otras partes del mismo propias de cada uno de los cónyuges.

3. Los títulos valores y otros documentos de carácter patrimonial (inciso 3)

Nada más ajeno al menaje del hogar que estos documentos. Aplicamos a los mismos las consideraciones que hace un momento vertimos sobre el dinero.

4. Las joyas (inciso 4)

Las joyas, por lo general, serán bienes propios de alguno de los cónyuges, pues las mismas sirven para adornar la vestimenta. Además, será muy claro cuáles pertenecerán a uno o a otro cónyuge.

5. Las medallas, condecoraciones, diplomas y otras distinciones (inciso 5)

Todos estos bienes serán, sin duda, bienes propios de alguno de los cónyuges en especial y representarán el reconocimiento que la sociedad, el Estado o diversas instituciones (sociedades intermedias), tanto del Perú como del extranjero, le han hecho. Estos bienes, qué duda cabe, no formarán parte del menaje del hogar, por más de que pudieren encontrarse exhibidos en su interior.

6. Las armas (inciso 6)

Las armas no forman parte del menaje del hogar y las mismas, independientemente de quién figure como su titular frente al Estado, podrán pertenecer, en calidad de bien propio, a uno de los cónyuges en particular, o ser bienes comunes.

7. Los instrumentos de uso profesional u ocupacional (inciso 7)

Es claro que estos bienes no forman parte del menaje del hogar, como también es evidente que los mismos, más allá de ser utilizados o empleados

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

únicamente por alguno de los cónyuges, podrán ser de propiedad de la sociedad conyugal en calidad de bienes comunes o de bienes propios. El hecho de que alguno de los cónyuges sea el que utilice el bien en exclusiva, no determina, en lo absoluto, que ese bien sea propio de él. Para efectos de la calificación de tales bienes, nos remitimos a los comentarios vertidos oportunamente.

8. Las colecciones científicas o artísticas (inciso 8)

Hacemos aplicables a este caso, los comentarios vertidos con ocasión del análisis del inciso 7.

9. Los bienes culturales-históricos (inciso 9)

Son: «bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano –material o inmaterial– que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo.»(338)

Queda claro que ellos no forman parte del menaje del hogar. Es más, en principio, no tienen nada que ver con el menaje del hogar.

Además, dada la naturaleza y carácter de estos bienes, sería prácticamente imposible el que ellos estuviesen siendo utilizados como parte del menaje del hogar.

Sobre la finalidad del artículo, Arias-Schreiber señala que: «Por otro lado, puede afirmarse que el artículo 321 del Código Civil ha sido redactado con la finalidad de defender a los herederos del cónyuge fallecido o ausente. En efecto, es un supuesto muy común en nuestro medio que durante la vigencia de la sociedad de gananciales los cónyuges sólo adquieran bienes de uso común, los mismos que de ser considerados como parte del menaje ordinario del hogar, podrían quedarse en propiedad del cónyuge sobreviviente, afectándose de este modo los derechos de los demás herederos. De esta manera, resulta conveniente la enumeración de los bienes que se excluyen del menaje ordinario, pues así quedarán como parte de él sólo los bienes que sirven a las

(338) Artículo II del Título Preliminar de la Ley n.° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

necesidades básicas de la familia, tales como electrodomésticos, utensilios de cocina, lecho conyugal, etc.»[339]

En cualquier caso, consideramos que el juez debe ser quien evalúe la situación de los bienes y si éstos califican en calidad de menaje ordinario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(339) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 368.

Liquidación de la sociedad de gananciales

Artículo 322.- Realizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren.

La facción de inventario, en el caso de la sociedad de gananciales, tiene por objeto el proceder a la ulterior liquidación de la sociedad, como ya lo habíamos precisado. Para tal efecto, resulta indispensable que se proceda al pago de las deudas, sean éstas correspondientes a la sociedad o deudas que hubiere contraído cualquiera de los cónyuges, o incluso ambos cónyuges, antes de iniciarse la vigencia del citado régimen patrimonial.

Una vez que se haya procedido al pago de las deudas, habrá que pagar las cargas que pesen sobre los bienes sociales. Recién después de realizar estas dos operaciones, es decir, cuando la sociedad ya no deba algo a terceros, es que se podrá asignar a cada cónyuge (o a sus herederos) el remanente de los bienes que quedaren. A este respecto, se entiende que tal repartición se hará en partes iguales. Nótese que esto será así, porque de lo que estamos hablando es de la repartición del remanente de los bienes comunes, porque si los bienes propios (o una parte de ellos) hubieren servido para pagar las deudas de la sociedad de gananciales, lo que corresponderá será entregar el remanente del bien propio al cónyuge que siempre fue propietario de él. La división del remanente de los bienes comunes será, entendemos, lo que pueda ocasionar mayores dificultades.

Sobre el artículo bajo análisis, podemos decir que la jurisprudencia ha señalado en el expediente n.º 2167-97-Pucallpa, de fecha 7 de abril de 1998, que: «Fenecida la comunidad de gananciales por divorcio, cada cónyuge recupera sus bienes propios mientras que los bienes comunes deberán satisfacer, en primer lugar, las deudas y cargas de familia, dividiéndose el remanente en partes iguales. En los divorcios por causal, el cónyuge culpable pierde los gananciales que proceden de los bienes del otro; es decir, pierde la mitad de lo que cada uno tiene derecho de los frutos y productos de los propios bienes, mas no pierde los gananciales en general.» (340)

(340) *Ibidem*, p. 358.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otro lado, la Casación n.º 5004-2007-Lima, de fecha 30 de octubre de 2008, hace mención de lo siguiente: «Los cónyuges no tienen derechos y acciones sobre la sociedad de gananciales, sino derechos expectaticios. *Primero* - Que, este Supremo Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia ha establecido que, de acuerdo a la Ley y a la doctrina, la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales es la de un patrimonio autónomo e indivisible que goza de garantía constitucional, integrado por un universo de bienes, en el que no existen cuotas ideales las cuales son propias al instituto jurídico de copropiedad o condominio (...). *Sexto* - Que, en este punto conviene aclarar que una situación distinta son las gananciales que corresponden a cada cónyuge las cuales, conforme lo señala el artículo trescientos veintitrés del Código Civil, son: "(...) los bienes remanentes después de efectuarse los actos indicados en el artículo trescientos veintidós"; estos son, después del fenecimiento de la sociedad de gananciales y luego de practicada la liquidación de la misma; mientras dicho fenecimiento no se produzca los cónyuges únicamente ostentan "derechos expectaticios", derechos a concretarse en el futuro y que solo pueden ser detentados materialmente una vez disuelta la sociedad de gananciales, con la posibilidad, claro está, que luego de la liquidación a que se refiere el citado artículo trescientos veintidós del Código Civil no existan remanentes a dividirse entre los cónyuges en calidad de gananciales, lo que significa que dichos derechos expectaticios comprenden también un riesgo.»(341)

Asimismo, sobre la liquidación, Peralta Andía señala que: «La segunda fase corresponde a las deducciones. De acuerdo con el artículo 322 realizado el inventario mencionado, se pagan las obligaciones sociales y las cargas, luego, se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren. Solamente después de estas operaciones los cónyuges o ex-cónyuges recibirán en plenitud de derechos los bienes propios de cada cual.»(342)

Finalmente, a decir del profesor Jorge Avendaño: «La liquidación es un proceso consistente en pagar las deudas sociales y entregar a cada cónyuge sus bienes propios. El remanente es lo que se denomina "gananciales", sobre los cuales –ahora sí–, hay copropiedad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. Los gananciales son entonces los bienes singulares, existentes al término de la liquidación de la comunidad y una vez que los pasivos sociales ya no existen. Evidentemente, esa copropiedad termina con la participación a la que alude el segundo párrafo del artículo 323.»(343)

(341) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 357-358.
(342) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 228.
(343) Avendaño Valdez, Jorge. «Los bienes en el matrimonio». En: *La familia en el Derecho peruano. Op. cit.*, p. 255.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Gananciales

Artículo 323.- Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322.

Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos.

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

En primer término, vamos a referirnos al concepto de gananciales. Señala el primer párrafo del artículo 323, bajo comentario, que son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322. Entonces, la primera cuestión que se presenta es la de dilucidar si constituye gananciales el remanente de bienes comunes y de bienes propios, luego de pagadas todas las deudas de la sociedad de gananciales; o si solamente constituye gananciales el remanente de los bienes comunes, luego de pagadas las deudas de la sociedad de gananciales.

Se podría considerar que el concepto de gananciales se restringe a lo primero, vale decir, al remanente de la liquidación de la sociedad, previo pago de las deudas sociales.

En otras palabras, serían gananciales los bienes comunes que queden en la sociedad luego de pagadas las deudas sociales. De acuerdo con este criterio, no tendría sentido incluir a los bienes propios dentro de los gananciales, pues tales bienes propios no se han ganado en la sociedad de gananciales como patrimonio común, sino privativo de uno de los cónyuges.

Este razonamiento ha sido adoptado por la Casación n.° 2818-00-Lambayeque, de fecha 19 de enero de 2001: «*Sétimo.* Sólo son gananciales los bienes remanentes después de pagadas las deudas de la sociedad de gananciales y recién dichos gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges.»[(344)]

(344) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 360-361 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 238.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aunque también tiene lógica el considerar como gananciales el remanente de bienes comunes y de bienes propios, luego del pago de las deudas de la sociedad de gananciales. Sería como una especie de liquidación total de la sociedad, estimando tanto el esfuerzo común, como el relativo a los bienes propios. Además, como hemos visto, hay deudas comunes que pueden terminar siendo pagadas con bienes propios.

En lo personal, nos inclinamos por este segundo concepto. Ello, en la medida en que el Código nacional no realiza distinción alguna respecto a considerar sólo a los bienes comunes liquidados con las deudas, por lo que debería entenderse que son gananciales el remanente de bienes comunes y bienes propios, luego de haber liquidado las deudas y cargas de la sociedad de gananciales.

Así también lo entiende Aguilar Llanos, cuando señala lo siguiente: «Obsérvese en el término de gananciales que da el nombre precisamente a esta comunidad de bienes; pues bien realizadas las operaciones ya mencionadas, recién estamos frente a gananciales, que vienen a ser el remanente, saldo que queda luego del pago de deudas sociales, y la entrega de bienes propios, son estos los que los excónyuges se dividen por mitades, o si la sociedad termina por muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente recibe su mitad y la otra viene a ser masa hereditaria dejada por el causante.»[345]

Ahora bien, según dispone el propio artículo 323, los gananciales se dividen por igual entre los cónyuges y sus herederos. No obstante, hacemos la salvedad de que esto resultaría aplicable al caso en el cual la liquidación de la sociedad hubiere dejado un remanente de bienes comunes. Tales bienes remanentes, es obvio, se repartirán por igual entre los cónyuges o sus herederos. No ocurrirá lo mismo en caso no exista remanente de bienes comunes, es decir, en el caso en el cual sólo quede como remanente bienes propios. En este último supuesto, la repartición de los bienes no se hará por partes iguales. Lo que va a ocurrir es que a cada uno de los cónyuges o a sus herederos se les va a dar los bienes que sean propios de ellos o lo que quede de tales bienes propios luego de haber pagado las deudas y cargas de la sociedad de gananciales.

Finalmente, el artículo 323, bajo comentario, señala que 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

(345) Aguilar Llanos, Benjamín. *Regímenes patrimoniales del matrimonio*. Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 147.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera.

Esta norma constituye un precepto de notoria justicia y se ha establecido en el afán o propósito de proteger los intereses del cónyuge supérstite. Nos relevamos de mayores comentarios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pérdida de gananciales

Artículo 324.- En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

El artículo 324 representa una norma de equidad, habida cuenta de que se entiende que la sociedad de gananciales va a ser enriquecida o «alimentada» por el trabajo y contribución de ambos cónyuges. Dentro de tal orden de ideas, reviste plena lógica el que en caso se produzca un supuesto de separación de hecho, el cónyuge culpable, es decir aquél que ha hecho abandono injustificado del hogar conyugal, pierda el derecho a gananciales en proporción a lo que dure la separación.

Pero nótese que, como no podría ser de otra manera, esta norma sólo se refiere a los gananciales sobre bienes comunes y no a los gananciales sobre bienes propios, pues la sanción del artículo 324 evidentemente no se extiende a hacerle perder bienes que siempre han sido de su propiedad.

Conviene señalar cómo se aplica la regla propuesta en este artículo y, al respecto, el maestro Max Arias-Schreiber ha explicado que: «Para su procedencia, basta determinar, partir de una simple regla de tres, la relación entre los gananciales obtenidos y la duración total de la vigencia del régimen y aplicarla al tiempo de duración de la separación de hecho. De esta manera, se establecen los gananciales generados en el período de la falta de convivencia; concluyéndose que es la mitad de esa cantidad la que pierde el cónyuge culpable. Así, si siendo el cónyuge A el culpable y B el inocente de la separación de hecho que ha durado 5 de los 20 años de vigencia del régimen patrimonial y se han obtenido un total de US$ 10,000.00 de gananciales, la cantidad generada en el período de falta de convivencia es de US$ 2,500.00. En consecuencia, el cónyuge A pierde US$ 1,250.00. Por tanto, en esta situación el cónyuge A sólo recibirá US$ 3,750.00 y B la cantidad de US$ 6,250.00, a título de gananciales.»(346)

Evidentemente, estamos de acuerdo con esta explicación, por cuanto consideramos que la norma es clara y la simple aplicación de la regla de tres por

(346) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 261.

Estudio Mario Castillo Freyre

parte del juez determinará la proporción que corresponde a cada cónyuge en el caso del supuesto de hecho del artículo en mención.

En el mismo sentido, la Casación n.° 986-96-Cusco, de fecha 18 de noviembre de 1997, determina que: «El cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. La separación surte efecto desde la fecha de la notificación con la demanda. *Tercero.* Durante la vigencia de la sociedad de gananciales, el demandado abandonó el hogar conyugal desde el 20 de agosto de 1983 hasta el 10 de enero de 1984, fecha en que se le notificó [...] con la demanda interpuesta por la ahora accionante sobre divorcio por causal, proceso en el que se declaró disuelto el vínculo matrimonial [...] y que en aplicación del artículo 329 del Código Civil es la fecha en la que se considera el fenecimiento de la sociedad conyugal. *Cuarto.* [En] el periodo referido [...] es aplicable el artículo 324 del Código Sustantivo, y la proporción a la que hace alusión se obtendrá con la aplicación de una regla de tres simple [...].»[347]

Adicionalmente, la jurisprudencia ha determinado en la Casación n.° 513-96-Piura, de fecha 16 de octubre de 2017, que sólo procederá la pérdida de gananciales que estipula la norma en mención cuando la separación de hecho se haya producido de manera formal: «La pérdida de gananciales por separación de hecho solo es procedente si esta separación se ha producido formalmente. *Sexto.* [En] cuanto al artículo 324 del [...] Código [Civil, relativo a la pérdida de gananciales por separación de hecho], este resulta impertinente al caso, por cuanto entre los cónyuges no se ha producido formalmente la separación de hecho a que alude dicha norma.»[348]

Para concluir, en concordancia con lo que expresábamos en las primeras líneas de análisis de este artículo, la Casación n.° 836-96-Lima, de fecha 30 de enero de 1998, ha determinado lo siguiente, sobre la razón de la norma: «*Segundo.* La razón esencial de la norma sub-examine se fundamenta como así lo expone Héctor Cornejo Chávez, en que es reprochable que el cónyuge culpable pretendiere obtener beneficios de los bienes del inocente cuando de por medio no supo cumplir sus deberes morales y legales, esto es cuando su conducta que da lugar al divorcio fractura la íntima comunidad de vida e intereses sobre la que se funda el régimen de gananciales. *Tercero.* En efecto, la norma invocada obedece propiamente al carácter punitivo por el cual se sanciona al cónyuge culpable que ha incurrido en una de las causales previstas

(347) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 362.
(348) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en la ley que da lugar a la ruptura del vínculo matrimonial, que en el caso de autos constituye la causal de uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.»[349]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(349) *Ibidem*, p. 361.

Liquidación de varias sociedades de gananciales

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

Lo lógico es que cuando se produzca alguno de los supuestos que dé lugar a la terminación de la sociedad de gananciales (artículo 318, ya analizado), se proceda, de inmediato, a la liquidación de la sociedad.

No obstante, ello no siempre se produce con la celeridad que ameritaría un tema de tanta importancia. De ahí la existencia del artículo 325. Este precepto parte de la idea de que se haga, de manera simultánea, es decir, a la vez, dos o más inventarios, los mismos que respondan a igual número de matrimonios con el régimen de sociedad de gananciales que haya celebrado una persona.

En estos casos, según establece el artículo citado, se admitirá, en defecto de inventarios previos a cada matrimonio, toda clase de medios probatorios; ello, con el propósito de determinar los bienes de cada sociedad.

Sobre el particular, debemos decir que en casos como éstos será realmente complejo el establecer las cifras que permitan, precisamente, efectuar la liquidación. Ello, porque se tratará de operaciones pretéritas, además de que la documentación referida a las mismas y el recuerdo de las transacciones probablemente no sean exactos.

En ese sentido, resulta muy probable que el camino de efectuar una liquidación seria de las anteriores sociedades de gananciales no tenga éxito.

Por ello, es que el artículo 325 establece que, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades.

Pero debemos subrayar que el llegar a este paso implica que se haya arribado a la duda insoluble; ello, puesto que mientras exista la posibilidad de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

solucionar el tema y liquidar seriamente las anteriores sociedades de gananciales, el proceso de cálculo deberá culminar en la liquidación propiamente dicha.

Si se llegara a la duda insoluble, el artículo 325 señala que 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.

El tomar el factor tiempo de duración de las sociedades de gananciales resulta muy importante, pues se sigue la lógica de que, a mayor tiempo, resulta más probable que la sociedad de gananciales haya acumulado un patrimonio mayor.

A decir de Aguilar Llanos, «las reglas enunciadas por el artículo 325, parten del supuesto de que el matrimonio que tuvo mayor duración tuvo la posibilidad de generar mayores bienes sociales, y en esa medida le corresponderá mayores gananciales que el matrimonio que tuvo menos tiempo de duración.»(350)

No obstante, la norma introduce un segundo factor, que es el relativo a las pruebas que se haya podido actuar acerca de los bienes propios de los respectivos cónyuges.

Al respecto, Arias-Schreiber señala que: «Aquí ha de empezarse por la determinación de los posibles bienes propios de cada ex cónyuge, según las pruebas sobre ellos que se hayan podido actuar, tanto del primer como del segundo o ulterior matrimonio; estableciéndose al final, según la regla de proporcionalidad señalada, tomándose en cuenta la presunción *iuris tantum* de que los bienes se reputan sociales (artículo 311, inciso 1), la naturaleza ganancial de los bienes respecto de cada sociedad. Este criterio descansa en un ponderado principio de equidad.»(351)

Toda la regulación contenida en el artículo 325, bajo comentario, resulta bastante coherente, pero debe tenerse en cuenta algo que es de gran importancia, y es que mientras más tiempo transcurra entre el momento del fenecimiento de la sociedad de gananciales y el momento en que se haga su liquidación, más dificultades probatorias se encontrarán en el camino y más difícil será obtener un resultado fidedigno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(350) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 181.
(351) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 262.

Unión de hecho

Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

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

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

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Resulta necesario señalar que esta versión del artículo 326 no es la original, pues el artículo fue modificado por el artículo 4 de la Ley n.° 30007, publicada el 17 de abril de 2013, que incorporó el último párrafo del artículo.

Luego, de conformidad con la única disposición complementaria final de la Ley n.° 30311, publicada el 18 de marzo de 2015, se dispuso que la calidad de convivientes, conforme a lo señalado en el presente artículo, se acredita con la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponda al domicilio de los convivientes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por último, de conformidad con el artículo 1 de la Ley n.º 30907, publicada el 11 de enero del 2019, el objeto de la citada Ley, que estableció el texto en vigencia de la norma, fue el de establecer la equivalencia de la unión de hecho con el matrimonio para acceder a la pensión de sobrevivencia, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el presente artículo.

El artículo 326 es, sin duda, una de las normas más importantes del Código Civil de 1984. Se reconoce que la unión de hecho estable puede dar lugar al surgimiento de derechos entre los cónyuges, cuyos requisitos y contenido vamos a pasar a explicar:

a) Debe tratarse de un hombre y de una mujer

Esto significa que la unión de hecho solamente es reconocida para las parejas formadas entre personas de distinto sexo. Pero sobre el tema volveremos posteriormente en el análisis de este mismo artículo.

Al respecto, el profesor Yuri Vega, citando a Alves, Bigio, Martinic, Weinstein y Rubio Correa, señala que: «[...] debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una relación heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales.»(352)

b) La unión debe ser voluntariamente realizada y mantenida

Esto excluye cualquier consideración relativa a mantener a una persona por la fuerza, empleando violencia psíquica o psicológica.

c) Libres de impedimento matrimonial

Para que la unión de hecho tenga reconocimiento legal, se entiende que ninguno de sus miembros puede estar casado. En casos como éstos, se trataría, sin duda, de una unión de hecho impropia, y ella no recibirá reconocimiento legal alguno, habida cuenta de que contravendría normas legales de carácter imperativo.

Así también lo ha señalado el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil, realizado en Apurímac, de fecha 31 de octubre de 2009: «¿Es posible amparar

(352) Vega Mere, Yuri. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 446.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

una unión de hecho de una persona casada (varón) con una persona soltera, cuya esposa fallece durante la convivencia y posterior a ella continúa conviviendo? El Pleno acordó por mayoría: La convivencia entre una persona casada con una persona soltera, viene a ser un concubinato impropio o imperfecto, por cuanto existe un impedimento legal que obstaculiza la realización del matrimonio, entonces si la convivencia se ha originado bajo estos parámetros, y posteriormente a la muerte de la esposa o esposo dicha persona continúa con la convivencia que nació irregular, dicha irregularidad no se podrá convalidar con la muerte del o de la esposa, pues la norma no puede legalizar un hecho o acto ilegal.»(353)

d) Para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio

Como se puede apreciar, la unión de hecho debe ser lo más parecido al matrimonio. La pareja debe comportarse como lo haría una pareja de esposos, con la diferencia de que ellos no se han casado.

Al respecto, Vega Mere, citando a Bigio, indica que: «Es indispensable que la unión cumpla con deberes semejantes a los del matrimonio, lo cual implica que el comportamiento de la pareja deba ceñirse a las pautas generales que el Código Civil señala respecto de las relaciones personales entre cónyuges.»(354)

e) Se origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable

No cabe duda de que el principal y más antiguo efecto de la unión de hecho consiste en la generación de una sociedad de gananciales, lo que significa que el Código Civil de 1984 equiparó en este aspecto a la unión de hecho con el matrimonio. Esta norma fue muy elogiada en su momento.

Nuestra jurisprudencia ha seguido el sentido de la norma, como se observa en la Casación n.º 312-94-Callao, de fecha 1 de julio de 1996: «No puede cuestionarse la existencia de una sociedad de gananciales proveniente de una unión de hecho, cuando ésta ha sido declarada por sentencia ejecutoriada. *Tercero.* [...] [Ha] quedado establecido el derecho de la accionante en este proceso, título con el que ejercita su acción de división y partición, sin que resulte procedente volver a discutir las condiciones de

(353) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 364.
(354) Vega Mere, Yuri. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 448.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

validez o no respecto al reconocimiento del estado de concubinato, al que habrá de aplicarse las reglas de sociedad de gananciales.»[355]

f) Para que se produzca la protección legal se requiere que la unión de hecho haya durado por lo menos dos años continuos

Esta situación es razonable, habida cuenta de que una vez transcurrido un plazo de dos años será claro que no estaremos ante una pareja eventual, sino frente a una bien constituida.

Al respecto, el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia celebrado en La Libertad, de fechas 30 de noviembre de 2007 y 1 de diciembre de 2007, determinó: «Aplicación o no del plazo mínimo de dos años para el reconocimiento de la unión de hecho. El Pleno acordó por mayoría: En el análisis de los requisitos sobre estabilidad o continuidad de la unión de hecho se debe aplicar el plazo de dos años, en atención a que este plazo de convivencia que tiene una pareja varón y mujer, acredita su estabilidad y voluntariedad de consolidar una relación con deberes y derechos semejantes al matrimonio.»[356]

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

No olvidemos que el Código Civil de 1984 entró en vigencia cuando regía el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el mismo que se guiaba por el régimen de la prueba tasada. En ese sentido, el extremo de la norma bajo comentario señala que, si bien puede probarse por cualquier medio, debería existir un principio de prueba escrita a efectos de que ella sea reconocida. Esto, sin duda, representa un rezago de la prueba tasada, el mismo que hoy en día, incluso se podría entender como derogado tácitamente, en la medida en que el régimen vigente (Código Procesal Civil de 1993) lo ha modificado de manera radical.

La jurisprudencia en la sentencia de vista n.° 007-2014-SEC, de fecha 15 de enero de 2014, ha señalado por su parte que la prueba escrita resulta excesiva y que también puede acreditarse la unión de hecho con otras pruebas como la testimonial: «[...] Un problema fundamental sobre las uniones de

(355) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 371.
(356) *Ibidem.*, p. 365.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

hecho es el relativo a la prueba de su existencia. Debe precisarse que ella no va a constar en un título de estado de familia, como son las partidas del Registro del Estado Civil. Esto es así por tratarse de un estado de familia de hecho. [...] La posesión constante de estado de convivientes puede acreditarse por cualquier medio probatorio admitido en la ley procesal, requiriendo el Código Civil la concurrencia de un principio de prueba escrita. Esta última exigencia resulta excesiva si se considera la dificultad de contar con documentos escritos, en una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia; siendo, precisamente, la prueba testimonial la que asume mayor relevancia en asuntos de derecho de familia. Por ello, debería eliminarse tal requerimiento. [...]»(357)

h) Las causas de terminación de la unión de hecho

El artículo 326 establece que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. Esto último es obvio, pues la unión de hecho no da nacimiento a los deberes de cohabitación y de fidelidad, de modo tal que quienes la integran pueden retirarse de esa convivencia cuando lo estimen conveniente.

No obstante, el legislador de 1984 ha considerado justo que, en estos casos, el juez pueda conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Al respecto, conviene señalar lo indicado en la Casación n.º 3387-2013-Apurímac, de fecha 5 de noviembre de 2014, que indica cuáles son los elementos que deben tenerse en cuenta para la determinación de la reparación: «Indemnización por daño moral por la ruptura de unión de hecho: aspectos que se deben tener en cuenta para la determinación de la reparación. [La concubina demanda indemnización por daño moral pues se ha acreditado que la separación se produjo no por incomprensión como se afirma en la sentencia recurrida sino por infidelidad del demandado quien abandonó el hogar para comprometerse con otra persona]. *Noveno.* Conforme a lo regulado por el artículo 326 del Código Civil [...] el reconocimiento del estado convivencial origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, no pudiéndose hacer

(357) *Ibidem*, p. 374.

valer este último derecho mientras no se obtenga el reconocimiento del estado convivencial citado; asimismo el tercer párrafo del artículo citado señala –en su segundo extremo– que la Unión de Hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral pudiendo el juez en este último caso conceder a elección del abandonado una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos además de los derechos que le corresponden de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales. *Décimo.* Corresponde indicar que respecto al daño moral alegado el juez de la causa debe tener en cuenta para la determinación de la indemnización lo siguiente: a) El grado de afectación emocional o psicológica; b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) Si por el abandono se tuvo que demandar alimentos para los hijos menores de edad ante el incumplimiento del conviviente obligado; d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial en relación al otro y a la situación que tenía durante la convivencia entre otras circunstancias relevantes.»[358]

i) Si se tratara de una unión de hecho que no reúna algunos de los requisitos establecidos por el artículo 326 y se produjera la separación unilateral, el abandonado tendrá expedita, en su caso, la acción por enriquecimiento sin causa

Esto es natural y ni siquiera había necesidad de decirlo, en la medida en que esta acción, mal llamada en el artículo 326 como «enriquecimiento indebido», cuando el propio Código Civil la denomina en los artículos 1954 y 1955 enriquecimiento sin causa (también proponíamos corregir esto en 1998, en *Tentaciones académicas*), tiene plena autonomía, al estar regulada en los dos últimos artículos mencionados, normas de texto siguiente:

> **Artículo 1954**.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.
>
> **Artículo 1955**.- La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

(358) *Ibidem*, p. 368.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

j) Derechos hereditarios

Hasta aquí hemos analizado el texto original de 1984 del artículo 326. En el año 2013 se agregó un párrafo al mismo sobre los derechos hereditarios de los miembros supérstites de las uniones de hecho, que dice lo siguiente:

> «Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge».

En adelante vamos a proceder a su estudio de manera independiente. Sólo queremos decir que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[359] proponíamos la adición de un párrafo al artículo 326 en el que reconocíamos los derechos del cónyuge supérstite, en los siguientes términos:

«El concubinato ininterrumpido que dure más de cinco años otorga el derecho a heredar al concubino supérstite, si el causante hubiera muerto durante la vigencia del concubinato. En este caso, son de plena aplicación las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge».

Establecíamos el plazo de cinco años, que era medianamente extenso, para evitar el abuso de la norma en relaciones poco estables. Desde ese entonces nos parecía totalmente justo que el concubino pueda tener derecho a heredar, al ser, precisamente, la persona que ha compartido, en línea con nuestro pensamiento, la vida de manera más cercana con el causante.

Y, es más, en esa misma obra planteábamos que: «Lo dispuesto en este mismo artículo (el 326) también es íntegramente aplicable a las uniones de hecho de personas del mismo sexo».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(359) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 365-369.

En el año 1998 decíamos sobre este particular:

«Finalmente, y aunque parezca un tanto osado, proponemos que las disposiciones sobre concubinato se apliquen también a las uniones de hecho de personas del mismo sexo, siempre que el estado civil de ambas lo permita, vale decir que ninguno de ellos se encuentre casado.»

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 296 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[360] que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso una modificación para el artículo 326, con el texto siguiente:

> **Artículo 326**.- Unión de hecho
>
> 1.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, sin que haya unión de hecho inscrita por alguno de ellos, 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.
>
> 2.- La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal.
>
> 3.- Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el numeral 1 producen derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, por lo que son de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil.
>
> 4.- Tratándose de una unión que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento sin causa.

La comisión dividía el artículo 326 en tres incisos. En el primero indicaba que la unión de hecho a que se refiere la norma es aquella en la cual ninguno de los miembros de la pareja tiene una unión de hecho inscrita (con un tercero, se entiende).

(360) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 110-112.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, en su exposición de motivos la comisión expresó que: «La propuesta del artículo 326 reconoce la unión estable propia y a la impropia (concubinato). En efecto, la unión estable se transforma en un matrimonio por usucapión, por cuanto el tiempo confiere un estado matrimonial aparente, como lo consagra el artículo 326 del Código Civil. Con la propuesta la tendencia a la protección a las uniones estables se acentúa; además, se ha uniformado las modificaciones que ha tenido el Código en materia de derecho de los convivientes, esto en la línea de las nuevas tendencias jurisprudenciales a nivel judicial y del Tribunal Constitucional.»(361)

Pero, en realidad, el hecho de tener inscrita una unión de hecho con un tercero no debe ser considerado como un obstáculo para que una nueva unión de hecho, que reemplace a la anterior, pueda surtir plenos efectos conforme al 326. Lo único que habría que hacer es liquidar la sociedad de gananciales de la primera (la inscrita), si es que ya se hubiere configurado el plazo de los dos años de convivencia. Decimos esto, pues el hecho de tener una unión de hecho inscrita no significa que automáticamente se haya formado el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Además, la unión de hecho, a diferencia de lo que indicaba la exposición de motivos, no es de manera alguna algo así como un «matrimonio por usucapión».

Si uno convive en unión de hecho, pero no se casa, ello no impide que pueda decidir, cuando lo desee, estar con otra pareja con o sin una nueva unión de hecho.

No hay que olvidar que, si los miembros de una unión de hecho no se casan, es porque no deciden hacerlo o porque deciden no hacerlo. Por una razón o por la otra, la realidad es que no están casados (no hay matrimonio entre ellos).

Por último, el inciso 4 del artículo propuesto por la comisión establecía que «tratándose de una unión que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción por enriquecimiento sin causa».

(361) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. «Anteproyecto de Reforma del Código Civil». Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2019, p. 86. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR35kM_4DKRclgil0kf123aZWXvH461cvMOZsFG1q3O2PdXTlnrSm1q_xF0

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Éste era un error de la comisión, pues, conforme a lo dispuesto por el artículo 1955 del Código Civil (norma sobre la que no se había propuesto reforma alguna), la acción por enriquecimiento sin causa no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

Y en el caso de los concubinos que no logren cumplir con los requisitos del artículo 326, procedería un reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios (artículo 1969 y siguientes).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA SUCESIÓN EN LAS UNIONES DE HECHO[362]

1. ANTECEDENTES

El miércoles 17 de abril de 2013 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley n.° 30007, que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil; además del inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil; y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley n.° 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho.

La Constitución de 1979, en el Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales de la persona, Capítulo II, De la familia, artículo 9, dio un paso muy importante al establecer en su artículo 9 lo siguiente:

> **Artículo 9**.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

Como no podía ser de otra manera, el Código Civil de 1984 recogió el concepto del artículo 9 de la Constitución Política de 1979. Lo hizo en su artículo 326, norma de texto siguiente:

> **Artículo 326**.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.
>
> La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.
>
> La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(362) Los comentarios a esta norma se basan en mi artículo publicado en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 2, con fecha agosto de 2013, titulado «La sucesión en las uniones de hecho».

> que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.
>
> Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

El principio contenido en el artículo 326 fue reiterado por el artículo 5 de la Constitución Política del Perú, promulgada el día 29 de diciembre de 1993 y que entró en vigencia el 31 de diciembre de ese año, con la siguiente redacción:

> **Artículo 5**.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Como puede apreciarse, la tendencia legislativa con respecto a la protección del patrimonio de los miembros de las uniones de hecho ha sido invariable desde la Constitución de 1979 (la misma que entró en vigencia el 28 de julio de 1980).

El propósito del constituyente de 1979 fue muy positivo, en la medida en que era consciente de los múltiples abusos que se cometían, generalmente de parte de los hombres en perjuicio de las mujeres, cuando una pareja convivía durante varios años, pero no estaba casada.

Como en la mayoría de casos, el hombre era quien trabajaba fuera del hogar y la mujer se ocupaba de la casa, el hombre adquiría los bienes (empezando por el inmueble en el que convivían y siguiendo con las demás pertenencias) a nombre propio, de manera tal que cuando se rompía esa convivencia, el varón se hacía de todo ese patrimonio de la manera más fácil, en la medida en que casi todos los bienes importantes se hallaban a su nombre.

Y esta situación era muy injusta, dado que dicho patrimonio había sido hecho por el esfuerzo común de ambos convivientes, ya que la labor de la mujer en el cuidado de la casa y de los hijos no se estaba considerando para estos efectos.

Es verdad que la norma constitucional de 1979 ya tiene una antigüedad de cuarenta y cuatro años (al 2023) y que la situación de la mujer en el terreno laboral ha avanzado mucho en el Perú, no obstante lo cual ella sigue siendo desventajosa con relación al hombre debido a múltiples razones, por todos conocidas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo demás, fue un acierto que la Constitución Política de 1993 acogiera similar principio y que el Código Civil de 1984 diese una regulación pormenorizada sobre el particular en el ya citado artículo 326.

A mi generación le correspondió estudiar Derecho, precisamente en el tránsito del Código de 1936 al de 1984 y, de discutir en los salones de clase sobre los temas trascendentes que implicaron las modificaciones de un cuerpo normativo a otro.

En ese sentido, recuerdo muy bien que una de las materias que ya se planteaba en las aulas universitarias, a mediados de los años ochenta del siglo pasado, era la relativa a si el artículo 326 del Código Civil, si bien había seguido la norma constitucional de 1979, no habría sido lo suficientemente de avanzada al no reconocer derechos sucesorios al concubino.

Recuerdo también interesantes discusiones con mis compañeros de clase y con algunos profesores en este sentido.

En aquella época, el razonamiento fundamental que giraba en torno al tema era el relativo a si debían o no heredar entre sí los concubinos o miembros de uniones de hecho. Y recuerdo también que el argumento central que se esgrimía para negar esta posibilidad era aquél que sostenía que si se legislase en este sentido, prácticamente no existirían mayores diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho, razón por la cual se desincentivaría a las parejas para contraer matrimonio, y ellas optarían por convivir, ya que su patrimonio iba a estar resguardado tanto por un régimen similar al de la sociedad de gananciales (artículo 326 del Código Civil), como por un régimen hereditario en el cual los concubinos heredaran recíprocamente, tal como si fueran cónyuges.

Confieso que en aquella época yo era de los partidarios de que no se concediese derechos sucesorios recíprocos a los concubinos; pero hoy, transcurrido tanto tiempo, he cambiado de parecer y estimo que ese criterio del que formé parte no hacía sino perjudicar los derechos de un grupo numeroso de personas que no se encontraban allí por otra circunstancia que no fuese por el devenir de la vida, ya que uno no necesariamente escoge cómo va a vivir sino que en el camino uno va ordenándose de la mano con la realidad(363).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(363) Teniendo en cuenta que en base a una muestra del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, se reveló que, en el censo del 2007, el porcentaje de peruanos cuyo estado civil era casado fue de 42,2 %, lo cual cambió para el 2017, pues se registró la cifra de 34,7 %. En el mismo

En ese sentido, fue una grata sorpresa para mí el leer la Ley n.° 30007, de abril de 2013, pues al fin se otorgaba derechos sucesorios entre los miembros de las uniones de hecho.

Por lo demás, dicha norma legal sólo efectúa este reconocimiento entre parejas heterosexuales, ya que en su artículo 1, que define su objeto, se señala que «la presente Ley tiene por objeto reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho».

Asimismo, en lo que atañe a la procedencia de derechos sucesorios, el artículo 2 establece que «para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros».

En ese sentido, el referido artículo 326 señala claramente cuáles son los requisitos para que la unión de hecho sea reconocida para efectos de una sociedad de gananciales, los mismos que se podrían enumerar del siguiente modo:

a) La unión de hecho tiene que ser voluntaria.

b) Sus integrantes deben ser un varón y una mujer.

c) Deben estar libres de impedimento matrimonial.

d) La unión debe realizarse para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

e) Debe haber durado al menos dos años continuos.

Esto significa que el propio Código Civil excluye a todo aquél que no se encuentre dentro de los requisitos mencionados, de modo tal que, a título de ejemplo, podemos decir que no producirá los efectos de una sociedad de gananciales la unión de hecho entre una mujer soltera y un hombre casado o viceversa.

En este caso, la única sociedad de gananciales que existiría (si es que no hubiera pacto de separación de patrimonios) sería la de ese hombre casado con su esposa o la de esa mujer casada con su esposo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sentido, el porcentaje de peruanos que se registraban como convivientes no había variado, pues en los censos de ambos años se registró la cifra de 32,3 %.

Ver: Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). Estado civil o conyugal del jefe(a) de hogar y ciclo de vida del hogar. [Archivo PDF]. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1711/cap03.pdf

Y esto es lógico, en la medida en que el Código Civil auspicia el matrimonio como modelo fundamental de familia en el Perú, independientemente de que no cabe duda de que existen otros modelos de familia distintos al matrimonial, los mismos que no constituyen objeto de análisis en estas páginas.

En otras palabras, para que se presente el supuesto del artículo 326 del Código Civil, sólo podría existir un reparo de orden moral (el convivir sin estar casados), mas no uno de orden legal.

Dentro de tal orden de ideas, el referido artículo es muy claro cuando excluye de sus alcances a todas aquellas formas de unión entre personas que no se encuentren dentro del ámbito de la propia norma.

2. LA SUCESIÓN ENTRE INTEGRANTES DE UNIONES DE HECHO

2.1. Reconocimiento de derechos sucesorios

La Ley n.° 30007 establece en su artículo 3, relativo al reconocimiento de los derechos sucesorios, que:

> Para los efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley n.° 26662, Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos o reconocidas por la vía judicial.
>
> Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior.

En buena cuenta, el inciso 3 de la Ley bajo comentario establece hasta tres formas para el reconocimiento de los derechos sucesorios, que no son otra cosa que las formas de reconocimiento de la propia unión de hecho.

Es así, que en virtud del artículo 49 de la Ley n.° 26662, pueden reconocerse e inscribirse en el Registro Personal, por mutua decisión de los convivientes, uniones de hecho de personas vivas; lo cual también puede ocurrir si dichos convivientes no eligen la vía notarial sino recurren a la vía judicial para el mismo efecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es necesario subrayar que tanto la vía notarial como la judicial, mencionadas en el primer párrafo del artículo 3 de la Ley n.° 30007, parten de la idea de que los concubinos se encuentran vivos cuando se realiza dicha gestión, vale decir que el trámite no puede ser iniciado por los herederos, pero sí concluido por ellos.

En estos casos, cuando se reconozca la existencia de una unión de hecho, lo importante será, para fines sucesorios, que ella tenga más de dos años de antigüedad y que se encuentre vigente al momento del fallecimiento de uno de sus integrantes.

Distinto es el caso del supuesto contenido en el segundo párrafo de la Ley, ya que el mismo pasa por la situación en la cual, al momento de la muerte de uno de los integrantes de la unión de hecho, ésta no se encuentre inscrita en el Registro Personal.

En tal sentido, resulta evidente que el trámite de reconocimiento de la unión de hecho deberá ser efectuado por el conviviente supérstite, con vocación hereditaria.

Es oportuno señalar que, en la inmensa mayoría de casos, los convivientes no registran sus uniones de hecho en vida, fundamentalmente por una cuestión de orden moral y social. Es claro que en las relaciones sociales cualquiera prefiere presentarse como «esposo o esposa de alguien» (sin serlo) o incluso como la «pareja» de alguien (tal vez creando cierta ambigüedad sobre su estado civil), que presentarse como el conviviente de alguien; y no sólo eso, sino que, además, se trataría de un conviviente *erga omnes*, pues figuraría inscrito con tal condición nada menos que en Registros Públicos.

Es en virtud de tales consideraciones que me temo que la Ley n.° 30007 no va a lograr que un número muy grande de personas que se encuentren conviviendo en uniones de hecho reconozcan y registren en vida tal situación. Así las cosas, el reconocimiento de la unión de hecho, para que tenga efectos sucesorios, fundamentalmente será hecho por el conviviente supérstite en la vía judicial.

2.2. Modificación del artículo 326 del Código Civil y modificaciones indirectas a diversas normas de este cuerpo normativo

Hasta este punto nos hemos limitado a comentar cuáles son los alcances de la Ley n.° 30007 en lo que respecta a sus consideraciones generales, pero, como es evidente, dicha norma introdujo modificaciones importantes en una serie de artículos del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El primero de ellos es, naturalmente, el artículo 326, precepto al que se le ha incorporado (agregado) un último párrafo, de texto siguiente:

> Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil[364] se

(364) Artículo 725.- El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Artículo 727.- El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

Artículo 730.- La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.

Artículo 731.- Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente.

Artículo 732.- Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731.

Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.

Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.

El artículo 732 fue complementado por la sexta disposición final del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo n.° 768 y que incluye las normas del Decreto Legislativo n.° 767, Decreto Ley n.° 25940 y Decreto Ley n.° 25869; publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 22 de abril de 1993), que señala lo siguiente: Salvo que este Código establezca un proceso especial, se tramitan como proceso no contencioso las solicitudes o autorizaciones del Código Civil a que se refieren los Artículos: [...] 732 [...].

Artículo 822.- El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo.

Artículo 823.- En los casos del artículo 822 el cónyuge puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los artículos 731 y 732.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los mismos términos en que se aplicarían al cónyuge.

Tales normas son las referidas a la sucesión del cónyuge.

De esta forma, el artículo 725 deberá entenderse como que el que tiene hijos, otros descendientes, o cónyuge o miembro de unión de hecho, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

En el mismo sentido, el artículo 727 deberá entenderse como que el que no tiene cónyuge, miembro de una unión de hecho, ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

De otro lado, el artículo 730 deberá ser leído de la siguiente manera: la legítima del cónyuge o miembro de una unión de hecho es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio o de la unión de hecho, respectivamente.

Por su parte, el artículo 731 debería ser interpretado de la siguiente manera:

> Cuando el cónyuge o miembro de unión de hecho sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal o convivencial, dicho cónyuge o miembro de unión de hecho podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.
>
> La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.
>
> En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge o miembro de unión de hecho sobreviviente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 824.- El cónyuge que concurra con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.

Artículo 825.- Si el causante no ha dejado descendientes ni ascendientes con derecho a heredar, la herencia corresponde al cónyuge sobreviviente.

Por otra parte, el texto del artículo 732 se deberá entender de la siguiente manera:

> Si en el caso del artículo 731 el cónyuge o miembro de una unión de hecho sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge o miembro de una unión de hecho sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731.
>
> Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.
>
> Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos. Lo propio ocurrirá si el miembro de una unión de hecho vive en concubinato, muere o renuncia a tales derechos.

El artículo 822 del Código Civil deberá entenderse de la siguiente manera: «El cónyuge o miembro de una unión de hecho que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo».

Por su parte, el artículo 823 deberá entenderse así: «En los casos del artículo 822 el cónyuge o miembro de una unión de hecho puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los artículos 731 y 732».

En tanto el artículo 824 se entenderá de la siguiente manera: «El cónyuge o miembro de una unión de hecho que concurra con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos».

Finalmente, el artículo 825 del Código Civil se entenderá de la siguiente manera: «Si el causante o miembro de una unión de hecho, no ha dejado descendientes ni ascendientes con derecho a heredar, la herencia corresponde al cónyuge sobreviviente».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como puede apreciarse, si bien es cierto el artículo 4 de la Ley n.° 30007, al incorporar un párrafo al artículo 326 del Código Civil, no ha modificado expresamente los nueve artículos que ahí menciona, es evidente que en ellos se ha producido una modificación indirecta, ya que las normas citadas no se van a aplicar solamente al cónyuge, sino también al integrante de una unión de hecho, si fuese el caso.

2.3. El supuesto de los herederos forzosos

Como sabemos, el artículo 723 del Código Civil establece que: «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos».

En ese sentido, el artículo 724 del Código Civil ha dado a los miembros de las uniones de hecho el carácter de herederos forzosos y ha prescrito que ellos se verán beneficiados con lo dispuesto por el artículo 725, que establece el tercio de libre disposición para el causante que tenga hijos u otros ascendientes, o cónyuge o sea miembro de una unión de hecho.

Estas normas tienen un valioso contenido, en la medida en que se está protegiendo la calidad sucesoria del miembro de una unión de hecho, tanto como se venía protegiendo la del cónyuge.

2.4. Legítima versus condición de heredero

El artículo 730 del Código Civil subraya que la legítima del cónyuge es independiente de los gananciales que le corresponden por razón de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.

Esta norma ahora también se aplica a los miembros de las uniones de hecho.

2.5. El derecho a vivir en la casa-habitación

El artículo 731 antes sólo protegía al cónyuge en el supuesto por él regulado. Ahora también lo hace con respecto al miembro de una unión de hecho.

2.6. El orden sucesorio en las uniones de hecho

Al haberse equiparado los derechos sucesorios de los miembros de las uniones de hecho a los del cónyuge, necesariamente se tenía que efectuar una modificación en lo que respecta a los órdenes sucesorios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Y así se ha hecho al modificar expresamente el artículo 816 del Código Civil, norma que trata acerca de los derechos sucesorios.

El referido artículo hoy tiene el texto siguiente:

> **Artículo 816**.- Órdenes sucesorios
>
> Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.
>
> El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Esto equivale a que debe entenderse que el título IV, relativo a la sucesión del cónyuge, artículos 822, 823, 824 y 825, ha sido modificado (como en efecto lo hace la Ley n.° 30007, artículo 4, al haber incorporado un último párrafo al artículo 326 del Código Civil), haciendo aplicables todos los preceptos de la sucesión del cónyuge a la sucesión del miembro de una unión de hecho.

2.7. Ampliación de actos inscribibles en el Registro Personal

Finalmente, el artículo 7 de la Ley n.° 30007 ha dispuesto que serán inscribibles en el Registro Personal: «Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial». Esto, al haber agregado un inciso 10 al referido artículo 2030.

2.8. Problemas prácticos que conlleva la aplicación de la Ley n.° 30007

En principio, parecería fácil señalar que es miembro de una unión de hecho aquella persona que cumple con los requisitos que siempre estableció el artículo 326 del Código Civil; y que nosotros ya hemos estudiado en el presente trabajo.

No cabe duda de que habrá casos en los cuales no ofrecerá dificultad el determinar quién es miembro de una unión de hecho, pero habrá otros en los que el tema sí resultará difícil de explicar, por las siguientes consideraciones.

Resulta claro que nadie que se encuentre unido en matrimonio podrá hallarse incurso dentro del caso de las uniones de hecho, regulado por el artículo 326 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esto no representará dificultad alguna, así como tampoco el que la unión de hecho tenga que ser voluntaria.

Asimismo, el artículo 326 se encarga de establecer con claridad que los integrantes de la unión de hecho deberán ser un varón y una mujer, razón por la cual no resultan aplicables las disposiciones sobre sociedad de gananciales ni sobre derechos hereditarios a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

En otras palabras, los problemas no estarán centrados en los requisitos que hemos indicado con los literales a), b) y c) en el punto 1 de este acápite.

Advertimos que tales problemas sí podrán presentarse en lo que respecta a los requisitos d) y e). El primero de ellos relativo a que la unión debe realizarse para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; y el segundo, en el sentido de que ella debe haber durado, al menos, dos años continuos.

Vamos a ocuparnos del primero de tales requisitos.

Cuando la ley hace referencia a que la unión debe realizarse para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, no cabe duda de que el legislador estuvo pensando en el supuesto de que se trataba de una unión de hecho con carácter de exclusividad, y queda claro que el legislador ha entendido que el matrimonio conlleva una situación de exclusividad con respecto a los cónyuges.

Haciendo una analogía, si se puede decir que el matrimonio en la ley peruana sólo admite la existencia de dos cónyuges (ya que nadie puede estar casado más de una vez de manera simultánea), es decir, tener más de un cónyuge a la vez; la unión de hecho se plantea en ese mismo sentido, es decir, con la idea de que nadie que se encuentre en una unión de hecho tenga, en simultáneo, otra pareja también en unión de hecho.

Pero, de la teoría a la realidad en este aspecto hay un trecho muy grande, pues sí resulta plenamente posible que haya personas que, a la vez, mantengan más de una unión de hecho.

Es evidente que esas personas no podrían estar casadas con más de una persona, pues el Derecho se lo impediría, pero los hechos, es decir, la realidad factual, no impiden que alguien tenga, a la vez, más de una unión de hecho, obviamente sin estar casado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Todos, de seguro, conoceremos más de un caso y aquí tendríamos que preguntarnos si resultaría posible que una misma persona tenga diversos regímenes de sociedad de gananciales con, a su vez, diversos concubinos simultáneos.

Esto acarrearía problemas muy serios a efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando, por cualquier razón, acabe la unión de hecho, ya que tendríamos que imaginar una liquidación por cada una de esas uniones, y sólo considerar dentro del patrimonio de la sociedad, aquellos bienes que fueron adquiridos con el esfuerzo común de la pareja y que, en ese sentido, tengan directa relación con esa sociedad de gananciales, fruto de la vida en común, precisamente, de esa pareja. Menudo problema.

Ésta es una posibilidad, pues la otra sería la de no considerar como sociedad de gananciales, a ninguna de las uniones de hecho existentes, ya que podría decirse que en ninguna de esas uniones el miembro de la unión de hecho que sea común a todas ellas ha tenido la intención de alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, en razón a que –claro está– ha incumplido de manera manifiesta el deber de fidelidad. Pero el deber de fidelidad sólo nace del matrimonio, no existe en la unión de hecho, con lo cual quien es infiel a su pareja de hecho no incumple deber jurídico alguno.

En este último caso, no hablaríamos de un régimen similar al de la sociedad de gananciales, sino de un régimen similar al de la separación de patrimonios, en el cual lo de cada quien será de cada quien.

Tales consideraciones, que pueden tener esta doble interpretación en materia del régimen de sociedad de gananciales, necesariamente van a tener que ser vistas desde una óptica distinta en el caso de la sucesión de los integrantes de las uniones de hecho.

Decimos esto, en razón a que, si bien es admisible teóricamente en Derecho, que se puedan liquidar varias sociedades de gananciales paralelas,(365) no necesariamente resultaría admisible que varios concubinos o miembros de una unión de hecho supérstites al causante puedan ser equiparados al cónyuge supérstite para efectos sucesorios.

En este último caso, es claro que al no aceptar la ley peruana la existencia de más de un cónyuge a la vez tampoco podría aceptar que, en la sucesión, en

(365) Nos referimos a la liquidación de regímenes de sociedades de gananciales paralelas, pues la liquidación de los regímenes sucesorios no resulta tema novedoso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el caso de las uniones de hecho, dos o más concubinos supérstites concurran a heredar en el lugar que ocuparía el cónyuge, si fuese el caso.

Es evidente que esta situación nunca se podría presentar cuando alguien hubiera muerto luego de tener sucesivas uniones de hecho en donde todas ellas hayan durado, al menos, dos años continuos.

Decimos esto, en razón a que los derechos sucesorios del concubino supérstite sólo son concedidos al último concubino, es decir, a aquél que mantenía una unión de hecho de, al menos, dos años continuos con el causante.

Ningún concubino anterior tendrá derecho a heredar; esto, más allá de que hubiese formado con cada uno de esos anteriores concubinos uniones de hecho que generaron regímenes patrimoniales similares al de la sociedad de gananciales.

Lo que corresponderá en estas uniones de hecho y en la última será liquidar las sociedades de gananciales, pero sólo el último concubino supérstite tendrá derechos hereditarios.

No obstante, como hemos señalado, no estamos refiriéndonos a este caso, sino a aquél en el cual exista una persona que, al momento de su muerte, haya tenido varias uniones de hecho vigentes, y todas ellas con una duración no menor de dos años continuos.

Dicho sea de paso, ello no está prohibido por la ley, pues ésta no prohíbe convivir con varias personas a la vez, cuando no se está casado.

Sólo prohíbe hacerlo cuando se ha contraído matrimonio con alguien.

Pero, si se es soltero, la convivencia múltiple, independientemente de razones de orden moral, es algo legalmente válido.

En ese sentido, y en razón a lo expuesto, no podríamos admitir la sucesión de más de un concubino o miembro de unión de hecho, pues si ése fuese el caso, tal persona no debería ser equiparada al cónyuge supérstite en materia de derechos hereditarios.

Ello sería algo así como una concurrencia de concubinos en materia hereditaria.(366)

(366) Recordemos que el Código Civil regula, en materias absolutamente distintas, otros tipos de concurrencia: la de acreedores de bien inmueble cierto (artículo 1135), la de acreedores de bien

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, dicha concurrencia de derechos podría ser solucionada solamente de tres maneras:

a) Que hereden, prorrateando sus derechos, todos los concubinos supérstites.

b) Que herede el concubino que acredite haber tenido mayor posesión de estado y cuya situación hubiera tenido mayor similitud a la del matrimonio.

c) Que no herede ninguno de los concubinos.

Ya hemos manifestado nuestro parecer contrario a que la concurrencia de concubinos determine una concurrencia de derechos sucesorios.

Esta situación la consideraríamos contraria a las finalidades de la Ley n.° 30007 y estimamos que el Derecho peruano no podría otorgar a varios concubinos supérstites, en conjunto, la posición sucesoria que tendría el cónyuge.

Del mismo modo, entendemos que la existencia de una multiplicidad de concubinos que concurran a reclamar derechos sucesorios no podría hacer que los tribunales de justicia, por ese solo hecho, estimen que ninguno de ellos podrá acceder al beneficio otorgado por la Ley n.° 30007.

Esto significa que la sola concurrencia de concubinos o de miembros de uniones de hecho supérstites no enervará la aplicación de los beneficios contenidos en la citada ley.

Es así que, admitiendo que el tema resulta altamente opinable, nos permitimos adherir el criterio de que, en casos como éstos, los tribunales de justicia sólo deberían otorgar derechos hereditarios a un concubino supérstite.

Pero, creemos que lo expresado requiere de una mayor explicación.

Ante todo, estimamos que sólo podrían ser considerados como miembros de una unión de hecho, en estos casos, quienes en verdad hayan tenido posesión de estado con el causante, que hubiese sido similar a la que se genera con el matrimonio, lo que conlleva necesariamente tener un hogar en común, con independencia de si se ha procreado o no hijos en esa relación.

Decimos esto, pues para tales efectos deben ser rechazadas todas aquellas relaciones que tengan un obvio carácter de eventualidad, vale decir, todas aquellas relaciones en las cuales, haya o no haya habido hijos, no se haya convivido

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

mueble cierto (artículo 1136), la concurrencia de arrendatarios (artículo 1670); y regulaba la concurrencia de cesionarios (en el lamentablemente derogado artículo 1217).

en un hogar común, lo que equivale a decir que no se haya convivido como si estuvieran casados.

Ello significa que las relaciones o encuentros sexuales esporádicos no califican de manera alguna dentro de los alcances del artículo 326, ni para efectos de un régimen patrimonial similar al de la sociedad de gananciales, ni para efectos de derechos sucesorios concubinarios.

Como podrá apreciar el lector, este razonamiento descarta infinidad de relaciones, pues el día sólo tiene 24 horas y, generalmente, no se puede convivir con dos personas a la vez.

Hemos resaltado la palabra generalmente, en la medida en que hay casos excepcionales en donde una persona, mal que bien, podría convivir, aunque sea de manera precaria, con dos o más personas.

Es el típico caso de aquel hombre que desarrolla sus labores en dos ciudades diferentes y que ha constituido uniones de hecho en cada una de ellas.

El caso es complejo, pues, probablemente pasará similar número de días en cada ciudad viajando realmente por razones laborales.

Éste es el caso más complicado, pues, en verdad cada una de esas uniones se parecería muchísimo a aquélla constituida por el matrimonio y ambas uniones de hecho tendrían carácter estable.

Naturalmente, podríamos pensar en alguna persona más osada y que haya constituido no sólo dos, sino tres o más uniones de hecho con similar carácter, en diversas ciudades o incluso, en la misma ciudad.

No obstante, como podrá apreciar fácilmente el lector, conforme más uniones de hecho existan, si el tiempo se repartiera por igual entre cada una de ellas, tales uniones no tendrán parecido alguno con el matrimonio. Se parecerán más bien a encuentros de carácter esporádico.

Entonces, ante una pluralidad de uniones de hecho, y en caso de concurrencia de concubinos con vocación hereditaria, somos de la opinión de que los tribunales deberían hacer prevalecer aquella unión de hecho más estable y que se parezca más a la unión matrimonial.

Es verdad que luego de este análisis podríamos encontrarnos con supuestos en los cuales dos uniones de hecho tengan grandes parecidos con los efectos prácticos de la unión matrimonial. En estos casos, los tribunales de todas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

maneras tendrían que decidir entre una y otra; y, para tal efecto, ensayamos algunos criterios de solución:

a) Se podría preferir la unión más antigua

Es solamente un orden de prelación, pero el mismo tendría fundamento, ya que, si se tratase de una unión más antigua, sería obvio que hubiese durado más tiempo que la otra o las otras uniones de hecho, pues todas ellas habrían terminado con la muerte del concubino-causante.

b) Se podría pensar en aquella unión de hecho en donde se hubiese procreado más hijos

Pero no creemos que ésta deba ser la solución, pues el tener o no tener hijos no depende de falta de afecto (ni siquiera de que el mismo esté presente). Se puede querer mucho a una persona con la cual uno no tenga hijos.

Es en razón a tales consideraciones que descartaríamos este criterio.

c) Se podría tomar en cuenta el criterio de la buena fe

De acuerdo a este criterio, sólo deberían entrar en juego aquellas uniones de hecho que compartan las características del matrimonio, y que hayan partido de la buena fe del concubino supérstite, es decir, que cuando se iniciaron dichas uniones de hecho, el concubino supérstite no haya conocido que el concubino ahora fallecido era parte de otra unión de hecho.

Sin duda, si aplicáramos este criterio, siempre entraría en juego el concubino de la unión de hecho más antigua, disputando el lugar de preferencia con los demás concubinos de buena fe.

No obstante, también descartaríamos este criterio de preferencia, en razón de que es muy difícil probar la buena fe y, fundamentalmente, porque no existe norma legal alguna que prohíba iniciar una unión de hecho con alguien que (siendo soltero, divorciado o viudo) es miembro de otra unión de hecho y que –incluso– la mantenga en paralelo con la segunda.

En razón a lo expuesto, nos parece que el criterio de antigüedad de la unión de hecho debería primar a efectos de preferir al concubino supérstite para concederle derechos hereditarios; ello, naturalmente, asumiendo que todos esos concubinos deberían tener una situación de igualdad de preferencia por parte del miembro de la unión de hecho que hubiere fallecido y que constituya el causante de cuya sucesión estemos hablando.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es en razón de esta probanza, que la Ley n.° 30007, en su artículo 8, ha modificado el inciso 4 del artículo 425 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, cuando señala que debe acompañarse a la demanda «la prueba de la calidad de heredero, cónyuge o, en su caso, de integrante sobreviviente de la unión de hecho, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea, o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses, y en el caso del procurador oficioso (...)».

Eso significa que, a la demanda judicial para ser declarado heredero, el concubino supérstite deberá acompañar el título que acredite su condición de integrante sobreviviente de la unión de hecho.

No cabe duda de que el caso más sencillo sería aquél en que se acompañe a la solicitud la constancia de inscripción de la unión de hecho en el Registro Personal, conforme a la modificación incorporada por el artículo 9 de la Ley n.° 30007 al artículo 831 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

No obstante, el tener registrada la unión de hecho en el Registro Personal no es, en absoluto, algo definitivo.

Decimos esto, en la medida en que bien podría estar inscrita una unión de hecho en el Registro Personal y haber fenecido la unión de hecho en razón a la separación de los concubinos, a pesar de lo cual continúe inscrita dicha unión en el Registro Personal.

Y si éste fuera el caso y se produjera la muerte de uno de los concubinos, es obvio que los demás herederos o el nuevo miembro de una unión de hecho que cumpla con los requisitos señalados por el artículo 326 del Código Civil podrán hacer valer sus derechos; en el primer caso, a efectos de no compartir la masa hereditaria con quien tiene la unión de hecho inscrita en el Registro Personal (pero que hoy carece del derecho a heredar); y en el segundo, para ocupar el lugar de esa persona en la sucesión del concubino.

Lo expresado significa que si bien es importante que las uniones de hecho puedan estar inscritas en el Registro Personal, a efectos de la contratación con los concubinos y, sobre todo, para la disposición de bienes comunes, al existir entre ellos un régimen similar al de la sociedad de gananciales, ello no será definitivo ni para efectos de tal régimen patrimonial (pues, la sociedad habría podido fenecer en razón de la desaparición de la unión de hecho); ni mucho menos para efectos sucesorios, pues –como hemos visto– es plenamente atacable y discutible la calidad de heredero del concubino inscrito en el Registro

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Personal, no sólo por haberlo dejado de ser, sino porque pudiera haber otra persona que también ostentara la calidad de concubino y que, como hemos visto en este acápite, pueda discutir con éxito tal condición en los tribunales y ser preferida en prelación de derechos sucesorios por sobre aquel concubino que tenía inscrita la unión de hecho en el Registro Personal al momento de la muerte del concubino-causante.

2.9. Normas complementarias

La Ley n.° 30007 también establece en su artículo 10 la modificación de los artículos 35, 38 y del inciso 4 del artículo 39 de la Ley n.° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No-Contenciosos.

Dichas normas han quedado con los textos que se consigna a continuación:

> **Artículo 35**.- Solicitud
>
> La comprobación de testamentos se solicita mediante petición escrita que suscribirá:
>
> 1.- Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal, incluido el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley;
>
> 2.- Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario, y;
>
> 3.- Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.
>
> **Artículo 38**.- Procedencia
>
> La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el artículo 815 del Código Civil, o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, ante el notario del lugar del último domicilio del causante.
>
> **Artículo 39**.- Requisitos
>
> La solicitud debe incluir: [...]
>
> 4.- Partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme;
>
> [...].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 326 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[367] que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la adición de un artículo, el 326-A, con el texto siguiente:

> **Artículo 326-A**.- Separación de patrimonios
>
> 1.- Constituida la unión de hecho, cabe acordar la separación de patrimonios formalizada ante notario e inscrita en el registro personal.
>
> 2.- Procede la sustitución del régimen patrimonial de la unión de hecho. Para que surta efecto ante terceros se debe inscribir en el registro personal.

A través de este artículo se proponía establecer que los miembros de una unión de hecho pueden acordar separación de patrimonios y sustituir el régimen patrimonial.

Nosotros, en un trabajo del año 2017, transcrito anteriormente,[368] sostuvimos que ello estaba perfectamente permitido en el Derecho peruano, sin necesidad de precepto legal específico. No obstante, concordamos con que no existe unanimidad de criterio sobre el particular y que una norma como la propuesta podría resultar oportuna.

La comisión también propuso agregar un artículo 326-B, que dijera lo siguiente:

> **Artículo 326-B**.- Extinción de la unión de hecho
>
> 1.- La unión de hecho termina por:
>
> a) Muerte,
>
> b) Ausencia,
>
> c) Mutuo acuerdo,
>
> d) Decisión unilateral, y

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(367) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 111-112.

(368) Castillo Freyre, Mario. «Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge». *Op. cit.*, pp. 19-31.

e) Matrimonio civil celebrado por alguno de sus miembros en fecha posterior a la inscripción registral de la unión de hecho.

En el caso de la decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de compensación o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, salvo que se hubiera adoptado el régimen de separación de patrimonios.

A través de esta norma se proponía regular los supuestos por los que se extingue la unión de hecho. Los cuatro primeros (literales a, b, c y d) son de evidencia palmaria.

El quinto (literal e) podría llevar a confusión, pues señalaba: «Matrimonio civil celebrado por alguno de sus miembros en fecha posterior a la inscripción registral de la unión de hecho».

Hay que precisar que la unión de hecho se extinguiría si cualquiera de sus integrantes se casa con un tercero, independientemente de si la unión de hecho estuviera inscrita o no en el registro. Esto es irrelevante.

Además, la comisión del 2019 no contemplaba dentro de los supuestos de extinción de la unión de hecho el que tal vez resulte el más evidente, que es el matrimonio entre los miembros de la propia unión de hecho. Aquí la unión de hecho se extingue y nace la relación matrimonial, pero la sociedad de gananciales, si la hubiera, continuará existiendo en el matrimonio. Es evidente que ella no se extingue.

Finalmente, nos parecía justa la solución que se brindaba en el inciso 2 de la norma propuesta al conviviente abandonado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO TERCERO
SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

Separación de patrimonios

Artículo 327.- En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes.

Cuando una pareja contrae matrimonio, lo usual es que no se establezca algo en particular en torno al régimen patrimonial del matrimonio. Como ya hemos señalado oportunamente, antes de estudiar la sociedad de gananciales, éste es el régimen que se aplicará por defecto de pacto distinto al respecto.

Pero los contrayentes podrían haber optado por un régimen distinto, el de separación de patrimonios, que es, precisamente, aquel que tiene regulación en los artículos 327 a 331.

Aguilar Llanos, citando a los Mazeaud, define el régimen de separación de patrimonios como «[...] aquel que no contiene masas indivisa activa ni pasiva durante el matrimonio y que deja intactos los poderes de los esposos sobre sus bienes por conservar ellos la administración, la disposición y el disfrute de los mismos.»(369)

Por su parte, Arias-Schreiber indica que «[...] la separación de patrimonios se constituye en un régimen general y autónomo, que se gobierna por el principio de la independencia entre los cónyuges en la titularidad de los bienes y en la gestión de los mismos.»(370)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(369) Aguilar Llanos, Benjamín. *Regímenes patrimoniales del matrimonio. Op. cit.*, p. 179.
(370) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 267.

El régimen de separación de patrimonios implica que cada cónyuge conservará la propiedad, no sólo de los bienes propios que aporte al matrimonio, sino también de aquellos que adquiera durante la vigencia del mismo.

Este régimen de propiedad exclusiva de los bienes implica, naturalmente y como lo establece el artículo 327 bajo comentario, no sólo el que cada cónyuge conserve la propiedad exclusiva de tales bienes, sino que, además, conservará su plena administración y disposición.

Ello conlleva que también hará suyos los frutos y productos de tales bienes. Sobre esto no existe discusión alguna.

El régimen de separación de patrimonios implica que los cónyuges, si bien compartirán vida en común, no van a compartir la propiedad de patrimonio alguno, como ocurre con el régimen de sociedad de gananciales, en el cual van a conservar sus bienes propios, pero, además, existirá una ficción consistente en los bienes comunes, cuyo administrador y representante será la propia sociedad conyugal.

Ya hemos manifestado cuáles son las bondades del régimen de separación de patrimonios, al hacer la cita de mi obra «Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil», razón por la cual no vamos a volver sobre el particular.

Es necesario señalar también que si una pareja contrae matrimonio por el régimen de sociedad de gananciales podría acordar sustituirlo por el de separación de patrimonios en algún momento de su vida matrimonial, previa liquidación del régimen anterior.

También podría ocurrir lo contrario, es decir, haberse casado por el régimen de separación de patrimonios y sustituirlo por el de sociedad de gananciales.

Por lo demás, debemos decir que estos cambios no sólo podrán efectuarse en una oportunidad, sino en varias, a deseo de ambos cónyuges, naturalmente, a pesar de ser ello inusual.

De otro lado, contrario a nuestro pensamiento, la jurisprudencia no admitiría la aplicación del régimen de separación de patrimonios a las uniones de hecho. En ese sentido, se ha pronunciado la Casación n.º 1306-2002-Puno, de fecha 10 de septiembre de 2002: «*Tercero.*- Que, siendo esto así, es necesario determinar si es factible que el régimen de sociedad de gananciales, originado por una unión de hecho, sea modificado por el de separación de patrimonios previsto en el artículo trescientos veintisiete del Código Sustantivo, tal y como

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

lo sustenta la parte recurrente. *Cuarto.*- Que, el artículo trescientos veintiséis referido, al establecer que a las uniones de hecho le son aplicables el régimen de sociedad de gananciales, lo hace como mandato imperativo, ello sin regular que tal régimen pueda ser modificado por el de separación de patrimonios, lo que se ve corroborado al disponer que a dicha unión le son aplicables las normas del régimen sociedad de gananciales en cuanto fuera jurídicamente posible; es decir, que no todas las disposiciones previstas para dicho régimen son extensivas a las uniones de hecho.»(371)

No creemos que lo establecido en el artículo 326 sobre el régimen de sociedad de gananciales constituya una norma de orden público y de aplicación imperativa a las uniones de hecho. Por lo demás, conocemos varios casos en los que las parejas, antes de iniciar su convivencia en unión de hecho, han pactado el régimen de separación de patrimonios.

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 326 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas* 2,(372) que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código, del año 2019, propuso la modificación del artículo 327, por una norma con el texto siguiente:

> **Artículo 327**.- Régimen de separación de patrimonios
>
> 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. La misma regla se extiende a las uniones de hecho que elijan dicho régimen.

Nos parecía adecuada la referencia que se agregaba con relación a las uniones de hecho, dada la inclusión del artículo 326-A.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(371) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 379.
(372) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 112.

Deudas personales

Artículo 328.- Cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes.

El contenido del artículo 328 se deriva como consecuencia natural del régimen de separación de patrimonios. Resulta claro que, si ambos cónyuges mantienen patrimonios separados, para contraer obligaciones también lo pueden hacer por separado.

Sobre la norma en análisis, Peralta Andía comenta que: «En ese entender, el régimen se peculiariza porque a la celebración del matrimonio existe un patrimonio del cónyuge varón y otro patrimonio independiente de la mujer, por tanto, se basan en el "principio de la independencia entre los cónyuges en la titularidad de bienes" y en la gestión de los mismos y también en el "principio de separación de obligaciones y de responsabilidad patrimonial", de modo que cada cónyuge asumirá en forma absolutamente autónoma la administración y disposición de sus bienes propios, así como el pago de sus obligaciones y cargas.»(373)

Entonces, si cada miembro de la unión de hecho contrae obligaciones de manera independiente, pues así también responderá para el pago de las deudas que hubiese contraído, por las cuales responde con su propio patrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(373) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 279.

Separación de patrimonios a solicitud del cónyuge agraviado

Artículo 329.- Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa.

Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda.

Ante todo, debemos señalar que la sumilla colocada en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es errada. Ocurre que se ha puesto como sumilla al artículo 329 «Separación de patrimonio (*sic*) por declaración de insolvencia»; en tanto al artículo 330 se le ha colocado la sumilla «Separación de patrimonio (*sic*) a solicitud del cónyuge agraviado». Pero se ha invertido el orden de las sumillas, porque el contenido de los artículos es, precisamente, el inverso.

En lo que respecta al tema, recordemos que ya hemos estudiado que el régimen de separación de patrimonios puede pactarse antes de la celebración del matrimonio (artículo 295) o mientras la pareja siga casada (artículo 296).

No obstante, cabe la posibilidad de que ello ocurra en otra circunstancia; y de eso es que se ocupa el artículo 329, bajo comentario. El supuesto es que uno de los cónyuges abuse de las facultades que le corresponden o actúe con dolo o culpa, caso en el cual el otro cónyuge podrá solicitar al juez establezca el régimen de sociedad de gananciales.

Se trata de una salida muy sensata y justa establecida por la ley, dado que el mantenimiento de un régimen como el de sociedad de gananciales sólo acentuaría el abuso por parte de un cónyuge en perjuicio del otro.

Como el cambio de un régimen a otro en la vía judicial implica el seguir todo un proceso, que puede durar varios años y seguir varias instancias en la justicia ordinaria, entonces la ley prevé que el juez pueda conceder medidas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cautelares en resguardo de los derechos del cónyuge que viene siendo perjudicado por el otro. Así, el segundo párrafo del artículo 329 establece que el juez, luego de interpuesta la demanda, puede decretar, de oficio o a pedido de parte, las providencias (medidas cautelares) concernientes a la seguridad de los intereses de aquél.

Asimismo, señala la norma que tales medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros.

Sobre el artículo 329, bajo comentario, tenemos la Casación n.º 2148-01-Cajamarca, de fecha 12 de noviembre de 2001, la misma que señala lo siguiente: «Sustitución del régimen de separación de patrimonios por abuso de facultades del cónyuge emplazado. El acto de perturbación en la posesión de los bienes por parte uno de los cónyuges y de su hijo no puede reputarse como un supuesto de abuso de facultades. *Segundo.* Cuando se produce el abuso de facultades o la actuación dolosa o culposa de uno de los cónyuges, el juez la declarará cuando compruebe el abuso de facultades del cónyuge emplazado, o cuando su actuar ha mediado dolo o culpa en la administración de los bienes, por lo que resultará procedente la variación del régimen de la sociedad de gananciales por el de separación. [...] *Cuarto.* [La] facultad de administración de los bienes sociales corresponde a ambos cónyuges, pudiendo uno de ellos asumir la administración exclusiva cuando se encuentre facultado por el otro para dicha finalidad, y sólo recién, si dentro de la facultad de administración que se le ha concedido, efectuara actos que importen una disminución patrimonial o un perjuicio para el cónyuge al que representa, se configurará la causal de abuso de facultades. *Quinto.* [Por] dolo debe entenderse el accionar deliberado de uno de los cónyuges en perjuicio del otro, lo que puede traslucirse entre otros, en el aprovechamiento de los bienes sociales que se encuentran a su disposición para su propio beneficio; del mismo modo, por culpa debe entenderse aquel accionar negligente en la que el elemento común al igual que el dolo, es el perjuicio que se causa al otro cónyuge, derivado de una conducta negligente, como puede ser la dilapidación de los bienes sociales. [...] *Sétimo.* [Sin embargo,] el acto de perturbación en la posesión de los bienes por parte de la demandada y de su hijo, no puede reputarse como un supuesto de abuso de facultades ni tampoco un accionar doloso, desde que el perjuicio causado al demandante es personal, que no deriva de una disminución del patrimonio social.»[374]

(374) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 380 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 251.

EDITH MARIO CASTILLO FREYRE

Por otro lado, la Casación n.º 986-96-Cusco, de fecha 18 de noviembre de 1997, hace mención a lo siguiente: «Sustitución judicial de oficio del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios por insolvencia. *Octavo.* [...] El régimen de separación de patrimonios también puede ser establecido por el juez, en los casos del artículo 329, y opera de oficio por la declaración de quiebra, de tal manera que la solemnidad de ese contrato sólo es requerida antes del patrimonio.»(375)

El artículo 329 agrega que el régimen de separación de patrimonios surtirá efectos entre los cónyuges desde la fecha de la notificación de la demanda. En otras palabras, la separación de patrimonios no regirá desde la fecha en que se expida la sentencia firme en tal sentido, sino que ella tendrá efectos retroactivos a la fecha de notificación de la demanda. Como puede apreciarse, el Código de 1984 ha buscado beneficiar al cónyuge que venía siendo perjudicado por el otro, dándole efectos retroactivos a la sentencia que ponga fin al proceso.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 329, debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas* 2,(376) que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 329, por una norma con el texto siguiente:

> **Artículo 329**.- Sustitución judicial del régimen.
>
> 1.- El régimen de separación puede ser establecido por el juez:
>
> a) A pedido del cónyuge agraviado cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa.
>
> b) Si el otro cónyuge tiene un régimen de asistencia o ha sido condenado por delito doloso.
>
> c) Por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continúo (*sic*). En este caso, la pretensión corresponde únicamente al abandonado.
>
> 2.- Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las medidas concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. Entre los cónyuges la sentencia que declara

(375) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 381.
(376) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 113.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

fundada la sustitución del régimen patrimonial surte efecto desde que queda consentida o ejecutoriada.

La comisión proponía dividir el artículo 329 en dos incisos, el primero de ellos, con tres literales. En el inciso 1 se establecía los casos en que el régimen de separación de patrimonios puede ser establecido por el juez.

El primer caso estaba constituido por «A pedido del cónyuge agraviado (debería ir una coma aquí) cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa». Esta norma también correspondía al artículo 329 en actual vigencia.

El literal b) señalaba que el régimen de separación de patrimonios podía ser establecido por el juez: «Si el otro cónyuge tiene un régimen de asistencia o ha sido condenado por delito doloso».

Esta norma proponía introducir un precepto novedoso en el 329. Pensamos que habría que meditar más sobre el particular, sobre todo, para establecer que los hechos descritos en el literal b) del 329 fueron sobrevenidos a la celebración del matrimonio. Y, sobre todo, porque esta norma contraviene el principio de asistencia propio del matrimonio. Se trata de una propuesta sin contenido moral alguno.

El literal c) señalaba: «Por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continuo. En este caso, la pretensión corresponde únicamente al abandonado». Nos parecía correcta esta adición normativa.

En el inciso 2 se regulaba las medidas cautelares y su inscripción en el registro personal para que surtan efecto contra terceros. Pero, entre los cónyuges la sentencia que declara fundada la sustitución del régimen patrimonial surte efecto desde que queda consentida o ejecutoriada, a diferencia de lo que ocurre hoy en día, que es «desde la fecha de la notificación con la demanda».

Cabe señalar que autores como Aguilar Llanos se han pronunciado contra la modificación del artículo: «Mostramos nuestra disconformidad con tal propuesta, y en particular con la declaración de interdicción, por atentar directamente con el deber de asistencia que impone el matrimonio a los cónyuges. En efecto, si el matrimonio está sometido al régimen de sociedad de gananciales, y uno de ellos deviene en interdicción, entendiéndose en el presente con la vigencia del Decreto Legislativo N° 1384 a las personas con capacidad de ejercicio restringida, lo que debe ocurrir es que el consorte que presta los apoyos necesarios vele por los intereses del cónyuge con capacidad restringida, y así

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

estará velando también por los intereses de la sociedad; si ocurriera lo contrario, estaríamos introduciendo un elemento disociador en la sociedad conyugal, pues se le estaría posibilitando al cónyuge con plena capacidad de ejercicio automáticamente a separar sus bienes del discapacitado, no encontrando explicación para ello. [...] En cuanto a la condena por delito doloso, habría que estar atento a la clase de condena, pues como sabemos existen condenas suspendidas o condenas sin carcelería efectiva, y en todos estos casos el cónyuge sigue al frente de sus intereses, entre los cuales obviamente está la sociedad de gananciales de los cuales él forma parte.»(377)

Nosotros ya nos hemos expresado al respecto; igualmente, en contra de la propuesta de modificación, por supuesto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(377) Aguilar Llanos, Benjamín. *Regímenes patrimoniales del matrimonio. Op. cit.*, p. 193.

Separación de patrimonios por declaración de insolvencia

Artículo 330.- La declaración de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado.

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

Debemos señalar que el texto vigente de la norma es fruto de varias modificaciones. El texto original de 1984 era el siguiente:

***Artículo 330**.- La declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio, a solicitud del insolvente, de su cónyuge o del Administrador especial.*

Este texto fue modificado (en verdad, reiterado) por la quinta disposición final del Decreto Legislativo n.º 845, publicado el 21 de septiembre de 1996, cuyo texto es el siguiente:

***Artículo 330**.- La declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio, a solicitud del insolvente, de su cónyuge o del Administrador especial.*

El artículo luego fue modificado (en realidad, también reiterado) por la quinta disposición final del Decreto Supremo n.º 014-99-ITINCI,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, publicado el 1 de noviembre de 1999, cuyo texto es el siguiente:

***Artículo 330**.- La declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio, a solicitud del insolvente, de su cónyuge o del Administrador especial.*

Luego, el artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria de la Ley n.° 27809, publicada el 8 de agosto de 2002, que entró en vigencia a los sesenta (60) días de su publicación (Décimo sexta disposición final), cuyo texto es el que hemos consignado al comenzar las referencias al artículo 330.

En realidad, como ya hemos visto, el régimen de separación de patrimonios puede provenir del pacto de partes (artículos 296 y 327) o de una declaración judicial (artículo 329). Pero también puede provenir por un supuesto de insolvencia. Este es el caso contemplado por el artículo 330, que ahora comentaremos.

Desde el texto de 1984, el precepto indicaba que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. No obstante, tanto la norma original del Código Civil como la del precepto reformado en 1996 y 1999 no se explayaban sobre el particular.

El artículo en vigencia, fruto de la reforma del año 2002, sí lo hace.

El actual artículo 330 se establece en concordancia con los artículos 14.2 y 14.3 de la Ley General del Sistema Concursal.(378)

(378) Artículo 14.- Patrimonio comprendido en el concurso

[...]

14.2. El deudor cuyo patrimonio se encuentre sujeto al régimen de sociedad de gananciales deberá sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios, de conformidad con las exigencias y formalidades previstas en las normas de orden civil, con el objeto de permitir la identificación exacta de los bienes que integrarán su patrimonio comprendido en el procedimiento. Esta condición constituye requisito de admisibilidad para el caso del deudor que pretenda su sometimiento al régimen concursal previsto en la Ley.

14.3 En caso de que fuera emplazado un deudor sujeto al régimen de sociedad de gananciales y se declarara su sometimiento al régimen concursal, deberá proceder a satisfacer la exigencia prevista en el párrafo anterior de manera previa a la convocatoria a la junta de acreedores que disponga la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En primer término, establece que la declaración de inicio de procedimiento concursal ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Esta disposición tiene por objeto que se individualicen los patrimonios de los cónyuges, a efectos de que el o los acreedores puedan cobrar sus créditos, los mismos que no tienen como deudor a la sociedad de gananciales, sino a uno de los cónyuges en particular.

En ese sentido, es a él a quien se debe cobrar la deuda de manera individual, motivo por el cual debe establecerse, en concreto, cuál es su patrimonio. Además de identificar ambos patrimonios, esto se hace para no confundir los regímenes patrimoniales y proteger el patrimonio del cónyuge que no debe esa o esas deudas.

En esa línea, Aguilar Llanos señala que, «se entiende que lo que busca la ley es poder identificar claramente los bienes que integrarán el patrimonio del deudor sometido a concurso.»(379)

Así también, Arias-Schreiber señala que: «En este artículo se regula el supuesto en que la separación de patrimonios sustituye a la sociedad de gananciales por ministerio de la ley. Ello se justifica en la necesidad de evitar que los efectos de la declaración de insolvencia de un cónyuge alcancen al otro en su patrimonio, conformado por sus bienes propios y la parte de los de la sociedad que le corresponda en caso de liquidación.»(380)

La protección de los derechos de cada cónyuge frente a terceros exigirá que la declaración de inicio de procedimiento concursal ordinario se inscriba en el registro personal de oficio, a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales que sea competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, del presidente de la junta de acreedores o de cualquier acreedor interesado.

Cabe señalar que, conforme al título II de la Ley n.º 27809, Ley General del Sistema Concursal, el procedimiento concursal ordinario puede ser iniciado

Comisión. Durante la tramitación de este procedimiento y en tanto la exigencia no se satisfaga, los plazos quedarán suspendidos y no será de aplicación la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio, regulados en los artículos 17 y 18 de la Ley.

(379) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 189.

(380) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 279.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a solicitud de uno o varios de los acreedores[381] o del propio deudor[382]. El artículo bajo comentario no realiza la distinción respecto al sujeto que inicia el procedimiento por lo que, entendemos que ya sea en uno u otro caso, la consecuencia es la misma, la sustitución del régimen de la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios.

(381) Artículo 26.- Inicio del procedimiento a solicitud de acreedores

26.1 Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor. El desistimiento de alguno de los acreedores que presentó la solicitud, luego de emplazado el deudor, no impedirá la continuación del procedimiento

26.2 No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario por obligaciones impagas que se encuentren garantizadas con bienes del deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de dichas garantías resulte infructuoso.

26.3 Difundido el procedimiento concursal conforme al Artículo 32, y en cuanto subsista el trámite del mismo, se suspenderá la disolución y liquidación del deudor al amparo de las disposiciones establecidas en la Ley General de Sociedades, quedando dicho deudor y sus representantes sujetos a las reglas de la presente Ley.

26.4 La solicitud deberá indicar el nombre o razón, domicilio real y la actividad económica del deudor con una declaración jurada del acreedor sobre la existencia o inexistencia de vinculación con su deudor, según el artículo 12. Acompañará copia de la documentación sustentatoria de los respectivos créditos e indicará el nombre o razón social, domicilio y, de ser el caso, el nombre y los poderes del representante legal del solicitante.

(382) Artículo 24.- Inicio del procedimiento a solicitud del deudor

24.1 Cualquier deudor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos:

a) Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días calendario;
b) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

24.2 En caso de que la solicitud sea presentada por el deudor, éste expresará su petición de llevar a cabo una reestructuración patrimonial o uno de disolución y liquidación, de ser el caso, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Para una reestructuración patrimonial, el deudor deberá acreditar, mediante un informe suscrito por su representante legal y por contador público colegiado, que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado. El deudor también especificará los mecanismos y requerimientos necesarios para hacer viable su reflotamiento, y presentará una proyección preliminar de sus resultados y flujo de caja por un período de dos (2) años.
b) De no encontrarse en el supuesto del inciso a) precedente, el deudor sólo podrá solicitar su disolución y liquidación, la que se declarará con la resolución que declara la situación de concurso del deudor. Si el deudor solicita su acogimiento al Procedimiento Concursal Ordinario al amparo del literal a) del numeral precedente, pero tiene pérdidas acumuladas, deducidas reservas, superiores al total de su capital social, sólo podrá plantear su disolución y liquidación.

24.3 La solicitud que se sustente en una situación distinta de las señaladas en el párrafo precedente será declarada improcedente.

24.4 Las personas naturales, sociedades conyugales o sucesiones indivisas deberán cumplir, además, al menos uno de los siguientes supuestos:

LEGIS.PE CASTILLO FREYRE

Sobre el artículo bajo comentario, tenemos la Casación n.º 342-99-Lima, de fecha 8 de julio de 1999, la cual establece lo siguiente: «El remate de un bien de la sociedad conyugal procede después de la separación de patrimonios o cuando el acreedor ejerza el derecho a pedir la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por la de separación de patrimonios vía declaración de insolvencia. *Segundo.* La demanda se apoya en que el predio embargado pertenece a una sociedad conyugal, esto es que constituye un patrimonio autónomo, ignorándose la parte que corresponde a cada uno de los cónyuges mientras no se liquida la sociedad. [...] *Cuarto.* La referida medida [de embargo] se ha efectuado de conformidad con lo establecido en el artículo 323 del Código Civil, según el cual los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges luego de verificada la liquidación de la sociedad de gananciales por cualquiera de las causales anotadas en el artículo 318 del citado Código; que este es un derecho expectaticio que tiene en este caso el Banco para asegurar su crédito y esperar que esta sociedad se liquide por acción de sus propios integrantes o ejerciendo el derecho a pedir la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por la de separación de patrimonios vía declaración de insolvencia en la forma prevista por el artículo 330 del mismo Código.»[383]

Así también, la Casación n.º 1718-99-Lima, de fecha 9 de noviembre de 1999, señala que: «El patrimonio conyugal es parte del patrimonio del cónyuge, por lo que el embargo afecta a dichos bienes. El patrimonio común es la sociedad conyugal. *Sexto.* Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, por eso el artículo 330 del Código Sustantivo establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación.»[384]

a) Que más del 50% de sus ingresos se deriven del ejercicio de una actividad empresarial desarrollada directamente y en nombre propio por los mencionados sujetos.

b) Que más de las dos terceras partes de sus obligaciones se hayan originado en la actividad empresarial desarrollada por los mencionados sujetos. Se incluye para estos efectos, las indemnizaciones y reparaciones por responsabilidad civil generadas por el ejercicio de la referida actividad.

(383) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 381-382.

(384) *Ibidem*, p. 381.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, la norma en vigencia del artículo 330 del Código Civil establece que no obstante lo señalado en el primer párrafo, 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 de acuerdo a ley de la materia respecto a la sociedad conyugal que integra, no se producirá la consecuencia prevista en el primer párrafo del artículo 330 en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento.

Al respecto, tenemos que, en la Ley General del Sistema Concursal, la sociedad conyugal puede ser deudor o acreedor(385), por las razones que ya hemos estudiado.

Finalmente, sobre la razón de este segundo párrafo del artículo, Daniel Schmerler señala lo siguiente: «[...] por cuanto, de admitirse y exigirse tal variación de régimen patrimonial, se podría estar obviando la voluntad del colectivo de los acreedores de la sociedad conyugal, imponiéndoseles quizás una liquidación del patrimonio autónomo conyugal concursado no deseada por ellos, cuando la evaluación del mencionado conglomerado de titulares de créditos se podría estar orientando más bien hacia un refinanciamiento de obligaciones o una reestructuración patrimonial. Ciertamente, una solución que no contemplase la existencia previa del procedimiento concursal de la sociedad conyugal (como afortunadamente sí lo hace nuestra normativa) atentaría contra la seguridad jurídica y debilitaría la eficacia de nuestro ordenamiento jurídico al generar toda una actividad procesal administrativa que, en el caso de los concursos de sociedades conyugales, se encontraría bajo un permanente riesgo de verse neutralizada por el simple sometimiento a procedimiento concursal ordinario de una de las personas naturales que integra la unión conyugal también concursada.»(386)

(385) Artículo 1.- Glosario
[...]
c) Deudor.- Persona natural o jurídica, sociedades conyugales y sucesiones indivisas. Se incluye a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras. Para efectos de la presente Ley, se considerará como deudores susceptibles de ser sometidos al procedimiento concursal solo a aquellos que realicen actividad empresarial en los términos descritos en la presente ley.
d) Acreedor.- Persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones indivisas y otros patrimonios autónomos que sean titulares de un crédito.

(386) SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. «Desenmarañando la madeja de los concursos de personas naturales en el Perú». En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, n.º 32, pp. 207-208.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FERRER

Fin de la separación de patrimonios

Artículo 331.- El régimen de separación de patrimonios fenece en los casos del artículo 318, incisos 1, 3, 5 y 6.

Con el artículo 331 finaliza el tratamiento que brinda el Código Civil peruano de 1984 al régimen de separación de patrimonios. En esta norma se señala los supuestos en que termina el régimen de separación de patrimonios, para lo cual hace remisión a determinados incisos del artículo 318, que regula los casos en que fenece el régimen de sociedad de gananciales. El primero de ellos es por invalidación del matrimonio; el segundo, por divorcio; el tercero, por muerte de uno de los cónyuges; y el cuarto, por cambio de régimen patrimonial.

Sobre el artículo materia de análisis, Jorge Echandía advierte que a diferencia del artículo 318 referido al fenecimiento de la sociedad de gananciales, no se consideran causales para la terminación del régimen de separación de patrimonios la separación de cuerpos y la declaración de ausencia; y, citando a Echecopar, señala que «la razón de esta diferencia es que, en cuanto a la separación de cuerpos, lleva consigo la separación de patrimonios, y en lo referente a la declaración de ausencia ella es perfectamente compatible con el régimen de separación de patrimonios en que todos los bienes son administrados por sus respectivos dueños, lo que no ocurre en el caso del régimen de sociedad de gananciales en el que los bienes sociales son administrados por ambos cónyuges».(387)

En materia jurisprudencial tenemos la Casación n.° 1306-2002-Puno, de fecha 10 de septiembre de 2002, la cual establece que: «El régimen de separación de patrimonios es únicamente aplicable al matrimonio, mas no a las uniones de hecho. *Cuarto*. El artículo 326° del Código Civil, al establecer que a las uniones de hecho le son aplicables el régimen de sociedad de gananciales, lo hace como mandato imperativo, ello sin regular que tal régimen pueda ser modificado por el de separación de patrimonios, lo que se ve corroborado al disponer que a dicha unión le son aplicables las normas del régimen sociedad de gananciales en cuanto fuera jurídicamente posible; [...] no todas las disposiciones previstas para dicho régimen son extensivas a las uniones de hecho.

(387) Echandía Cevallos, Jorge. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 499.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Quinto. Cabe mencionar que de conformidad con el artículo 331° del Código Civil, el régimen de separación de patrimonios fenece por invalidación del matrimonio, divorcio, muerte de uno de los cónyuges y cambio de régimen patrimonial, supuestos que únicamente son aplicables a la figura jurídica del matrimonio, mas no a las uniones de hecho.»(388)

Por otro lado, la Casación n.° 2694-2002-Arequipa, de fecha 3 de junio de 2003, señala que: «Si con anterioridad los cónyuges establecieron un régimen de separación de patrimonios, lo que corresponde es establecer (*sic*) que con el divorcio fenece la separación de patrimonios y no la liquidación de la sociedad de gananciales. *Quinto.* Se concluye que las instancias [inferiores] incurren en aplicación indebida del inciso 3 del artículo 318 del Código Civil, pues habiéndose determinado la existencia de una escritura pública de separación de patrimonios en la que fueron liquidados los bienes gananciales, corresponde en consecuencia aplicar el artículo 331 del Código Civil según el cual el régimen de separación de patrimonios fenece por el divorcio.»(389)

Por lo demás, cuando nos ocupamos del estudio del artículo 318, analizamos todos estos casos en relación con el régimen de sociedad de gananciales. Dado que la lógica es la misma en el régimen de separación de patrimonios, hacemos aplicables al caso, *mutatis mutandis*, todos nuestros comentarios al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(388) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 382-383.
(389) *Ibidem*, p. 383.

REPENSANDO LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS Y LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE[390]

1. HISTORIA Y ANTECEDENTES DE ESTE ACÁPITE

Hace algunos años recibí la llamada telefónica de un ilustre hombre de Derecho, ya retirado de la profesión por voluntad propia, quien de seguro es uno de los abogados que más éxito profesional tuvo en los tribunales civiles del Perú en la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI. Yo no lo conocía, ya que en los años en que estudié en la Pontificia Universidad Católica del Perú, él, precisamente, se ausentó de la cátedra por algunos semestres.

Resulta que había leído un trabajo escrito por mí en el año 2013, a raíz de la promulgación de la Ley n.° 30007,[391] publicada el 17 de abril de ese año (y sobre el que se basa uno de los acápites anteriores de esta obra contenidos en el análisis del artículo 326), a través de la cual se estableció la modificación de una serie de artículos del Código Civil, que introducían como reforma, fundamentalmente, la condición de heredero forzoso para el integrante supérstite de la unión de hecho, tema también ya estudiado en esta obra.

Conversamos alrededor de cuarenta minutos y me transmitió una serie de preocupaciones de mucha relevancia sobre la materia acerca de la cual versa este acápite, manifestándome que confiaba en que yo las procesaría adecuadamente. Le prometí que escribiría un artículo al respecto.

Lo hice con todo gusto y en homenaje a ese ilustrísimo abogado litigante, quien me pidió absoluto anonimato.

Como ha podido apreciar el lector, en el año 2004 escribí conjuntamente con el brillante periodista y también notable hombre de Derecho, Ricardo Vásquez Kunze, la obra titulada *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil.* Dentro de los capítulos de dicho libro se encuentra uno titulado «Amor de gavilanes. Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de bienes sociales», transcrito a

(390) Este acápite está basado en un artículo que publiqué en *Lumen* n.° 14, página 9-19, con fecha 30 de junio de 2018.

(391) Castillo Freyre, Mario. «La sucesión en las uniones de hecho». En: *Persona y familia.* Revista del Instituto de la Familia-Facultad de Derecho. Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 2013, n.° 2 (1), pp. 21-41 y Castillo Freyre, Mario. «La sucesión en las uniones de hecho». En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima agosto de 2013.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pie de página en esta obra, en el cual mi coautor y yo analizamos algunos aspectos de la regulación actual de la separación de patrimonios.

En ese sentido, debo advertir que el presente acápite recoge también algunas de esas ideas, cuya autoría, obviamente, no me pertenece en exclusiva.

2. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Constituye idea tradicional la de que cuando dos personas contraen matrimonio, no sólo deben unir sus vidas en los aspectos extrapatrimoniales, sino también en aquéllos de orden patrimonial.

Así, representa valor entendido que lo normal en una situación de esta naturaleza es que tal pareja constituya, a partir del inicio de su matrimonio, lo que se conoce con el nombre de una sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales tiene como objetivo central el que el grueso de los bienes que se adquieran en el futuro, salvo determinadas excepciones, sean considerados como bienes comunes. En ese sentido, implica que, a partir del momento de la celebración del matrimonio, la generalidad de bienes que adquieran los cónyuges, en estricto, no serán de propiedad de cada uno de ellos, sino de la sociedad de gananciales.

De esta forma y como ha sido visto anteriormente, por más de que uno en solitario adquiera un bien, tal bien no le pertenecerá a él, sino a una entelequia denominada sociedad de gananciales, y tendrá la calidad de bien común, lo que no es sino una ficción que representa el patrimonio común de la sociedad conyugal, jurídicamente distinto al patrimonio de cada uno de ellos; tanto así, que los bienes que se adquieren para la sociedad conyugal no se adquieren en condición de copropiedad, pues no pertenecen a ambos cónyuges en cuotas indivisas, sino a un patrimonio jurídico distinto, que es, precisamente, la sociedad de gananciales.

Esa situación constituye la regla, de manera tal que, si los futuros cónyuges no establecen un régimen diferente antes de contraer matrimonio, será el de la sociedad de gananciales aquél que rija su futura vida patrimonial.

Como ha sido estudiado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 301[392] del Código Civil, en el régimen de sociedad de gananciales puede haber

(392) Artículo 301.- En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad; encargándose el artículo 302[393] de establecer cuáles son los bienes propios, en tanto todos los demás se denominarán bienes sociales.

La idea de que el régimen patrimonial del matrimonio funcione de esta manera se basa en la consideración de que es justo que los bienes adquiridos durante el matrimonio pertenezcan a ambos cónyuges, dado que, como ha sido señalado reiteradas veces en esta obra, el Derecho siempre ha asumido que, en una relación tradicional, era el hombre el que realizaba un trabajo remunerado, mientras la mujer, antiguamente, no lo hacía y, más bien, se dedicaba al cuidado de la familia y las labores del hogar.

Esto ha variado considerablemente en nuestros días, no sólo en el Perú sino en gran parte del mundo, ya que en tiempos modernos las mujeres también desarrollan actividades laborales fuera del hogar y además cumplen con la valiosísima tarea de ser el centro de organización de sus respectivos hogares.

Dentro de tal orden de ideas, el rol de la mujer en la sociedad ha variado notablemente, convirtiéndose en elemento activo de la producción de bienes y servicios, y en agente económico importante para los ingresos del matrimonio.

Hoy es frecuente, incluso, ver parejas en las cuales es la mujer la que tiene ingresos mayores que el varón, y no resultan pocos aquellos casos en los cuales es la mujer la que trabaja fuera del hogar, y el hombre el que no lo hace y se dedica a las labores de la casa.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

(393) Artículo 302.- Son bienes propios de cada cónyuge:
1. Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.
2. Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.
3. Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.
4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.
5. Los derechos de autor e inventor.
6. Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.
7. Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.
8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.
9. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

No obstante, a pesar de todo esto, la realidad no nos permite decir que la mujer tiene una situación de igualdad laboral con respecto al hombre, pues existen determinadas situaciones, derivadas, fundamentalmente, de la maternidad, que dificultan la inserción de las mujeres en el mercado laboral.

No obstante, éste es un tema que se ha ido superando con el paso de los años, y que encuentra a las mujeres, en la tercera década del siglo XXI, en una posición laboral mucho mejor que en cualquier momento de la historia de la humanidad.

Pero si nos ponemos a pensar en la lógica del régimen de sociedad de gananciales, ella resultará siempre vigente y aplicable, incluso para cuando ambos cónyuges trabajen, y para aquellos casos en los cuales sea sólo la mujer la que lo haga fuera del hogar.

La idea de proteger los intereses de la familia y, especialmente, los del cónyuge que no labore fuera de casa y no genere ingresos, siempre estará presente para sostener los argumentos que aborda la doctrina en favor de la existencia de la sociedad de gananciales.

No obstante lo señalado, nosotros consideramos que la sociedad de gananciales no constituye necesariamente la figura ideal para normar el régimen patrimonial de un matrimonio, y desde el año 2004, hemos propugnado la tesis de que la separación de patrimonios representa un mejor camino para los futuros cónyuges; ello, a pesar de no proponer activamente la reforma del Código Civil a este respecto.

Como ya hemos estudiado, este régimen patrimonial se halla regulado en los artículos 327 a 331 del Código Civil de 1984.

El artículo 327 establece que «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».

En tanto, el artículo 328 señala que: «cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes».

El momento ideal para pactar el régimen de separación de patrimonios es antes de la celebración del matrimonio, recurriendo, como lo establece el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

artículo 295[394] del propio Código, a constituirlo por escritura pública, y el mismo comenzará a regir al celebrarse el matrimonio.

El requisito de escritura pública se establece bajo sanción de nulidad y tal régimen no surtirá efectos contra terceros, hasta que no se inscriba en el registro personal.

A entender nuestro, queda en evidencia que el régimen de separación de patrimonios es más eficiente que el régimen de sociedad de gananciales; ello, por las siguientes razones:

a) Claridad

No cabe duda de que, dentro de un régimen de separación de patrimonios, la división de los bienes en materia de propiedad es sumamente clara, pues tales bienes, o pertenecerán en propiedad al marido o pertenecerán en propiedad a la mujer, no existiendo una tercera posibilidad.

Ello, a diferencia del régimen de sociedad de gananciales, en donde en muchos casos no resultará clara la ubicación de tales bienes, sea en el patrimonio de cualquiera de los cónyuges (en caso fuesen bienes propios), o en la condición de bienes comunes.

La calificación jurídica de los bienes resulta en extremo importante, sobre todo a efectos de la contratación con terceros, y de las seguridades que esos terceros pueden tener con respecto al patrimonio que respaldará el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los cónyuges.

Las obligaciones contraídas por cada uno de los cónyuges estarán respaldadas por el patrimonio del cónyuge que contraiga la obligación, pero también por el patrimonio de la sociedad de gananciales, específicamente en lo que respecta a los bienes comunes.

En ese sentido, si los bienes propios del cónyuge que ha asumido esa obligación a título personal no fueran suficientes para responder por su cumplimiento, el acreedor podrá dirigirse contra la sociedad, pero no para cobrarse el íntegro de ella, ya que existirá el problema de que para

(394) Artículo 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cobrar las deudas contraídas por ese cónyuge, tendría que liquidarse la sociedad, y recién poder hacer efectivo el crédito con respecto a aquella porción patrimonial que resulte de dicha división y partición en favor del cónyuge deudor.

Como puede apreciarse, resulta mucho más fácil y expeditivo el cobro de una deuda contraída por uno de los cónyuges, en caso estemos en presencia de un régimen de separación de patrimonios, dado que al no existir la entelequia sociedad de gananciales y de los bienes comunes, el acreedor podrá dirigirse contra los bienes propios del cónyuge deudor, quien, obviamente, carecerá de bienes comunes en el matrimonio.

b) Incentivos

Cuando en el año 2004 Ricardo Vásquez y yo propusimos este punto, el mismo llamó la atención del medio jurídico por innovador, pero consideramos que en el régimen de separación de patrimonios, las reglas de juego se encuentran mucho más claras y definidas que en el de sociedad de gananciales, de modo tal que, desde antes del matrimonio, los futuros cónyuges sabrán que todo lo que adquiera en propiedad cada uno de ellos será exclusivamente de él, y todos los ingresos que adquiera fruto de su trabajo o negocios también le pertenecerán en exclusiva a él.

Esta realidad representa, sin duda, un incentivo para que, desde el principio, ambos cónyuges trabajen fuera del hogar y busquen obtener los mayores ingresos en beneficio propio y de la familia.

Estimamos que, si la regla fuera la separación de patrimonios, las mujeres harían respetar mucho más su derecho a trabajar, y el que los roles en el hogar sean compartidos, pues en caso de no serlo, tal situación redundaría en el perjuicio económico presente y futuro de la mujer.

Con esto no estoy diciendo que el matrimonio se convierta en una suma de egoísmos.

Creo, más bien, que el régimen patrimonial del matrimonio se convertiría en una suma de previsiones, en donde si bien ambos cónyuges llevarían adelante con entusiasmo la empresa matrimonial, irían constituyendo una especie de «seguro», en caso llegue a fracasar el matrimonio, de modo tal que, si esta situación indeseable se presentara en el futuro, cada uno de ellos habría hecho un patrimonio propio interesante, el mismo que resultaría, valga la redundancia, exclusivamente propio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ya bastantes problemas suscita la disolución de un matrimonio, y los mismos tienen, por lo general, como uno de sus ingredientes más importantes el de la discusión relativa al patrimonio común, el que muchas veces se convierte en instrumento de chantaje y negociación, para lograr objetivos en torno a la tenencia de los hijos menores de edad.

Todo esto se evitaría o, al menos, se atenuaría considerablemente, si la regla no fuese la sociedad de gananciales, sino la separación de matrimonios.

El lector podrá preguntarse cuál sería la necesidad de invertir la regla, si es que los futuros contrayentes pueden pactar antes del matrimonio un régimen de separación de patrimonios.

La razón es muy sencilla.

Cuando las parejas se casan por el régimen de separación de patrimonios, ello implica que, al menos uno de los futuros cónyuges, o incluso ambos, ya cuentan con un patrimonio propio que desean proteger y mantener en su dominio exclusivo; de tal manera que en los casos en que hoy se acuerda la separación de patrimonios, probablemente nos encontremos frente a parejas que carezcan de interés por iniciar una sana competencia en el desarrollo de patrimonios autónomos, habida cuenta de que o ambos ya cuentan con patrimonio, o alguno de ellos, simplemente, carecerá de interés alguno al respecto.

Pero, incluso en este último caso, ambos cónyuges tendrán perfecto conocimiento de que esa división de bienes, que constituye punto de partida en su relación matrimonial, se prolongaría no sólo durante el matrimonio, sino incluso una vez que éste concluya, eventualmente, por divorcio.

En este último caso, la división de patrimonios se mantendrá incólume, más allá de alguna eventual obligación indemnizatoria que pudiera asignarse en beneficio de alguno de los cónyuges, si es que nos encontráramos ante el supuesto en el que la relación matrimonial se hubiese destruido por culpa de uno de ellos.

Es evidente que, si nos halláramos frente al supuesto de separación convencional, no habrá lugar a indemnización alguna.

3. LOS EFECTOS HEREDITARIOS ENTRE LOS CÓNYUGES Y SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN PATRIMONIAL ESCOGIDO

Conforme a lo establecido por el artículo 723 del Código Civil, «la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador, cuando tiene herederos forzosos».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 724 del referido cuerpo legal se encarga de precisar que «son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho».

Es necesario precisar que el texto actual del artículo 724 responde a la modificación dispuesta por el artículo 5 de la ya mencionada Ley n.° 30007.

Siempre ha constituido tema pacífico el relativo al derecho sucesorio del cónyuge.

Es más, no recuerdo haber leído artículo académico alguno en el Perú, que cuestione el derecho a heredar entre cónyuges.

No obstante, existe un aspecto sobre el que no se ha meditado en absoluto y es el referido a la relación que puede hacerse entre el derecho a heredar y el régimen patrimonial escogido por los cónyuges.

En otras palabras, lo que quiero decir es si debería o no influir en la discusión acerca de la sucesión del cónyuge el régimen patrimonial que los esposos hayan definido antes de la celebración del matrimonio o durante su vigencia.

La pregunta concreta gira en torno a si el régimen de separación de patrimonios podría o no plantear la hipótesis de la exclusión del cónyuge de la sucesión en calidad de heredero forzoso.

Tal como está regulado en la actualidad el régimen sucesorio, al respecto no cabe la existencia de variante alguna, dado que todos los preceptos sucesorios en torno a la legítima y a los herederos forzosos son normas de carácter imperativo, sobre las cuales no cabe pacto en contrario.

Dentro de tal orden de ideas, no hay duda de que los cónyuges son herederos forzosos entre sí, independientemente del régimen patrimonial que existía en su matrimonio.

Eso significa que serán tan herederos forzosos los cónyuges cuyo régimen patrimonial era el de sociedad de gananciales, como aquéllos cuyo régimen patrimonial era el de separación de patrimonios.

Dentro de este razonamiento, cabría plantear la pregunta de si la existencia de un régimen de separación de patrimonios no podría conllevar la voluntad implícita de los cónyuges para que sus patrimonios no se mezclen ni en vida ni después de ella.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es claro que los conceptos tradicionales relativos a la separación de patrimonios sólo plantean la autonomía de tales patrimonios mientras dure la vida del cónyuge titular de los mismos.

Así, cuando fallezca uno de los cónyuges, el otro lo heredará.

Todo ello, naturalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 816 del Código Civil, relativo a los órdenes sucesorios.

Dicha norma establece que «son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.– El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo».

Suena lógico que el cónyuge sea considerado como heredero del tercer orden.

Ello equivaldría a decir que el cónyuge supérstite se convertiría en heredero universal, única y exclusivamente en caso el cónyuge causante no tuviere ni hijos (o demás descendientes) o padres (o demás ascendientes).

No formulamos objeción alguna a que, independientemente del régimen patrimonial en el que hubieren vivido, las consecuencias hereditarias deban ser las descritas y que el cónyuge supérstite pase a constituirse en heredero universal.

Decimos esto, pues no existen patrimonios familiares en conflicto; y, por tanto, resulta lógico que el cónyuge supérstite unifique en el suyo el patrimonio que le pertenecía al cónyuge causante.

Lo mismo podríamos decir cuando el cónyuge supérstite concurra con herederos del primer orden; es decir, con hijos o nietos del causante; naturalmente, asumiendo que tales descendientes también son descendientes comunes del cónyuge supérstite.

Hacemos esta salvedad, pues podríamos pensar en la lógica que tendría que quienes se casen con el régimen de separación de patrimonios, lo hagan, precisamente, con el objetivo de no causar problemas a sus descendientes, personas que bien podrían ya existir antes de la celebración de ese matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Éste sería el típico caso de un hombre y una mujer de más de cincuenta años, que contraigan entre sí las que para ambos serían segundas nupcias; y que ambos ya tengan hijos fruto de sus primeros matrimonios, uniones de hecho u otras relaciones extramatrimoniales.

En este caso, podría ser voluntad de ambos el casarse con separación de patrimonios, precisamente, para evitar problemas con respecto a lo adquirido en buena parte de la vida útil de esas personas; pero no podemos negar que cuando fallezca uno de los cónyuges, se planteará el problema, pues del patrimonio de este último, serán herederos forzosos tanto sus propios hijos como su cónyuge, quien concurrirá heredando una hijuela.

Entonces, el patrimonio que se quiso mantener separado del otro cónyuge en el matrimonio ya no se seguirá manteniendo separado a la muerte del cónyuge causante, pues al concurrir el cónyuge supérstite con los hijos como herederos forzosos, hará que el cónyuge supérstite adquiera parte de la sociedad y los bienes que le pertenecían a la primera familia del cónyuge causante.

Esta situación hereditaria, regida por normas que –como hemos dicho– son de orden público, genera en la práctica muchos problemas, los mismos que no comienzan con la muerte, sino en la propia relación matrimonial, a pesar de la existencia de separación de patrimonios, pues resultará muy difícil para los cónyuges el establecer algún mecanismo jurídico válido para lograr que los bienes adquiridos antes de la vigencia del segundo matrimonio, sean transferidos, finalmente, a manos exclusivas de los hijos procreados en el primer matrimonio.

Nótese, incluso, que la figura del anticipo de legítima no resultaría suficiente para solucionar el problema, ya que si se pensara en anticipar todos los bienes a los hijos, tal anticipo sólo se podría hacer válidamente antes de contraer las segundas nupcias, pues luego de contraídas éstas, no se podría preterir los futuros derechos hereditarios del otro cónyuge, despojándolo de cualquier expectativa hereditaria futura, con respecto al patrimonio ya adquirido por el otro cónyuge antes de la celebración del segundo matrimonio.

Además, todo lo que adquieran los cónyuges como bienes propios, durante la vigencia del segundo matrimonio, podrá generar legítimas expectativas hereditarias, no sólo en los hijos de cada una de esas personas, sino también en el segundo cónyuge.

Esta situación se ha agravado con la dación de la Ley n.° 30007, la misma que ha ampliado los efectos sucesorios del cónyuge, a los concubinos o miembros

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de uniones de hecho que hubieren cumplido con los requisitos establecidos en el tantas veces mencionado artículo 326 del Código Civil.(395)

Por lo demás, el Código no se pronuncia con respecto al pacto de separación de patrimonios en casos distintos al matrimonio, concretamente en lo que respecta a las uniones de hecho.

Nos explicamos.

Si de acuerdo al artículo 326, la unión de hecho genera a partir del segundo año de convivencia, los efectos de la sociedad de gananciales, la pregunta que corresponde formular es si resultaría válido que los concubinos antes de cumplir esos dos años de convivencia otorguen una escritura pública de separación de patrimonios, a efectos de que una vez cumplidos esos dos años, su régimen patrimonial no sea el de sociedad de gananciales, sino el de separación de patrimonios.

A pesar del silencio de la norma, creemos que ello es perfectamente posible, ya que la disposición del artículo 326 en torno al régimen patrimonial, no constituye un precepto de orden público, no siendo lógico que se sostenga que los concubinos carezcan del derecho a escoger el régimen patrimonial que prefieran. Ello, a pesar de que nuestra opinión no es mayoritaria.

Por lo demás, también nos queda claro que, en ausencia de norma legal al respecto, resultan aplicables al caso de las uniones de hecho, *mutatis mutandis*, las disposiciones del Código Civil relativas a la posibilidad de cambiar de régimen patrimonial, en caso se hubiere iniciado la unión de hecho, una vez

(395) Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente Artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

cumplidos los dos primeros años de convivencia, con un régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Lo que estamos diciendo es que, en este caso, sería posible que los concubinos liquiden la sociedad de gananciales y celebren una escritura pública de separación de patrimonios, sustituyendo un régimen por otro en su unión de hecho.

Entonces, hemos dejado sentado que la elección del régimen patrimonial, básicamente, es (debería ser, pues no existe norma legal que lo impida) la misma, tanto en el matrimonio como en las uniones de hecho. Si bien es cierto que en ambas se parte de la presunción de una sociedad de gananciales, tanto los esposos como los miembros de las uniones de hecho podrían preferir regirse por la separación de patrimonios.

Como hemos señalado, la Ley n.° 30007 extiende a los concubinos los derechos sucesorios de los cónyuges, en calidad de herederos forzosos.

Estos efectos sucesorios, en la actualidad se presentan, sin admitir prueba en contrario, dada la naturaleza de orden público de las normas que rigen la sucesión, tanto de las parejas que tienen régimen de sociedad de gananciales como régimen de separación de patrimonios.

4. NUESTRA PROPUESTA

¿Y qué es lo que queremos plantear, finalmente, luego de todas estas consideraciones?

Lo que queremos proponer es que el régimen de separación de patrimonios pueda sufrir una modificación legislativa, que implique agregar una opción al mismo, que consistiría en que la separación de patrimonios se siga manteniendo después de la muerte del titular de dicho patrimonio. Ello significa que, de optarse por este camino, los cónyuges podrían convenir casarse bajo separación de patrimonios y también renunciar a heredar entre sí.

Ello equivaldría a la existencia legal de tres regímenes, tanto patrimoniales como sucesorios en relación con el cónyuge o concubino:

a) Régimen patrimonial de sociedad de gananciales y derecho a sucesión recíproca de los cónyuges o concubinos como herederos forzosos del tercer orden. El aspecto sucesorio de este régimen no admitiría pacto en contrario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Régimen patrimonial de separación de patrimonios y derecho a sucesión recíproca de los cónyuges y concubinos. Si no hubiese pacto en contrario, los cónyuges seguirían siendo herederos forzosos del tercer orden.

c) Régimen patrimonial de separación de patrimonios y pacto de renuncia a sucesión recíproca de los cónyuges y concubinos. De esta forma, si hubiese pacto en contrario, los cónyuges dejarían de ser herederos forzosos del tercer orden.

Consideramos que resultaría conveniente establecer esta modificación legislativa, ya que ella podría preservar la separación de patrimonios, cuando los cónyuges o concubinos así lo deseen, evitando –con un pacto de esta naturaleza– conflictos entre los descendientes de anterior o anteriores familias o relaciones y el cónyuge o concubino supérstite.

Está claro, por lo demás, que podríamos no sólo estar en presencia de descendientes fruto de una relación previa al matrimonio, sino de varias de ellas.

Las relaciones de familia pueden terminar siendo muy complicadas y las expectativas hereditarias en donde confluyan, incluso, los intereses del cónyuge supérstite ocasionan, en muchos casos, problemas tan serios, que preferiríamos que en estos supuestos –y por excepción– el carácter de heredero forzoso del cónyuge se relativice.

En buena cuenta, el cónyuge supérstite sólo tendría carácter de heredero forzoso en los supuestos a) y b) precedentes, pero no en el supuesto c).

Esto no impide, por cierto, que el cónyuge causante pueda ulteriormente instituirlo como heredero voluntario, a pesar de haber acordado el régimen de separación de patrimonios, con pacto de exclusión de heredero forzoso del cónyuge supérstite.

Admitiendo que tal situación sería algo contradictoria, ella revestiría plena validez.

En la eventualidad de que se quiera cuestionar nuestro planteamiento señalando que con este pacto se estaría dejando desamparado en materia hereditaria al cónyuge o concubino supérstite, no debemos olvidar que ellos pactaron separación de patrimonios.

Y, además, esta tercera modalidad de régimen patrimonial y hereditario estaría otorgando a la separación de patrimonios un alcance adicional del que habitualmente tiene.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decimos esto, pues la separación de patrimonios se extiende solamente a los patrimonios de los cónyuges mientras éstos vivan. En cambio, con la modalidad c), antes propuesta, la separación de patrimonios se extendería, incluso, después de la muerte.

Ello no nos preocupa, en la medida en que, si se hubiese pactado el régimen de separación de patrimonios, los cónyuges tendrían bienes propios que proteger, y lo que estamos haciendo con esta propuesta es prolongar tal protección, más allá del término de sus respectivas vidas.

Creo firmemente en la legítima hereditaria; creo también en que ella evita la desprotección de los intereses y los derechos de los más débiles, y por eso siempre he defendido la permanencia de la legítima dentro del Derecho sucesorio peruano.

Pero nos encontramos ante un supuesto muy especial, con características particularmente definidas, y en donde no estaríamos desprotegiendo los intereses de nadie.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO IV
DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO

CAPÍTULO PRIMERO
SEPARACIÓN DE CUERPOS

EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS

Artículo 332.- La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Se puede decir, en sentido figurado, que la separación de cuerpos constituye la antesala del divorcio.

El artículo 332, bajo comentario, se encarga de señalar que ella suspende los deberes relativos al lecho y habitación.

El deber del lecho constituye un deber jurídico sin contenido patrimonial, consistente en comportarse como marido o mujer en la intimidad.

El deber de habitación, que también es un deber jurídico sin contenido patrimonial nacido del matrimonio, consiste en vivir bajo el mismo techo, en aquello que se denomina el hogar conyugal.

Es obvio que la separación de cuerpos determina que los cónyuges, a pesar de seguirlo siendo, ya no están obligados, en pocas palabras, a hacer vida común.

Por otra parte, la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales. Ello significa que, en la medida en que la pareja sigue casada, habrá que hacer una liquidación de la sociedad de gananciales, para poder pasar al régimen de separación de patrimonios o, simplemente a ningún otro, si es que sobreviniese antes el divorcio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aguilar Llanos comenta al respecto que: «La separación de los cónyuges implica no cumplir con uno de los fines del matrimonio cual es la comunidad de vida, y este debería ser criticado, sin embargo, se dan casos en que se llegan a situaciones límites entre la pareja que hacen recomendable que se separen, pues de lo contrario se agravarían los conflictos con grave perjuicio para los hijos. Sobre el particular no comulgamos con aquellos que señalan que la separación es un mal necesario, pues si es un mal, como pensamos, por qué necesitaríamos ese mal, nadie busca el mal, sino más bien se le evita, mas sí consideramos a la separación como una medida inevitable, pues de lo contrario tendríamos que obligar a esa pareja que siga conviviendo en un ambiente hostil y lleno de desencuentros.»(396)

Por su parte, el maestro Cornejo Chávez señala que: «La separación de cuerpos, en suma, no significa el olvido del interés público, ni la supeditación de éste a la conveniencia privada, sino una razonable conciliación de ambos en cuanto ella es posible; deja abierta la vía hacia el restablecimiento de la normalidad conyugal, si los cónyuges, después de un período de separación, liman sus diferencias y llegan al convencimiento de que la cohabitación les ofrece ventajas que no habían apreciado suficientemente bajo la influencia de resquemores a veces minúsculos; e impide que el pretexto de una supuesta o magnificada incompatibilidad de caracteres, que no se ha tratado de salvar honesta y lealmente, o de una situación de convivencia interesadamente calificada como insostenible, oculte en el fondo el propósito de romper un vínculo para crear otro con distinta persona.»(397)

En materia jurisprudencial, tenemos la Casación n.º 119-2005-Lima, de fecha 28 de abril de 2006, que ha señalado lo siguiente: «Atendiendo a que la finalidad del matrimonio consiste en hacer vida en común, la separación de cuerpos no puede más que tener una duración transitoria. *Cuarto*. las características de la separación de cuerpos, la suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación, subsistiendo el vínculo matrimonial; sin embargo, atendiendo a que la finalidad del matrimonio consiste en hacer vida en común (artículo 234 del Código Civil), la separación de cuerpos no puede más que tener una duración transitoria.»(398)

Finalmente, el artículo 332, bajo comentario, se encarga de señalar que la separación de cuerpos deja subsistente el vínculo matrimonial, como hemos venido diciendo.

(396) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 196.
(397) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 325.
(398) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 383.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 332 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[399] que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 332, por una norma con el texto siguiente:

> **Artículo 332**.- Efecto de la separación de cuerpos
>
> 1.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.
>
> 2.- La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Como hemos estudiado, esta norma dispone en el Código vigente que: «La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial».

La exposición de motivos para este planteamiento de reforma señalaba lo siguiente: «En nuestro ordenamiento civil, la separación de cuerpos ha sido regulada independientemente del divorcio, por consiguiente, ya no es posible referirse al divorcio relativo (decaimiento matrimonial) y al divorcio absoluto (disolución del vínculo conyugal) como a las dos caras de un mismo fenómeno. La propuesta normativa integra en un solo título divorcio y decaimiento del vínculo matrimonial, disponiendo que el divorcio disuelva el vínculo del matrimonio.»[400]

La comisión del 2019 proponía que el citado artículo pase a constituir el inciso 2 de la norma y que el inciso 1 diga: «El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio». En lo personal, considerábamos innecesaria esta norma, en la medida en que se trata de una conclusión o afirmación de algo sobre lo que nadie tiene dudas.

En ese sentido, no vale la pena positivizar conceptos acerca de los cuales no existe debate ni posiciones jurídicas encontradas; sino, más bien, unanimidad de criterio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(399) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 114.

(400) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 90.

Causales de separación de cuerpos

Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

1.- El adulterio.

2.- La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.

3.- El atentado contra la vida del cónyuge.

4.- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.

5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.

8.- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

10.- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

11.- La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

12.- La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.

13.- La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Es necesario precisar que el texto original del inciso 2, en 1984, hacía referencia a «La sevicia». Esta norma fue modificada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.°

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993, que introdujo la expresión «La violencia física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias».

Por su parte, el inciso 11 original también fue modificado por la misma norma.

El texto en vigencia fue objeto de una última modificación por el artículo 2 de la Ley n.° 27495, publicada el 7 de julio de 2001, cuyo texto hemos consignado al comienzo del tratamiento del artículo 333.

El texto original de 1984 señalaba lo siguiente:

***Artículo 333**.- Son causas de separación de cuerpos:*

1.- El adulterio.

2.- La sevicia.

3.- El atentado contra la vida del cónyuge.

4.- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.

5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.

8.- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

10.- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

11.- El mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

El artículo 333 es uno de los más conocidos del Código Civil. En él se establece las causas de separación de cuerpos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Autores como María Teresa Cornejo Fava[401] dividen las causas de separación de cuerpos en dos grupos, siendo el primero de ellos el que agrupa a los supuestos señalados de manera específica por la ley como, por ejemplo, el adulterio o la injuria grave; es decir, aquellos supuestos contenidos básicamente entre los numerales 1 y 12 del artículo 333 del Código Civil peruano. El segundo grupo estaría integrado por aquellos supuestos que se ocultan, de modo indeterminado, en el supuesto de separación convencional o de mutuo disenso.

Para efectos de la responsabilidad civil, y la consecuente eventual indemnización derivada de la separación, interesan los doce primeros supuestos, en los que no hay voluntad de ambas partes para poner fin al matrimonio, sino en donde el vínculo se rompe a causa de una de las partes.

Así, se tiene que, tradicionalmente, el divorcio ha sido visto como una sanción con respecto al cónyuge que incumple los deberes conyugales del otro. Es claro que se llega al divorcio cuando existe un conflicto entre los cónyuges, y que, por lo general, siempre se produce por la conducta de uno de ellos. Lo que no resulta del todo claro es si esa conducta puede ser culposa o sólo de carácter doloso, más aún cuando el artículo 350 del Código Civil se refiere al divorcio por culpa de uno de los cónyuges. No obstante, al leer las causales contenidas en el artículo 333 del mismo cuerpo normativo, se advierte que existen causales que son susceptibles de calzar únicamente en una conducta dolosa.

Y es sabido que la culpa representa un tipo de imputabilidad que implica un incumplimiento reprochable, aunque en menor grado que el dolo, por haberse omitido la diligencia exigida por la ley y, obviamente, no tratarse de un incumplimiento deliberado de la obligación o del deber jurídico.

De esta forma, el dolo aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable, por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba obligado.

En ese escenario, corresponde ahora referirnos brevemente a cada una de las causales de divorcio contempladas por la ley peruana, a efectos de realizar el análisis correspondiente y a la vez, determinar si es que las mismas se configuran con el factor de atribución culpa, o si se configuran con el dolo, o quizá sólo con este último y no así con la culpa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(401) Cornejo Fava, María Teresa. *Matrimonio y familia: su tratamiento en el Derecho*. Tercer Milenio, Lima, 2000, p. 832.

a) El adulterio (inciso 1)

El matrimonio impone el deber de fidelidad, el mismo que consiste en un deber negativo, es decir, de no hacer. Cada cónyuge está obligado a no mantener relaciones sexuales con cualquier otra persona, fuera de su propio cónyuge.

El adulterio –en términos generales– se entiende como la unión sexual de un hombre o una mujer casado con un tercero, que no es su cónyuge, es decir una unión sexual extramatrimonial.

En este supuesto se vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproca que se deben los cónyuges. Se sabe que el adulterio queda tipificado no sólo por la cópula entre el cónyuge infiel y el tercero, sino además tal hecho le debe ser imputable al cónyuge, lo que determina finalmente la atribución de la culpabilidad.

Sobre el adulterio, Peralta Andía comenta en el sentido de que: «Significa la infidelidad sexual de uno de los cónyuges el mismo que atenta contra el principio de la monogamia y lesiona gravemente la esencia del vínculo matrimonial. Se trata de una unión sexual de carácter extramatrimonial de uno de los consortes con quien no lo es y que vulnera el deber de fidelidad, situación en la cual no es posible la comunidad de vida.»[402]

La jurisprudencia por lo general ha sido clara al respecto. Es evidente que la mayor prueba de la existencia de la infidelidad es que haya un hijo nacido durante el matrimonio y tenido con otra persona. Sea que el hijo esté reconocido (la que, tradicionalmente se consideraba la prueba por excelencia) o que se trate de un hijo que haya sido declarado como tal por una sentencia judicial.

Pero para probar la infidelidad, también son procedentes, por ejemplo, registros de hoteles, en donde conste que alguno de los cónyuges ha compartido una habitación con otra persona o el registro de comunicaciones (correo electrónico, por ejemplo), donde los intervinientes se refieran de manera explícita a haber mantenido relaciones sexuales.

En materia jurisprudencial, tenemos la Casación n.° 5079-2007-Lima, de fecha 15 de abril de 2008, la cual señala que: «El adulterio es una causal de naturaleza subjetiva o inculpatoria. *Sétimo.* La causal de divorcio por adulterio es una de naturaleza subjetiva o inculpatoria, consistente en la

(402) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 244.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

violación deliberada del deber de fidelidad por el hecho de mantener una relación sexual extramatrimonial, esta causal solo puede ser ejercitada por el cónyuge agraviado; doctrinariamente se le ha denominado divorcio sanción, ya que las consecuencias del divorcio por esta causal se reflejan en el recorte de ciertos derechos del cónyuge culpable, tales como la pérdida al derecho de heredar, la pérdida de los gananciales, entre otros.»[403]

Por otro lado, tenemos la Casación n.º 1744-00-Santa, de fecha 9 de enero de 2001, que estableció lo siguiente: «Elementos que se requieren para la concurrencia del adulterio. Caducidad. *Décimo.* [...] dos elementos que se requieren para la concurrencia del adulterio, uno objetivo: la cópula sexual con persona distinta al cónyuge (*sic*); y otro subjetivo: la intencionalidad consciente y deliberada de violar el deber de fidelidad, de esta manera se excluyen otras hipótesis, como la violación o el acto cometido por quien sufre trastornos de su conciencia, etcétera; en tal sentido, el adulterio no es causal de divorcio con efectos permanentes sino de constitución inmediata, por lo que si se denuncian hechos adulterinos posteriores a los que se reclaman y se reputan extinguidos por caducidad, por perdón o por consentimiento, es posible admitir la configuración de la violación del deber de fidelidad, pues este se recupera como deber fundamental de las relaciones conyugales tan pronto se haya extinguido la causal anterior por caducidad.»[404]

Así también, la Casación n.º 2090-2021-Huánuco, señala: «Consumación del adulterio: la simple tentativa resulta insuficiente para que produzca la disolución del vínculo matrimonial. *Octavo.* El adulterio [...] se funda en la violación de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objetivo, se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, de ahí que la simple tentativa resulte insuficiente para que produzca la disolución del vínculo matrimonial.»[405]

Ahora bien, el Código Civil peruano establece en su artículo 351 que, si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el

(403) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 386 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 254.

(404) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 385 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 255.

(405) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 386 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 255.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Así, pues, si la infidelidad es la causa del divorcio, habría que determinar y probar en el proceso de qué manera ella compromete el interés del cónyuge engañado.

Un detalle que no podemos pasar por alto es que para que se configure el adulterio se exige que exista cópula sexual o coito. Sólo en ese supuesto se habrá configurado la infidelidad(406). Bajo ese escenario en el Perú, los simples besos, las caricias o los actos sexuales de otra naturaleza no generarán supuesto de adulterio como causal de divorcio. Sí podrían configurar, en cambio, la causal de conducta deshonrosa(407).

Pero ¿cuándo un cónyuge es inocente? ¿Sólo cuando no ha sido él el infiel o es que deben acaso analizarse otras situaciones que podrían convertir al cónyuge engañado en culpable del engaño?

Si el divorcio se produce por culpa de ambos cónyuges (por causales independientes), cualquiera de ellos puede pedir la indemnización de daños y perjuicios (donde podría operar un supuesto de compensación indemnizatoria). Pero, si es que el divorcio se produjo por culpa de ambos, no por causales independientes, sino porque ambos participan en la producción del hecho, habría concurrencia de culpas y se fijaría una indemnización reducida. En ese escenario, ¿será posible que aun cuando el divorcio sea por causal (en donde sólo uno ha incurrido en la causal) no se deba indemnizar? Creemos que ello sí sería posible, pero habría que analizar cada supuesto en particular.

Ahora bien, el artículo 351 del Código Civil peruano señala que el juez puede conceder una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Antiguamente los tribunales de justicia rechazaban la procedencia de cualquier indemnización por el daño moral sufrido por la mera infidelidad, pues entendían que tales comportamientos, al margen de que merezcan un reproche ético y social, se encuentran en el terreno de lo extrajurídico.

Hoy en día la tendencia mayoritaria señala que corresponde, a favor de quien sufrió un daño subjetivo, un monto por concepto de indemnización.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(406) Ver: Casación n.° 228-2004-Huaura, de fecha 7 de septiembre de 2005 [fundamento quinto].
(407) Ver: Casación n.° 1431-98-Tacna, de fecha 29 de abril de 1999 [No puede aplicarse analógicamente la norma sobre adulterio a la causal de conducta deshonrosa].

No obstante, dicho monto dinerario no está destinado en estricto a reponer las cosas al estado anterior, ni a eliminar el dolor o el sufrimiento sino, simplemente, representa el medio que permite a la víctima hallar una determinada y simbólica compensación económica por el daño.

Ahora bien, el artículo 351 del Código Civil del Perú señala que el daño que debe ser compensado es el moral; siendo éste, entendido por la doctrina como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima. Se dice, pero sobre esto no existe unanimidad, que el daño moral tiene carácter efímero y no duradero; no refiriéndose al daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas como, por ejemplo, el daño biológico, a la salud, o el daño al proyecto de vida.(408)

La regla del Derecho de las Obligaciones es que se sanciona su incumplimiento por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Consideramos que lo mismo debe ser aplicado para el incumplimiento de los deberes jurídicos de contenido extrapatrimonial.

De otro lado, cuando nos referimos a la causa del daño, ella deberá ser la causa adecuada, es decir el daño que se pretenda resarcir tiene que haber sido generado como consecuencia inmediata y directa de la inobservancia del deber de fidelidad.

Ahora bien, ¿hasta dónde llega o cuándo acaba el deber de fidelidad? ¿Es acaso posible que ya no se esté obligado a ser fiel, si es que ya se dejó el hogar en el que hacían vida común los cónyuges?

Podría pensarse que la infidelidad sólo podrá generar daño si es que ésta se produce mientras los cónyuges llevan una vida común; no obstante, en el supuesto de que uno de los cónyuges se haya retirado del hogar, es decir, se hubiese separado de hecho de su cónyuge, la causa del adulterio no se podría alegar como supuesto de indemnización por daño moral, pues la causa de la ruptura del matrimonio no habría sido el adulterio, sino otras distintas que habrían llevado a que este cónyuge deje el hogar y, posteriormente, continúe su vida sexual con otra persona distinta a su cónyuge y de quien se puede haber enamorado meses o años después de dejar el hogar. Pero ello no es así.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(408) Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 228.

Mientras subsista el vínculo matrimonial, subsisten los deberes nacidos del mismo; y el incumplimiento de tales deberes no puede merecer exoneración o atenuación por parte del Derecho.

b) La violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias (inciso 2)

La violencia física es el maltrato del mismo orden, en tanto la violencia psicológica es el maltrato moral, el mismo que se puede manifestar por un conjunto de expresiones contra el cónyuge o por actitudes incluso de orden omisivo, que afecten, de una u otra manera, la tranquilidad psicológica del otro cónyuge.

La violencia física está referida a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro y se prueba –básicamente– a través de un examen del estado físico del cónyuge afectado, pues la violencia física consiste en actos que importan en especial un daño material, visible.

La jurisprudencia, en la Casación n.° 1992-T-96-Tacna, de fecha 23 de octubre de 1997, ha definido a la violencia física de la siguiente manera: «*Cuarto.* La violencia física que contempla el inciso segundo del artículo 333 del Código sustantivo, entiende como el trato reiterado, excesivamente cruel, de uno de los cónyuges hacia otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultraja de hecho a consorte y salva así los límites del recíproco respeto que ambos se deben.»(409)

Así también, en la Casación n.° 931-2016-Cusco, de fecha 2 de agosto de 2017, se ha determinado sobre la violencia psicológica, lo siguiente: «[...] estando a la literatura forense sobre el tema, es de advertir, que la violencia psicológica es conocida también como violencia emocional, y se la describe como una forma de maltrato, por lo que se encuentra en una de que las categorías de la violencia doméstica. Es decir, maltrato emocional es sinónimo de maltrato psicológico, y no un matiz de éste que no llega a configurar violencia psicológica, (...) De ello, se advierte que la Sala de mérito, luego de considerar que el maltrato emocional, por su característica de temporalidad, no constituye maltrato psicológico, concluye que en el caso de autos sí llega a configurar violencia psicológica, no habiendo fundamentado las razones que sustentan su decisión, por lo que no ha

EGACAL MARIO CASTILLO FREYRE

(409) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 387 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 256.

cumplido con el requisito de la motivación, al no exteriorizar el sustento de la decisión adoptada.»[410]

Cabe señalar, como advierte Varsi, que: «La consideración de esta causal es independiente del juzgamiento que procedería realizar en sede penal por las lesiones sufridas, sea por configurarse un delito o una falta con la integridad o salud de la persona.»[411]

En ese sentido, resulta pertinente que en la Casación n.° 2927-2015-Lima, se haya establecido que no se vulnera el principio de *non bis in idem* al procesar al cónyuge agresor por violencia familiar después de haberlo condenado en la vía penal: «*Sexto*. Ley de Protección Contra la Violencia Familiar [...] lo que busca es establecer medidas de protección respecto a los abusos (físico, psicológico, etc.) que se generen en el entorno familiar; mientras que [...] el derecho penal, tiene una función represiva, [...] lo que busca es reprimir o sancionar el delito y/o falta cometidos. Siendo así, se concluye que se trata de dos procesos distintos, cuyos trámites son diferentes, vale decir, que de un mismo hecho, se derivan dos consecuencias jurídicas, una protectora de la víctima y la otra sancionadora del agresor, sin que ello signifique la violación del principio non bis idem (*sic*). Así, pues en el presente proceso se ha impuesto medidas de protección en favor de la agraviada, esto es, el cese inmediato por parte del demandado de la violencia familiar, en la modalidad de maltratos físicos y psicológicos, fijándose la suma de 500 nuevos soles por concepto de indemnización; y, en cuanto al proceso penal [...], en él se condena al ahora causante como autor de faltas contra la persona lesiones dolosas en la modalidad de violencia familiar, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 441 del Código Penal [...].»[412]

- Tal maltrato deberá ser apreciado por el juez, según las circunstancias, lo que implicará analizar no sólo cada caso concreto (lo que es evidente), sino también si la conducta del cónyuge afectado contribuyó o no al proceder ilegítimo de su cónyuge.

  En muchos casos donde existe este tipo de denuncias, no sólo tenemos un cónyuge responsable de tales comportamientos, sino dos, en tanto hay agresiones recíprocas.

(410) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 389.
(411) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial y las relaciones económicas y las instituciones supletorias, así como al amparo familiar. Op. cit.*, tomo III, p. 335.
(412) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 387.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cabe señalar que no se requiere que la violencia sea grave o reiterada, conforme lo ha determinado la Casación n.º 2241-97-Lima, de fecha 3 de septiembre de 1998: «*Cuarto.* [...] La sentencia incurre en error, pues incorpora entre las condiciones de la causal, la reiterancia y la gravedad. *Quinto.* La causal de violencia física se configura con un acto intencional de fuerza de un cónyuge sobre el otro, que le cause daño objetivamente constatable y que determine la imposibilidad de la vida en común que obliga el matrimonio.»[413]

Coincidimos con este último criterio jurisprudencial.

En este punto podemos preguntarnos si es que resulta posible que el acto violento se produzca sin intención alguna del atacante, o si es que acaso siempre el hecho resultará doloso.

Somos de la opinión de que nadie agrede físicamente a otra persona si no es con la intención deliberada de dañarla o, al menos, sabiendo que todo golpe o violencia física tiene altas posibilidades de generar un daño físico en la otra persona; por lo que, ejecutar el acto violento sin lugar a dudas encierra un grado de conciencia y conocimiento de que el acto violento es la causa del daño.

Hay quienes sostienen que la violencia física tiene que ser reiterada para que se configure como una causal de divorcio, mientras que otros señalan que basta un solo maltrato para que la parte agraviada pueda demandar el divorcio.

Nos inclinamos por este último punto de vista, que resguarda la vida y la integridad física de los cónyuges.

Comenta Carmen Julia Cabello Matamala[414] que la jurisprudencia peruana desde años atrás ha considerado como actos vejatorios, constitutivos de esta causal, no sólo aquella conducta que persigue hacer sufrir corporalmente a través del maltrato físico, habida cuenta de que teniendo en consideración elementos de carácter subjetivo, calificó como tal al sufrimiento moral o psicológico.

Si se aprecia bien, el concepto de Cabello se refiere a una conducta que persigue un fin, el mismo que no es otro que el de hacer sufrir física o psicológicamente al otro cónyuge. Es decir, en ambos casos se habla de una intencionalidad en el actuar.

(413) *Ibidem*, p. 387.
(414) Cabello Matamala, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Op. cit.*, p. 107.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, Héctor Cornejo Chávez[415] sostiene que en esta causal lo que más interesa es la intención de hacer sufrir al otro cónyuge; es decir, el factor intencional resulta relevante, toda vez que el deseo de provocar un sufrimiento rompe la armonía y el mutuo respeto entre los cónyuges, lo que justifica la disolución del vínculo matrimonial.

Ahora bien, ¿es posible que bajo algún supuesto la violencia (física y/o psicológica) se justifique por otras circunstancias, de modo tal que quede en un segundo plano la intención de dañar?

Como ya hemos sostenido, y según enseña Mosset Iturraspe, los hechos antijurídicos que corresponden al divorcio son conductas queridas y deseadas. Pero si releemos el enunciado contenido en el inciso 2 del artículo 333 del Código Civil peruano, la expresión relativa a la violencia «que el juez apreciará según las circunstancias» nos hace advertir que no sólo debe tenerse en cuenta la existencia del dolo o la culpa, sino que además es necesario tomar en consideración el grado del acto violento; esto, sobre la base de las circunstancias y el contexto donde se haya desarrollado el hecho vejatorio.[416]

Así, sólo por citar un ejemplo, ¿se podrá acaso justificar la violencia de uno de los cónyuges que advierte en el maltrato un supuesto de corrección, pues así ha sido educado durante toda su vida? Sin duda alguna en este supuesto no existiría intención de dañar al cónyuge, a pesar de que sí se le causará un daño.

Señala Carmen Julia Cabello que: «Desde este enfoque teórico, es posible inferir entonces que, en mérito a la causa que los motiva, los maltratos podrían ser justificables o injustificados, siendo estos últimos los que propiamente tipificarían la causal, en tanto los otros disminuirían o eximirían la responsabilidad».

Disentimos de este parecer. A nuestro criterio, toda violencia, sea ella derivada del dolo o de la culpa, constituye causal de separación de cuerpos y eventualmente si ella hubiese causado daños o perjuicios, deberá ser objeto de resarcimiento en favor del cónyuge inocente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(415) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1999, p. 353.
(416) Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo XII, pp. 1185-1213.

c) El atentado contra la vida del cónyuge (inciso 3)

Esta es, sin duda, a mi entender, la más grave de las causales de separación de cuerpos. Digo esto, en la medida en que el atentado contra la vida del cónyuge implica el haber querido matarlo. Estaríamos hablando de un intento de homicidio doloso o de un intento de asesinato(417).

A mayor abundamiento, como ejemplo de atentado a la vida del cónyuge podemos referirnos al delito de feminicidio, el cual se encuentra tipificado en el artículo 108-B y se configura –entre otros supuestos– cuando se mata a una mujer en un contexto de violencia familiar, en otras palabras, se configura también cuando el marido mata a su mujer.(418)

(417) Conforme a lo señalado en el Código Penal, tenemos los siguientes supuestos:
i) Si la mujer intenta atentar contra la vida del marido, resulta de aplicación:
Artículo 106.- Homicidio Simple
El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.
ii) Si el marido intenta atentar contra la vida de la mujer, resulta de aplicación:
Artículo 108-B.- Feminicidio
Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:
1. Violencia familiar.
En ambos casos, los artículos se interpretarán con el artículo 16 del Código Penal que regula la tentativa.
Artículo 16.- Tentativa
En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.
El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

(418) Artículo 108-B.- Feminicidio
Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:
1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:
1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre esta causal, el maestro Cornejo Chávez enseña que: «Si el simple maltrato físico es capaz de alterar gravemente las relaciones matrimoniales hasta el punto de imposibilitar la convivencia, no hay duda de que el designio criminal exteriorizado por uno de los cónyuges en agravio del otro, suscita necesariamente un estado de aversión y fundado temor enteramente incompatible con la vida en común.»(419)

Qué más afrenta y muestra de falta de respeto y desamor que el intentar quitar la vida a su propio cónyuge.

En ese orden de ideas, se entiende perfectamente que ésta constituya una causal de separación de cuerpos.

No obstante, tratándose de un supuesto de carácter delictivo, para que esta causal sirva para iniciar un proceso de separación de cuerpos, requeriría de la sentencia condenatoria firme en un proceso judicial.

En materia de jurisprudencia, resulta interesante lo resuelto en el expediente n.º 224-97, de fecha 1 de septiembre de 1997, cuya sentencia señala lo siguiente: «Atentado contra la vida del cónyuge. Segundo. La causal de atentado contra la vida del cónyuge supone la realización de un acto lo suficientemente grave que esté dirigido a poner en peligro la vida del consorte; que en el caso de autos si bien los hechos revelan un alto grado de agresividad contra la cónyuge, estos se dirigen a afectar su integridad física y no a violentar su vida, por lo que no resulta amparable esta causal.»(420)

Ahora bien, es claro que la causal bajo comentario presupone un ataque ilegítimo de un cónyuge contra el otro, y en tanto es ilegítimo, no hay causa alguna que la ampare, por lo que –una vez más– el factor intencional del autor de la tentativa denotaría un comportamiento doloso.

7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.
8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.
9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

(419) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 328.

(420) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 389.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Es preciso anotar que para algunos autores la determinación en torno a la existencia o no de tentativa que realice el juez de familia respecto de los hechos que se denuncian, es independiente del análisis en materia penal que el juez competente realice. Así lo entienden Álex Plácido y Carmen Julia Cabello.(421)

Es decir, según esta corriente de pensamiento, independientemente de la existencia o no de una sentencia o un proceso penal por tentativa de homicidio en contra del cónyuge, el juez civil puede determinar –con los elementos del proceso– si es que se ha configurado el inicio del delito de homicidio, el mismo que si bien puede no terminar calificando como tentativa de homicidio, puede bien calificar como injuria grave.

Nosotros disentimos de esta manera de enfocar el problema.

Estimamos que resulta indesligable el destino del tema en materia penal, de aquél que tendría en sede civil.

Nos explicamos.

Ocurre que el juez de familia no podrá calificar la existencia o no de tentativa de homicidio contra el otro cónyuge, habida cuenta de que tal calificación corresponde ser efectuada por los tribunales en lo penal.

Si en esta sede el cónyuge es absuelto, ¿podría un juez de familia amparar una demanda de separación de cuerpos basada en esta causal?

Creemos que la respuesta negativa se impone.

En cambio, resultará evidente que si media condena penal firme por tentativa de homicidio (delito doloso, por excelencia), el cónyuge inocente «tendrá la mesa servida» para demandar la separación de cuerpos por dicha causal; y, si hubiese sufrido daños y perjuicios, podrá reclamarlos y acceder a la correspondiente indemnización.

d) La injuria grave, que haga insoportable la vida en común (inciso 4)

Según la Real Academia Española, injuria es: «1. Agravio, ultraje de obra o de palabra. 2. f. Hecho o dicho contra razón y justicia. 3. f. Daño o incomodidad que causa algo.»(422)

ESTUDIO GUNO CASTILLO FREYRE

(421) Plácido Vilcachagua, Álex y Carmen Julia Cabello Matamala. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 354.

(422) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 19 de noviembre de 2022.

Entonces, podríamos decir que el inciso 4 del artículo 333 está haciendo referencia a los actos, de obra o de palabra, cometidos por un cónyuge en perjuicio del otro, que consistan en un agravio o ultraje, los mismos que van contra toda razón o justicia y que causan daño o incomodidad a su receptor.

Esta causal, en estricto, está referida al ataque moral que hace un cónyuge al otro. Así, se tiene que Guillermo A. Borda[423] expresa que las injurias graves consisten en las palabras, actitudes o hechos de uno de los cónyuges que importan un agravio para el otro.

Nadie tiene por qué soportar los actos del otro cónyuge que vayan en menoscabo de la integridad moral o física de uno mismo. Esta siempre ha constituido una causal de separación de cuerpos muy justa; y ha cobrado mayor importancia en tiempos recientes, en los que, con justicia, las mujeres vienen tomando plena conciencia de que no tienen por qué aceptar el maltrato de sus cónyuges. Es obvio que la situación inversa resulta igualmente reprobable.

Al respecto, Peralta Andía señala respecto a la injuria grave, que: «Significa un atentado grave e inexcusable contra el honor, la reputación o la personalidad del ofendido con el propósito de hacer insoportable la vida en común.»[424]

En ese sentido, no está de más decir que esta causal también resulta aplicable a aquellos casos en los que el perjudicado sea el marido, en tanto que la mujer sea la causante de las injurias. En temas como éste, la casuística es infinita.

Sobre esta causal, la Casación n.º 01-99-Sullana, ha señalado que: «No es necesaria la reiterancia de la injuria para que se configure como causal de separación. Elementos de la injuria grave. *Tercero.* La injuria debe entenderse como toda ofensa dirigida a afectar el honor del otro cónyuge, lo que quiere decir que no se trata de cualquier ofensa, sino que ésta debe ser de tal magnitud que haga imposible la vida en común, y si los cónyuges se hallan separados, ésta dificulte o imposibilite que se vuelvan a unir, no siendo necesaria la reiterancia de la injuria [...]. *Cuarto.* La injuria grave tiene dos elementos, uno objetivo que está dado por la exteriorización de la ofensa y otro subjetivo que está tipificado por la intención deliberada

(423) Borda, Guillermo A. Citado por Cornejo Fava, María Teresa. En: *Matrimonio y familia: su tratamiento en el Derecho. Op. cit.*, p. 841.

(424) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 244.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

de ofender al otro cónyuge. [...] *Sétimo.* [...] porque el Código no lo exige y además porque para afectar el honor de una persona no se requiere que existan ofensas sucesivas.»[425]

Ahora bien, el supuesto bajo comentario se refiere a la injuria grave, es decir bastaría con que se verifique la gravedad de la injuria cometida por uno de los cónyuges en desmedro del otro, para que proceda el divorcio. El parámetro de la gravedad quedará en el criterio judicial, el mismo que debe circunscribirse en razón a la educación de los cónyuges, y otros factores objetivos que el juez determine como relevantes para establecer si se produjo o no la injuria.

De otro lado, resulta oportuno preguntarnos si cuando se comete la injuria, la misma se presenta necesariamente como un tipo doloso, o si podría sólo mediar culpa.

Sin duda alguna, es posible que el cónyuge que injurie al otro cónyuge lo haga de manera dolosa, es decir con el afán de dañar su prestigio, o con la conciencia de que tal acto pueda generarle un perjuicio moral.

No obstante, también es posible plantearse un escenario distinto, como por ejemplo una discusión suscitada entre una pareja de esposos, donde uno de los cónyuges tiene una educación superior, mientras que el otro es una persona de pobre educación; y este último –en plena discusión– emplea términos que afectan moralmente a su pareja.

En ese orden de ideas, antes de determinar si el cónyuge actuó con el fin de dañar al otro, debe tenerse en consideración su lugar de procedencia, el nivel socioeconómico, la educación y, en ocasiones, los estratos socioeconómicos de donde provienen o, al menos, donde desenvuelven sus actividades cotidianas, a efectos de determinar si tal conducta encuentra algún atenuante en la responsabilidad que de ella se deriva.

Cabe resaltar que, de acuerdo con la normativa vigente, la causal bajo comentario comprende la frase «injuria grave», con lo cual se evidencia que la injuria tiene grados de intensidad, siendo sólo la grave la que da derecho a la demanda de divorcio.[426]

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

(425) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 390 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 259.

(426) Plácido Vilcachagua, Álex y Carmen Julia Cabello Matamala. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 355.

Con base en lo expuesto, podemos sostener que, sea por dolo o culpa, los daños causados en virtud de la injuria grave, que hace insoportable la vida en común, son plenamente resarcibles.

e) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo (inciso 5)

El abandono de hogar configura otra causal de separación de cuerpos.

Para que ella tenga lugar, el plazo de abandono debe ser mayor de dos años continuos (es decir, que el cónyuge haya hecho abandono de hogar hace más de dos años) o que los períodos en que haya hecho abandono del hogar conyugal sumen más de dos años.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta lo siguiente: «Supone el alejamiento unilateral inmotivado y voluntario con el propósito de sustraerse de las obligaciones conyugales; ahora bien, dentro de los deberes que impone el matrimonio se encuentra la vida en común, por ello cuando uno de los cónyuges se niega a convivir con su consorte se está incumpliendo tal deber, y consecuentemente se posibilita en el cónyuge abandonado la acción de separación.»(427)

En ambos supuestos, resulta recomendable que el cónyuge abandonado recabe los medios probatorios que luego le serán necesarios para demostrar los plazos de abandono. Pensamos en una denuncia en la comisaría del sector, o en conservar mensajes de texto o de WhatsApp, o correos electrónicos intercambiados con el cónyuge abandonante.

Sobre esta causal, la jurisprudencia en la Casación n.º 577-98-Lima, de fecha 16 de octubre de 1998, ha señalado, lo siguiente: «Definición de abandono de hogar. Elementos. El simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono. Primero. La doctrina es unánime en señalar que el abandono consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Segundo. El abandono debe reunir tres elementos [...]: el objetivo, el subjetivo y el temporal; por el primero, se entiende la dejación material o física del hogar conyugal; por el segundo, que el cónyuge ofensor se sustraiga intencionalmente al cumplimiento de sus deberes conyugales, es decir en forma

(427) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 202.

voluntaria, intencional y libre; y por el tercero, que transcurra un determinado período de tiempo, que en sede nacional es dos años continuos o que la duración sumada de los periodos excedan a (*sic*) dicho plazo.»[428]

Asimismo, para que se configure la causal por abandono injustificado, la Casación n.° 3006-2001-Lima, de fecha 6 de febrero de 2002, señala la concurrencia de tres elementos: «*Quinto.* La obligación de cohabitación conlleva a los cónyuges el hacer vida común, asegurando la plena comunidad de vida conyugal, determinado como fin del matrimonio, salvo excepciones como que la cohabitación ponga en peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges, o la actividad económica de la que dependa el sostenimiento de la familia: *Sexto.* En la demanda se alega expresamente la causal contenida en el inciso 5 el artículo 333 del Código Civil, la que debe reunir tres requisitos: que el demandado haya hecho dejación de la casa común, que tal actitud sea injustificada, lo que permite suponer que lo ha inspirado el designio de destruir de hecho la comunidad conyugal, y que el abandono se prolongue por más de dos años continuos».[429]

En estricto, esta causal se refiere al incumplimiento del deber de cohabitación entre los cónyuges, el mismo que resulta de imposible cumplimiento si es que uno de ellos deja el domicilio conyugal.

De otro lado, el abandono al que se refiere el supuesto bajo comentario requiere que sea injustificado, lo que implicaría que debe existir una intención en el quebrantamiento del vínculo matrimonial por parte del cónyuge que abandona injustificadamente el hogar conyugal; y que tal abandono sea por un período prolongado de más de dos años o que en plazos interrumpidos, el abandono sume más de dos años.

Carmen Julia Cabello comenta que la intención de dejar el hogar conyugal es elemento necesario para que esta causal se produzca, no dando lugar a que se presente un supuesto culposo que dé origen al divorcio por causal de abandono, pues siempre se requerirá –para la configuración de esta causal– la intención injustificada de abandono.

No obstante, tenemos dudas en torno al tema indemnizatorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(428) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 390 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, pp. 261-262.

(429) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 391 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 261.

Decimos esto, naturalmente, sin perjuicio de que el cónyuge que abandona injustificadamente el hogar conyugal deberá seguir cumpliendo con sus obligaciones alimentarias con relación al cónyuge abandonado.

Pero, siendo esto así, la pregunta que corresponde formular es la relativa a si el cónyuge abandonado podrá o no demandar al otro el pago de una indemnización, precisamente, basada en el abandono.

Es verdad que están los derechos de todo ser humano para transitar libremente por el territorio de la República y el de cambiar de domicilio, conforme lo considere conveniente.

Por lo demás, es claro que el Derecho del siglo XXI no puede evitar que alguien que ya no desea convivir con su cónyuge lo siga haciendo. El ser humano, al casarse, no pierde ni su libertad individual, ni sus derechos constitucionales.

Esto, en lo que respecta, en estricto, al hecho del abandono de hogar en sí mismo considerado; siendo evidente que el abandono podría ocasionar un daño moral al cónyuge abandonado y que, por otra parte, el cónyuge abandonante deberá cumplir en estricto con todos sus deberes alimentarios y demás obligaciones que corresponda frente a su cónyuge y sus hijos.

f) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común (inciso 6)

Cuando hablamos de una conducta deshonrosa, significa que ella deshonra al otro cónyuge, es decir a aquel que no incurre en ella.

¿Y qué es honra? Según la Real Academia Española, honra es: «1. Respeto y buena opinión que se tiene de las cualidades morales y de la dignidad de una persona. 2. Cosa por la que una persona se siente enaltecida y orgullosa.»(430)

Entonces, podríamos imaginar como supuestos de conducta deshonrosa, aquellos en que uno de los cónyuges tenga un comportamiento con los demás, por el cual haga el ridículo de manera permanente, o se refiera a su cónyuge, frente a terceros, en términos despectivos, o, sin ser homosexual, y sólo para fastidiar a la gente, salga a la calle vestido de mujer, etc., etc., etc.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(430) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es Consulta realizada el 19 de noviembre de 2022.

No cabe duda de que todos estos supuestos constituyen casos de conducta deshonrosa, los mismos que minarán, o harán perder el respeto y buena opinión que se tiene de las cualidades morales y de la dignidad de esa persona. Esto, sin duda, avergonzará notablemente al otro cónyuge y le podrá causar un daño moral notable.

Para Aguilar Llanos, «[...] según una ejecutoria de nuestros tribunales, esta causal implica el conjunto de actos que hacen perder la honra del cónyuge agraviado, entendida esta como la pérdida de su pudor, honestidad y recato.»(431)

También pueden ser calificados como conducta deshonrosa aquellos actos de coqueteo con otras personas, sea de palabra o también de obra, los mismos que, sin llegar a constituir supuestos de adulterio (inciso 1 del artículo 333), podrían perjudicar notablemente al cónyuge afectado.

En la Casación n.° 5517-2009-Cajamarca, de fecha 18 de enero de 2011, se determinó que constituye conducta deshonrosa engañar a la pareja sobre la paternidad de su hijo; y, por su parte, la Casación n.° 83-96-Cono Norte señaló que el caso de la esposa que convive con otro varón constituye conducta deshonrosa.

Es pertinente precisar que no puede aplicarse las normas sobre adulterio a la causal de conducta deshonrosa, así como lo establece la Casación n.° 1431-98-Tacna, de fecha 29 de abril de 1999: «No puede aplicarse analógicamente la norma sobre adulterio a la causal de conducta deshonrosa. *Segundo.* Más que la interpretación errónea del inciso 6 del artículo 333 del Código Civil lo que se pretende es la aplicación analógica del artículo 336 del Código Civil para el caso de la causal de conducta deshonrosa. *Tercero.* A efecto de determinar la existencia de la conducta deshonrosa se requiere que la persona que la cometa proceda de forma tal que habitualmente deje de observar las reglas de la moral o las reglas sociales, es por ello que la casual no se configura por un hecho determinado, sino por un constante proceder. Cuarto. Desde ese punto de vista no puede aplicarse analógicamente la norma del artículo 336 del Código Civil, pues dicha norma se refiere a un acto determinado, el de adulterio cometido por uno de los cónyuges, mientras que en el caso de la conducta deshonrosa es la sucesión de actos que apreciados en su conjunto configura la causal y justamente en base a ello harían insoportable la vida en común.»(432)

(431) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 203-204.
(432) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 396.

LEGIS.PE CASTILLO FREYRE

Ahora bien, resulta importante señalar que esta conducta del cónyuge no sólo debe verificarse como deshonrosa, sino que además debe tornar en insoportable la vida en común del otro cónyuge.

La conducta deshonrosa puede estar motivada por actos conscientes o inconscientes o irresponsables.

Estimamos que, en ambos casos, tales actos podrían generar el deber de indemnizar.

g) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347 (inciso 7)

La toxicomanía es definida como «el hábito patológico de intoxicarse, mediante la absorción de determinadas sustancias, sin motivos terapéuticos, convirtiéndose en una necesidad irresistible, caracterizada por reacciones de acostumbramiento, de dependencia psíquica y fisiológica, que generan en el individuo lesiones físico-mentales de carácter irreversible.»(433)

El caso bajo comentario se relaciona directamente con el hecho de que uno de los cónyuges se vuelva, después de contraído el matrimonio, un consumidor habitual de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.

El inciso 7 del artículo 333 establece que tales sustancias puedan generar toxicomanía, pero si asumimos que el cónyuge que se halle en esta situación ya las consume de manera habitual, entonces, lo más probable es que ya se encuentre en situación de toxicomanía.

Nótese que debe tratarse de drogas no prescritas como medicinales, pues si se tratase de este último caso, no hay duda de que no se estaría configurando la causal de separación de cuerpos bajo comentario.

Cabe señalar, con Aguilar Llanos, que en esta categoría se ha incluido a las sustancias alcohólicas: «Nuestros tribunales han considerado el alcoholismo crónico (ebrio habitual o alcohólico) dentro de esta causal, y creemos con razón, en tanto que el bebedor consuetudinario también es una persona que por efectos de la droga (alcohol) se vuelve irresponsable, sin voluntad propia, sugestionable, y dependiente del vicio, vicio que muchas veces lo conduce a comportamientos alejados de la moral y de

(433) Cabello Matamala, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Op. cit.*, pp. 256-276.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los buenos principios, lo que dificulta una vida en común a la que está obligado por el matrimonio.»[434]

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta causal en el Exp. n.° 144-98, de fecha 8 de abril de 1998: «Uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas. *Segundo.* El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía justifican por sí solos la existencia de dicha causal, debido al grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas, en forma habitual, lo que sí puede influir, induciendo a su uso, tanto al cónyuge sano como al resto de la familia, siendo requerimiento en esta causal que dicho uso sea habitual; *Tercero.* Que, como establece el artículo 339 del Código Civil, la acción por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan. Cuarto. De los documentos presentados, la Historia Clínica del demandado remitida por el hospital psiquiátrico [...] constituye prueba instrumental idónea y suficiente que produce convicción sobre la configuración de esta causal.»[435]

En un aspecto de responsabilidad, consideramos que esta causal presenta un doble cuestionamiento. Por un lado, se comprende que el uso habitual de sustancias alucinógenas no sólo no favorece la vida en pareja, sino que además coloca en riesgo la integridad del otro cónyuge, pues lo expone a los efectos de estas drogas. Pero, de otro lado, y como señala Max Arias-Schreiber,[436] el dilema moral que se presenta en esta causal está en determinar hasta qué punto el cónyuge se encuentra obligado a asistir a su esposo(a), por lo que su obligación no le permitiría desvincularse del matrimonio con el toxicómano.

La doctrina coincide en establecer que el uso de estas sustancias alucinógenas debe ser intenso o, lo que es lo mismo, habitual, además de injustificado, y con el propósito de obtener placer y sensaciones diversas. De lo contrario, si su ingestión se produjese por razones terapéuticas o por prescripción médica, no daría mérito a la causal que, si bien busca amparar al cónyuge inocente, no por ello deja de sancionar al que deliberadamente y en forma inmotivada adquirió este problema.

En ese escenario la sensación del dilema moral planteado por Arias-Schreiber aún queda latente, pero si debemos tomar partido por alguna de estas

(434) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 205.
(435) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 396.
(436) Arias-Schreiber Pezet, Max. Citado por Cornejo Fava, María Teresa. En: Matrimonio y Familia. *Op. cit.*, p. 845.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

circunstancias, diríamos que prevalece el deber para consigo mismo de protegerse, así como a sus hijos (si los hubiera) o demás descendientes, de un problema que podría devenir con consecuencias genéticas para la descendencia. Ello, sin contar con el riesgo al que se expone la vida del cónyuge inocente.

Ahora bien, en lo que atañe a una eventual indemnización, estimamos que, en este supuesto concreto, ella no debería proceder.

Decimos esto, en la medida en que el uso injustificado de sustancias estupefacientes –independientemente de cuál haya sido el origen de este mal hábito– constituye una enfermedad psíquica, con severas consecuencias físicas y mentales. Estimo que al Derecho debería repugnar la idea de que, a un ser humano en estas condiciones se le imponga, además, el deber de indemnizar a su cónyuge.

h) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio (inciso 8).

Son diversas las enfermedades de transmisión sexual (ETS) y de ellas no corresponde ocuparnos en una obra de Derecho.

Se entiende que, si uno de los cónyuges presenta alguna de tales enfermedades y el otro cónyuge está sano o libre de ellas, entonces aquél sólo podría haber sido contagiado por una tercera persona. Hacemos la salvedad del VIH-SIDA, habida cuenta de que, como sabemos, si bien se trata de una enfermedad de transmisión sexual, no sólo se transmite por esta vía; al igual que, de aquellas otras que, científicamente hablando, puedan haberse transmitido por factores alternativos al contacto sexual.

Si bien es cierto que la presencia de una de estas ETS en uno de los cónyuges no acredita que el mismo ha sido infiel, esta situación podría ser un indicio de que habría tenido relaciones con tercera persona, razón por la cual el legislador de 1984 también la consideró como una causal de separación de cuerpos. Pero nótese que la enfermedad tiene que revestir gravedad. Ello significa que no cualquiera de estas enfermedades constituirá una causal de separación de cuerpos, a pesar de que ella sólo pueda haber sido transmitida por contacto sexual con tercero.

Además, podría darse el caso en el cual el otro cónyuge también presente la enfermedad, supuesto en el cual habría que probar quién la contrajo primero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por eso, en 1998, en *Tentaciones académicas*[437] nos atrevíamos a proponer que el inciso 6, bajo comentario precisara que la enfermedad venérea grave debía obedecer a trasmisión sexual contraída de terceras personas.

Adicionalmente, en la Casación n.º 2053-2014-Ica, de fecha 11 de junio de 2015, se ha señalado lo siguiente: «*Sétimo.* De la revisión de la sentencia de vista, se aprecia que la Sala Superior, ha declarado improcedente la demanda, bajo el argumento consistente en que la causal contemplada en el artículo 333 inciso 8 del Código Civil busca proteger al cónyuge sano y a la prole, por lo que al encontrarse tanto la demandante como el demandado contagiados con la enfermedad de transmisión sexual ya no existe un cónyuge sano, como tampoco se encuentra en peligro la prole, en tanto están separados, no teniendo relaciones íntimas, por lo que la actora carecería de interés para obrar. Sin embargo, el ad quem (*sic*) omite tener en cuenta que el artículo 333 inciso 8 del Código Civil no exige que el cónyuge que la invoque como sustento de su demanda, se encuentre en buen estado de salud respecto al otro que padecería de la enfermedad de transmisión sexual, pues si bien ello resulta ser una posibilidad, esto es, que el cónyuge demandante no padezca dicha enfermedad, la cual sí se encontraría presente en el cónyuge emplazado, no es la única a que se restringe la norma en mención, pudiendo alegarse en la demanda que el o la accionante fue contagiado por la parte demandada, como consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales, siendo precisamente este último supuesto el alegado en la demanda de autos, y en relación al cual se ha desarrollado el debate judicial, no emitiendo el órgano jurisdiccional superior un pronunciamiento de fondo respecto a ello, por lo que la sentencia de vista adolece de motivación incongruente, al no resolver la controversia conforme a las pretensiones de las partes.»[438]

Una vez más, el fundamento que justifica esta causal se encuentra en el peligro significativo que ella implica para el cónyuge sano, así como para la descendencia. No obstante, los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para ella no se condicen con su fundamento.

Así se tiene que, para que este hecho se constituya como una causal de divorcio, la jurisprudencia venía exigiendo que la enfermedad se haya contraído por una actitud culpable o dolosa del cónyuge. Es decir, no se permitía el divorcio por esta causal si es que la enfermedad de transmisión

(437) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 333-372.

(438) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 397.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

sexual no le era imputable al cónyuge enfermo. Esto, habida cuenta de que la norma no distinguía entre la enfermedad contraída mediante trato sexual, de aquélla por medio extrasexual como, por ejemplo, una transfusión de sangre (en el caso del VIH - SIDA, por ejemplo).

Del mismo modo, se presentaba un problema con la oportunidad en que se contraía esta enfermedad. Por un lado, sólo se sancionaba la que había sido contraída luego del matrimonio, no así la contraída antes, pero descubierta después.

En sede indemnizatoria, diremos que, si la enfermedad de transmisión sexual hubiese sido contraída antes del matrimonio y, a consecuencia de ella, el otro cónyuge también hubiese sido infectado, habría que distinguir si ha habido o no culpa (o dolo) en el actuar del cónyuge que fue primeramente infectado; o si, por el contrario, no lo hubo.

En caso la enfermedad hubiese sido contraída durante el matrimonio, los deberes indemnizatorios serán evidentes si ella se hubiese contraído por contagio sexual con una tercera persona. En cambio, si el contagio hubiese provenido de una modalidad extrasexual, no habría indemnización alguna. En este caso, por ningún motivo podríamos imponer una responsabilidad objetiva.

Naturalmente, que todo lo dicho sólo es aplicable si existiese un contagio al otro cónyuge, es decir, si dicho cónyuge también hubiese sufrido un daño.

Es evidente que el solo hecho de haber sido contagiado no debería acarrear deber indemnizatorio. Se requiere haber infectado al otro cónyuge. Son estos los daños que se indemnizarán. Caso contrario, el Derecho estaría actuando con suma crueldad.

i) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio (inciso 9)

Según la Real Academia Española, homosexualidad significa «inclinación erótica hacia individuos del mismo sexo».(439)

Es evidente que cuando una pareja contrae matrimonio, lo hace en el entendido de que a cada uno de los integrantes de esa pareja le atrae solamente las personas del sexo opuesto. En ese sentido, cada cónyuge deberá preocuparse solamente de que su pareja se sienta atraída por una persona

(439) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, www.rae.es. Consulta realizada el 19 de noviembre de 2022.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de su sexo opuesto. Pero si ha devenido en homosexual, le van a atraer personas de su mismo sexo.

Esta causal de separación de cuerpos parte del entendido de que, si la pareja de uno empieza a sentirse atraída por personas de su mismo sexo, seguramente pasará muy poco tiempo para que decida reorientar su vida con alguien de su mismo sexo, separándose de su cónyuge (obviamente, del sexo opuesto).

Dentro de tal orden de ideas, esta causal de separación de cuerpos podría ser calificada como una medida preventiva, para que no se siga deteriorando la relación de esa pareja, en la cual uno de los cónyuges, sin duda, estará en la antesala de la conducta deshonrosa o del adulterio.

Pero debemos tener en consideración también el caso en el cual se trate de una homosexualidad anterior, que hubiera sido ignorada por el otro cónyuge. Creemos que salvar esta omisión resulta importante. Si el cónyuge homosexual ocultó dolosamente tal condición a su futura o futuro cónyuge, podríamos encontrarnos frente a un supuesto de frustración dolosa del proyecto de vida del cónyuge, no sólo susceptible de separación de cuerpos y divorcio, sino de indemnización.

Por su parte, Arias-Schreiber señala que: «Se añade una causal, la del inciso 9 referida a la homosexualidad sobreviniente. Esta inclusión ha dado pie a no pocas controversias. Se ha sostenido que podría estar comprendida en la causal del inciso 6 sobre "conducta deshonrosa", aunque como hemos afirmado en la parte general (...), ello nos parece cuestionable. Independientemente de la opinión que se tenga sobre la homosexualidad y sus connotaciones, es innegable que ésta puede constituir una circunstancia intolerable para el cónyuge, y por ello creemos acertada su inclusión ya que nos parece difícilmente encuadrable en las demás causales.»(440)

Independientemente de cuál sea la causa que haya generado o desencadenado la atracción por personas del mismo sexo de parte de uno de los cónyuges, lo cierto es que la homosexualidad constituye un gran obstáculo para la continuidad del matrimonio.

Si bien la causal bajo comentario se refiere únicamente a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, creemos que el precepto en realidad debería ser entendido en torno al conocimiento sobreviniente, sea éste por parte del mismo cónyuge homosexual que lo descubrió durante el matrimonio,

(440) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 306.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

o el conocimiento del otro cónyuge, quien, pese a que su pareja era homosexual antes de contraer nupcias, desconocía tal circunstancia.

En uno u otro caso, se genera el supuesto prescrito en el inciso 9 del artículo 333 del Código Civil peruano.

La pregunta gira en torno a en qué supuesto el cónyuge homosexual debe pagar una indemnización por los daños y perjuicios que sufra su cónyuge.

Creemos que el descubrimiento de la propia homosexualidad no debe generar indemnización a favor del otro cónyuge, pues en cierto modo se estaría castigando al cónyuge homosexual por tener preferencias sexuales hacia personas de su mismo sexo.

Pero entendemos que ello resultaría discutible cuando el descubrimiento de la homosexualidad se haya llevado a cabo a través de la experimentación voluntaria con otra persona.

En ese caso, según algunos, correspondería indemnizar a su cónyuge por haber actuado dolosamente; según otros, ello no debería ser así, pues –al fin y al cabo– se trataría de una irrefrenable necesidad de experimentación, que la sociedad debería entender, asumir y perdonar.

De otro lado, el cónyuge homosexual que se casó para guardar las apariencias, o simplemente ocultándole a su cónyuge sus verdaderas inclinaciones sexuales, sin lugar a dudas, debería responder con una indemnización por daños y perjuicios, pues a sabiendas de sus preferencias sexuales actuó en contra de éstas, perjudicando el proyecto de vida de otra persona. Ello, pues sin duda alguna el proceso de noviazgo, el contraer nupcias y el llevar una vida en común implica dedicación, tiempo y dinero; recursos materiales y humanos que quizá no habrían sido empleados por el otro cónyuge si es que se hubiese enterado de tal situación en tiempo oportuno.

j) La condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio (inciso 10)

En el caso bajo análisis, podría ocurrir que el delito haya sido cometido antes o durante el matrimonio. Para el inciso 10, esto es irrelevante. Lo importante es que haya sido condenado a una pena no menor a dos años durante la vigencia del matrimonio.

En verdad, creemos que la norma es injusta, habida cuenta de que la pareja se pudo haber casado y el cónyuge acusado de algún delito doloso bien pudo haber comunicado tal situación a su novia o novio. En estos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

casos, sería injusto que, de ser condenado, esa sea una causal de separación de cuerpos.

Es pertinente señalar que el artículo 277, inciso 5 del Código Civil consigna igualmente este hecho, pero como causal de anulabilidad del matrimonio, cuando el cónyuge inocente ignoraba tales hechos, estableciendo el plazo para accionar en dos años.

Al respecto, la Casación n.º 2095-97-Lima, de fecha 2 de septiembre de 1998, ha señalado lo siguiente: «*Primero.* El artículo 349 del Código Civil concordado con el inciso 10 del artículo 333 del acotado, establece como causal de divorcio la condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. *Segundo.* Del expediente penal acompañado se aprecia que el demandado fue condenado como autor del delito doloso de omisión de asistencia familiar, tipificado en el artículo 149 del Código Penal, en agravio de la demandante y otros, a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente [...], sentencia que al no ser impugnada pasó a la calidad de cosa juzgada. [...] *Cuarto.* El matrimonio civil existente entre la accionante y el emplazado fue celebrado el 29 de octubre de 1980 y la sentencia condenatoria impuesta al emplazado tiene fecha 21 de marzo de 1996. *Quinto.* De lo expuesto se aprecia que la causal aludida en el primer considerando se ha configurado plenamente en el caso de autos, resultando procedente se disponga la disolución del vínculo matrimonial objeto del proceso, por la causal materia de pronunciamiento.»[441]

Cornejo Chávez[442] sostiene que lo que sanciona esta causal es la injuria grave que el delito de uno de los cónyuges infiere al otro y a la familia, no así el delito en sí mismo, ni la privación de la libertad que imposibilitaría la realización conyugal.

Ahora bien, la pregunta gira en torno a si este supuesto generará el deber de indemnizar.

Este supuesto también procede cuando quien contrae nupcias desconoce la existencia de un proceso penal en contra de su cónyuge, o desconoce la existencia de una sentencia en su contra. No procede cuando al momento de contraer nupcias conoce de la existencia de un proceso penal, independientemente de que tal proceso concluya o no con una sentencia condenatoria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(441) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 397.
(442) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 360.

Como se puede apreciar, todos los supuestos en los cuales la condena por delito doloso se configura como un hecho causal del divorcio, son aquéllos en los cuales el actor condenado tenía conocimiento del hecho y ha sido quien ha generado ese riesgo.

En lo que respecta a la eventual indemnización en favor del cónyuge que no cometió el delito, consideramos que ella no debería proceder.

Decimos esto, en la medida en que el Derecho tampoco puede ensañarse con los seres humanos caídos en desgracia.

Pensemos en que esa persona ya pasará bastantes penurias con el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, además de la eventual reparación civil que deberá pagar a la víctima del delito.

Por otro lado, sufrirá las consecuencias de la separación de cuerpos y ulterior divorcio, con la consecuente pérdida de los gananciales de la sociedad conyugal.

¿Acaso sería justo que además de sufrir todas estas consecuencias, deba indemnizar al otro cónyuge, algún eventual daño moral que alegue padecer?

Por lo demás, aquél que ha delinquido no ha actuado ni con dolo ni con culpa con respecto a su cónyuge (salvo, naturalmente, que se trate de un delito cometido contra ese otro cónyuge). Tales calificaciones serán propias del acto delictivo cometido frente a un tercero, pero no contra el cónyuge.

Y creemos evidente que aquí no cabría aplicar supuesto alguno de responsabilidad objetiva.

k) La imposibilidad de hacer vida común, debidamente probada en proceso judicial (inciso 11).

En primer término, consideramos que se entiende por imposibilidad de hacer vida común a la imposibilidad de tener cópula sexual. Podría ocurrir que, sea previamente o con posterioridad a la celebración del matrimonio, alguno de los cónyuges presente algún problema, físico o mental, en virtud del cual se hallare imposibilitado de tener relaciones sexuales con su pareja.

Esta norma parte del entendido de que las relaciones sexuales entre los cónyuges son un elemento muy importante en la relación de pareja.

Pero, también creemos que esta norma resultaría de aplicación en caso uno de los cónyuges no pudiera vivir en el hogar conyugal, por razones que el juez deberá evaluar; o que la manera de ser, costumbres y otros

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

factores de uno o ambos cónyuges tornen en imposible la convivencia en el hogar conyugal.

En estos casos y en muchos otros de infinita relación, el Código Civil de 1984 estima que, si tal imposibilidad hubiese sido demostrada en proceso judicial, entonces deberá ampararse la pretensión de separación de cuerpos.

Sobre el momento en que deberá probarse tal circunstancia, la Casación n.º 2871-2005-Lima, de fecha 2 de octubre de 2006, señala lo siguiente: «La imposibilidad de hacer vida en común puede ser probada tanto en la presente litis como en un proceso judicial previo. *Décimo Sexto.* La cuestionada interpretación del referido inciso 11 del artículo 333 del Código Civil es evidentemente errónea, toda vez que ni de su texto ni de su espíritu aparece la exigencia que alude el Colegiado Superior, dado que para acreditar sus pretensiones las partes tienen a su disposición los diversos medios probatorios que autoriza el Código adjetivo, sin que el material probatorio deba provenir necesariamente de un proceso anterior. *Décimo Sétimo.* [...] Cuando el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil dispone como causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, debe entenderse que los medios probatorios se pueden hacer valer en el correspondiente proceso judicial, como en el caso de autos; así como también provenir de un proceso Judicial previo.»[443]

Sobre el presente inciso, el maestro Arias-Schreiber señala que: «Aunque la causal deberá ser debidamente acreditada por el juez, no estamos muy de acuerdo con ella pues es excesivamente subjetiva y de difícil probanza, y no debería tener validez cuando fuese provocada para conducir al cónyuge inocente a verse forzado a utilizarla, lo cual conduciría al divorcio, favoreciendo así a quien lo provocó. Estaríamos, por lo tanto, en presencia del denominado "hecho propio". En efecto, se prestaría a abusos pues bastaría con que el cónyuge que desee poner fin a su matrimonio sin esperar los plazos del abandono unilateral, le haga la vida imposible al otro cónyuge –actitudes machistas o feministas–; dilapidación de fondos o por el contrario, negar dinero para el mantenimiento del hogar, alegando razones falsas; llegar tarde al hogar, sin dar explicaciones; exigir dormir en cuartos distintos, sin motivación suficiente; desatenderse de las más elementales obligaciones que impone la vida en un hogar; y así podríamos dar muchos ejemplos más, que lleven a la desesperación al cónyuge

(443) *Ibidem*, p. 398.

EDMUNDO CASTILLO FREYRE

víctima de tales comportamientos y termine iniciando una acción de divorcio por imposibilidad de llevar vida en común.»[444]

En este caso, se tiene básicamente al divorcio como un remedio de la situación crítica por la que atraviesa el matrimonio, la misma que, como vemos, puede haberse generado por diversas circunstancias, que podrán ser alegadas únicamente por el cónyuge afectado, no así por quien comete el hecho que hace imposible la vida en común.

Ahora bien, esta causal tiene que demostrarse (como todas las demás) en un proceso judicial.

Por otra parte, debe tomarse en consideración que este supuesto de separación de cuerpos excluye a los demás, en la medida en que todas las otras conductas imputables al denominado «cónyuge culpable» configuran causales independientes.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos estar o no ante hechos reprobables socialmente, pero ante los cuales el Derecho no ha reparado en particular, al no hacer que cada uno de ellos constituya una causal independiente de separación de cuerpos.

Es por ello que entendemos que estos supuestos, por lo general, no darán lugar a indemnización.

l) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 (inciso 12).

El supuesto contemplado en esta norma es el conocido con el nombre de separación de hecho.

La separación de hecho no es otra cosa que el apartamiento de uno de los cónyuges (o de ambos) del hogar conyugal. Además, este supuesto no parte de analizar la eventual existencia de dolo o culpa en el proceder del cónyuge que se separa de hecho del otro. Se tratará, simplemente, de una cuestión de carácter objetivo, no importando si la separación obedeció a hecho propio del demandante.

En el Tercer Pleno Casatorio Civil, realizado con fecha 18 de marzo de 2011, se definió a la separación de hecho de la siguiente manera: «La

(444) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 306-307.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos. [...] Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: [...] la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos.»[445]

De ahí que se precise en este inciso que para este caso no resulta de aplicación el artículo 335 del propio Código, precepto que dispone que: «Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio».

Bastará que los cónyuges estén dos años separados, sea cual fuere la causa que motivó la separación, para que cualquiera de ellos pueda demandar la separación de cuerpos. Esto, si la pareja tuviere hijos mayores de edad.

Si la pareja tuviere hijos menores de edad, entonces, el plazo mínimo requerido de separación convencional será de cuatro años.

La diferencia en los plazos se entiende que ha sido establecida por el legislador en razón a otorgar mayor posibilidad de reflexión al matrimonio que tiene hijos menores de edad. En buena cuenta, se trata de una norma de protección de los hijos.

Si bien el tema de la separación de hecho recién se incorporó al Código Civil en el año 2000, el mismo había sido objeto de otras propuestas legislativas desde algunos años antes. Por eso, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[446] hicimos un recuento de tales proyectos y nos manifestamos contrarios a que se incorpore dicha causal al Código Civil. Tales proyectos de ley sólo merecieron objeciones públicas, en sendos comunicados, por parte de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

En aquella oportunidad señalamos que no debía confundirse el hecho de que la protesta institucional haya provenido exclusivamente de universidades católicas, para tratar de entremezclar lo que significa una discusión totalmente alejada del plano religioso, pues, como todos sabemos, no estamos hablando del matrimonio religioso católico (ya que la Iglesia

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(445) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 399.
(446) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, 1998, pp. 372 y ss.

Católica nunca ha aceptado el divorcio), sino del matrimonio civil, materia que sí acepta y regula la legislación peruana desde el año 1852(447).

Antes de la reforma del 2000 sobre esta materia, el Código Civil de 1984 admitía el divorcio en no pocas causales, ya que ellas sumaban once, diez de las cuales podían ser invocadas por uno de los cónyuges cuando el otro había incurrido en actos que la ley reprueba y que, precisamente, establecía como facultativos para que el cónyuge perjudicado (es decir, aquél que no los ha cometido) pueda lograr deshacer su matrimonio (siempre y cuando así lo decida, ya que a pesar de presentarse la causal cabría la tolerancia o el perdón).

Antes de la reforma del 2000, sólo la causal prevista en el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil establecía la posibilidad de separación convencional, después de transcurridos dos años contados desde la celebración del matrimonio, causal que no es otra que lo que antes de entrar en vigencia el Código Procesal Civil de 1993 se denominaba «divorcio por mutuo disenso», siendo el mutuo disenso el acuerdo de dos partes para dejar sin efecto o, dicho en otras palabras, hacer cesar los efectos de un acto jurídico celebrado anteriormente por ellas mismas (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

De ninguna manera podía decirse que la ley peruana prohibía el divorcio de los cónyuges. Es más, el mutuo disenso (separación convencional) no requiere ni siquiera expresión de causa, porque ambas partes están de acuerdo en llegar, al menos, a la separación de cuerpos.

Lo que no admitía la ley peruana era la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges, de modo unilateral y sin que el otro haya dado lugar al incumplimiento de algún deber jurídico nacido del matrimonio, pueda demandar el divorcio. Nuestro Derecho, como la gran mayoría de legislaciones de nuestra tradición jurídica, no aceptaba el divorcio en estos términos.

A estas alturas, ratificando nuestras opiniones vertidas en 1998, en *Tentaciones académicas*, debemos manifestarnos contrarios a esta forma de divorcio. Ello, por las siguientes razones:

Ahora analicemos la eventual indemnización que se generaría en razón a la separación de hecho, la misma que no es otra cosa que un abandono injustificado de la casa conyugal por parte de uno de los cónyuges.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(447) En virtud de la Ley de 29 de diciembre de 1851, se promulgó el Código que entró en vigencia el 29 de julio de 1852.

La particularidad de esta causal consiste en que básicamente ella permite que el vínculo matrimonial se disuelva de manera unilateral; es decir, estaríamos ante un supuesto de desistimiento unilateral del acto; además de que esta causal está habilitada en el Perú tanto para el cónyuge culpable como para el cónyuge inocente.

Advierte Francisco Bobadilla Rodríguez(448) que esta causal constituye una ampliación del llamado abandono de hogar, que favorece al cónyuge culpable y trae abajo el antiguo criterio jurídico por el cual ningún cónyuge puede fundar la demanda en hecho propio.

Agrega que esta causal puede reemplazar o, en todo caso, abarcar a todas las demás causales de divorcio. Esto se explica si se piensa que, si uno de los cónyuges un día decide terminar el vínculo conyugal debido a cualquier razón, sólo tendrá que irse de la casa, esperar que transcurra el plazo de ley y cuidarse de no adquirir ningún bien a su nombre durante ese tiempo, para luego –finalmente– pedir el divorcio. De este modo, no habría necesidad de probar la causal de adulterio, violencia, injuria, drogadicción, ni ninguna otra, pues simplemente, tendrá que irse y esperar que el tiempo disuelva el vínculo matrimonial.

En el Perú, cuando nos referimos al supuesto de indemnización derivada de la separación de hecho, nos remitimos al artículo 345-A del Código Civil, el mismo que en su segundo párrafo señala –de manera contundente– que el juez deberá señalar una indemnización por daños en favor del otro cónyuge.

Entonces, como ya lo hemos señalado en esta obra, al dar lectura al mencionado artículo surge la duda en torno a si lo prescrito en el mismo constituye o no un supuesto de indemnización o se trata de un imperativo legal que no requiere de la observancia de los requisitos y elementos propios de la responsabilidad, como, por ejemplo, la verificación del daño. Lamentablemente, la jurisprudencia peruana no ayuda a resolver el problema, pues en la misma encontramos resoluciones contradictorias.(449)

Para algunos,(450) el artículo 345-A del Código Civil es una norma de carácter imperativo, en tanto contiene la expresión «deberá» y, por consiguiente,

(448) Bobadilla Rodríguez, Francisco. «Separación de hecho y divorcio a la carta». http://www.capellania.udep.edu.pe/boletin/capinf78.html. [Fecha de visita: 18 de febrero de 2010]

(449) Ver: Casación n.° 4664-2010-Puno, de fecha 13 de mayo de 2011 [Tercer Pleno Casatorio Civil] y Casación n.° 405-2013-Cusco, de fecha 3 de octubre de 2013 [Fundamento décimo tercero].

(450) Ver: Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 317.y Torres Maldonado, Marco. «La causal de separación de hecho en el Perú. Aplicaciones jurisprudenciales pos Tercer Pleno

aunque la indemnización no haya sido pedida por la parte afectada, el juez no podría sustraerse de ese mandato.

Así, para este primer grupo, los jueces deben pronunciarse necesariamente (aun cuando ello no se haya solicitado), sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo con su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que, de existir un daño, le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele, de modo que compense su mayor perjuicio.

Pero no parece acertado afirmar que los daños se presuman por el solo hecho de la separación o el divorcio. Por el contrario, creemos que ellos necesariamente tienen que ser invocados y probados por la parte que se sienta más perjudicada.

Debemos añadir que no obstante la redacción del artículo 345-A y atendiendo a una interpretación sistemática del Código Civil del Perú, el dañado deberá probar tanto el daño como el nexo causal. Sólo en ese caso, el juez deberá fijar la indemnización. Es decir, se tiene que a la alegación del daño deberá también sumarse la prueba que corresponda.

Sin lugar a dudas esta segunda posición resulta –a mi criterio– más coherente con el tratamiento legal sobre responsabilidad civil. Es evidente que el juez tiene la obligación (pues así se lo impone la ley) de otorgar una indemnización al cónyuge perjudicado, pero la obligación de indemnizar surgirá en tanto y en cuanto se identifique, en primer lugar, el perjuicio del cónyuge, es decir en tanto se verifique la existencia de ese perjuicio, el mismo que corresponde ser alegado por la parte interesada dentro del proceso, a efectos de que el otro cónyuge –en ejercicio legítimo de su derecho de defensa– exponga lo que crea conveniente a su derecho, haciendo la descarga argumental y probatoria respectiva, que le permita ya sea suprimir completamente o disminuir el *quantum* indemnizatorio a su cargo.

Es decir, la obligación del juez surgirá cuando previamente se haya determinado la existencia de un cónyuge perjudicado y conste, de los medios probatorios del proceso, la existencia del daño alegado por la parte perjudicada. Así lo han reconocido en distintos pronunciamientos los jueces peruanos, pese a que –como hemos señalado– aún quedan rezagos de una

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Casatorio Civil». Lima, 2017, pp. 224-226. https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/57/ [Fecha de visita: 18 de marzo de 2023]

errada interpretación que obligaría al juez a pronunciarse respecto a una pretensión no solicitada y a daños no alegados ni probados.(451)

1.1. Debe tenerse claro qué es lo que busca nuestra sociedad con el matrimonio

Opiniones sobre el matrimonio hay muchas, desde las más favorables al mismo, hasta aquellas que lo combaten severamente. En este último grupo se encontraba el famoso escritor francés Albert Camus, quien decía que «el matrimonio es una institución antinatural (...) con este triste símbolo que es la alianza en el dedo, que aprisiona».

Pero más allá de la opinión que al respecto tenga cada uno de nosotros, resulta necesario reflexionar en torno a si, como dice la propia Constitución Política del Perú, la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Con la modificación efectuada el año 2000, en el sentido de haber agregado la causal de separación de hecho, realmente se está desprotegiendo a la familia, a la vez que promoviendo el socavamiento de dicha institución.

1.2. Consideramos que, con la causal del divorcio por separación de hecho, el matrimonio ha perdido mucho de la solidez que tenía como institución seria y digna de tutela

Si la función del matrimonio es la de buscar la formalización sólida y permanente de una pareja y su eventual descendencia, creemos que el divorcio unilateral apunta precisamente a todo lo contrario. El matrimonio, en buena cuenta, se está dejando a la voluntad resolutoria de cualquiera de las partes.

Esta causal ha determinado la consagración del hecho propio, precisamente consistente en la infracción de un deber jurídico nacido del matrimonio, cual es el deber de cohabitación.

Es similar a que, en el plano contractual, salvando obviamente las distancias, una de las partes pudiese, ante el propio incumplimiento de sus obligaciones, resolver el contrato, en perjuicio de su contraparte, quien, para efectos de nuestro ejemplo, se entiende ha venido cumpliendo con los compromisos asumidos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(451) Ver: Casación n.° 405-2013-Cusco, de fecha 3 de octubre de 2013 [Fundamento décimo tercero].

1.3. Si las diferentes áreas del Derecho siguieran esta misma línea de razonamiento, el Derecho en su conjunto podría llegar a colapsar.

Mencionamos algunos ejemplos:

- Un empleador contrata a un trabajador. El empleador incumple con pagarle su sueldo, al igual que con las condiciones mínimas de salubridad con que debe contar el centro laboral. Luego, el empleador –precisamente invocando su propio incumplimiento– decide despedir al trabajador.
- Un deudor tributario, asiduo evasor fiscal, comunica a la Sunat que –precisamente por haber dejado de pagar algún tributo que le correspondía (por un período de dos años)– nunca más va a pagar tributos.
- Un ladrón, habitual en sus fechorías (que incluso ha purgado carcelería en diversas ocasiones por delitos similares en los últimos años), cuando es apresado nuevamente por la policía no tendría mejor argumento para eximirse de la sanción que decir: «jefe, ¿acaso ya no es tiempo de que el Derecho y la sociedad reconozcan mi situación y me protejan, liberándome permanentemente?».

1.4. Se dice, a favor del divorcio unilateral o divorcio remedio, que las personas pueden cometer un error al momento de casarse y que –por tal razón– el Derecho debería auspiciar que puedan solucionar el error cometido

Siempre me ha llamado la atención, como hombre de Derecho, que se sostenga que ésta es una forma de poner remedio a los errores cometidos. Uno incurre, a lo largo de su existencia, en muchos errores, pues no existe ser humano perfecto que en su vida sólo tome decisiones correctas.

Pero lo racional y lógico es asumir los errores cometidos, sin perjudicar a alguna otra persona; y en el caso que nos ocupa, además de estar ante la no asunción de un error cometido, nos encontraríamos frente a la posibilidad de que los que se perjudiquen con las consecuencias del supuesto «remedio» a ese error, sean el otro cónyuge y los hijos comunes.

1.5. Quienes son partidarios del divorcio unilateral expresan que, si se acaba el amor entre la pareja, la ley no debería obligarla a permanecer junta

Si bien es cierto que cohabitar es un deber jurídico de contenido no patrimonial, constituye básicamente un deber de hacer; y, como sabemos todos los abogados, un deber de tal naturaleza no es exigible forzosamente. Es así

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que el cónyuge abandonado no puede –ni podría– jamás recurrir a la vía judicial para que los tribunales resuelvan a su favor y ordenen el cumplimiento de dicho deber al cónyuge respectivo, y, de no hacerlo, se recurra a la ejecución forzosa del deber incumplido con el auxilio de la fuerza pública.

Esto significa –como todos sabemos– que el cónyuge que se va del hogar conyugal no puede ser jurídicamente obligado a regresar. Es claro que sólo regresará si quiere hacerlo.

1.6. También se señala en abono de la tesis del divorcio unilateral, que no se puede obligar a que exista amor allí donde ya no existe, así como tampoco a que haya fidelidad ahí donde uno de los cónyuges es infiel

Pero lo que no advierten quienes sostienen estos argumentos, es que el cumplimiento de estos deberes jurídicos tampoco resulta exigible en la vía judicial, y quien desea ser infiel podrá serlo cuantas veces quiera, con cuantas personas quiera, pues ello resulta total y absolutamente inevitable, jurídicamente hablando.

Es claro que la normativa que no reconocía el divorcio unilateral no coactaba la libertad del individuo y el ejercicio de tal libertad. Por más infractor que sea de las leyes, la libertad de esa persona estaba incluso por encima de la propia estabilidad real del matrimonio, independientemente de las consecuencias legales que ello pudiera acarrear, claro está.

1.7. No debe olvidarse que en el último siglo ha habido notables avances en lo que respecta al desarrollo y progreso de la mujer en todos los planos de la sociedad peruana, a pesar de que puede que tal situación no haya llegado a ser similar a aquella de los hombres

Esto se mide al ver la composición del ingreso familiar en la inmensa mayoría de hogares peruanos, en los cuales el mayor porcentaje proviene del marido, ya que la mujer se ocupa de la más importante (pero no remunerada) labor[452], consistente en la educación y formación de los hijos, sin percibir, por ende, ingresos derivados de la importantísima función que realiza.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(452) Cabe recordar que, en el año 2017, el congresista Yonhy Lescano Ancieta, del grupo parlamentario de Acción Popular, con fecha 8 de marzo de ese año, presentó el Proyecto de Ley 2519/2017-CR, que buscaba darle estatus legal al trabajo que realizan las amas de casa, para que puedan recibir ingresos mensuales equivalentes al 70 % de la remuneración mínima vital.

Así las cosas, resulta evidente que, en la inmensa mayoría de supuestos, quien tendría «la sartén por el mango» sería el marido y no la mujer, y con el divorcio unilateral se acentúa una penosa e injusta situación de dependencia y presión, en perjuicio de quien usualmente es más débil y dependiente en el plano económico.

En muchos casos el abandono del hogar conyugal se convierte en una especie de chantaje, destinado a obligar al cónyuge más débil a aceptar o tolerar las condiciones que el otro desea imponer.

1.8. Cuando el tema se empezaba a discutir en el Congreso, fue muy oportuno el ya referido comunicado de la PUCP (y también el de la Unifé), en el sentido de recordarnos que «el matrimonio supone un compromiso permanente de cada uno de los cónyuges con el otro, por tanto, el divorcio no puede depender de la propia voluntad de sólo uno de ellos»

En ese sentido, el Derecho debería promover una adecuada educación y formación en la juventud, destinada a crear conciencia de que el matrimonio debe ser tomado como una institución seria, a la vez que respetable.

1.9. Los legisladores no deberían olvidar que el matrimonio no constituye el único punto de partida o creación de un nuevo núcleo familiar, en tanto existen muchas familias en situación de convivencia o concubinato

Lo que siempre se ha buscado es tratar de lograr una permanente y marcada diferencia entre el matrimonio y las demás formas de constitución de la familia, haciendo que el matrimonio sea una institución lo suficientemente sólida como para que el tomar la decisión de casarse implique, a la vez, desechar todas las otras vías de formar una familia, existentes en la práctica.

1.10. Sería más honesto que el matrimonio con divorcio unilateral, el que se apruebe un matrimonio a plazo. Por ejemplo, que las parejas se casen por un plazo resolutorio de dos, cuatro o de cinco años, lo que significaría que, una vez vencido dicho plazo (contado desde la celebración del matrimonio), el matrimonio quedaría automáticamente sin efecto, a menos que antes de su vencimiento ambos cónyuges decidan por mutuo acuerdo renovarlo por un plazo adicional y, así, sucesivamente

Aunque sorprenda, este planteamiento (que, evidentemente, no estoy proponiendo) contemplaría una situación que revestiría más seguridad jurídica de la que presenta el matrimonio en la actualidad, pues ambos cónyuges –al menos– tendrían conocimiento de que se estarían casando por un plazo que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ambos han acordado, pero que (mientras esté vigente) ninguno de los dos puede quebrantar de manera unilateral. Y, además, sólo si quisieran continuar en matrimonio procederían a renovar dicho plazo, situación que volvería a implicar –necesariamente– la existencia de un nuevo acuerdo o convenio entre la pareja.

1.11. Como lo expresamos en el presente libro, considero indispensable, para tratar de evitar tener los problemas que el Derecho actualmente afronta en relación con los numerosísimos casos de divorcio, que se prohíba el matrimonio de personas menores de edad

Es evidente que la casi totalidad de supuestos en los cuales se casa una pareja de menores de edad o en la cual uno de ellos (básicamente la mujer) tiene menos de dieciocho años, obedece a que la chica ha resultado embarazada y a que se ven presionados por sus propios padres y demás familiares para casarse, vale decir, para constituir un hogar, lo que –a mi entender– es la decisión más importante en la vida de un ser humano; y, como tal, debe ser aquélla que merezca la mayor reflexión para evitar cometer errores, de los cuales luego nos arrepintamos.

Y, como decimos en esta obra en diversas ocasiones, si esos chicos han cometido un error al concebir a un nuevo ser, sin haberlo deseado, el Derecho y la sociedad no deben conducirlos a cometer otro error adicional: casarse.

Debería ayudárseles para que nazca ese niño y para que ellos, luego de cumplir la mayoría de edad, y sin ninguna presión, puedan tomar la libre decisión de casarse cuando lo consideren conveniente o, simplemente, no hacerlo.

1.12. El divorcio unilateral no fomenta que los cónyuges asuman una actitud responsable en el matrimonio, de respeto y de mutua tolerancia, en aras de preservar la unidad de la familia. Todo lo contrario

1.13. El divorcio unilateral es abiertamente atentatorio contra la paz social, pues promueve la posibilidad de que una misma persona, a lo largo de su vida, constituya cinco, seis, ocho o el número de hogares que el tiempo, su voluntad –y sus recursos, naturalmente– le permitan constituir

1.14. Lo expresado complica el tema en materia de condominio o copropiedad, de fallecer la persona que hubiese constituido dichos hogares

Y, ni qué decir, de las relaciones entre los descendientes de esa persona tenidos con parejas distintas, quienes –por lo general– no mantendrán relaciones

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de cordialidad sino de rencor, acentuado en los casos en que se trate de sucesiones indivisas.

1.15. Finalmente, la sociedad en su conjunto debe entender que éste no es un problema de carácter religioso, sino estrictamente jurídico, más allá de las razones éticas y morales que se encuentran en juego y a las cuales no hemos querido referirnos para –precisamente– no ingresar al terreno en donde todo puede ser discutido y todo, lamentablemente, se sostiene

m) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio (inciso 13)

Cuando entró en vigencia el Código Civil, el 14 de noviembre de 1984, la expresión «mutuo disenso» estaba recogida en tres artículos, dos en Derecho de Familia y uno en Derecho de Obligaciones, el 1313, precepto que establece que: «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado».

Como puede apreciarse de los antecedentes del artículo 333 del Código Civil, lo que ahora se denomina «separación convencional», antes era conocido con el nombre de «mutuo disenso», específicamente, la separación por mutuo disenso.

El mutuo disenso se celebra cuando las partes de un acto jurídico quieren dejarlo sin efecto, vale decir que ellas ya no están interesadas en que se cumpla con las obligaciones pendientes o con los deberes y derechos que aún no se han cumplido. Esto es, precisamente, lo que ocurre con la separación convencional. En ella, se podría decir que los cónyuges, en lo único que están de acuerdo es en que no desean continuar ejecutando los deberes y derechos propios de la relación matrimonial.

Al respecto, Plácido y Cabello, comentan que: «Los actuales sistemas legislativos admiten el mutuo consentimiento, tanto en la separación personal o de cuerpos como en el divorcio vincular. De esta manera se evita la inculpación recíproca de los cónyuges, real o fingida, para obtener la sentencia. En lo procesal, contemplan un procedimiento más sencillo y, por tanto, menos costoso. Finalmente, en cuanto a los efectos de la sentencia de separación, el acuerdo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de los cónyuges permite regular de mejor modo lo referente a los hijos y bienes del matrimonio.»[453]

De esta forma, la separación convencional es la vía pacífica por la cual los cónyuges desean arribar a una separación de cuerpos y, probablemente, a un ulterior divorcio.

Se puede decir que la separación convencional es la manera más civilizada de divorciarse, para bien de los propios cónyuges y el de sus hijos.

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 333 debemos recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[454] que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 333, por una norma con el texto siguiente:

> **Artículo 333**.- Causales
>
> 1.- Son causas del divorcio o, en su caso, de separación de cuerpos:
>
> a) Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos.
>
> b) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años.
>
> c) El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio.
>
> 2.- El divorcio o separación de cuerpos convencional será judicial, notarial o administrativo municipal.

La comisión proponía minimizar el divorcio sanción y poner de relieve el divorcio remedio.

Para tal efecto, planteaba derogar los once primeros incisos del 333 y subsumirlos en un inciso que diga: «Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(453) Plácido Vilcachagua, Álex y Carmen Julia Cabello Matamala. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 443.

(454) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 114-116.

La exposición de motivos para la modificación fue la siguiente: «La propuesta normativa pretende fortalecer el divorcio remedio, excluyendo el divorcio sanción, para ello elimina las causales y establece un régimen objetivo acorde con las nuevas tendencias del derecho comparado».

El primer problema de la norma propuesta era su inmensa amplitud y vaguedad, la misma que podría dar pie a invocar muchas situaciones para hacerlas encuadrar en el precepto.

A entender nuestro, las causales de separación de cuerpos deben ser lo más precisas posibles, a efectos de evitar que se juegue con un tema tan delicado. Mejor es una lista taxativa, como la de los incisos 1 al 11 del artículo 333 en actual vigencia, que una lista infinita de supuestos, como la que consagraría el proyectado inciso 1, literal a) del artículo 333.

Por otra parte, la comisión propone en el artículo 333, inciso 1, literal b): «La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años».

Esta norma derogaba la parte del inciso 12, que señala que: «Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad».

No estábamos de acuerdo con esta supresión, pues la norma en vigencia protege a los hijos menores de edad y brinda una oportunidad mayor para que los cónyuges reflexionen al respecto.

Además, se proponía derogar el extremo del inciso 12, que dice: «En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335».

Esta norma no debería ser derogada porque ella marca, precisamente, la diferencia entre las normas de divorcio sanción (artículo 333, incisos 1 al 11) y las relativas al divorcio remedio (incisos 12 y 13, en actual vigencia).

Por otra parte, la comisión proponía regular un literal c) para el nuevo inciso 1, que dijera: «El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio», reduciendo el plazo actual de dos años a uno.

Tampoco estábamos de acuerdo con esta propuesta, que reducía las posibilidades de la pareja de tener una adecuada reflexión sobre la posibilidad de mantener o terminar con su matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Siguiendo la lógica de la comisión, mejor se podría suprimir el plazo mínimo y permitir que los cónyuges acuerden su separación el mismo día en que se casaron.

Por otra parte, la comisión también proponía la creación del artículo 333-A, de texto siguiente:

> **Artículo 333-A**.- Propuesta reguladora de los efectos del divorcio y separación de cuerpos
>
> El o los cónyuges que pretendan el divorcio o separación de cuerpos deberán acompañar a la demanda o solicitud una propuesta reguladora de sus efectos personales y patrimoniales en relación con ellos, así como de los hijos menores de edad o con alguna discapacidad. De igual modo lo hará el otro cónyuge, en su caso.

Nos parecía interesante el contenido de esta norma, sobre todo para que, sea que se intente la separación de manera unilateral o bilateral, ambos cónyuges expresen por escrito cuáles serían las consecuencias personales del futuro divorcio, con respecto a los hijos y al patrimonio. Ella serviría de ilustración para las partes y para el propio juez.

Por otra parte, la comisión también proponía la creación de un artículo 333-B, de texto siguiente:

> **Artículo 333-B**.- Contenido de la propuesta reguladora
>
> 1.- La propuesta reguladora debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, distribución de los bienes, eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, el ejercicio de la responsabilidad parental, la comunicación parental, los alimentos y cualquier otro aspecto de interés de los cónyuges o la familia.
>
> 2.- El juez evaluará la propuesta en la audiencia y resolverá observando el interés familiar.

Complementaba el 333-A. En realidad, no había necesidad de crear dos artículos adicionales. Bastaba con unificarlos en el 333-B.

Por lo demás, estábamos de acuerdo con su contenido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Titulares de la acción de separación de cuerpos

Artículo 334.- La acción de separación corresponde a los cónyuges.

Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica. A falta de ellos el curador especial representa al incapaz.

El artículo 334 se encarga de establecer quiénes son los titulares de la pretensión de separación de cuerpos. Como resulta obvio, ella corresponde a los cónyuges, quienes son los directamente interesados en esa eventual separación.

Resulta evidente que la citada pretensión no se trasmite a los herederos en caso el cónyuge interesado haya muerto sin interponer dicha pretensión.

Ello es lógico, en la medida en que, si ese cónyuge hubiese muerto, ya no sería posible iniciar un proceso de separación de cuerpos. Esto, simplemente, resultaría un imposible jurídico.

Ahora bien, nos tenemos que preguntar qué es lo que ocurriría si el cónyuge interesado ya hubiese interpuesto la demanda y muriese antes de la conclusión del proceso judicial. Entendemos que, en este caso, también se produciría un imposible jurídico, en la medida en que los tribunales no podrían declarar la separación de cuerpos de alguien que ya ha fallecido, es decir, de alguien que jurídicamente ya no existe.

Aquí el problema radicaría en que si la demanda se basa en alguna causal que implique un acto doloso que pudiere conllevar (una vez que hubiese sido declarado el divorcio) a una pérdida de los gananciales, entonces tal situación ya no se podría producir como fruto de una separación de cuerpos que nunca será declarada judicialmente. Pensamos, no obstante, que ello sí podría ser objeto de discusión en otro proceso judicial, en el que otros herederos del cónyuge fallecido (y demandante en la frustrada separación de cuerpos) puedan reclamar al cónyuge supérstite una suma de dinero, por los gananciales que debió perder en el proceso inconcluso. En otras palabras, los medios probatorios que sustentaban la demanda de separación de cuerpos podrán servir a los otros herederos de ese cónyuge para reclamar al cónyuge supérstite la pérdida de los gananciales y el acrecimiento de la masa hereditaria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 334, bajo comentario, continúa señalando que, si alguno de los cónyuges es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción de separación de cuerpos la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica. A falta de ellos el curador especial representa al incapaz.

Para tales efectos, nos remitimos a lo expuesto en nuestra obra *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas.*(455)

En lo que respecta a la mención que hace el artículo bajo comentario sobre la causal específica, debemos señalar que la citada referencia a la especificidad podría resultar una demasía. Ello, en la medida en que la causal siempre va a ser específica, nunca genérica. Recordemos que los supuestos de separación de cuerpos siempre tienen esa característica.

Pero podría ocurrir que la referencia a la causal específica esté excluyendo a la separación convencional, dado que ella no se basa en un hecho específico, sino en la voluntad de ambos cónyuges de llevar adelante la separación de cuerpos.

En ese sentido, también habría que preguntarse si es que los representantes del cónyuge incapacitado podrían llevar adelante una demanda de separación de cuerpos basada en el inciso 12 del artículo 333, es decir, fundamentada en la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años; o de cuatro, si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

En verdad, pensamos que ello sí sería posible, en la medida en que, por más de que los representantes legales del cónyuge incapacitado estén interpretando su voluntad, esta demanda de separación de cuerpos se estaría basando en una causal específica.

En contraste con lo señalado, Pazos y Cabello indican que: «Debemos precisar que no es intención del legislador facultar a los ascendientes o al curador a interponer la acción amparado en la mera declaración de una causal determinada, lo que podría ser entendido como la interposición basada en una causal específica. Lo que se busca es que, ya que el propio cónyuge, el llamado a conocer e identificar plenamente la crisis matrimonial, está incapacitado o se encuentra ausente, se hace necesario, como un medio de garantía de sus intereses, que aquellos que interpongan la acción de separación lo hagan solo en aquellos casos en que manifiestamente se ha configurado una causal,

(455) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 105-122.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

excluyendo todos los casos en que pueda haber duda de ello, más aún cuando eventualmente el otro cónyuge pudo haber consentido el actuar de su pareja.»[456]

Sobre el artículo bajo comentario, Arias-Schreiber ha señalado que: «El numeral se inspira en el artículo 248 del Código derogado, cuyo texto reproduce casi literalmente. Como modificación, se dispone que la ausencia como causal de incapacidad también permite la representación del cónyuge. Se establece, acertadamente a nuestro juicio, que la acción mediante representante sólo puede ser aquella que se basa en una causal específica. Queda claramente preceptuado, de ese modo, que para solicitar la separación convencional los cónyuges deberán actuar personalmente, aunque posteriormente a lo largo del proceso puedan hacerse representar por apoderado.»[457]

Así también, Aguilar Llanos señala que: «Según el artículo 334 del Código Civil, la acción corresponde a ambos cónyuges. Sin embargo puede ocurrir que uno de ellos esté incapacitado por enfermedad mental o, erróneamente dice el código, por ausencia, y es un error porque la ausencia no es causal de interdicción, porque no es una incapacidad, es una situación de hecho; pues bien, si está incapacitado, y no solo por enfermedad mental, sino por cualquiera de las incapacidades absolutas que conduzcan a la interdicción, y que estén señaladas en el artículo 43 del Código Civil, entonces quienes pueden accionar son los ascendientes, siempre y cuando la separación se funde en causal específica, y a falta de ellos un curador especial.»[458]

En el año 2019[459], la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 327, por una norma con el texto siguiente:

> **Artículo 334**.- Titulares de la acción de separación de cuerpos.
>
> Si alguno de los cónyuges se encuentra en un régimen de capacidad de ejercicio restringida, asistencia o ausencia y no puede ejercer la acción, está autorizado a hacerlo cualquiera de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales por consanguinidad en segundo grado si se funda en la causal de separación de hecho.

(456) Pazos Hayashida, Javier y Carmen Julia Cabello Matamala. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 540.
(457) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 309.
(458) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 216-217.
(459) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 116-117.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En la exposición de motivos, la Comisión señaló lo siguiente: «El Código Civil establece que la pretensión de separación de cuerpos corresponde directamente a los cónyuges, por cuanto son los que cuentan con legítimo interés para obrar en esta materia, debido a que los integrantes de la sociedad conyugal, son quienes conocen de mejor manera las circunstancias que los lleven a tomar una decisión que afectará su esfera personal y familiar. El artículo se pone en la hipótesis en que alguno de los cónyuges sea incapaz por enfermedad mental o esté ausente (desaparecido o declarado ausente), por lo que es importarte reparar en que tanto el cónyuge que incurre en la causal como el otro pueden estar en dichas situaciones. La propuesta de la norma uniforma los términos al nuevo régimen de asistencia, disponiendo que, si alguno de los cónyuges se encuentra en un régimen de capacidad de ejercicio restringida, asistencia o ausencia, está autorizado a hacerlo cualquiera de sus parientes.»[460]

Estábamos de acuerdo con la propuesta que se formulaba y su fundamento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(460) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 93.

Prohibición de alegar hecho propio

Artículo 335.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.

Esta norma es fundamental dentro de la estructura de la separación de cuerpos y del divorcio en el esquema normativo del Código Civil peruano de 1984. No olvidemos que ella se basa en el concepto del divorcio sanción, vale decir que casi todos los incisos del artículo 333 tienen como fundamento la inconducta del otro cónyuge como argumento para demandar la separación de cuerpos y el ulterior divorcio. Debemos recordar que el último anteproyecto de reforma del Código Civil, del año 2019, pretendió variar el enfoque del divorcio, para centrarlo en el divorcio remedio. Como señalamos en aquella oportunidad,[461] esa manera de ver el matrimonio y el divorcio es, simplemente, amoral.

Las dos excepciones están constituidas por el inciso 12 (el mismo que no responde al texto original del Código de 1984, pues fue introducido con la reforma del año 2001), referido a la separación de hecho, que prescinde de la existencia de culpa o no en aquel de los cónyuges que demanda la separación de cuerpos; y el inciso 13, relativo a la separación convencional, antiguo mutuo disenso, supuesto en el cual, dado que ambos cónyuges están de acuerdo en solicitar la separación, obviamente se prescinde del factor de la culpa o dolo como base de la solicitud de separación, sea ésta municipal, notarial o judicial.

A mi entender, la tesis que inspiró el Código de 1984 en esta materia es positiva. No estamos de acuerdo en que el divorcio sea absolutamente libre, en que él prescinda de cualquier factor relativo a la culpa o el dolo en el actuar de uno de los cónyuges.

Peralta Andía señala que el artículo 335 es una limitación a la acción de separación de cuerpos: «La prohibición de fundar la acción en hecho propio, prevista en el artículo 335, pues lo contrario significaría ausencia de sentido ético para accionar.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(461) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 114 -117.

Ya en el año 2001, cuando se modificó el artículo 333 introduciendo el actual inciso 12, nos pareció una situación de resquebrajamiento del matrimonio. Desde el 2001 basta que alguien desee abandonar y, en efecto, abandone el hogar conyugal para que ese mismo cónyuge pueda demandar la separación de cuerpos, lo que significaría que estaría invocando hecho propio.

En el resto de incisos (salvo en el caso mencionado de la separación convencional) el cónyuge autorizado para demandar es la víctima de los hechos dolosos o culposos del otro cónyuge.

En materia jurisprudencial, tenemos la Casación n.º 4895-2007-Lima, de fecha 25 de mayo de 2008, la cual establece que: «La causal de imposibilidad de hacer vida en común solo puede ser invocada por el cónyuge agraviado. Sexto. Debe tenerse presente que los hechos con los que se pretende acreditar la causal de imposibilidad de hacer vida en común introducida por la Ley n.º 27495, solo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, y no por el que los cometió. Asimismo, a pesar que (*sic*) la ratio legis de la norma fue la de identificar y encasillar esta nueva causal con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades, se comprueba que ella no puede ser invocada de esa manera, por cuanto los factores que determinan la incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino de la pareja, por lo que, no puede pretenderse la incompatibilidad de caracteres, pues se estaría vulnerando el artículo 335 del Código Civil.»[462]

Por lo demás, no olvidemos que el divorcio declarado por causal tiene consecuencias patrimoniales, las mismas que son de dos tipos: la pérdida de los gananciales y una eventual indemnización de daños y perjuicios por daño moral, naturalmente, si es que ella fuere pretendida por el cónyuge inocente.

Por esta razón, siempre hemos sido opuestos a que la separación de cuerpos y el divorcio se basen en demandas en las que se pueda prescindir de una causal que incluya el comportamiento doloso o culposo del otro cónyuge. Menos, si es que el trámite de separación de cuerpos y ulterior divorcio puede ser tan expeditivo que resulte más fácil divorciarse que casarse.

Situaciones como ésta restan solidez a la institución del matrimonio. Casarse implica algo serio. La idea es que sea para toda la vida, no para unos pocos años o meses. Esto, en aras de la solidez de la familia y del bienestar de los hijos.

(462) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 407-408.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En *Tentaciones académicas*[463] señalábamos que cuando dos personas se casan, sin lugar a dudas, en la mayoría de supuestos desean que ese matrimonio dure para toda la vida y no se quiebre a lo largo de los años, así como tampoco ocurran situaciones que lleven al incumplimiento de las obligaciones y deberes jurídicos que impone la institución.

En el 2019,[464] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 335, bajo la siguiente razón: «La norma actual pretende sancionar el actuar del cónyuge que ha incurrido en la causal no puede fundar la demanda en hecho propio. Estima el Grupo de Trabajo que debe proceder la derogación al haberse regulado un sistema objetivo (no causado) de disolución del matrimonio, dando primacía al divorcio remedio.»[465]

Como hemos manifestado al analizar el artículo 333, no estamos de acuerdo con eliminar el divorcio sanción, en la medida en que el mismo constituye, además de una sanción jurídica, una sanción de orden moral; y ello no debe ser ajeno al Derecho y menos al matrimonio y a su eventual disolución.

Por estas razones, no somos partidarios de derogar el artículo 335 del Código Civil.

Además, el divorcio sanción permite al cónyuge afectado reclamar los daños y perjuicios sufridos; lo que no ocurre con el divorcio remedio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(463) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 117.

(464) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. Código Civil de 1984.* Texto original. Normas modificatorias y complementarias. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998, p. 338.

(465) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 93.

Supuestos de improcedencia de la separación de cuerpos por adulterio

Artículo 336.- No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción.

Si bien el Código de 1984, como ya hemos expresado, parte de la idea del divorcio sanción, esta idea se basa en el valor entendido de que la demanda de separación de cuerpos y ulterior divorcio implica que el cónyuge afectado y demandante inicia ese proceso judicial por sentirse profundamente afectado por la causal en la que ha incurrido su esposo o esposa.

Pero no olvidemos que cualquier conducta reprochable puede ser perdonada por el cónyuge afectado. Si esto ocurriese y se hubiera producido ese perdón, entonces resultaría improcedente la demanda de divorcio que invoque la causal específica que luego fue perdonada.

En otras palabras, mientras no exista ese perdón, entonces sí podrá demandar el divorcio por esa causal. Luego del perdón, no lo podrá hacer, a menos que el cónyuge perdonado incurra nuevamente en otra causal de divorcio, la misma que puede ser la reiteración de hechos similares a aquellos que fueron objeto de perdón o de otra naturaleza.

Si analizáramos las causales del artículo 333, el tema sería de la siguiente manera:

Si un cónyuge hubiese cometido adulterio, el descubrimiento de ese hecho faculta al otro a demandar la separación de cuerpos.

No obstante, si tal hecho hubiese sido perdonado, ya no cabe demandar el divorcio, incluso si posteriormente naciera un hijo fruto de la relación adulterina de ese cónyuge. Decimos esto, pues si se perdonó el adulterio, ello llevaba implícito el hecho de que pudiera nacer un niño fruto de esa relación. Entonces, en casos como éstos, el cónyuge no culpable deberá tomar las previsiones del caso y, seguramente los análisis médicos correspondientes, a efectos de comprobar que luego del perdón no nacerá una criatura que podría empañar la reconciliación de los cónyuges.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En esa línea, Pazos, citando a Cabello, menciona que: «El perdón es un acto unilateral por el cual el cónyuge agraviado renuncia al derecho de invocar la causal que ha dispensado. Se diferencia de la reconciliación en cuanto esta última se configura a partir de la conjunción de la voluntad de ambos cónyuges.»[466]

Al respecto, en el Exp. n.º 896-2002, de fecha 11 de junio de 2002, la jurisprudencia ha señalado, respecto a la procreación luego del adulterio, lo siguiente: «Si el cónyuge inocente procrea un hijo con la cónyuge con fecha posterior a la comisión de adulterio por parte de ésta, no podrá alegar esta causal pues el adulterio se reputa perdonado. *Quinto.* El cónyuge demandante sostiene que la cónyuge mantiene relaciones extramatrimoniales [...] producto de las cuales ha procreado dos hijos. *Sexto.* Cabe señalar que si bien mediante las documentales obrantes [...] se verifica el nacimiento de (dos hijos), ocurrido el 2 de noviembre de 1956 y el 9 de agosto de 1963, respectivamente; debe merituarse que el primer hijo nació antes de que la emplazada contrajera matrimonio con el actor, el mismo que se celebró el 2 de abril de 1960 conforme fluye de la partida de matrimonio [...]; por lo que en este extremo no es posible la configuración del adulterio alegado. *Sétimo.* Si bien se ha acreditado el nacimiento (del segundo hijo), ocurrido durante la vigencia del matrimonio, este adulterio, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 336 del Código Civil, habría sido perdonado, por cuanto el actor en fecha posterior procreó con su cónyuge [otro] hijo [...] quien nació el 12 de marzo de 1970.»[467]

Pensamos que la lógica del artículo 336 y del perdón podría ser extensiva a los demás casos de separación de cuerpos contemplados por la ley.

En el caso de la violencia física o psicológica, inciso 2 del artículo 333, entendemos que el perdón se referirá a maltratos ya ocurridos, de modo tal que, si éstos volviesen a producirse, entonces el cónyuge afectado volverá a estar habilitado para demandar la separación de cuerpos.

El supuesto del inciso 3, relativo al atentado contra la vida del cónyuge, sin duda es el más grave de todos, pero incluso este supuesto permite el perdón.

En el caso de la injuria grave, que haga insoportable la vida en común (inciso 4), ella podrá ser objeto de perdón, pero resultará evidente que será fácil que, si intentan vivir juntos otra vez, estas conductas se repitan fácilmente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(466) Pazos Hayashida, Javier. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 546.
(467) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 408.

Lo propio podemos decir de los supuestos contemplados en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 333, que siguen la misma lógica del inciso 4.

En el caso del supuesto contemplado en el inciso 8, la cosa será diferente. Como se recuerda, el precepto citado faculta demandar la separación de cuerpos ante la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

No estamos diciendo que aquí no quepa el perdón. Lo que estamos señalando es que, si hay perdón, las futuras relaciones sexuales de los cónyuges tendrán que ser mantenidas con el uso de preservativos.

Si el perdón hubiese significado que la pareja empiece a tener una vida sexual en esos términos, podrá darse el caso de que el cónyuge inocente no desee continuar teniendo relaciones de esa forma. En este caso, ante la inminencia de un contagio, entendemos que no valdría el perdón.

En el caso de la homosexualidad sobreviniente al matrimonio (inciso 9 del artículo 333), ella podría ser objeto de perdón, y los términos de ese perdón podrían haber pasado porque el cónyuge homosexual se comprometa a renunciar a tales prácticas. Puede que cumpla tal promesa, pero que, en el transcurso del matrimonio posterior a la promesa, se acentúe su homosexualidad y, a la par, su pérdida de interés por el sexo opuesto (su cónyuge incluido). En este caso, a pesar del perdón producido, consideramos que sería justo que el cónyuge afectado conserve su derecho a demandar la separación de cuerpos por causal. Sencillamente, no se le podría condenar a vivir el resto de su vida con alguien que carece de interés por personas del sexo opuesto, incluido su cónyuge.

El caso del inciso 10, consistente en la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio, naturalmente que permite el perdón del cónyuge antes o después de que se produzca una condena firme. Incluso ese perdón podría provenir de antes de la sentencia firme que condene al otro cónyuge, haciendo profesión de fe del procesado, resulte culpable o inocente en el futuro. En estos casos, producido el perdón, se pierde la procedencia de la pretensión de separación de cuerpos.

En el caso del inciso 11, relativo a la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, entendemos que tal imposibilidad se deberá haber probado en el propio proceso de separación de cuerpos. Claro que aquí también cabría el perdón, pero si las condiciones de imposibilidad de hacer vida en común se mantuviesen después de producido ese perdón, entonces podría ocurrir que al cónyuge inocente le resulte imposible seguir casado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en una situación de esta naturaleza y termine reclamando la separación de cuerpos y el ulterior divorcio. Ello sería plenamente comprensible y la procedencia de la pretensión debería ser amparada por el Derecho.

Por otra parte, y volviendo al texto del artículo 336, bajo comentario, diremos que el mismo también incluye dentro de los supuestos de improcedencia de la pretensión de separación de cuerpos al supuesto en el cual el cónyuge hubiere consentido el adulterio. Sería el caso en el cual uno de los cónyuges hubiese permitido expresa o tácitamente que el otro mantenga relaciones sexuales con tercera persona.

Es evidente que en caso el otro cónyuge también hubiese cometido adulterio consentido, resultará improcedente la acción por separación de cuerpos. Por ejemplo, que los dos cónyuges hubiesen participado en un trío sexual con otra mujer o con otro hombre.

Ahora bien, resulta claro que el adulterio recíproco debería tornar improcedente la pretensión por separación de cuerpos basada en esta causal específica.

De igual modo, consideramos que la existencia de causales de separación de cuerpos en las cuales ambos cónyuges terminan siendo culpables en cada una de ellas, y si ambas fuesen invocadas y probadas en el mismo juicio (en acción y reconvención), debería tornar en improcedente cada una de las pretensiones. Esto, pues la idea de la demanda de separación de cuerpos por causal parte de que uno de los cónyuges sea culpable y el otro inocente. Si los dos fueren culpables, resultaría inmoral el que ambos hayan activado el mecanismo de administración de justicia para estos efectos. Entendemos que el juez debería declarar improcedentes ambas pretensiones. Aquí, lo correcto es que los cónyuges se separen y divorcien de manera convencional, supuesto en el que no se ventilan las culpas del contrario.

El artículo 336 también hace mención a la improcedencia de la acción de separación de cuerpos por adulterio, cuando éste haya sido provocado por uno de los cónyuges. Pensamos que sería el caso en el cual uno de los cónyuges, la esposa, por ejemplo, haya invitado a vivir una temporada, a su mejor amiga, que es soltera, muy joven, atractiva, muy liberal en materia de relaciones humanas y sexuales, que vive en el extranjero. Una invitación de estas características podría acarrear consecuencias en materia de adulterio por parte del cónyuge varón con la mejor amiga de su esposa. Sin duda, tal invitación podría haber sido un acto irresponsable e irreflexivo de la esposa. El mismo ejemplo sería aplicable cambiando el orden de los sexos de las personas señaladas en él.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este caso, puede que ni lo haya consentido ni lo haya perdonado, pero, qué duda cabe que sin querer lo ha provocado. He conocido dos casos como éstos en el ejercicio profesional. Son más frecuentes de lo que se podría imaginar.

El artículo 336, bajo análisis, también señala, en su parte final, que la cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción. Entendemos que a lo que se refiere el Código en este extremo de la norma es que, después de descubierto el adulterio, la víctima siga viviendo bajo el mismo techo con el cónyuge culpable.

En verdad, si ésta fuera la interpretación, no estaríamos de acuerdo con ella, en la medida en que se estaría obligando a la víctima a botar del hogar conyugal al cónyuge culpable, en el momento mismo del descubrimiento de la infidelidad; o, peor aún, a hacer abandono del hogar conyugal. Ni la primera ni la segunda situación serán fáciles de llevar a la práctica, de modo tal que es muy posible que luego de descubierta la infidelidad y de «rota» la relación por un pleito fuerte, la separación física demore semanas, meses o incluso años.

Dentro de tal orden de ideas, entendemos que aquello a lo que se refiere el artículo con la expresión «cohabitación» es al hecho de que, después de descubierta la infidelidad, los cónyuges han mantenido relaciones sexuales.

Pero discrepamos de que un hecho como éste pueda determinar la improcedencia de la pretensión de separación de cuerpos y ulterior divorcio por adulterio.

Es muy usual que parejas en problemas traten de ver si pueden solucionar sus discrepancias teniendo intimidad sexual, para ver si ese espacio les permite reconstruir su relación. Una situación de esta naturaleza no implica perdón, ni expreso ni tácito. A veces, después de esas relaciones sexuales se va confirmando que el tema ya no da para más. Por ello, creemos que resultaría muy injusto que resulte improcedente la demanda por adulterio interpuesta por el cónyuge no culpable. Nótese, por lo demás, que el artículo 336, bajo comentario señala que, en estos casos, la cohabitación posterior no sólo impide iniciar la acción, sino continuar el proceso ya iniciado.

Resulta pertinente señalar lo mencionado por el maestro Arias-Schreiber sobre el artículo bajo comentario, en el sentido de que: «Este precepto, inspirado en el artículo 250 del Código Civil de 1936, establece las limitaciones a la acción de separación por adulterio. De esa forma, no podrá ejercitarse esta acción si el cónyuge ofendido lo provoca, consiente o perdona. Tanto el consentimiento como el perdón podrán ser expresos o tácitos, entendiéndose que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la cohabitación constituye una forma de reconciliación y perdón y así lo indica expresamente la ley.»

En el año 2019,[468] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 336 bajo el siguiente fundamento: «El presente artículo establece un límite al ejercicio de la acción de separación fundada en la causal de adulterio. De este modo, no podrá interponer la referida acción, basada en la causal indicada, el cónyuge que la provocó, consintió o perdonó. Se plantea su derogación, al haberse regulado un sistema objetivo (no causado) de disolución del matrimonio.»[469]

Por las razones antes expuestas en ocasión de artículos anteriores, tampoco estamos de acuerdo con la derogatoria del artículo 336, que proponía la comisión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(468) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 117.

(469) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 94.

Apreciación judicial de sevicia, injuria grave y conducta deshonrosa

Artículo 337.- La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

Debemos precisar que, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional n.° 018-96-I, publicada el 13 de mayo de 1997, expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra este artículo, la referencia a la apreciación por el juez de la sevicia y la conducta deshonrosa, atendiendo a la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, ha quedado derogada; manteniéndose vigente dicha apreciación judicial sólo en relación a la injuria grave. El texto original de la norma era el siguiente:

***Artículo 337**.- La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.*

Resulta importante la nota anterior respecto a la derogatoria de dos extremos de la norma que realizó el Tribunal Constitucional.(470) El fundamento central de tal derogatoria se basó en que los términos hoy derogados resultaban

(470) Expediente n.° 018-96-I/TC
Sentencia del Tribunal Constitucional
En Lima, a los 29 días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete, reunido el Tribunal Constitucional en SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL con la asistencia de los señores Magistrados:
Nugent, Presidente; / Acosta Sánchez, Vicepresidente; / Aguirre Roca. / Díaz Valverde, / Rey Terry, / Revoredo Marsano, / García Marcelo,
actuando como Secretario Relator (e), el doctor José Luis Echaiz Espinoza, pronuncia la siguiente sentencia; con el voto discordante del Magistrado José García Marcelo.
ASUNTO:
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santisteban de Noriega, contra el artículo 337 del Código Civil, promulgado mediante el Decreto Legislativo n.° 295.
ANTECEDENTES:
Admitida a trámite con fecha 3 de enero de 1997; se ordenó el traslado legal correspondiente al Congreso de la República, que en Sesión de Mesa Directiva, de fecha 30 de enero de 1997, nombró como apoderado del Congreso al señor Congresista, don Jorge Muñiz Ziches, ante este Tribunal.

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

discriminatorios con respecto a determinados grupos de personas. El Tribunal Constitucional consideró, con toda razón, que la sevicia (maltrato físico

1. LA DEMANDA

La demanda de inconstitucionalidad se interpone contra el artículo 33r, del Código Civil, que dispone: «La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges».

Respecto al texto transcrito el accionante expresa, principalmente, lo siguiente:

a) **El artículo 337 del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.**

Este derecho está reconocido en el artículo 2, inciso 2), de la Constitución de 1993, así como también está previsto en el artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 240 de la Convención de Derechos Humanos.

Aplicando el test de razonabilidad al artículo 337, se concluye que éste es discriminatorio, por las siguientes razones: a) El citado artículo coloca a las personas de escasa educación o de pocos recursos económicos en una situación de desventaja en relación con aquellas personas que sí poseen estudios o una buena posición económica; b) Si bien la finalidad de preservar el vínculo matrimonial es legítima, la regulación restrictiva del divorcio en el Código Civil vigente es una muestra de que existen otros medios que pueden conducir al fin, sin sacrificar el principio constitucional de igualdad; c) El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral así como el derecho al honor y a la buena reputación son más importantes que la preservación del vínculo matrimonial; d) No se explica por qué la conducta de ambos cónyuges debe apreciarse sólo en las tres causales aludidas en el artículo 337 y no en las otras, a no ser que se pretenda mantener diferenciaciones históricamente muy arraigadas, y que han situado a vastos sectores de la población en una posición desventajosa y abiertamente contraria al principio de igualdad.

b) **El artículo 337 del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la vida, a la integridad moral, psíquica y física.**

La violencia contra la mujer, en cualquiera de sus formas, constituye una violación de los derechos humanos, especialmente del derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral, recogido en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución Política del Perú.

El derecho a la vida se encuentra reconocido también en el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, norma que reconoce también, en su artículo 5, el derecho a la integridad personal.

c) **El artículo 337 del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental al honor y a la buena reputación.**

La jurisprudencia ha definido la injuria grave como toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común.

La doctrina ha definido el honor como el sentimiento de autoestima, la apreciación positiva que la persona tiene de sí misma y de su actuación. La reputación es la cara opuesta, porque es la buena idea que los demás se hacen de una persona. El honor y reputación son derechos complementarios de la persona y esenciales para que pueda convivir en sociedad.

No se entiende por qué la valoración de la injuria grave dependa de la condición social de los cónyuges. Ante idénticos insultos una persona de escasa educación puede sentirse tan ultrajada como un profesional adinerado. El derecho constitucional al honor y a la buena reputación debe protegerse al margen de la instrucción de la persona y del estrato social al que pertenezca.

La Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental al honor y la buena reputación en su artículo 2, inciso 7). Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo 1 yo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

LIBRERÍA JURÍDICA MARIO CASTILLO FREYRE

reiterado al otro cónyuge) y la conducta deshonrosa debían constituir siempre una causal de separación de cuerpos y ulterior divorcio; ello, independientemente de la condición socioeconómica de los cónyuges.

d) **El artículo 337 del Código Civil de 1984, viola los derechos fundamentales a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.**

La aplicación del artículo 337 del Código Civil trae como consecuencia que aquellas personas cuyas demandas de separación de cuerpos o de divorcio sean desestimadas en atención a su educación y costumbre, continúen soportando hechos de violencia, agravios y deshonor, que vulneran el derecho reconocido en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú.

2. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Absolviendo el trámite de contestación de la demanda, el Congreso, a través de su apoderado, el señor Congresista Jorge Muñiz Sichez, la niega y contradice en todas sus partes, principalmente, por los siguientes fundamentos:

a) **El artículo 337 del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley.**

El primer deber de protección que tiene el Estado recae en la familia, por eso es que en el artículo 337 del Código Civil le otorga facultad al juez para poder analizar las situaciones en las que se han producido la sevicia, Injuria grave o conducta deshonrosa a fin de determinar si constituyen causal de separación de cuerpos, siempre teniendo en cuenta la conservación de la familia.

El reconocimiento del matrimonio y la familia como institutos naturales de la sociedad los coloca como precedentes en un orden de prioridad. Estas instituciones existen antes de la ley. La ley sólo las reconoce, lo que equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos por lo que están investidos de protección y conservación.

El artículo 337 del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley. Basa su fundamento en lo señalado por el constitucionalista José Coloma Marquina, el cual manifiesta que el Tribunal constitucional español ha dividido en dos áreas la protección al principio de igualdad, desigualdad en la ley y desigualdad en la aplicación de la ley. Continúa diciendo que, «El Tribunal Constitucional analiza la supuesta desigualdad cuando ésta nace de la Ley, determinando primero, si existe una causa objetiva y razonable que fundamenta la no igualdad; y segundo, si dicha desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva y razonable, debiendo haber una relación de proporcionalidad entre medios y fin...».

Es distinto el caso de la desigualdad en la aplicación de la ley: citando al constitucionalista José Coloma, el demandante sostiene que se viola el principio en la aplicación de la ley, cuando un mismo precepto se aplica a casos iguales con notoria desigualdad por motivos arbitrarios, desigualdad que es sinónima para el Tribunal Constitucional Español, de conducta arbitraria. A diferencia del test que se aplica en casos de desigualdad en la ley, donde la razonabilidad se mide en función de la propia norma, en la desigualdad por aplicación de la ley, ésta se mide respecto a la aplicación de la norma al caso concreto; así serán razonables las subnormas deducidas de la norma aplicable de acuerdo a cómo fueron utilizadas. En el control de igualdad en este caso, lo fundamental para el órgano de protección de la igualdad, sino plasman una adecuada tutela judicial.

b) **El artículo 337 del Código Civil no viola el derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física.**

Según los demandados, que citan a José Rubén Taramona, la **sevicia** puede definirse como el trato cruel que da uno de los cónyuges al otro, actos vejatorios realizados a fin de producir un sufrimiento que logre exceder el respeto entre marido y mujer. La sevicia «Se expresa por maltratos físicos, siendo apreciada por los daños materiales que produce. Lo que busca el cónyuge agresor es el sufrimiento del otro cónyuge logrando exceder el mutuo respeto entre marido y mujer».

Considera la parte demandada que el artículo 337 no contribuye a la violación de estos derechos, pues el juez debe calificar la voluntad del infractor y la calidad del receptor debido a que el grado del agravio depende sustancialmente de la forma en que sean apreciados y percibidos los hechos por la víctima en ese momento.

FOTOCOPIADO CON FINES DE LUCRO

Entonces quedó como único supuesto de la norma el de la injuria grave, la misma que será apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

Entendemos que ello sea así. Por citar un ejemplo, el que uno de los cónyuges profiera al otro un improperio, cuando en esa casa se profieren improperios a toda hora, dentro de un lenguaje cotidiano sumamente vulgar, resulta muy diferente a que tal injuria sea proferida por uno de los cónyuges a otro en

---

Lo que puede ser sevicia para unos, calificada como una causal de separación de cuerpos puede ser tolerable para otros, por lo que no daría lugar al fundamento de la demanda.

Está condicionado al arbitrio judicial, a la interpretación del juez teniendo en cuenta las condiciones socio económicas y culturales del cónyuge que invoca la acción, evaluando si las causas del maltrato fueron graves o no, si se trata de un hecho aislado o de un verdadero hábito; si los hechos ocurrieron en público o en privado, o si el uso de la fuerza ocurrió en defensa de un derecho o arbitrariamente.

c) **El artículo 337 del Código Civil no viola el derecho al honor y la buena reputación.**

Cada persona tiene un conjunto de características propias que constituyen su identidad, por lo tanto, si para unas personas las causales previstas en el artículo 337 del Código Civil pueden ser una grave ofensa, para otros no puede serlo en razón de su comportamiento habitual, costumbres o educación, u otros factores.

Por otra parte, los demandados señalan que «la injuria grave está relacionada a las ofensas que se realizan al honor y dignidad del cónyuge, producidas en forma reiterada e intencional por el agresor haciendo insoportable la vida en común. Esta puede darse en forma escrita, verbal, actitudes que denotan un ultraje y que representen rtículmen *(sic)* hacia la personalidad y dignidad». Como atenuación parcial, sostienen, que hay que tener en cuenta que los Tribunales aceptan como principio jurídico el aforismo clásico «Scienti et consentienti non fit injuria» (Al que conoce y consiente, no se le causa injuria o perjuicio).

d) **Respecto a la violación al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.**

La conducta deshonrosa consiste en la realización de hechos carentes de honestidad que atentan contra la estimación y respeto que deben existir entre los cónyuges a fin de lograr la armonía conyugal. La parte demandada no expone mayores argumentos de contestación, respecto a este punto.

Finalmente, considera que la norma contenida en el artículo 337 del Código Civil, no es inconstitucional en tanto que ella sólo faculta al juez «a tener en cuenta» ciertos criterios en función de la naturaleza de las causales invocadas, pues éstas se constituyen luego en juicio valorativo.

Habiendo examinado los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la misma, así como los manifestados a la vista de la causa, y los propios de los señores magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en aptitud de emitir su voto, y habiéndose efectuado la votación en el Pleno convocado, para tal efecto por el Presidente del Tribunal;

FUNDAMENTOS:

Considerando:

1. Que se ha planteado la presente acción con el objeto de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del artículo 337 del Código Civil, que establece que «La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges»; que la mencionada disposición se relaciona sistemáticamente con las causales de separación de cuerpos previstas en los incisos 2, 4 y 6 del artículo 3330 del mismo cuerpo legal y con las causales de divorcio vincular, conforme al artículo 349 del Código Civil.

LIBRO MARIO CASTILLO FREYRE

el marco de un hogar donde no se hable una sola mala palabra entre los cónyuges y sus hijos. En el primer caso, no es que deje de ser una injuria grave; lo que pasa es que el lenguaje cotidiano de esa pareja está lleno de injurias graves. En el segundo caso, no cabe duda de que ella constituiría una causal de separación de cuerpos y ulterior divorcio, tal como establece el artículo 333 inciso 4.

2. Que, en consecuencia, este Tribunal debe decidir si la apreciación por el juez, en cada caso concreto, de la educación, costumbre y conducta de los cónyuges es o no discriminatoria, como alega el demandante y para ello debe analizar si la desigualdad de educación, costumbre y conducta entre las parejas casadas, es circunstancia justificatoria del trato desigual que debe hacer el juez, en la aplicación del artículo 337 del Código Civil, como alega el demandado; que el principio de igualdad que la Constitución consagra en su artículo 2 inciso 2) exige, en primer lugar, que la diferenciación en el tratamiento jurídico persiga una finalidad legítima; que es legítima la finalidad del artículo 337 del Código Civil pues consiste en la conservación del vínculo matrimonial, y que es deber del Estado, plasmado en el artículo 40 de la Constitución, proteger a la familia, promover el matrimonio y reconocer a ambos como institutos fundamentales de la sociedad; que, sin embargo, también es legítima y constitucional la finalidad, dentro y fuera del matrimonio, de la defensa y del respeto a la dignidad de la persona humana, como lo establece el artículo 10 de la Constitución vigente, así como la protección del Estado a la vida, integridad moral, física y psíquica de la persona humana y de su libre desarrollo y bienestar, como lo dispone el artículo 20 inciso 1) de la Constitución; que también es legítimo y constitucional el derecho de toda persona al honor y a la buena reputación, como se desprende del artículo 20 inciso 7) de la Constitución; que el derecho a la paz, a la tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, también constituye una finalidad legítima y constitucional plasmada en el artículo 20 inciso 22) de la Constitución y, por ello, resulta legítimo y constitucional el precepto del artículo 20 inciso 24), h de la Constitución cuando ordena que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tratos inhumanos o humillantes.

Que, en consecuencia, nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales y legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del artículo 337 del Código Civil, y la defensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual, esté o no casada.

Que, el principio de igualdad plasmado en la Constitución no sólo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos.

Que si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiertículoculo 337 del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.

El Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano.

FONDO EDITORIAL GACETA JURÍDICA

En esa línea, la jurisprudencia, en el expediente n.º 1379-89-Lima, determinó que: «La causal de injuria grave debe ser apreciada por el juzgador en su sentido humano, esto es atendiendo a las condiciones de educación, costumbre y conducta de los cónyuges.»

Así también, la Casación n.º 2329-2001-Lima, de fecha 11 de octubre de 2002, estableció que: «La injuria en materia de divorcio no supone necesariamente la intención de dañar. La pluralidad de la ofensa tampoco es requisito

---

Que, el término **«sevicia»** utilizado en el artículo 337 del Código Civil y también por los demandados en la contestación a la demanda, debe entenderse sustituido *(sic)* por el de «violencia física y psicológica» y no sólo referido, como parece entender la parte demandada, a los actos de crueldad física; que la violencia física y psicológica a la que se refiere el artículo impugnado del Código Civil, es una violencia alegada como fundamento por la presunta víctima para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio, por lo que no cabe presumir que ha consentido con ella, o que la ha perdonado, sino más bien, que no está dispuesto a tolerarla ni por costumbre, ni por miedo a la separación o al divorcio, ni por su grado de educación o cultura; que la existencia de violencia debe ser comprobada por el juez respecto a su debida existencia, de modo objetivo; que, planteada la demanda de separación de cuerpos o de divorcio por el cónyuge agredido, y comprobada la existencia de violencia por acto o por conducta del otro cónyuge queda configurada y tipificada la circunstancia a que se refieren los artículos 3330 y 3490 del Código Civil como causal de separación de cuerpos y de divorcio vincular, pues la violencia no deja de ser tal por el hecho de que quien la realiza o el que la sufre, o ambos, tengan determinado nivel de educación o cultura, o vivan en un ambiente donde se acostumbre aceptarla, pues en todos los casos vulnera la integridad física y psíquica de la víctima, así como su dignidad y derecho a vivir en paz; que, en consecuencia, siempre que hayan indicios de violencia física o psicológica por uno de los cónyuges debe bastar la exigencia de la presunta víctima a la separación de cuerpos o al divorcio para que sea admitida como presunta causal y pueda iniciarse el proceso; que, dentro del proceso, una vez comprobada fácticamente la violencia, queda probada también la vulneración a los principios constitucionales precitados, y no cabe, por ende, supeditar su carácter de causal, a la educación o conductas de los cónyuges.

Que, en cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer, ello no justifica que el Estado recoja esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasme legislativamente, porque es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo, costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante.

Que, respecto a la **injuria grave**, como causal de separación de cuerpos y de divorcio, la «gravedad» es condición para que la injuria constituya causal; que la gravedad de la injuria depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima, y que la intensidad de ese sentimiento depende a su vez, del sentido de honor que ella tenga de sí misma.

Que el honor interno de cada persona, es decir la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene, debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona. La injuria, a diferencia de la calumnia y la difamación, incide sólo sobre el honor interno, que es muy subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

esencial: un solo hecho de particular gravedad puede ser suficiente para motivar el divorcio. *Cuarto*. La injuria grave tiene dos elementos, uno objetivo que se manifiesta por la exteriorización de la ofensa y otro subjetivo que se tipifica por la intención deliberada de ofender al otro cónyuge. De acuerdo a la doctrina moderna el animus injuriandi exige conciencia de que el acto es ultrajante para el honor del cónyuge agraviado. La injuria en materia de divorcio no supone necesariamente la intención de dañar, pues la imputabilidad puede derivar del dolo o de la culpa; no es necesario que el acto se ejecute a sabiendas y con intención de dañar, sino, basta que lo sea voluntariamente, es decir, con discernimiento y libertad, lo que es suficiente para responsabilizar

Que, con estas premisas el Tribunal opina que la gravedad de la injuria para convertir a ésta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja. El juez deberá investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor interno del demandante y que, en consecuencia, no estaba acostumbrado a tal hecho o si, al contrario, estaba acostumbrado a perdonarlo, o a consentirlo, de manera que no constituye, para ese individuo en particular, una injuria grave, capaz de ocasionar la separación de cuerpos o el divorcio. No quiere esto decir que el juzgador deba clasificar a la sociedad por estratos de mayor o menor cultura, costumbres o educación, pues en un mismo estrato económico, social y cultural es posible encontrar parejas y dentro de éstas, personas, con distinta apreciación y sentimiento de lo que constituye una injuria grave: la indagación del juez debe referirse al honor interno de la víctima y a la relación con su pareja, sin que sea gravitante el estrato social o cultural al que pertenezca.

Que la **conducta deshonrosa** como causal de separación de cuerpos y de divorcio exigida por el artículo 337, debe necesariamente concordarse con el inciso 6 del artículo 333 y con el artículo 349 del Código Civil, es decir que no constituye causal cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que «haga insoportable la vida en común». En esta causal debe apreciarse por el juzgador no sólo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge; que el requisito adicional de que «haga insoportable la vida en común» para constituir causal, la hace incidir sobre valores y derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución, cuya defensa no debe quedar al arbitrio del juez. Una vez probados los dos extremos del inciso 6 del artículo 3330 del Código Civil, es decir que existe conducta deshonrosa por parte de uno de los cónyuges y que dicha conducta hace razonablemente insoportable la vida en común, queda configurada la violación objetiva al derecho constitucional que toda persona tiene al honor, a la buena reputación y a la vida en paz, derechos que deben ser reconocidos, independientemente del grado de instrucción de la persona o del estrato social o cultural al que pertenezca.

Que, en lo que concierne a la costumbre, si bien el término «conducta» sugiere una «serie» de hechos que pueden suponer una costumbre entre los cónyuges, y por ende, una situación aceptada tácitamente por el agraviado, tal presunta aceptación no «constitucionaliza» la violación a la dignidad y al honor de la víctima. El requisito adicional a la conducta deshonrosa, de «hacer insoportable la vida en común» supone de modo razonablemente objetivo que, llegado determinado momento, la víctima en la relación conyugal ya no está dispuesta ni puede soportar más la conducta deshonrosa de su cónyuge, a costa de sí mismo y de sus derechos personales básicos: la interposición de la demanda debe considerarse, entonces, como presunción de derecho, de que ese momento ha llegado y la conducta deshonrosa una vez comprobada fácticamente en el proceso, pasa a constituir causal de separación de cuerpos o de divorcio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de las consecuencias de los actos ilícitos a su autor [...]. *Quinto.* Las injurias graves por su intensidad y trascendencia hacen imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia, la pluralidad de la ofensa no es requisito esencial, un solo hecho de particular gravedad puede ser suficiente para motivar el divorcio. A la inversa, la reiteración puede tornar graves las ofensas

---

Que, en base al artículo 20 inciso 2 de la Constitución Política, que prohíbe distinguir entre las personas por motivos de origen, condición económica o de cualquiera otra índole; a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada por el Perú el 22 de marzo de 1996, en especial a su artículo 60 que proclama «el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación», derecho que este Tribunal también reconoce a todo varón; al artículo 2 inciso 7) de la Constitución Política que reconoce el derecho fundamental al honor y a la buena reputación, que concuerda con el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 200 inciso 22 de la misma Constitución Política, que consagra el derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y, vistas las sugerencias del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dentro del marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este Tribunal considera que los medios escogidos por el legislador, es decir, la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo, el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial.

Por estas consideraciones el Tribunal Constitucional

FALLA:

Declarando fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santisteban de Noriega, contra el artículo 337 del Código Civil, en la medida que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda derogada; e infundada la demanda en lo referente a la injuria grave, disposición que queda vigente. El artículo 337 del Código Civil, en consecuencia, se entenderá referido en adelante exclusivamente a la causal de injuria grave.

Regístrese y publíquese en el Diario Oficial, en el plazo de Ley.

SS. (firmas ilegibles debajo)

NUGENT / ACOSTA SÁNCHEZ / AGUIRRE ROCA / DÍAZ VALVERDE / REY TERRY / REVOREDO MARSANO / GARCÍA MARCELO

Lo que certifico:

(firma ilegible)

VOTO DEL SEÑOR GARCIA MARCELO CONCORDANTE CON LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA Y DISCORDANTE, PARCIALMENTE, CON LA PARTE RESOLUTIVA DE SU FALLO.

El Magistrado que suscribe no obstante concordar con la mayoría de los fundamentos contenidos en la sentencia y disentir solo parcialmente, de la parte resolutiva contenida en su fallo, estima que debe declararse Fundada en todos sus extremos la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el artículo 337 del Código Civil y en consecuencia Inconstitucional el referido precepto.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

que aisladamente serían leves, cuando tal reiteración hace intolerable la vida en común de los esposos [...].»[471]

Finalmente, y en concordancia con lo expuesto, el maestro Arias-Schreiber, citando a Isabel Hernando, indica que: «[...] el carácter ultrajante de los hechos alegados depende, no sólo de criterios sociales y objetivos sino también de las particularidades propias de la psicología de los cónyuges.»[472]

FUNDAMENTOS

Que si bien es cierto que la «injuria grave» como causal de divorcio se encuentra directamente relacionada con la hipótesis de transgresión al derecho al honor, principalmente en su dimensión o esfera interna antes que en su dimensión o esfera externa, ello no supone en modo alguno que los hechos reputados como gravemente injuriosos incidan exclusiva y excluyentemente respecto del sentimiento subjetivo de la persona afectada pues todo insulto calificado, resulta tan reprochable como nocivo para la relación conyugal o de pareja, que no es por principio un asunto sólo individual sino también social, tal y como se desprende del artículo 10 de la Constitución que reconoce como el fin supremo de la sociedad y el Estado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, y más aún, el artículo 40 de la misma Norma Fundamental que señala como deber de la comunidad y el Estado, promover al matrimonio, que no supone por supuesto y como es evidente, una relación sustentada en el maltrato moral de las personas.

Que en concordancia con lo manifestado, resulta inaceptable la invocación de la ponderación judicial tomando en cuenta circunstancias de educación, costumbre y conducta de los cónyuges, cuando se trata de merituar la causal de «injuria grave», pues ello equivaldría a decir que menos dignidad u honor, le corresponden a una persona de inferior educación o posición socio-económica que a una persona venturosamente nacida en el seno de un hogar con mejores condiciones, cuando el insulto agravado no deja de ser en cualquier circunstancia una ofensa indiscutible por donde se le mire.

Que por otra parte y correlativamente a la transgresión del derecho constitucional al honor y dignidad personales, la exigibilidad de la antes citada ponderación judicial afecta con la misma intensidad tanto el derecho a la integridad moral de las personas como el derecho a la igualdad ante la ley, reconocidos ambos en los incisos 1 y 2 del artículo 20 de la Constitución del Estado, circunstancia al parecer no merituada debidamente en los fundamentos de la sentencia.

Que por último, no existen a mi juicio elementos notoria o razonablemente distintivos entre las causales de sevicia y conducta deshonrosa por un lado y la de injuria grave, por otro, siendo por el contrario las situaciones prácticamente iguales, lo que hace aplicable el principio según el cual «donde existe la misma razón, existe el mismo derecho», siendo en consecuencia igual de inconstitucionales, las tres hipótesis recogidas por el impugnado artículo 337 del Código Civil.

GARCÍA MARCELO
(firma ilegible)
Lo que certifico:
(firma ilegible)
JOSÉ LUIS ECHAIZ ESPINOZA
Secretario Relator
Tribunal Constitucional

(471) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 409.
(472) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 311.

ESTUDIO MARCELO FREYRE

En el año 2019,[473] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 337.

Como se recuerda, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de mayo de 1997, recaída en el expediente n.° 018-96-I, este artículo ha quedado referido en exclusiva al caso de la injuria grave.

La comisión del 2019 optó por plantear la derogatoria de la norma, en razón a la regulación que propone basada en el divorcio objetivo y no subjetivo: «La intención del legislador al elaborar este artículo fue otorgar al juez, dada la multiplicidad sociocultural del país, un marco lo suficientemente amplio para poder valorar los diferentes casos que se presentasen. En la actualidad, la facultad del juez para apreciar estas causales teniendo en cuenta la educación, cultura, y conducta de ambos cónyuges, como hemos visto, está limitada a la causal de injuria grave. El Tribunal Constitucional, en mayoría, consideró que este supuesto no tenía carácter inconstitucional. El Grupo de Trabajo considera adecuado derogarlo, al haberse regulado un sistema objetivo (no causado) de disolución del matrimonio, otorgando primacía al divorcio remedio.»[474]

Más allá de anotar que la sentencia del Tribunal Constitucional, que hemos transcrito a pie de página, sí amparó en parte la inconstitucionalidad de la norma (a diferencia de lo señalado por la comisión), como ya hemos manifestado, no estamos de acuerdo con el proceder propuesto por ella, razón por la cual tampoco coincidimos con la idea de derogar el artículo 337 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(473) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 117.

(474) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 94.

Improcedencia de la acción por delito conocido

Artículo 338.- No puede invocar la causal a que se refiere el inciso 10 del artículo 333, quien conoció el delito antes de casarse.

Ya lo dijimos al analizar el inciso 10 del artículo 333, que, a pesar de no señalarlo expresamente esa norma, carecería de toda lógica y justicia el que, si el cónyuge inocente conocía de la existencia de una acusación a su novio o novia, la misma que podría conllevar a su condena por delito doloso, y, a pesar de ello, se casa con esa persona, mal podría invocar esta causal para obtener una separación de cuerpos y ulterior divorcio.

Sobre este tema consideramos que no resultan necesarios mayores argumentos debido a la obviedad de la norma.

En el año 2019,[475] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 337, bajo el siguiente comentario: «El fundamento de esta norma no es meramente el hecho de la comisión del delito, sino que es la ofensa y desprestigio social de la pareja generada por la condena de uno de los cónyuges por delito doloso, lo que tornaría insoportable la vida en común. Lo que rompe la armonía del matrimonio es la deshonra que acompaña a una conducta gravemente delictuosa. El Grupo de Trabajo considera adecuado derogarlo, al haberse regulado un sistema objetivo (no causado) de disolución del matrimonio.»[476]

No compartimos el fundamento para derogar este artículo contenido en la exposición de motivos, ni la razón última que llevaría a su derogatoria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(475) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 118.

(476) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, pp. 94-95.

Caducidad de la acción

Artículo 339.- La acción basada en el artículo 333, incisos 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

El artículo 339 establece los plazos de caducidad de las acciones contempladas en el artículo 333. En primer lugar, debemos señalar que la norma parte de un error, habida cuenta de que cuando se produce la caducidad, lo que caduca es el derecho, lo que incluye a la pretensión (no a la acción, obviamente, dado que el derecho de acción es irrestricto, a pesar de que el Código de 1984 emplea la palabra «acción» como sinónimo de pretensión).

Pero la solución que brinda el artículo 339, bajo comentario, no es uniforme. Veamos:

a) Plazo de caducidad a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y (la norma debió emplear la palabra «o», pues es o un supuesto o el otro), en todo caso, a los cinco años de producida; para el derecho a demandar la separación de cuerpos por:

- Adulterio (inciso 1).
- Atentado contra la vida del cónyuge (inciso 3).
- Homosexualidad sobreviniente al matrimonio (inciso 9).
- Condena por delito doloso (inciso 10).

Como se puede apreciar, se trata de un plazo doble. En este caso el plazo doble se interpreta en el sentido de lo que ocurra primero. Es así que podría ocurrir que caduque el derecho (a los cinco años) antes de que el cónyuge afectado hubiere siquiera conocido la causal o, incluso, sin que la haya conocido nunca.

Al respecto, Aguilar Llanos señala que: «En los casos de violencia física o psicológica e injuria grave, la acción caduca a los seis meses de producida la causa, y ello en atención a que estas causales se dan directamente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contra el cónyuge agraviado, por tanto no cabe que el ofendido ignore la causa. En los demás casos, esto es, abandono, conducta deshonrosa, uso de drogas, enfermedad grave de transmisión sexual según la Ley n.º 27495 y separación de hecho según la misma ley, la acción está expedita mientras subsistan los hechos.»[477]

Sobre la caducidad por adulterio con procreación de hijos, la jurisprudencia en la Casación n.º 611-95-Áncash, de fecha 22 de agosto de 1996, ha determinado lo siguiente: «El cómputo del plazo de caducidad debe iniciarse desde la fecha de nacimiento del último hijo extramatrimonial. *Cuarto.* En el presente proceso se pretende el divorcio por causal de adulterio, habiendo la demandante aparejado con su demanda las partidas de nacimiento [...] de la que aparece (*sic*) que los nacimientos se produjeron en el año 1982, 1977, 1985 y 1990 (*sic*), de lo que se puede deducir que no se ha producido el término de la caducidad de 5 años con el nacimiento del último hijo extramatrimonial.»[478]

b) Plazo de caducidad a los seis meses de producida la causal:

- Violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias (inciso 2).
- Injuria grave, que haga insoportable la vida en común (inciso 4).

En estos dos casos, el plazo de caducidad es sólo uno, de seis meses, desde que se hubiese producido la causal. Resulta obvia la razón por la cual en este caso no se ha tomado como referencia para un plazo doble, el tema del conocimiento de la causal, pues en el inciso 2, tanto como en el inciso 4 del artículo 333, el cónyuge afectado conocerá de inmediato, y muy a su pesar, la causal de separación de cuerpos, al ser víctima de ella.

No obstante, sobre la caducidad para la causal de injuria grave, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente en la Casación n.º 1232-99-Lima, de fecha 19 de octubre de 1999: «Cómputo del plazo de caducidad para la acción por injuria grave. *Cuarto.* Para determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la causal de injuria grave, lo que debe establecerse es cuál es a juicio de la demandante –y no del juzgador– el hecho que ultraja sus sentimientos y su dignidad, pues se trata de una calificación eminentemente subjetiva y de orden moral [...] *Noveno.* [...] El hecho que

(477) Aguilar Llanos, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 147.
(478) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 411.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la cónyuge considera injurioso y que pretende acreditar es que su esposo la denunció penalmente por un delito del que salió absuelta, esto determina que el plazo de caducidad se computa desde que quedó ejecutoriada la sentencia que absuelve a la cónyuge demandante del delito denunciado.»[479]

c) En los demás casos, la acción está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan

En buena cuenta, éste sería un supuesto de no caducidad de un derecho. Si bien ello no se dice de manera expresa, al estar hablando de dos supuestos distintos de plazos de caducidad de derechos, ahora el artículo 339, bajo comentario, se refiere a un caso en que aparentemente, tal derecho no caducaría. Nos estamos refiriendo al derecho a demandar la separación de cuerpos en los casos de los incisos 5, 6, 7, 8 y 11 del artículo 333 del Código Civil. En estos supuestos, el derecho (el Código yerra al referirse a «la acción») estará expedito mientras subsistan los hechos que motivan la causal.

Esto es lógico, puesto que se trata de casos en los cuales la causal prolonga su existencia en el tiempo y, mientras ella se esté produciendo, se entiende que no podrá empezar a correr plazo de caducidad alguno.

Sobre la distinción realizada por el precepto, Arias-Schreiber comenta que «[...] la norma establece que no hay caducidad tratándose de la separación o divorcio basado en los incisos 5, 6, 7 y 8 del artículo 333 (abandono injustificado; conducta deshonrosa; uso de drogas; enfermedad venérea; y separación convencional). La distinción radica en que a diferencia de las anteriores causales, que se basan en hechos puntuales y claramente individualizables, estas últimas constituyen conductas o comportamientos continuos que muchas veces son aceptados o soportados inicialmente pero que con el tiempo van haciéndose intolerables. De ahí que la ley franquee al perjudicado la acción, sin límite de tiempo, entendiéndose no obstante que los hechos que motivan la causal deben subsistir.»[480]

Adicionalmente, Patricia Taya, citando a Josefa Méndez y otros, señala que: «En tanto que en los otros supuestos, la imposibilidad de hacer vida en común, la separación de hecho y la convencional, la culpabilidad de uno de los cónyuges o de ambos no se materializa presentándose en todos

(479) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 411 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 282.

(480) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 312.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los que lo que algunos denominan una culpabilidad concurrente simultánea debido a que ambos cónyuges resuelven y consuman la separación, con lo que al estar estos supuestos condicionados al libre albedrío de las partes, es imposible señalarles un término de caducidad.»[481]

No obstante, no nos encontramos de acuerdo con que ello se aplique al supuesto del inciso 5, pues bastaría que el abandono de la casa conyugal ya se haya producido por un plazo mayor a los dos años continuos o los períodos de abandono ya hayan sumado ese plazo.

Entendemos que aquí el Código debería haber contemplado un plazo de caducidad de seis meses desde que se hubiere cumplido más de dos años de abandono. No tiene sentido que esto no caduque. No obstante, ello no impide que prescriba, siendo el plazo de diez años, por tratarse de una acción personal y por no haberse contemplado un plazo específico de prescripción en el artículo bajo tratamiento ni en el artículo 2001 del propio Código, norma que regula los diferentes plazos de prescripción.

Hacemos extensivos estos comentarios al inciso 6, sobre la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, pues aquí debería haberse contemplado un plazo de caducidad que comenzara a computarse a partir del cese de la conducta deshonrosa.

En el caso del inciso 7, también debió haberse contemplado un plazo de caducidad, el mismo que debería regir a partir del cese del uso habitual o injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.

En el caso del inciso 8, estamos frente a la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. Entendemos que, en este caso, debería haber un plazo desde el descubrimiento de la enfermedad; o desde la curación de la misma. Pero de lo que sí estamos seguros es de que la ley debería haber contemplado un plazo de caducidad del derecho a pretender la separación de cuerpos.

Lo propio podemos decir con respecto al supuesto contemplado en el inciso 11 del artículo 333, referido a la imposibilidad de hacer vida común, debidamente probada en proceso judicial. No hay duda de que aquí también debería existir un plazo de caducidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(481) Taya Rutti, Patricia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 556.

En el año 2019,[482] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 337 en atención a que buscaba brindar preeminencia al divorcio remedio.

La comisión también propuso derogar el artículo 339, con base en la tesis de suprimir el divorcio sanción y dar prevalencia al divorcio remedio.

Como ya lo hemos expresado en reiteradas ocasiones, disentimos de este planteamiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(482) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 118.

Efectos de la separación de cuerpos por causal respecto de los hijos

Artículo 340.- Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

El artículo 340 se encarga de regular los efectos de la separación de cuerpos respecto de los hijos. En ese sentido, la primera observación que debemos hacer es con respecto a la sumilla que brinda a la norma el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la misma que incurre en error al denominar al precepto como: «Efectos de la separación convencional respecto de los hijos», cuando es todo lo contrario, pues el artículo 340 se refiere a la separación de cuerpos por causal. Ello es evidente de su propio tenor. Por lo demás, cuando estamos en presencia de una separación convencional, precisamente, no habrá problemas con la tenencia de los hijos, habida cuenta de que este tema será parte del acuerdo.

El artículo bajo comentario señala que la regla es que los hijos se confíen al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica.

Se trata, en este caso, de una sanción al cónyuge culpable de la separación de cuerpos. Ello, dentro de la lógica del divorcio sanción que constituye regla en el Código Civil de 1984.

Pero podría ocurrir que transitar por el camino señalado no resulte aconsejable para el bienestar de los hijos, situación en la cual el juez podrá determinar

ESTUDIO ALEX CASTILLO FREYRE

que el cónyuge culpable se encargue de la tenencia de alguno de los hijos o de todos.

Esto podría obedecer a circunstancias que no permitan que el cónyuge inocente se haga cargo de los hijos, como podría ser el caso de que padezca de una enfermedad que le impida hacerlo.

Nótese cómo en estos casos el confiar todos, algunos o alguno de los hijos al cónyuge culpable, pasará por el hecho de que no nos encontremos ante alguna circunstancia tan grave que impida hacerlo.

En casos extremos en los cuales ni el cónyuge inocente ni el culpable puedan hacerse cargo de los hijos, no quedará otro camino que confiarlos a una tercera persona. Esto, como es obvio, por el bien de esos menores.

En este último caso, la designación de ese tercero deberá respetar el orden establecido en el artículo 340, vale decir, primero en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Se entiende que éstos son no sólo los parientes más cercanos, sino también aquellos que pueden tener una relación afectiva más intensa con los menores en cuestión. Pero no siempre será así, razón por la cual el propio artículo 340, cuando trata del orden de prelación, agrega la frase «y siendo posible y conveniente». Entendemos que con ella se está haciendo alusión a que podría no respetarse ese orden, siempre y cuando no respetarlo convenga a los hijos o cuando ello, por razones objetivas, no sea posible, como sería el caso en el cual los abuelos ya hubieran fallecido.

En tercer lugar, el artículo 340 se coloca en el supuesto en que ambos cónyuges fueren culpables de alguna causal y se hubiese declarado fundada la demanda y reconvención de cada uno. Más allá de los reparos u objeciones que hemos señalado en su momento con respecto a esta posibilidad, esto podría ocurrir y, si así fuere, entonces, ya no habrá culpable e inocente; sólo habrá culpables.

En este caso, la regla que impone el segundo párrafo del artículo 340, es que 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.

Tradicionalmente se ha entendido que ello sería lo mejor para los menores, fundamentalmente en materia de amoldar sus conductas y su educación. No obstante, siempre podrá el juez disponer otra cosa, en tanto ese proceder resulte beneficioso para los menores. Debemos tener presente siempre que todas estas decisiones deben estar acordes con el denominado interés superior del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

niño y del adolescente, recogido en la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, la misma que originó que en el Perú se legisle sobre el particular de manera específica con los dos Códigos de los Niños y Adolescentes, uno de 1993 y la versión modificada del año 2000. Este principio, por lo demás, debe inspirar toda la legislación nacional y la jurisprudencia peruana al respecto.

El artículo 340, bajo comentario, señala en su último párrafo, que el padre o la madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos; quedando el otro suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

Sin duda este precepto resulta de suma importancia, en la medida en que establece que el cónyuge a quien se asigna la tenencia de los menores es el que ejerce la patria potestad sobre los mismos; lo que equivale a decir que todas las decisiones relativas a esos niños o adolescentes serán adoptadas por el cónyuge que goce de la tenencia. Efecto natural de esta situación es que el otro cónyuge se encuentre suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

Naturalmente, podría ocurrir que el cónyuge a quien se otorgue la patria potestad muera o se encuentre impedido de ejercerla. En estos casos, la patria potestad pasará automáticamente al otro cónyuge. Ello, sin perjuicio de los casos de excepción en que por razones de hecho o de derecho este otro cónyuge también se encuentre impedido de ejercerla.

Sobre el artículo bajo comentario, Cornejo Chávez menciona que «[...] el interés que la ley quiere cautelar de toda preferencia es el de los hijos; y la regla suprema la dicta el juez en vista de las peculiaridades de cada caso y dentro de un marco general que señala la propia ley. Más aún: no hay cosa juzgada en materia de régimen de patria potestad en este caso. Sea que la separación se haya producido por causales específicas o por mutuo disenso, el juez, en cualquier tiempo, puede modificar el régimen establecido en la sentencia y dictar las demás medidas que crea convenientes para los hijos a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia.»(483)

Cabe señalar que este criterio sólo es aplicable a los casos de separación o divorcio por causal, o nulidad del matrimonio, mas no en los casos de disolución de vínculo por mutuo acuerdo, conforme lo ha reconocido la Casación n.º 2096-97-Lima, de fecha 16 de enero de 1999.

(483) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 341.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otro lado, tenemos que la jurisprudencia ha establecido mediante Casación n.º 719-97-Lima, de fecha 10 de diciembre de 1998, que: «Un acuerdo de conciliación respecto a la patria potestad y otras pretensiones acumuladas no puede infringir la naturaleza indisponible del derecho sustancial. Ambas partes, demandante y demandada, han celebrado un acuerdo de conciliación respecto a la patria potestad y otras pretensiones acumuladas; sin embargo, por aspectos de fondo, dicho acuerdo no puede infringir la naturaleza indisponible del derecho sustancial y someterse a un acuerdo o avenimiento de las partes, por cuanto la declaración de suspensión de la patria potestad, en los casos de separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges, constituye un efecto o consecuencia de tales supuestos cuyo cumplimiento no admite pactarse en sentido contrario, ya que además, no se trata de una separación convencional.»[484]

Así también, es pertinente remitirnos a lo señalado en el Pleno Jurisdiccional Distrital Especialidad Civil y Familia, realizado por la Corte Superior de Justicia de Piura, el día 23 de julio de 2015, en el sentido de que: «El juez puede evaluar qué padre o madre, independientemente que sea demandante o demandado, le corresponde la tenencia, inclusive optar por la tenencia compartida. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA: 1.1. El juez, al declarar infundada la demanda de tenencia o reconocimiento de tenencia, ¿puede otorgar la tenencia exclusiva o la tenencia compartida a favor del padre o madre demandado? 1.2. En los procesos de tenencia o reconocimiento de tenencia, ¿el juez puede evaluar las condiciones de ambos padres y otorgar la tenencia exclusiva o la tenencia compartida a favor del padre o madre demandado? El Pleno adoptó por UNANIMIDAD: El juez puede evaluar qué padre o madre, independientemente que sea demandante o demandado, le corresponde la tenencia, inclusive optar por la tenencia compartida.»[485]

• En el año 2019,[486] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 340.

Por las razones expuestas, no estábamos de acuerdo con ello.

(484) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 414 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, pp. 282-283.

(485) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 413.

(486) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 118-119.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Providencias judiciales en beneficio de los hijos

Artículo 341.- En cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos.

En primer término, debemos señalar que la sumilla colocada a este artículo por el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es equivocada, pues la palabra «providencia» debería estar colocada en plural. Hacemos la corrección respectiva en este libro.

La situación determinada por el ejercicio de la patria potestad, encargado por orden judicial a uno de los cónyuges, podría sufrir alteraciones en el tiempo, si es que alguno de los familiares más cercanos del menor así lo solicita.

Arias-Schreiber, citando a Cornejo Chávez, ha destacado que: «[...] en los casos de separación y divorcio no hay cosa juzgada en materia de régimen de patria potestad. De ahí que se otorgue al juez la mayor flexibilidad para ir variando las disposiciones que atañan a los hijos, según el interés de éstos. La norma existía ya en el artículo 259 del Código Civil derogado.»(487)

La palabra «providencias» debe ser entendida como cualquier tipo de medida cautelar que se deba disponer en resguardo de la seguridad, integridad y bienestar, en general, de los menores. El legislador de 1984 ha entendido que quiénes mejor que el otro padre, los hermanos mayores de edad o el consejo de familia, para que estén facultados a efectos de solicitar al juez el otorgamiento de dichas medidas.

Finalmente, cabe mencionar que, para Patricia Taya, esta norma tiene un sentido proteccionista: «Una vez más el sistema se hace presente como protector de la familia y de los miembros que la constituyen. Así, ante situaciones desventajosas resueltas sobre hechos pasados, cabe la posibilidad de que se pronuncie basándose en nuevos hechos y siempre en beneficio de los hijos.»(488)

(487) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 313-314.
(488) Taya Rutti, Patricia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 563.

ESTUDIO DE CASTILLO FREYRE

Determinación de la pensión alimenticia

Artículo 342.- El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa.

Debemos entender que cuando el artículo 342 hace referencia a la sentencia, está aludiendo a la sentencia que declare la separación de cuerpos. Por lo general la asignación de una pensión alimenticia se referirá a uno de los padres y no a ambos. No obstante, podría darse el caso en el cual el cónyuge demandado por alimentos hubiere reconvenido y solicitado, a su vez, que se condene al otro al pago de alimentos. En este caso, ambos podrían ser condenados al pago de alimentos en favor del menor hijo.

De igual modo, la pensión alimenticia podría versar sobre la asignación de alimentos que el marido deba pasar a la mujer o viceversa. Todo esto dependerá, obviamente, de aquello que hubiese sido solicitado en el proceso de separación de cuerpos. No olvidemos que la sentencia de separación de cuerpos no disuelve el vínculo matrimonial, de manera tal que la obligación alimenticia se mantiene entre los cónyuges.

En concordancia con lo señalado, Aguilar Llanos indica que: «En cuanto a los alimentos, si están referidos a los hijos, ambos padres los deben, dependiendo de las rentas de cada cual, y si se trata de los cónyuges, excepto el caso de la separación convencional, pensamos que aun cuando el artículo 342 del Código Civil refiere que el juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos que el marido debe a la mujer o viceversa, tal norma sólo es de aplicación cuando acumulativamente se ha demandado con la separación, los alimentos, criterio que también debe seguirse para el caso de la fijación de los alimentos en el supuesto de la separación de hecho.»(489)

Al respecto, la Casación n.º 3065-98-Junín ha establecido lo siguiente: «Determinación judicial de dicha pensión de alimentos. *Tercero.* La obligación de pagar una pensión alimenticia entre los cónyuges implica el cumplimiento del deber de asistencia de aquellos, el cual se encuentra establecido en el artículo 288 del Código Civil. Ante la falta de pago voluntario, quien tenga

(489) Aguilar Llanos, Benjamín. *Regímenes patrimoniales del matrimonio. Op. cit.*, p. 147.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

derecho para solicitarlo, puede pedir la determinación judicial de dicha pensión, al amparo del artículo 342 del Código acotado.»[490]

En el año 2019,[491] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 337 en atención a la propuesta de sustitución del divorcio causal por el divorcio remedio.

Por las razones expuestas, no estábamos de acuerdo con tal propuesta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(490) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 418.
(491) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 119.

Pérdida de derechos hereditarios

Artículo 343.- El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden.

En reiteradas ocasiones hemos señalado que el esquema asumido por el legislador de 1984, en lo que respecta a la separación de cuerpos y el ulterior divorcio, se basa en la idea del divorcio por causales específicas, en las cuales siempre existirá un cónyuge culpable; excepción hecha de la causal introducida en el año 2001, en el artículo 333, inciso 12 del Código Civil, relativa a la separación de hecho.

Dentro de tal orden de ideas, si el divorcio se produce con base en una causal específica que implique la existencia de dolo o de culpa en alguno de los cónyuges, entonces una de las sanciones que recibirá el cónyuge culpable es la de la pérdida de los derechos hereditarios que eventualmente le correspondan en el futuro, antes de que se declare disuelto el matrimonio.

Como sabemos, el cónyuge heredaría el íntegro del patrimonio del otro cónyuge, en caso no existan al momento de la muerte ni padres ni hijos del causante.

En caso existan hijos, heredará la parte correspondiente a uno de ellos (una hijuela). En caso no existan hijos, pero sí existan padres, el cónyuge heredará una porción igual a la de cada uno de los padres.

En todos estos casos, el cónyuge culpable perdería los derechos hereditarios que le hubieren correspondido.

Esta pérdida de derechos hereditarios se establece como una sanción a la deslealtad de un comportamiento idóneo respecto del cónyuge inocente y, en cierta forma, como una sanción o pena a quien no ha estado a la altura que imponían las circunstancias de haber asumido un compromiso matrimonial.

Así también, Arias-Schreiber señala en relación con el precepto, que: «[...] se trata de una norma excepcional puesto que la separación de cuerpos no disuelve el vínculo del matrimonio y, por tanto, no determina –en principio– la pérdida de derechos hereditarios.»[492]

(492) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 314.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Agrega Cornejo Chávez que: «El fundamento de estas disposiciones debe hallarse en que la separación no destruye el vínculo matrimonial, y en que, no obstante reemplazarse el régimen normal de gananciales por el extraordinario de la separación de patrimonios, puede ocurrir en la práctica que uno de los cónyuges (generalmente la mujer) quede en situación de necesidad.»[493]

En esa línea, es pertinente señalar que la jurisprudencia ha establecido en la Casación n.° 4776-2009-Lima, de fecha 18 de octubre de 2010, que: «Para que el cónyuge pierda los derechos hereditarios, la separación de cuerpos deberá encontrarse acreditada mediante una sentencia judicial firme. *Sexto.* En el contexto descrito, cuando el artículo 343 del Código Civil establece que el cónyuge culpable de la separación perderá los derechos hereditarios que le corresponden, debe entenderse que dicha separación de cuerpos deberá encontrarse acreditada mediante una sentencia judicial firme, más aún, si los efectos de la separación de cuerpos que establece artículo 332 del Código Civil sobre suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación y finalización del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, no serían legalmente posibles, sin la existencia de pronunciamiento del órgano jurisdiccional correspondiente que emita sentencia en esos términos, situación que en el caso de autos no se llega a verificar. *Séptimo.* La pérdida de la vocación hereditaria no es más que una excepción, que como toda excepción debe tener alcances restrictivos; en efecto, si bien el texto del artículo 343 del Código Civil hace alusión a la existencia del cónyuge culpable para efectos de la pérdida de los derechos hereditarios, no obstante, este aspecto subjetivo de la culpabilidad debe fundarse en las causas que determinaron dicha separación, es decir, en la culpa de la conducta incurrida que impidió la continuidad de convivencia conyugal.»[494]

Por otro lado, en la Casación n.° 1406-2005-Lima, de fecha 24 de julio de 2006, la jurisprudencia ha precisado que: «La separación a la que alude la presente norma se refiere única y exclusivamente a la separación por causa específica, entendiéndose como separación de cuerpos a aquella que nace de una resolución judicial dictada en el procedimiento correspondiente. *Sétimo.* El artículo 343 del Código Civil establece de manera contundente que el cónyuge culpable de la separación perderá los derechos hereditarios que le corresponden, es evidente que esta norma se refiere única y exclusivamente a la separación por causa específica, entendiéndose como separación de cuerpos a aquella que nace de una resolución judicial dictada en el procedimiento correspondiente. Es

LUIS CASTILLO ORE

(493) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 325.
(494) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 418-419.

decir, no se trata de la simple separación de hecho de los casados, sino de un nuevo estatus jurídico que emana de un procedimiento judicial. Esta posición es compartida asimismo por la doctrina, [...] en la que claramente se expone que inclusive la separación de cuerpos está definida legalmente en el numeral 332 del citado ordenamiento legal. Así, la indicada norma prescribe que por la separación de cuerpos se suspenden los deberes relativos a lecho y habitación y se da por concluido el régimen legal de la sociedad de gananciales.»[495]

Por lo demás, resulta necesario precisar que lo establecido en el artículo 343 es materia distinta de la pérdida de los gananciales, de que trata el artículo 324 del Código Civil, precepto que ya hemos comentado.

En el año 2019,[496] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 337.

Por las razones expuestas, no estábamos de acuerdo con la propuesta de la comisión para derogar el artículo 343.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(495) *Ibidem*, p. 19.

(496) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 119.

Revocación del consentimiento

Artículo 344.- Cuando se solicite la separación convencional cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento dentro de los treinta días naturales siguientes a la audiencia.

Este artículo es fruto de la modificación realizada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicado el 22 de abril de 1993.

El texto original de la norma era el siguiente:

***Artículo 344**.- Cuando se solicite la separación por mutuo disenso citará el juez a comparendo, pudiendo revocar su consentimiento cualquiera de las partes dentro de los treinta días posteriores a esta diligencia.*

El principal cambio producido en la norma vigente con respecto al texto original de 1984 estriba en que la expresión «mutuo disenso» fue reemplazada por «separación convencional».

Conforme ya hemos expresado, cuando el Código Civil entró en vigencia, en 1984, la expresión «mutuo disenso» era empleada en tres ocasiones, dos en el Libro de Derecho de Familia y una en Derecho de Obligaciones, como medio extintivo de las mismas. A partir de la vigencia del Código Procesal Civil en 1993 solamente ha quedado la contenida en el artículo 1313.

Como venimos diciendo desde 1993, tal cambio fue inútil, pues se varió una expresión cuyo uso estaba generalizado en la sociedad, por otra que recién debía empezar a ser asumida por ella.

Ya en lo que respecta al fondo del artículo 344, recordaremos que el legislador de 1984 era profundamente partidario de la preservación de la familia.

En ese sentido, no debe extrañar que en el artículo bajo comentario se incluya una de las escasas disposiciones en las que el Derecho Civil permite el arrepentimiento. Así, señala que cuando se solicite la separación convencional, cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento dentro de los treinta días naturales siguientes a la audiencia. Como vemos, arrepentimiento puro y duro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FEVRE

En esa línea, el maestro Arias-Schreiber señala que: «El precepto ha sido criticado pues establece la posibilidad de que una separación acordada por ambos esposos sea revocada por la voluntad de uno de ellos, lo cual resultaría un contrasentido y podría llevar a las partes a una suerte de "chantaje" o amenaza de revocar el consentimiento si no se obtienen tales o cuales beneficios. Por otro lado, no puede negarse que la norma viene inspirada por el propósito de evitar decisiones precipitadas.»[497]

Junto con los actos de donación de órganos o tejidos, los contratos preparatorios con arras de retractación y los contratos definitivos con arras confirmatorias, éste es uno de los pocos casos en donde se ampara el arrepentimiento. A entender nuestro, el arrepentimiento en los tres supuestos que acabamos de mencionar acarrea consecuencias de orden patrimonial, a pesar de que en el primero de los casos la doctrina nacional tiene un parecer mayoritario distinto al mío.

En el supuesto materia de análisis, se da la oportunidad a cualquiera de los cónyuges de arrepentirse de la separación convencional ya acordada. En ese orden de ideas, permite revocar el asentimiento (en realidad, la norma lo denomina «consentimiento», pero al tratarse de una de las voluntades que dan lugar al nacimiento del acto jurídico, preferiría denominarlo asentimiento y no consentimiento).

En ese orden de ideas, la revocación del consentimiento se produciría, sin duda, si es que fuesen ambos cónyuges los que hicieren la revocatoria.

En el año 2019,[498] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 344, en los siguientes términos:

> **Artículo 344**.- Revocación de consentimiento
>
> Cuando se solicite el divorcio o la separación convencional cualquiera de los cónyuges puede revocar su consentimiento dentro de los diez días naturales siguientes a la audiencia en el proceso judicial, trámite notarial o administrativo.

(497) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 315.

(498) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 119.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La propuesta de la comisión agregaba a la eventual solicitud de separación convencional la solicitud de divorcio; en tanto que reducía el plazo de retractación unilateral o arrepentimiento, de treinta a diez días siguientes a la audiencia.

Según la citada comisión, la propuesta modificatoria se basaba en los siguientes fundamentos: «De acuerdo a la norma actual, la intervención del Estado en las relaciones matrimoniales es permanente, por lo que en todo momento la finalidad del mismo es la de evitar que un hogar se disgregue. La revocación de la acción de separación convencional debería ser con la concurrencia de voluntades de ambos cónyuges. La propuesta establece que, cuando se solicite el divorcio o separación, cualquiera de los cónyuges puede revocar su consentimiento, reduciéndose el plazo de treinta a diez días naturales.»(499)

No estábamos de acuerdo con esta propuesta, en la medida en que se trata de un plazo de reflexión, y la prisa siempre es mala consejera.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(499) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 97.

PATRIA POTESTAD Y ALIMENTOS EN CASO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL

Artículo 345.- En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los Artículos 340 último párrafo y 341.

Este precepto es fruto de dos modificaciones al Código Civil.

El texto original de 1984 era el siguiente:

***Artículo 345**.- En caso de separación por mutuo disenso, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.*

Son aplicables a la separación por mutuo disenso las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341.

Este artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993, cuyo texto era el siguiente:

***Artículo 345**.- En caso de separación convencional, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.*

Son aplicables a la separación convencional las disposiciones contenidas en los Artículos 340, último párrafo, y 341.

Este artículo fue modificado por el artículo 3 de la Ley n.º 27495, publicada el 7 de julio de 2001, cuyo texto es el que hemos consignado al comenzar este tema.

La separación convencional implica un resquebrajamiento de los deberes y derechos que surgen del matrimonio. El precepto bajo comentario extiende su

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

manto a aquellos supuestos en que se trate de una separación de hecho. Para tales supuestos, este artículo establece que el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

El acuerdo a que hace referencia esta norma se produce, fundamentalmente, cuando se trata de una separación convencional. Si estuviéramos frente a una separación de hecho, no necesariamente habrá un acuerdo de esta naturaleza, pero en verdad, dado que es una causal que no requiere de una situación específica de culpa del contrario que invocar, deberían los cónyuges tratar de llegar a un acuerdo al respecto.

Al respecto, Zárate del Pino señala que: «Esta decisión, según los artículos 340 y 345 del Código Civil, se adopta observando en cuanto sea conveniente a los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos padres acuerden en los procedimientos de separación de cuerpos por separación convencional, o a favor del cónyuge inocente, o de aquel a cuyo favor se concedió la demanda o reconvención sobre separación de cuerpos o el divorcio por causal específica, o a favor del cónyuge que procedió de buena fe en el caso de invalidación del matrimonio.»[500]

Finalmente, el artículo 345 establece que son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341. Como se recuerda, el artículo 340 establece en su último párrafo, que el padre o la madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos; quedando el otro suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

El artículo 341, por su parte, señala que, en cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos.

Ambas normas ya han sido analizadas por nosotros en su oportunidad.

En materia jurisprudencial, tenemos que el Pleno Jurisdiccional de Familia realizado en Lima, en 1997, en su acuerdo 8 sobre Potestad y Tenencia ha determinado lo siguiente sobre la variación de la tenencia: «En los casos

(500) Zárate Del Pino, Juan. *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 373.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de separación convencional, la tenencia a favor de uno de los padres no implica que el otro pierda la patria potestad. Criterios para distinguir tenencia de patria potestad. ¿Se puede variar de oficio la tenencia? El Pleno acordó: "Por consenso quedó establecido que los criterios que distinguen la patria potestad de la tenencia parten por reconocer que la patria potestad es un derecho irrenunciable, indisponible y exclusivo de los padres por imperio de la ley y que la tenencia es un atributo de ella que atañe al cuidado inmediato del hijo. Por tanto, la tenencia puede ser variada por decisión judicial, distinguiéndose la persona del hijo de su patrimonio, si se justifica ello, y atribuyendo la tenencia a uno de los padres o a terceros si el caso lo amerita". Por otro lado, se aprobó por una mayoría de 3 votos contra 9 y dos abstenciones que, sí se puede variar de oficio la tenencia, inclusive en los casos de separación convencional. Para ello debe estarse a lo que indique el informe multidisciplinario. Finalmente, en esta parte, se aprobó por una mayoría de 3 votos contra 9 y dos abstenciones que sí se puede variar de oficio la tenencia, inclusive en los casos de separación convencional. Para ello debe estarse a lo que indique el informe multidisciplinario.»[501]

Por otro lado, sobre la variación de tenencia, tenemos la Casación n.° 3564-2010-Ayacucho, de fecha 4 de abril de 2011, la misma que establece que: «Madre que no tiene la tenencia (desde la fecha de separación) puede variarla de hecho siempre que los hijos presenten daños y enfermedades que no han sido atendidos por el padre, esto en atención a consideraciones que les sean más favorables a los menores y en busca de su bienestar.»[502]

Asimismo, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia recaída en el expediente n.° 01817- 2009-PHC/TC [caso J.A.R.R.A. y V.R.R.A.], de fecha 7 de octubre de 2009, sobre la protección de los menores y la relación de los padres: «[...] la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres.

(501) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 420.
(502) *Ibidem*, p. 420.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho. 20. Sin embargo, ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto. Y es que, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto.»[503]

En el año 2019,[504] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil, propuso la modificación del artículo 345, en los siguientes términos:

> **Artículo 345**.- Responsabilidad parental y alimentos en el divorcio y separación de cuerpos
>
> 1.- En caso de divorcio o separación de cuerpos, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la responsabilidad parental que es ejercida por ambos padres, salvo que en el proceso judicial se haya acreditado que alguno de estos haya incurrido en causal específica de suspensión o pérdida de la misma. El juez dispondrá cuál de los padres ejercerá la tenencia o si esta será compartida.
>
> 2.- El juez dispondrá las medidas correspondientes para salvaguardar la efectividad del régimen de comunicación entre los padres e hijos, tanto con el padre o madre que no ejerce la tenencia, como cuando sea compartida, a fin de garantizar el derecho del niño y adolescente de mantener una relación fluida y saludable con ambos padres, considerando la opinión del niño o adolescente.
>
> 3.- La sentencia establecerá además los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(503) *Loc. cit.*

(504) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 119 -120.

4.- El juez, considerará lo que ambos cónyuges propongan o consensuen de acuerdo a sus propuestas reguladoras, siempre que no se perjudique los intereses de los integrantes del grupo familiar, particularmente de los hijos menores de edad o con alguna persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida o asistencia.

La comisión plantea la modificación con base en los siguientes motivos: «El Código dispone que la separación convencional y la separación de hecho suponen el acuerdo en común de los cónyuges de poner fin a las relaciones personales y patrimoniales entre ellos. La propuesta dispone que el juez fijará el régimen concerniente al ejercicio de la responsabilidad parental que es ejercida por los padres, excepto en el proceso judicial que acredite que se haya incurrido en causal específica de suspensión o pérdida. Como se aprecia hay un desarrollo pormenorizado de los efectos de la responsabilidad parental, el régimen de comunicación (visitas) y alimentos.»(505)

Estimábamos que la propuesta de modificación era muy reglamentaria.

Por ejemplo, en el inciso 1 se señalaba que el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la «responsabilidad parental», término que sustituiría al de «patria potestad». Se especifica que la responsabilidad es ejercida por ambos padres (lo que es obvio) y se señalaba la salvedad consistente en que en el proceso judicial se haya acreditado que alguno de ellos haya incurrido en causal específica de suspensión o pérdida de la misma (lo que también es obvio).

Sobre la tenencia, el inciso 1 también especificaba que el juez dispondrá cuál de los padres ejercerá la tenencia o si ésta fuese compartida (lo que también es evidente).

En lo que respecta al inciso 2, se disponía como norma imperativa que: «El juez dispondrá las medidas correspondientes para salvaguardar la efectividad del régimen de comunicación entre los padres e hijos, tanto con el padre o madre que no ejerce la tenencia, como cuando sea compartida, a fin de garantizar el derecho del niño y adolescente de mantener una relación fluida y saludable con ambos padres, considerando la opinión del niño o adolescente».

Esto es peligroso, pues tal comunicación no debería producirse en algunos casos, como, por ejemplo, si el padre hubiese perdido la patria potestad

(505) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 98.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por abusar sexualmente del menor en cuestión. En éste y otros casos similares, simplemente no debería haber régimen de comunicación alguno con el padre.

En el inciso 3 se mencionaba el tema de los alimentos, el mismo que ya se encuentra regulado en la norma en vigencia.

Y, finalmente, el inciso 4 establecía que: «El juez, (aquí sobra la coma) considerará lo que ambos cónyuges propongan o consensúen (*sic*) de acuerdo a sus propuestas reguladoras, siempre que no se perjudique los intereses de los integrantes del grupo familiar, particularmente de los hijos menores de edad o con alguna persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida o asistencia».

Este precepto carecía de sentido, en la medida en que, si el juez «considerará» estas propuestas, tal consideración no es para él obligatoria y, por tanto, resulta inútil toda la especificación final hecha por la norma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indemnización en caso de perjuicio

Artículo 345-A.- Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.

El artículo 345-A fue incorporado al Código Civil por el artículo 4 de la Ley n.° 27495, publicada el 7 de julio de 2001.

No cabe duda de que fue intensa la discusión en torno a incluir en el Código Civil como causal de separación de cuerpos, la separación unilateral o separación de hecho.

Romper la regla de las causales específicas basadas en la culpa o el dolo del contrario fue fruto de la coyuntura.

Es más, como anécdota, podemos decir que esta causal fue aprobada por un Congreso de la República cuyos integrantes ya estaban de salida, luego de la renuncia del presidente Alberto Fujimori, la misma que se produjo a fines del año 2000. Los congresistas debían ejercer el cargo hasta el 25 de julio de 2001 y la modificación legislativa se produjo el 7 de julio de ese año. En buena cuenta, había más oposición a que la norma se apruebe de la que se vio reflejada en el debate. En los hechos, pocos congresistas se jugaron contra el tema.

Lo que sí quedó claro es que, si se aprobaba el poder invocar una causal basada en hecho propio, ello no debería implicar la consagración de un abuso. Es en ese sentido que se aprobó, en la misma Ley, la adición al Código Civil del artículo 345-A, bajo comentario, el mismo que establece varios candados o normas de seguridad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Veamos.

a) Alimentos

En primer término, la norma establece que el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

El legislador ha considerado como requisito mínimo para poder invocar una separación de cuerpos basada en hecho propio, el que quien la demande se encuentre al día en el cumplimiento de sus obligaciones.

Es algo así como que la ley le permite separarse por hecho propio, pero no le permite una segunda licencia que consista en el rompimiento de la palabra empeñada con respecto a su cónyuge.

Arias-Schreiber comenta al respecto que: «Con el propósito válido de proteger al cónyuge que sea demandado por la nueva causal de separación de hecho incorporada en el inciso 12 del artículo 333, este artículo adicional exige que el demandante esté al día en el pago de la pensión alimenticia que pudiese existir y también cualesquiera otras obligaciones que hubieran sido convenidas entre las partes, como sería, por ejemplo, matricular a los hijos en un determinado colegio particular. Además, dicho juez está en el deber, como regla general, de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho e inclusive señalar una indemnización por los daños y perjuicios que resulten (daño emergente y lucro cesante), incluyendo el daño personal. Es interesante anotar que en este precepto se alude correctamente al daño personal y no se limita al daño moral, que es doctrinariamente menos amplio.»(506)

Sobre este aspecto, conviene señalar que la Casación n.º 2414-2006-Callao, de fecha 2 de abril de 2007, ha señalado que: «El juez no puede exigir al demandante estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias si es que los cónyuges jamás se requirieron alimentos. *Décimo.* El primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil establece que, para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Si bien es cierto nos encontramos ante un requisito de procedibilidad dispuesto expresamente en la ley, sin embargo el mismo no puede ser entendido ni

(506) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 317.

EDITORIAL MARKO CASTILLO FREIRE

interpretado de manera absoluta y estática por los jueces, pues excepcionalmente, dependiendo de cada caso concreto, pueden presentarse causas o circunstancias que justifiquen la no exigencia de este requisito, como ocurre en el presente caso.»[507]

b) Indemnización

Luego el artículo señala que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. En ese sentido, deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal (o moral) u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal.

El Tercer Pleno Casatorio Civil ha determinado respecto al tema lo siguiente: «6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.»[508]

Así también, el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en La Libertad, entre el 30 de noviembre de 2007 y el 1 de diciembre de 2007, acordó que: «El juez debe pronunciarse de oficio sobre la indemnización, lo que no significa que la debe conceder. Fijará una indemnización siempre que aparezca en el expediente el perjuicio, que se valorará de acuerdo a lo que aparezca en los medios probatorios y se haya fijado como punto controvertido o materia de prueba o se haya invocado en la demanda o en la contestación o la reconvención.»[509]

c) Pensión alimenticia

El artículo 345-A precisa que todo lo señalado en él, será independiente de la pensión alimenticia que pudiera corresponder.

Conviene recordar lo que se ha establecido en la Casación n.º 4136-2010-Apurímac, de fecha 24 de marzo de 2011: «La prestación alimentaria del demandante a favor de la demandada deriva de una orden judicial,

(507) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 428.
(508) *Ibidem*, p. 421-422.
(509) *Ibidem*, p. 422.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

lo que supone el incumplimiento del obligado y el perjuicio ocasionado a la alimentista, deduciéndose de esto que ella es la cónyuge perjudicada. *Sexto.* En esa línea de pensamiento resulta claro que el mandato imperativo que surge de lo previsto en el artículo 345-A del Código Civil radica en la ineludible obligación del juez como director del proceso de pronunciarse en este tipo de acciones por el cónyuge perjudicado o no perjudicado con la separación de hecho sustento de la demanda [...]. En el caso en particular, es un hecho acreditado en el proceso que la demandada tuvo que solicitar judicialmente que se le presten los alimentos a su favor y a sus hijos habidos en el matrimonio [...], además el mismo demandante ha manifestado en su escrito [...] que planteó una acción de exoneración de alimentos en la misma se ha dispuesto que subsista la pensión de alimentos a favor de la cónyuge demandada en un porcentaje equivalente al 15% de su haber mensual como cesante del Poder Judicial, siendo ello así la prestación alimentaria del demandante a favor de la demandada no resulta de la voluntad de las partes sino que deriva de una orden judicial, lo que supone el incumplimiento del obligado y el perjuicio ocasionado a la alimentista que debió recurrir a un proceso a fin de procurar los alimentos para su subsistencia.»[510]

Adicionalmente, la Casación n.° 4738-2010-Arequipa ha establecido que la «Pensión alimenticia continúa vigente a favor de cónyuge perjudicada con la separación de hecho.»[511]

d) Aplicación de otras normas

El artículo 345-A también señala que son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.

Se trata de las normas referidas a los gananciales, la pérdida de gananciales, la determinación de la pensión alimenticia, la pérdida de derechos hereditarios, la reparación del cónyuge inocente y la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable; todas ellas, normas que hemos analizado o analizaremos seguidamente en esta obra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(510) *Ibidem*, p. 433.
(511) *Ibidem*, p. 437.

En el año 2019,[512] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 345-A, bajo los siguientes motivos: «El objeto de esta parte del artículo es establecer la acreditación del pago de las obligaciones alimentarias como requisito para invocar la causal de separación de hecho citada. El Grupo de Trabajo estima oportuno su derogación, tendiéndose a una regulación en la línea de las consecuencias del divorcio remedio.»[513]

La norma en vigencia resulta de gran utilidad y justicia para el cónyuge perjudicado o que sea víctima de aquél que desea invocar el divorcio unilateral.

Como la comisión pretendía suprimir la figura del divorcio sanción y sus diferentes manifestaciones, sustituyéndolo por el divorcio remedio, entonces prescindía del artículo 345-A, lo que determina que alguien podrá invocar y llevar adelante un divorcio remedio con independencia de si está o no al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Por lo demás, la exposición de motivos del proyecto de reforma de la comisión no explicaba el porqué de la derogatoria del 345-A y su no sustitución por algún precepto similar que proteja a los demás miembros de la familia.

Finalmente, cabe mencionar que sobre las compensaciones económicas entre cónyuges, Sambrizzi, citando a Néstor Solari, sostiene que: «[...] parece equitativo que en el supuesto de la persona que en razón del casamiento ha sacrificado su desarrollo económico en pos del cuidado del hogar y de los hijos y que durante la vigencia del matrimonio vivía con un determinado nivel de vida, colaborando con su cónyuge en las tareas necesarias que resultan del mismo lo que corresponde presumir, si con motivo de la ruptura sufre un desequilibrio económico relevante que lo ponga en una situación económica difícil en cuanto a su supervivencia en forma digna, que no pueda superar por sí ya sea en forma pasajera o definitiva, sea compensada de manera tal que de alguna forma supla ese desequilibrio.»[514]

Pero sobre ello, volveremos más adelante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(512) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, p. 121.

(513) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 98.

(514) Sambrizzi, Eduardo A. *Op. cit.*, tomo III, p. 652.

Efectos de la reconciliación de los cónyuges

Artículo 346.- Cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriere después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso.

Tanto la sentencia como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal.

Reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación sólo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas.

Hemos mencionado en reiteradas ocasiones que el legislador de 1984 tuvo la vocación de mantener la unidad de la familia y era claramente contrario al divorcio. Ello, no en el sentido de prohibir o no contemplar el divorcio, pues el Código de 1984 regula el divorcio, como estamos viendo, sino en el sentido de haber contemplado el divorcio sanción y solamente las causales de divorcio que recogía el Código Civil de 1936.

En otras palabras, el legislador de 1984 no amplió las causales de divorcio, ni se salió del esquema del divorcio sanción. No llegó a contemplar supuesto alguno del llamado «divorcio remedio».

Dentro de tal orden de ideas se enmarca lo dispuesto por el artículo 346, admitiendo la reconciliación de los cónyuges tanto durante el proceso judicial (municipal o notarial) de separación de cuerpos, caso en el cual el juez deberá ordenar cortar el proceso.

Sobre la reconciliación, Claudia Canales señala que ella: «[...] implica la acción y efecto de volver a conciliar; restituir todo al estado anterior reponiendo el vínculo matrimonial que se había relajado. Es una apuesta por el matrimonio a pesar de la situación de crisis y decaimiento. Debe haber un perdón

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

puro e incondicional de parte del inocente que no sea producto de error, dolo o violencia.»[515]

Adicionalmente, Blandino, citando a Castilla Barea, menciona que, «Entendida la reconciliación como el deseo de los cónyuges de recomponer la relación marital, es posible que la misma ponga fin a una situación de mera separación de hecho. En este caso, la reconciliación traerá consigo la eliminación de los efectos que la separación de hecho haya provocado "*ministerio legis*"»[516]

Ahora bien, en caso la reconciliación de los cónyuges ocurriese luego de que la sentencia estuviere ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso. Esto tiene el propósito expresado en el propio artículo 346, en el sentido de que tanto la sentencia como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal. Por nuestra parte, entendemos que la reconciliación de los cónyuges producida luego de que hubiere quedado firme la sentencia de separación de cuerpos tendrá como consecuencia, precisamente, que la separación de cuerpos quede sin efecto. No se comprende de otra manera el que la reconciliación se inscriba luego de la separación de cuerpos, en el registro personal. El artículo 346 no lo dice expresamente, pero ello se puede deducir entrelíneas.

Como vemos, la reconciliación «borra» o deja sin efectos la separación de cuerpos. No olvidemos, por lo demás, que la separación de cuerpos había dejado intacto el vínculo matrimonial. Esto quiere decir que la pareja no estaba divorciada. Entonces, la reconciliación devuelve a los cónyuges a la situación anterior a que se decretara la separación de cuerpos.

Al respecto, Varsi señala lo siguiente sobre los efectos de la reconciliación: «La cesación de los efectos de la separación en virtud de haberse reconciliado los cónyuges significa que se reanudará la vida en común, se reinstaurará un régimen de gananciales (nuevo si se liquidó o continúa el existente), se restituirá a ambos padres el ejercicio de la patria potestad y en el cumplimiento de la obligación alimentaria, etc. No podrá demandarse nuevamente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(515) Canales Torres, Claudia. *Matrimonio, invalidez, separación y divorcio*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 145-146.

(516) Blandino Garrido, Amalia. «La reconciliación conyugal: reflexiones tras la reforma operada por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Cádiz, 2015, n.º 3, pp. 145-146.

la separación por los mismos hechos que fueron materia del proceso, solo por causas nuevas.»[517]

Ello, por lo demás, debería entenderse también en el sentido de que todos los acuerdos a que hubieren arribado los cónyuges en esa separación de cuerpos quedarán sin efecto.

Finalmente, el artículo 346 establece que, una vez reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación de cuerpos sólo por causas nuevas o recién sabidas o conocidas.

Esto es evidente, pues si el Derecho ha otorgado consecuencias a la reconciliación, ello significa que el cónyuge que hubiere demandado la separación de cuerpos por causal (o incluso por separación de hecho) no podría volver a demandar la separación de cuerpos basado en los mismos hechos. Se entiende que tales hechos ya fueron perdonados.

Pero resulta evidente que sí podría demandar nuevamente la separación de cuerpos basada en hechos nuevos, lo que implica que, incluso fundamentada en hechos nuevos, sería procedente alguna de las causales establecidas en el artículo 333 del Código Civil.

En este segundo juicio, no se podrá invocar los hechos perdonados, salvo que sea necesario hacerlo para que contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas. La razón de la norma es evidente y no requiere explicación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(517) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonios y uniones estables. Op. cit.*, tomo II, p. 316.

Suspensión del deber de cohabitación

Artículo 347.- En caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales.

El artículo 347 regula un supuesto de excepción, relativo a la solicitud que se puede presentar al juez para que autorice la suspensión de la obligación de hacer vida en común, es decir, del deber de cohabitación.

El precepto permite que ello proceda en dos casos. El primero, cuando uno de los cónyuges sufra enfermedad mental; el segundo, cuando sufre enfermedad contagiosa.

No obstante, el tema merece inventario. En el caso de la enfermedad mental, el asunto no es sencillo, porque, por ejemplo, uno de los cónyuges podría verse afectado por Alzheimer, enfermedad mental degenerativa, en cuyo caso el pedir se autorice no vivir con ese cónyuge, antes que todo, sería un acto de malvada deslealtad, pues se abandonaría a esa persona en el momento en que más necesita de la colaboración y asistencia del otro. Creemos que el pedido de autorización, en casos como éste, debería ser desestimado.

Admitimos que habrá otros supuestos en los cuales esa solicitud sí debería proceder, como ocurriría si la enfermedad mental tornara al cónyuge afectado por ella, con comportamientos muy violentos y la convivencia pusiera en riesgo la salud e integridad física de su pareja.

El segundo supuesto contemplado por el artículo 347, se refiere al caso de las enfermedades contagiosas, el mismo que resulta de justificada evidencia. No obstante, estaríamos hablando de enfermedades muy graves a la par que contagiosas, tales como la lepra o algo similar, que impliquen un riesgo de contagio de alguna enfermedad que pueda conducir a la muerte al cónyuge sano. El supuesto del artículo 347 no pasa, de manera alguna, por enfermedades contagiosas, pero pasajeras, que, más bien, requieran la activa asistencia y cuidado del otro cónyuge a efectos de poder superar esa situación, como sería el caso de una gripe o un resfrío.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre ello, Varsi menciona que: «Frente al valor de asistencia y solidaridad que los cónyuges se deben como base de la comunidad de vida que impone el matrimonio, la ley antepone el interés del cónyuge sano, quien será árbitro de la situación, decidiendo si soporta o no las consecuencias de una enfermedad contagiosa.»(518)

En esa línea, Miranda Canales sostiene que: «La incorporación de estas causales, por ninguna razón significará dejar en abandono al cónyuge enfermo, y en todo caso el juez, al momento de resolver, tendrá que establecer las previsiones que la misma ley señala para que el cónyuge demandante acuda con los recursos y asistencia del caso a favor del otro".»(519)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(518) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonios y uniones estables. Op. cit.*, tomo II, p. 359.

(519) Miranda Canales, Manuel. «Nuevas causales de la separación de cuerpos y del divorcio incorporados por la Ley 27495». En: *Lex*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima, 2007, n.º 4, p. 7.

CAPÍTULO SEGUNDO
DIVORCIO

Noción

Artículo 348.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

El divorcio pone fin al matrimonio. O, dicho en términos más apropiados, el divorcio pone fin a la relación jurídica nacida del matrimonio.

Al respecto, Cabello Matamala, citando a los Mazeaud, menciona que: «El divorcio produce sus efectos entre los esposos desde el día en que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada. El divorcio como tal, se produce desde que la sentencia es ejecutiva, y no desde su transcripción en el Registro, que se constituye en una formalidad.»(520)

La jurisprudencia, en la Casación n.° 2239-2001-Lima, de fecha 11 de octubre de 2002, ha definido al divorcio como: «la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial.»(521)

Las vías para llegar al divorcio son, o una demanda de divorcio en los términos del artículo 349 o por el pedido de conversión de la separación de cuerpos convencional o separación de hecho, conforme a lo dispuesto por el artículo 354, normas que estudiaremos más adelante.

En esa línea, la Casación n.° 2366-2009-Lima, de fecha 17 de mayo 2010, ha determinado lo siguiente: «Disolución del vínculo matrimonial: supuestos. *Noveno*. la institución del divorcio uno o ambos cónyuges de acuerdo a ley pueden acudir al Órgano Jurisdiccional a fin de que se declare la disolución

(520) Cabello Matamala, Carmen. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Op. cit.*, 441.
(521) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 441.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del vínculo matrimonial civil existente entre ellos, conforme es de entenderse del artículo 348 del Código Civil, concordado con los artículos 349, 333 y 354 del mismo Código. *Décimo.* ese marco, pueden presentarse las siguientes situaciones: 1) Que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, las cuales se enmarcan dentro de la teoría denominada del "divorcio-sanción", contempladas en los acápites 1 al 7 y 10 del artículo 333 del Código Civil; 2) Que accione el cónyuge no perjudicado, buscando solucionar una situación conflictiva, siempre y cuando no se sustente en hecho propio, conforme a los supuestos regulados en los incisos 8, 9 y 11 del artículo 333 antes citado, enmarcados dentro de la teoría conocida como "divorcio remedio"; y, 3) Que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar, al igual que en el caso anterior, una situación conflictiva, caso contemplado en el inciso 12 del citado artículo 333 y el cual también pertenece a la teoría del "divorcio-remedio", en el que se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en la cual se incumplen los deberes conyugales, siendo este último caso, introducido en nuestro sistema civil mediante la Ley n.° 27495, modificatoria del artículo 333 del Código Civil.»[522]

En el año 2019,[523] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil, propuso la derogatoria del artículo 348.

No entendíamos la razón por la cual la comisión proponía derogar el artículo 348, que establece que: «El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio». Decimos esto, porque en la exposición de motivos se señalaba que la razón de la derogatoria se basaba en que el Código Civil se adhiere a la «tesis divorcista» (*sic*) y dentro de ella opta por el divorcio remedio.

En primer término, ello no es así, pues la inmensa mayoría de causales de divorcio están basadas en la tesis del divorcio sanción. Es el grupo de trabajo el que optaba por instaurar la tesis del divorcio remedio y no el legislador de 1984.

En segundo lugar, sea cual fuere la tesis que se adopte, pues en cualquier caso será cierto que: «El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio», que es, precisamente el contenido del artículo 348 que la comisión pretendía derogar, sin señalar alguna razón valedera para ello.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(522) *Ibidem*, pp. 442-443.

(523) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 121-122.

Finalmente, conviene señalar qué ha entendido la jurisprudencia por divorcio sanción y divorcio remedio, conceptos que estudiaremos a profundidad en el presente capítulo.

Sobre el divorcio sanción, el Tercer Pleno Casatorio Civil estableció que: «Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros. La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el juez califica negativamente y de grave, (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables.»

El Tercer Pleno Casatorio también define el divorcio remedio y señala que: «Es aquel en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio.»[524]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(524) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 441.

Causales de divorcio

Artículo 349.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.

El artículo consignado es producto de la modificación del texto original de 1984, realizada por el artículo 5 de la Ley n.º 27495, publicada el 7 de julio de 2001. El texto original era el siguiente:

***Artículo 349**.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 al 10.*

El texto en vigencia es fruto de la modificación operada en los incisos del artículo 333 y su necesaria adecuación a la normativa vigente. De acuerdo con el precepto bajo comentario, la pretensión de divorcio puede basarse en cualesquiera de las causales de separación de cuerpos contempladas por el artículo 333 del Código Civil (incisos 1 a 12), a excepción de la contemplada en el inciso 13, relativa a la separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

La lógica de excluir esta última causal es la de otorgar más tiempo a los cónyuges, a efectos de que en el proceso pueda producirse una reconciliación, conforme veremos al analizar el artículo 353.

Al respecto, el Tercer Pleno Casatorio Civil determinó que: «En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales.»

Por otro lado, conviene mencionar lo determinado en la Casación n.º 1500-2007-Lima, de fecha 10 de diciembre de 2007, respecto a la alegación de la causal de divorcio incorrecta, en el sentido de que: «El juez, aplicando el principio *iura novit curia*, puede invocar la causal adecuada materia de la demanda de divorcio cuando la actora no lo hizo. *Décimo* Sexto. Resulta evidente, para este Supremo Tribunal, que en este caso se presenta un conflicto intersubjetivo de intereses en donde debe de aplicarse el principio del *iura novit curia*, puesto que si bien es cierto se ha errado en la invocación de la causal de divorcio, no se han cambiado los hechos que sustentan el mismo, sino que estos mismos hechos sustentan otra causal de divorcio, prevista taxativamente en la ley, y que el *A Quo* ha aplicado correctamente, sustentando su decisión

LUIS ROMERO CASTILLO FREIRE

y valorando todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, no habiendo recibido oposición de ninguna de las dos partes procesales legitimadas y naturalmente interesadas en el resultado del proceso, sino que la oposición ha provenido de la Sala de Familia, perjudicándose así los derechos e intereses comunes de los litigantes.»[525]

En el año 2019,[526] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 349.

La comisión proponía derogar esta norma, en razón a la modificación que planteaba para el artículo 333. Por las razones que venimos exponiendo sobre el tema, nos opusimos a esta derogatoria.

Finalmente, cabe mencionar que autores como Héctor Cornejo Chávez han criticado el hecho de que las causales de la separación de cuerpos se apliquen al divorcio, dado que ciertos hechos «pueden no ser bastante graves para destruir el matrimonio y arrastrar el interés social al campo de enconadas rencillas domésticas, pero pueden serlo para impedir una convivencia normal entre los cónyuges.»[527]

En contraste, conviene señalar que Jorge Echandía, citando a Max Arias-Schreiber Pezet, Ángela Arias-Schreiber Montero y Alex Plácido Vilcachagua, discrepa de la opinión antes señalada, pues considera que, «si bien es cierto que el divorcio acarrea consecuencias sociales no deseables –especialmente para los hijos–, también es verdad que nadie mejor que los cónyuges para determinar si la ofensa infringida les resulta tan insoportable como para poner fin al vínculo matrimonial; o por el contrario, si solo quieren la separación de cuerpos bien sea por motivos religiosos o por no estar seguros de querer poner fin al matrimonio.»[528]

Coincidimos con este segundo parecer.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(525) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 444-445 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, pp. 302-303.

(526) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op cit.*, p. 122.

(527) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano.* Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 336.

(528) Echandía cevallos, Jorge. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 520.

EFECTOS DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS EXCÓNYUGES

Artículo 350.- Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese 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.

El artículo 350 del Código Civil se encarga de regular cuáles son los efectos del divorcio entre los excónyuges. Veamos:

a) Obligación alimenticia. Regla

Como ha sido estudiado por nosotros, los cónyuges se deben alimentos recíprocamente. Esta obligación cesa con el divorcio. Nótese que ya no nos encontramos frente a una pareja que tenga algún vínculo entre sí. El divorcio sustituye el estado civil de casado a divorciado. El divorciado, al igual que el soltero o el viudo, carece de vínculo matrimonial alguno, razón por la cual se halla en plena libertad de contraer matrimonio nuevamente. En otras palabras, el divorciado, el mismo día en que su divorcio ha quedado firme, podría empezar a realizar los trámites para contraer un nuevo matrimonio.

De ahí que la ley establezca que cesa la obligación alimenticia entre los cónyuges, habida cuenta de que los excónyuges podrían haber vuelto a contraer nupcias y, en virtud de este nuevo matrimonio, estarían obligados a prestar alimentos a su nuevo esposo o esposa. Lo propio ocurriría,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FIGUERE

claro está, en caso el divorciado no asuma otros nuevos deberes de esta naturaleza.

Todo lo expresado, naturalmente, deja incólume la obligación alimentaria que podrían tener los excónyuges hacia terceros, como sería el caso de sus hijos, padres o hermanos.

En esa línea, el Pleno Jurisdiccional Distrital del Área de Familia, realizado por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, el día 19 de octubre de 2009, estableció que: «El divorcio trae como consecuencia automáticamente el cese de la obligación alimentaria, conforme al artículo 350 del Código Civil, salvo que preexista un proceso de alimentos, en el que se fijó una pensión alimenticia; en cuyo caso, podrá resolverse en el proceso de divorcio, siempre que haya sido pretendido por las partes, conforme a lo establecido en el artículo 483, parte final del Código Procesal Civil.»

b) Excepción

El propio artículo 350 establece que si se declarase 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.

Nótese cómo esta norma también es fruto de la concepción asumida por el legislador de 1984, con respecto al divorcio sanción. Resulta evidente que lo dispuesto en ella se establece por una cuestión básica de solidaridad con quien ha compartido un hogar y al momento de la disolución del matrimonio se encuentre en un estado por el cual no pueda subvenir a sus necesidades por medio distinto.

Ahora bien, no sólo se trata de un acto de solidaridad, sino también, de alguna manera, se establece como una sanción con respecto a aquél en virtud de cuyos actos culposos o dolosos se ha disuelto la relación matrimonial.

En esa línea de pensamiento, Cabello Matamala enseña que: «Según este criterio, lo que se pretendería entonces sería indemnizar al cónyuge que, sin culpa, se ve desprotegido ante la desaparición del deber de socorro. Beneficio que no impide a la víctima solicitar, además, la reparación del daño causado por los hechos que dieron lugar a divorcio.»[529]

(529) Cabello Matamala, Carmen Julia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, tomo II, p. 607.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, el tope está constituido por la tercera parte de la renta del cónyuge obligado. Se trata, sin duda, de un porcentaje muy apreciable (el 33.33 % al infinito). Por lo demás, queda claro que esta obligación alimenticia cesará cuando el cónyuge beneficiario de la misma ya pueda subvenir sus propios recursos o cuando éste muera; en el primer caso, naturalmente, por resolución judicial que así lo establezca.

En ese sentido, la Casación n.° 1398-2008-Ica, de fecha 11 de diciembre de 2008, ha señalado sobre el particular que: «El cese de la obligación alimenticia entre cónyuges, como efecto del divorcio, no procede si existe una pensión que ha sido establecida en virtud a un mandato judicial. Es en otro proceso donde debe decidirse si esta obligación debe terminar.»(530)

c) La capitalización de la pensión alimenticia

El artículo bajo comentario establece también que el excónyuge (se entiende aquél que va a prestar los alimentos) puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

Pensamos que esta situación podría producirse debido a que, por ejemplo, ese excónyuge haya decidido irse a vivir al extranjero y no le vaya a resultar fácil ocuparse del tema de manera permanente. También podría producirse porque hubiere decidido contraer nuevas nupcias y no desee seguir teniendo vinculación alguna con su excónyuge, etc., etc., etc.

En estos casos, podrá proponer entregarle un capital, el mismo que, obviamente, deberá ser aceptado por el otro cónyuge o, en caso ello no ocurriese, será el juez quien se encargará de decidir, primero, si es procedente ese pedido, y, si lo fuese, a cuánto deberá ascender el capital a entregar al cónyuge beneficiario.

d) Indigencia

El artículo 350, bajo comentario, señala también que el indigente debe ser socorrido por su excónyuge, aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Se trata de una disposición de absoluta solidaridad con el cónyuge culpable del divorcio, derivada de elementales razones humanitarias. No se puede dejar en el abandono en circunstancias de esta naturaleza, al

(530) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 449.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

excónyuge que compartió con el otro una relación matrimonial y, probablemente una familia.

Al respecto, en la Casación n.º 1673-96-Lima, de fecha 30 de abril de 1998, se ha señalado lo siguiente: «*Quinto.* constituye una excepción a la regla general preceptúa que el indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiera dado motivos para el divorcio.»(531)

e) Nuevas nupcias

El artículo bajo comentario establece también que las obligaciones a que se refiere cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias.

Nótese cómo este cese de la obligación alimentaria se aplicaría a todos los supuestos contenidos en el artículo 350. No obstante, creemos que ello no necesariamente debería ser así, en la medida en que el nuevo matrimonio podría ser un evento precipitado por el excónyuge obligado a prestar los alimentos. En buena cuenta, dependería de él hacer cesar la obligación alimenticia, por más necesidades que tuviera la persona con la que antes estuvo casado.

En la parte final del artículo, se establece que cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso. Ello resulta acorde a toda lógica. Sólo queremos dejar sentado que el reembolso únicamente procedería en caso la situación económica del excónyuge ahora lo permita.

Sobre el artículo bajo análisis, el maestro Cornejo Chávez menciona que: «El nuevo texto sustantivo mantiene también las aludidas excepciones, pero en virtud del principio constitucional de la igualdad de los sexos ante la ley, preceptúa que 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 para trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de la renta del obligado; y aun autoriza, cuando hay circunstancias graves, al alimentista para pedir la capitalización de la pensión y la entrega del principal correspondiente.»(532)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(531) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 448-449.
(532) Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano. Op. cit.*, tomo I, 1985, p. 366.

En el año 2019,[533] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil, propuso la modificatoria del artículo 350, en los siguientes términos:

> **Artículo 350**.- Efectos del divorcio respecto a los cónyuges
>
> 1.- Por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer, salvo pacto en contrario.
>
> 2.- Excepcionalmente podrán fijarse alimentos posteriores al divorcio en los siguientes casos:
>
> a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse (*sic*).
>
> b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. No procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 351.
>
> 3.- En cuanto al divorcio convencional rige la propuesta reguladora de los alimentos aprobada por el juez. Cuando la separación de cuerpos o el divorcio se tramitan ante un notario o autoridad administrativa rigen los acuerdos contenidos en el acta de conciliación extrajudicial.

La modificatoria de esta norma se planteaba en razón a la propuesta del grupo de trabajo, para eliminar la resolución del divorcio sanción en el Código Civil. Así, esta comisión indicó lo siguiente en la exposición de motivos: «El artículo 350 establece que los efectos del divorcio deben estar dirigidos en la línea del divorcio remedio, evitando conflictos entre los cónyuges y la indebida repercusión en los hijos.»[534]

Por este motivo, nos manifestamos contrarios al planteamiento modificatorio del artículo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(533) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 122 - 123.

(534) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 100.

Reparación al cónyuge inocente

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

Muy importante el artículo 351 del Código Civil. Esta norma despeja toda duda en el sentido de que el divorcio puede acarrear un pago indemnizatorio por parte del excónyuge culpable a favor del inocente.

La norma bajo comentario establece que ello se producirá si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente.

Creemos que la precisión hecha por este artículo es importante, dado que se despeja cualquier duda indemnizatoria en caso de divorcio, pero por otro lado no resulta positivo el que se haya señalado que ello procederá en ese caso concreto, pues podría pensarse que la norma es limitativa.

Así también lo entendía Cornejo Chávez, cuando señalaba que: «La ley no menciona, sin razón suficiente en nuestro concepto, la posibilidad de reparación del daño material, que puede ocurrir sobre todo en los casos de sevicia, atentado contra la vida, abandono del hogar, uso de estupefacientes, enfermedad venérea grave y condena privativa de la libertad. Es verdad que algunas veces esa reparación puede conseguirse en la vía penal, y que el eventual derecho alimentario subsana el daño material (por lo que asume un cierto carácter indemnizatorio); pero no siempre es posible usar la vía penal, ni siempre que puede apelarse a ella desea hacerlo el excónyuge, ni la pensión alimenticia se fija para cubrir directa y totalmente el daño material.»

A nuestro criterio, es evidente que la norma no podría interpretarse a contrario o *contrario sensu*, señalando que sólo en ese supuesto se deberá una indemnización. Decimos esto, precisamente, porque el artículo no lo establece en esos términos.

Las normas que no establezcan supuestos de excepción o cuando ellas no indiquen que solamente en determinados casos se producirá una determinada consecuencia jurídica, no pueden interpretarse de esa manera.

Entonces, dada la redacción de este artículo, es claro que en el supuesto indicado deberá proceder una indemnización. Eso es indudable. Pero ella

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

también procederá en todos aquellos otros supuestos en los que corresponda, a entender del juez, asignar un monto indemnizatorio.

Dada la redacción del precepto, pareciera que el mismo se refiere a una afectación propia del daño moral. No obstante, creemos que la indemnización debería proceder tanto para los casos de daño moral, como para aquellos otros de daño patrimonial. Y, evidentemente, no sólo estamos hablando de daños, en sentido estricto, sino de daños y perjuicios en su sentido más amplio, obviamente comprendiendo a los daños a la persona. Sobre esto no existe la menor duda.

Pero no ocurre lo mismo, cuando se trata de ver si tal indemnización debe o no haber sido pretendida junto con la pretensión de divorcio; o si, por el contrario, el juez puede asignar esa indemnización luego de haber constatado que sí se produjeron los hechos invocados para obtener el divorcio por causal específica que se funde en los hechos culposos o dolosos del otro cónyuge.

En lo personal pensamos que no debería resultar posible asignar monto indemnizatorio si el mismo no hubiese sido pretendido, habida cuenta de que el demandado no habría tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa y no habría habido contradictorio sobre ese punto en específico.

Además, no resulta lógico asignar un monto indemnizatorio no pedido, cuando solamente se hubiere pretendido el divorcio.

Por lo demás, el cónyuge afectado que logre vencer en el juicio de divorcio tendría expedito su derecho para demandar en otro proceso a su excónyuge, a efectos de pretender ser indemnizado.

En esa línea, el Pleno Jurisdiccional Regional de Familia, Cortes Superiores de Callao, Cañete, Lima y Lima Norte, realizado en Lima, de fecha 7 de septiembre de 2007, señala lo siguiente: «Indemnización por daño moral del cónyuge inocente (art. 351) es excluyente de la indemnización por separación de hecho (art. 345-A). ¿La indemnización por daño moral regulada en el artículo 351 del Código Civil es excluyente o puede ser concurrente a la establecida por el artículo 345-A del Código Civil? El Pleno acordó por unanimidad: La indemnización regulada por el [artículo] 351 del CC es excluyente con relación a la establecida por el artículo 345-A del CC, al encontrarse inscritas en dos sistemas de divorcio diferentes como son el divorcio sanción en el primer caso y el divorcio remedio en el segundo caso, reconociendo que se trata de una postura híbrida del legislador de la Ley n.° 27495.»[535]

(535) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 450.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el año 2019,[536] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificatoria del artículo 350, en los siguientes términos:

> **Artículo 351**.- Reparación del cónyuge inocente
>
> 1.- El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado.
>
> 2.- Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

La referida comisión propuso el cambio bajo los siguientes fundamentos: «La norma que contiene este artículo 351 de nuestro Código Civil dispone que el resarcimiento del daño moral que hubiera sufrido el cónyuge inocente como consecuencia de la conducta asumida quien es determinado judicialmente como el cónyuge culpable en el proceso de divorcio. La propuesta normativa del Grupo de Trabajo dispone e incorpora la compensación económica, así como los criterios para su fijación judicial y caducidad.»[537]

Como hemos estudiado, el actual artículo 351 prescribe que: «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.»

Se trata de una norma muy justa y protectora del cónyuge inocente.

Al suprimir lo relativo al divorcio sanción, el grupo de trabajo proponía reformar el artículo 351, pero lo hizo muy mal, ya que, si uno lee el inciso 1 que planteaba para el referido artículo, observará que incluso el cónyuge que en la práctica hubiese sido culpable del divorcio y quien lo promueve, podría pretender para sí aquellos beneficios que especifica la referida norma, cuando señala que: «1. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado».

(536) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 123.

(537) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 100.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DIVORCIO[538]

1. INTRODUCCIÓN

Nadie desconoce la importancia de la familia como base de la sociedad y del desarrollo humano. Así, tampoco se desconoce que el matrimonio ha sido tradicionalmente la base de la familia y, como tal, siempre se ha entendido como la fuente jurídica más importante de esta área del Derecho, considerándosele además como una institución social de indiscutible trascendencia.

No obstante, es sabido por todos que en muchas ocasiones los matrimonios fracasan.

Ante esto, el Derecho –atendiendo a las necesidades de las personas– les otorga una salida legal, el divorcio, que no es sino la solución jurídica al problema de los matrimonios destruidos. Salvando las distancias, se trata de una figura similar a la resolución del contrato, la misma que podría ser unilateral o por mutuo acuerdo.

Durante muchos años las causales de divorcio no generaban reparación a cargo del cónyuge causante del divorcio. Comenta Rocío Salazar,[539] que la justificación de tal negativa se basaba en que la doctrina consideraba que no era posible lucrar con la deshonra generada por el divorcio.

Pero hoy en día los conceptos de daño moral y de daño a la persona, han ayudado a que en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos se reconozca una suerte de compensación económica a favor del cónyuge que se haya visto perjudicado con el divorcio. No obstante, lo que no resulta del todo claro en algunos países, como el Perú, es si esta compensación económica implica una indemnización propiamente dicha o si se trata sólo de un pago previsto para cualquier supuesto legal de divorcio que regula la ley.

A lo expuesto, podríamos añadir otras interrogantes como, por ejemplo, si la indemnización derivada del divorcio, surge de una responsabilidad

(538) Estas palabras se basan en una ponencia que pronuncié en Montería, Colombia, en uno de los Congresos de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Agradezco la valiosa colaboración recibida de parte de la señora abogada Giannina Molina Agui.

(539) SALAZAR CHERO, Rocío Elizabeth. «Responsabilidad civil por divorcio». En: *Revista de Investigación Jurídica. Avances Perú*. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, julio 2008, p. 91.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contractual o extracontractual; si es posible dirigirla –en el supuesto de la infidelidad– contra el tercero con el cual se consumó la infidelidad, o si –en el supuesto de separación de hecho, previsto en el artículo 354-A del Código Civil peruano– se debe otorgar a uno de los cónyuges una indemnización de oficio, sin que ésta haya sido solicitada previamente.

2. ¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL?

La pregunta respecto a si el matrimonio es o no un contrato, a efectos de determinar qué tipo de responsabilidad se deriva de su ruptura, es sumamente antigua y es que la relevancia de determinar si la responsabilidad es contractual o extracontractual deriva de que los efectos de ambas no son los mismos, ni tampoco las normas que les resultan aplicables.

Para esto, en doctrina se han esgrimido básicamente dos hipótesis respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio, a saber, el matrimonio como contrato y el matrimonio como institución.

Comenta Vladimir Monsalve Caballero,(540) que la idea del matrimonio-contrato surgió con el Derecho canónico, el mismo que se limitaba a verificar el consentimiento, para definirlo como un contrato, no dando posibilidad alguna a las partes para que regulen su contenido. En el Derecho canónico el matrimonio era un contrato-sacramento, un negocio jurídico *sui generis*, en tanto no podía disolverse por acuerdo mutuo de las partes, ni resolverse por incumplimiento. En otras palabras, no era un contrato propiamente dicho.

Sabemos que la característica esencial de todo contrato o negocio jurídico no sólo es la voluntad en la formación del hecho generador de los efectos, sino además la posibilidad que tiene el sujeto respecto de la producción de los efectos generados por el hecho. En otras palabras, diremos que estamos ante un contrato cuando las partes pueden –en uso de su poder de autorreglamentación y en ejercicio de la autonomía de su voluntad– decidir contraer nupcias y regular todos los efectos que se derivarán de la celebración del matrimonio, así como las posibilidades que podrían ponerle fin y las consecuencias que de ellas se deriven.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(540) Monsalve Caballero, Vladimir. «Hacia la contractualización del vínculo matrimonial». [Archivo PDF]. http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/825/82511010.pdf.

Así, Monsalve Caballero[541] señala que los juristas de la Revolución Francesa continuaron hablando del matrimonio-contrato, pero esta vez como un acto estrictamente civil, sin aspectos ni repercusiones de orden religioso y, como tal (es decir, como contrato), era posible que las partes pudieran dejarlo sin efecto, o sea se avizoraba ya la idea del divorcio.

De este modo, se tenía que, para la doctrina francesa, al matrimonio –por ser un contrato– le eran aplicables los mismos principios que regían y orientaban las demás instituciones contractuales.

La legislación peruana no reconoce carácter estrictamente contractual al matrimonio, porque si bien para su celebración se requiere la voluntad de los contrayentes, y de su celebración se derivan derechos y obligaciones, éstos no son exclusivamente materia de la ley civil, pues importan también relevancia jurídico estatal, escapando la regulación a la mera voluntad de las partes del matrimonio, entendiéndose éste como una institución de interés social. En ese sentido, tendríamos que en el Perú se pretende que el matrimonio sea un acto jurídico en sentido estricto, pues la voluntad de las partes únicamente importa para la configuración del hecho, mas no para la regulación de sus efectos.

Ello es así, porque en el Perú, el consentimiento de los contrayentes (elemento esencial para la formación de los contratos) tiene un papel preponderante. En ese sentido, no habrá matrimonio si es que no hay consentimiento. Asimismo, se tiene que es posible que la voluntad de las partes pueda alterar el régimen patrimonial que nace con la celebración del vínculo (optar por sociedad de gananciales o separación de patrimonios).

Es por ello que, creo que el Derecho de Familia, y su institución base, el matrimonio, se deben asimilar –pero sólo en ciertos aspectos– al Derecho Contractual, aun cuando el contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos.

La característica peculiar de este acto; a saber, el matrimonio, radica en que se encontrará sustraído de la libre voluntad de las partes respecto de algunas condiciones y términos que se deriven de su celebración. Así, podríamos asemejarlo a un tipo de contrato por adhesión, en donde la capacidad de negociación de las partes es casi nula.

Evidentemente, no puede compararse el matrimonio con el resto de los contratos, los cuales tienen características eminentemente patrimoniales.

(541) Monsalve Caballero, Vladimir. *Op. cit.*, p. 13.

EDICIÓN MARCO CASTILLO FREYRE

Pero ¿acaso la causa del contrato hace que no tenga parte de su objeto carácter patrimonial? Pues no. Para determinar si un contrato tiene contenido patrimonial, debemos remitirnos a su objeto, es decir, a qué se obliga cada uno. Siendo así, me pregunto si acaso los deberes de educación y alimentación no son sino obligaciones con contenido patrimonial que surgen a razón del matrimonio. Sin duda que lo son, por lo que es innegable el carácter patrimonial de algunos deberes propios del matrimonio. Con esto no pretendo negar que dentro de tal relación surgen también deberes jurídicos de carácter estrictamente personal, como la fidelidad, la cohabitación y otros deberes que, en estricto, son de difícil valorización patrimonial.

Es por estas consideraciones que comparto la opinión de quienes consideran al matrimonio como un acto jurídico que, en muchos aspectos, se asemeja a un contrato, sin quitarle –claro está– la importancia institucional que tiene en el desarrollo social y que se encuentra debidamente regulado y protegido por las normas de orden imperativo contenidas en el Libro de Derecho de Familia del Código Civil peruano.

Hemos sostenido la importancia de distinguir la calificación del matrimonio como acto asimilable –en determinados aspectos– a los contratos o como institución ajena al ámbito contractual, pues de ello dependerá que se derive, en los supuestos de compensación económica, una responsabilidad contractual o una extracontractual.

Monsalve Caballero(542) indica que la mayoría de los códigos civiles latinos, y el Perú no es la excepción, respecto de la separación responden a un sistema basado en la culpa, lo que supone que el legislador configura los efectos de la separación como un medio para sancionar al culpable, obligando a éste a tener que soportar la mayoría de las obligaciones pecuniarias y personales que conlleva la ruptura, como es el caso del pago de las cuotas alimentarias, pensiones compensatorias y la pérdida de la custodia de los menores, entre otras.

No obstante, en el Perú también se admite la separación no culpable, convencional o por mutuo acuerdo, en la que las propias partes deciden dar una salida armoniosa a sus diferencias conyugales.

Pero, para efectos de la compensación económica interesan los casos en que uno de los cónyuges es el culpable de la ruptura del matrimonio.

(542) Monsalve Caballero, Vladimir. *Op. cit.*, p. 54.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La legislación peruana establece a favor del cónyuge inocente una reparación cuantificada en suma de dinero por concepto de daño moral (aunque en la práctica no se circunscribe a este tipo de daño), es decir, aquí hablamos específicamente de una indemnización por daños y perjuicios. Lo propio sucede en el supuesto de los daños derivados de la separación de hecho, y que se origina, justamente, como consecuencia del incumplimiento de uno de los deberes derivados de la celebración del matrimonio, es decir, la fuente sería el matrimonio como acto jurídico, cuya naturaleza, como lo hemos dicho, en algunos aspectos es muy similar a la de los contratos civiles.

Así pues, ¿cuál sería la diferencia sustancial entre una indemnización derivada de incumplimiento contractual, y la indemnización derivada del divorcio por causal o la separación de hecho con culpa de uno de los cónyuges? Básicamente, en ambos supuestos se busca reparar los daños generados por el incumplimiento de deberes y obligaciones contraídos por acuerdo de voluntades.

Pero hay diferencias en lo que respecta a la naturaleza de los deberes incumplidos. En el caso del matrimonio, hablamos de deberes jurídicos de contenido no patrimonial, a la par que otros de contenido patrimonial. En los contratos, lo estamos haciendo siempre con respecto a obligaciones de claro contenido patrimonial.

En buena cuenta, el meollo del problema se encuentra en determinar si las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento de deberes jurídicos extrapatrimoniales deben ser idénticas a las del incumplimiento de las obligaciones de típico contenido patrimonial.

Creo que si bien el legislador contemporáneo y, en especial, el legislador peruano, puede haber pensado otorgar una regulación similar a ambos supuestos, en verdad, tal regulación no es idéntica, pues el tratamiento integral de la indemnización por daños y perjuicios está regulado en el Título de Inejecución de Obligaciones, último del Libro VI de Derecho de Obligaciones del Código Civil.

Pero, a la vez creemos que, en razón a que muchas de las causales de separación de cuerpos y ulterior divorcio se basan en el incumplimiento de deberes jurídicos de contenido no patrimonial, asimilables en el tema que estamos tratando a las obligaciones civiles, les resultarían aplicables las normas de inejecución de obligaciones, y los principios que sobre el particular establece el Código Civil en el Libro de Derecho de Familia, en las normas en las que se hace referencia a la indemnización como consecuencia del divorcio por parte del cónyuge culpable, es decir, cuando se haya causado un grave daño moral

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(y de cualquier otra naturaleza, como hemos visto) al cónyuge inocente; y, en el caso del divorcio unilateral, en la discutida norma que establece el deber de indemnizar al cónyuge que corresponda.

En ese sentido, la indemnización propia de la ruptura matrimonial tiene características peculiares en el Derecho peruano, más allá de que el matrimonio pueda ser un acto que en algunos de sus aspectos sea muy semejante a un contrato.

No obstante, no cabe duda de que, si correspondiese aplicar supletoriamente alguna normativa, la pertinente sería aquélla de inejecución de obligaciones, ya que, como vamos a ver, es la que por naturaleza resulta más afín a una institución con ciertas similitudes a los contratos.

Además, no olvidemos que las normas sobre inejecución de obligaciones no sólo se aplican a los contratos, sino a otros casos en que el deudor ha asumido, voluntariamente, obligaciones, como es el caso de la promesa unilateral.

Y, también, al no haber un plazo establecido expresamente en torno a la prescripción de la pretensión por responsabilidad derivada del divorcio, mal haríamos en aplicar un plazo más corto que el máximo legal para el caso de la acción personal, que es de diez años, conforme a lo establecido por el artículo 2001, inciso 1 del Código Civil, respaldado por la Casación n.° 941-99-Lima, de fecha 20 de octubre de 1999, la misma que considera inconstitucional y violatorio de derechos de la persona, aplicar contra ella, por analogía, plazos de prescripción más cortos que el de la acción personal (diez años).

Antes de pasar al análisis del artículo 352, debemos recordar que, en el año 2019,[543] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil, propuso la adición de un artículo 351-B, en los siguientes términos:

> **Artículo 351-B**.- Fijación de compensación económica
>
> 1.- Los cónyuges propondrán un convenio regulador de la compensación económica. En su defecto, y a pedido de cualquiera de los cónyuges, el juez determinará su procedencia, monto y modo de prestarlo de acuerdo a los siguientes criterios:

(543) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 123-124.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a) La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

b) La edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

c) La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;

d) La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

e) La atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado. Se determinará quien (*sic*) hará pago de las acreencias de la vivienda familiar; así como de los gastos de arrendamiento y mantenimiento.

f) La pérdida eventual de derechos y/o beneficios percibidos en función del matrimonio.

g) La petición de compensación económica se presentará con la demanda de divorcio, en todo caso (*sic*) el derecho a reclamarla caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

Volvemos a lo mismo con esta norma, que proponía regular la compensación económica que podría pretender un cónyuge con respecto al otro, en caso del divorcio remedio.

Si leemos detenidamente el artículo propuesto, advertiremos que sería posible que el cónyuge que promueva el divorcio remedio (por ejemplo, porque en realidad ella(él) se ha enamorado de otro hombre (otra mujer) con quien ahora desea casarse, reclame a su esposo(a) una compensación económica que cubra todos y cada uno de los rubros señalados en el inciso 1 de la propuesta de artículo 351-B.

No era difícil advertir que la suma resultante (obsérvese que ni siquiera se trataba de una pensión o renta mensual, sino de una compensación similar a la indemnización) podría ser millonaria.

Vaya premio por enamorarse de otro(a) y deshacer su propio matrimonio.

Lo que ocurre con temas como éste, es decir con el divorcio remedio, es que son materias en las que el legislador regula los artículos de manera aséptica, sin considerar la culpa de alguno de los cónyuges en la configuración de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

alguna causal de divorcio. Si las cosas son así, obviamente el resultado y las consecuencias de la regulación legislativa también serán amorales, es decir prescindirán de cualquier consideración moral.

Ése no es el código ni la sociedad que queremos.

Pero la comisión del 2019 también propuso la adición de un artículo 351-C, en los siguientes términos:

> **Artículo 351-C**.- Indemnización por el daño producido
>
> El cónyuge que no generó la causal podrá solicitar la indemnización de los daños generados en su perjuicio.

En esta norma la comisión no pudo más y recurrió al tema de la culpa para identificar al culpable del divorcio.

Seguro después de redactar el proyectado artículo 351-B, la comisión entendió que, en materia de compensaciones, en sede de divorcio, hay que encontrar a un culpable. Así, el 351-C establece que: «El cónyuge que no generó la causal podrá solicitar la indemnización de los daños generados en su perjuicio».

Pero, esta norma pecaba de un gran defecto, consistente en asumir que será fácil identificar al cónyuge culpable del divorcio.

Si el régimen fuese (como proponía el grupo de trabajo) el del divorcio remedio y ya no el del divorcio sanción, en el juicio de divorcio no será materia controvertida la relativa a cuál de los cónyuges fue el culpable del divorcio. Entonces, una vez divorciados, ¿quién podrá solicitar la indemnización contemplada en el artículo 351-C? ¿O es que el 351-C abría la posibilidad de que se ventile el tema indemnizatorio en el juicio de divorcio? Si así fuere, el divorcio remedio de la comisión, se convertiría –en términos probatorios– en un divorcio sanción. Sobre todo, porque habría un reclamo indemnizatorio de por medio.

Además, nos preguntamos si el cónyuge culpable podría resultar beneficiado con una «compensación» en base al artículo 351-B, y si luego podría ser perjudicado, al condenársele al pago de una indemnización, por el 351-C; entonces, se compensaría las sumas hasta el monto de la menor.

¡Qué locura!

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pérdida de gananciales por el cónyuge culpable

Artículo 352.- El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.

Esta norma concuerda perfectamente con lo dispuesto en el artículo 324, que establece que, en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

La pérdida de gananciales por efecto del divorcio sigue la misma lógica que la pérdida de los gananciales por efecto de la separación de hecho, aunque es evidente que nos encontramos ante supuestos distintos.

En el caso del divorcio fundado en una causal que implique un actuar culposo o doloso de uno de los cónyuges, la ley establece una sanción para el culpable, la misma que consistirá en la pérdida de los gananciales que procedan de los bienes del otro.

Adicionalmente, Arias-Schreiber menciona que: «Es importante señalar que la pérdida de gananciales se encuentra referida exclusivamente a aquellos derivados de los bienes propios del otro cónyuge, tales como frutos, productos y rentas. El resto de bienes no será pues objeto de esta sanción. Es innegable que, en la práctica, existirán muchos casos en los cuales sea realmente difícil determinar cuáles son los bienes afectados por este precepto. De ahí que la norma haya sido criticada por impracticable.»(544)

Por otro lado, Emilia Bustamante Oyague precisa que: «[...] la sanción de pérdida de gananciales que provengan de los bienes del cónyuge inocente, opera de pleno derecho, sin requerir pronunciamiento alguno del órgano jurisdiccional. Y su aplicación al caso concreto estará sujeta a la forma de liquidación de la sociedad de gananciales que se haga en el proceso de divorcio por causal, aunque también es posible que, luego del proceso de divorcio, en vía de acción, se solicite su determinación ya sea en un proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, o de división y partición, o de declaración de bien propio, trámite que deberá seguirse en sede judicial.»(545)

(544) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 324.
(545) Bustamante Oyague, Emilia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 618.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

En materia jurisprudencial, la Corte Superior de Justicia de Lima, en el fallo del expediente n.º 442-97, de fecha 3 de abril de1997, señaló que: «El cónyuge culpable pierde los gananciales provenientes de los bienes propios del otro cónyuge, por lo que ha de comprenderse que en ningún supuesto pierde jurídicamente sus gananciales. *Tercero.* artículo 352 del Código Civil establece que el cónyuge culpable pierde los gananciales provenientes de los bienes propios del otro cónyuge, por lo que ha de comprenderse que en ningún supuesto pierde jurídicamente sus gananciales, que en el caso de autos la demandante no ha acreditado la existencia de bienes propios de los cuales se hayan generado gananciales, por lo que esta disposición resulta inaplicable.»[546]

Antes de pasar al análisis del artículo 352, debemos recordar que en el año 2019[547], la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 352.

Como hemos estudiado, esta norma regula en la actualidad la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable, en el divorcio sanción.

El grupo de trabajo proponía derogarlo, en la medida en que adoptaba la tesis del divorcio remedio. Otra injusticia más derivada del prurito de modificación y de la implantación, con respecto al régimen del divorcio, de un absurdo dogmatismo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(546) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 452.
(547) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 125.

PÉRDIDA DE DERECHOS HEREDITARIOS ENTRE CÓNYUGES DIVORCIADOS

Artículo 353.- Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

El contenido del artículo 353 no constituye sanción alguna por el divorcio. Ocurre simplemente, que, al divorciarse, los cónyuges dejan de ser tales, con lo cual no se cumple el presupuesto hereditario contemplado por la ley. Ésta no contempla que los excónyuges tengan la calidad de herederos legales o forzosos. Así de simple.

En esa línea, Peralta Andía sostiene que: «Es otro de los efectos que produce el divorcio que afecta tanto al cónyuge culpable como al inocente. Consiste en que los cónyuges pierden el derecho de heredarse entre sí, lo que opera de pleno derecho, porque no es necesario que lo declare el órgano jurisdiccional. Se funda en el hecho de que la vocación hereditaria nace del parentesco o del matrimonio, pero el divorcio lo destruye definitivamente en este último caso, luego, no es posible la sucesión testada ni la intestada.»[548]

Cabe precisar que, como señala Bustamante: «[...] nada obsta para que uno de los cónyuges al expedir un testamento, establezca alguna porción hereditaria o legado a favor de su ex cónyuge, lo cual puede hacer en el ejercicio de sus facultades sobre la parte de libre disposición de sus bienes, de conformidad a lo que disponen los artículos 725, 726, 727 y 756 y ss. En cuyo caso, el excónyuge podrá ser comprendido como heredero voluntario siempre que no hubiera herederos forzosos del testador, o como legatario, en la parte de libre disposición.»[549]

Sobre el artículo bajo análisis, la Casación n.º 1406-2005- Lima, de fecha 24 de julio de 2006, señala lo siguiente: «*Undécimo*.- Que, la norma antes aludida, pareciera reproducir o reiterar lo dispuesto por el artículo trescientos cincuentitrés del Código Sustantivo, sin embargo, se está ante dos supuestos de pérdida de derechos hereditarios, que deben de contextualizarse en su debido

(548) PERALTA ANDÍA, Rolando. *Op. cit.*, p. 267.
(549) BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 621.

EXEMPLAR DE ESTUDIO GASTON FERNANDEZ CRUZ

momento. En el primer caso, esto es, en el artículo trescientos cuarentitrés del Código acotado, el contexto dentro del cual se desarrolla, esta sanción, es que debe haberse producido la separación de hecho, el cónyuge culpable pierde los derechos hereditarios que le corresponden (por el tiempo de la separación o totales). En el segundo caso, regulado en el artículo trescientos cincuentitrés del Código Civil, el cónyuge divorciado no tiene derecho a heredar, como lógica consecuencia a la disolución completa y definitiva de la relación matrimonial; por ende, en este caso, la pertinencia o no de la norma invocada estará sujeta estrictamente a la configuración de la sanción contenida en dicha norma.»(550)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(550) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 452.

Plazo de conversión

Artículo 354.- Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

El texto original de 1984 era el siguiente:

***Artículo 354**.- Transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.*

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Este artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 abril 1993, cuyo texto era el siguiente:

***Artículo 354**.- Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.*

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Este artículo fue modificado por el artículo 6 de la Ley n.° 27495, publicada el 7 de julio de 2001, cuyo texto hemos consignado al comienzo de este tema.

Habrá podido observar el lector que en diversos puntos del presente trabajo hemos empleado la expresión «separación de cuerpos y ulterior divorcio». Lo que ocurre es que el cónyuge al que asista el derecho de demandar la separación de cuerpos por causal específica, también le asiste el derecho a demandar el divorcio. Ya hemos visto que el artículo 349 del Código Civil establece que puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

incisos 1 al 12. Y la separación de cuerpos puede pretenderse por los incisos 1 al 13 del artículo 333 del propio Código. En otras palabras, la única diferencia en cuanto a las causales es la del inciso 13, privativa de la separación de cuerpos y es la separación convencional (ex mutuo disenso), después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

El artículo 354, bajo comentario, establece que transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Esta no es otra cosa que la conversión de la separación de cuerpos en divorcio.

Como puede apreciarse, en muchos casos, la demanda judicial no ha sido pretender el divorcio, sino sólo la separación de cuerpos, algo así como un estadio intermedio entre el matrimonio y el divorcio.

Uno podría preguntarse cuál es la razón para demandar separación de cuerpos y no divorcio. Y las respuestas pueden ser de lo más variadas. Podría tratarse de un proceder para proteger a los hijos comunes de una situación más traumática; podría ser un tema de apariencias sociales; podría ser un asunto atinente a la reflexión que el o los accionantes quisieran tener en relación con el paso del divorcio; etc., etc., etc.

La realidad es que se puede pretender la separación de cuerpos o el divorcio.

Pero si se pretendió la separación de cuerpos, una vez conseguida ésta, el artículo permite que cualquiera de los cónyuges, pasados dos meses desde la notificación del documento que declare la separación de cuerpos, pueda solicitar, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso de separación de cuerpos, que se declare disuelto el matrimonio. En otras palabras, que declare el divorcio. Esos dos meses son establecidos por el legislador como un mecanismo de reflexión, pues en ese período podría ocurrir la reconciliación de los cónyuges y así quedar sin efecto la separación de cuerpos, o, de lo contrario, quedar, a menos el accionante (o ambos, si hubiera sido el caso) convencido de que la relación matrimonial debe llegar a su fin.

Al respecto, Miranda Canales comenta que: «Esto significa que la causal de separación de cuerpos legal por separación de hecho, ahora es igual que la separación convencional y más, es decir, que el propio demandante, en este

FABIÁN MARIO CASTILLO FREYRE

caso, puede pedir la ulterior disolución del vínculo conyugal; significando ello que se puede pedir la separación de cuerpos o el divorcio por causal propia.»[551]

Incluso, antes de la modificación, cuando el plazo establecido por la norma era de seis meses, la doctrina señalaba que: «Teniendo en cuenta que, salvo el supuesto previsto en el inc. 13 del artículo 333 del Código Civil, las causales de la separación de cuerpos son idénticas a las causales de divorcio por así disponerlo el artículo 349 del citado código, consideramos razonable suponer que cuando un cónyuge inocente invoca una causal y solicita "solo" la separación de cuerpos cuando bien pudo demandar directamente el divorcio, es porque mantiene todavía un interés en la supervivencia de la relación matrimonial. Sin embargo, aceptamos también la posibilidad de que, en algunos casos, el cónyuge inocente no tenga intención de demandar el divorcio directamente como consecuencia de una reacción emocional, teniendo por finalidad impedir que el cónyuge culpable readquiera la posibilidad de contraer nuevo matrimonio.»[552]

Cabe señalar que la Casación n.º 957-99-Ica, de fecha 15 de noviembre de 1999, estableció cómo se configura la aplicación del presente artículo, en los siguientes términos: «Tercero. sí cabe analizarse si es que sobre la base de esa sentencia las partes podían solicitar que se declare disuelto el vínculo matrimonial en virtud de lo dispuesto en el artículo 354 del Código Civil. *Cuarto.* norma bajo análisis tiene dos supuestos, los cuales deben ser estudiados por separado. *Quinto.* primero de ellos está referido a los casos de separación convencional en el que cualquiera de los cónyuges puede, basándose en la sentencia de separación, pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial transcurridos seis meses desde su notificación, siendo que el supuesto hipotético de la norma citada no corresponde al caso sublitis, pues ésta presupone la existencia de una demanda conjunta en la que los cónyuges expresen de mutuo acuerdo la decisión de separarse. *Sexto.* segundo supuesto de la norma se refiere al derecho que se concede al cónyuge inocente en los casos de la separación por causal específica, lo que tampoco coincide con los supuestos materiales del presente caso en el que no se ha dispuesto la separación en virtud de causal alguna, ni puede considerase que exista cónyuge culpable o cónyuge inocente que esté autorizado para solicitar la disolución del vínculo matrimonial.»[553]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(551) Miranda Canales, Manuel. «Nuevas causales de la separación de cuerpos y del divorcio incorporados por la Ley 27495». *Op. cit.*, p. 14.

(552) Suárez Gamarra, Saúl. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, pp. 625-626.

(553) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 453-454 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 308.

Por otro lado, la norma concede a ambos cónyuges el mismo derecho, tal como lo señala la Primera Sala Civil de la Corte Suprema, en la sentencia recaída en el Expediente n.° 1025-93, de fecha 20 de mayo de 1994: «Constituye omisión abusiva de un derecho admitir que sólo el cónyuge inocente está autorizado para pedir la disolución del vínculo del matrimonio. [...] [Si] bien conforme al segundo párrafo del artículo 354 del Código Civil, el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio tratándose de la separación por causal específica, también es cierto que dicha norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido, si a ello agregamos que en el proceso como en el presente, por los elementos de juicio que obran en autos, la reconciliación de los esposos es impracticable; a que, en tales circunstancias, cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que sólo el cónyuge inocente está autorizado para pedir la disolución del vínculo del matrimonio, en el fondo, constituiría amparar la omisión abusiva de un derecho, la que está vedada por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil [...].»(554)

Por lo demás, la modificación legislativa que operó sobre el artículo 352 en el año 2001, obedeció a la sugerencia que hicimos en 1998, en *Tentaciones académicas*,(555) cuando propusimos reducir el plazo de seis a dos meses, por considerarlo excesivo.

El segundo párrafo del artículo bajo comentario agrega que igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica. Esto se explica por sí solo.

Antes de pasar al análisis del artículo 352, debemos recordar que, en el año 2019,(556) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil, propuso la modificación del artículo 352, en los siguientes términos:

> **Artículo 354**.- Plazo de conversión
>
> Transcurrido un mes de notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas,

(554) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 453.
(555) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, pp. 412 y 413.
(556) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, 2020, pp. 125 y 126.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Como hemos estudiado, el artículo 354 regula en la actualidad la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, otorgando un plazo de dos meses, como mínimo, para poder solicitarlo luego de notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho.

El grupo de trabajo del 2019 propuso disminuir el plazo a un mínimo de un mes, a la par que adecuar el artículo a la tesis del divorcio remedio, derogando el segundo párrafo de la norma. La modificación se propuso bajo el siguiente fundamento: «La reducción del plazo de 2 a 1 (*sic*) mes se da por cuestiones que la práctica se ha reconocido (*sic*). En efecto se ha llegado a comprobar que las partes, en los procesos de divorcio notarial, muestran su disconformidad con el excesivo plazo (de 2 meses), incluso arguyen que no debería existir un tiempo para conversión, que debiera ser inmediato. En esa línea de pensamiento la propuesta busca sincerar el plazo reduciéndolo a 1 (*sic*) mes. En efecto, luego de un mes de notificada la sentencia de separación de cuerpos, puede solicitarse la conversión de la separación de cuerpos a divorcio. El hecho de que el término inicial del plazo mínimo de un mes fijado por la norma se computa desde que la sentencia es notificada válidamente y no desde que la sentencia es expedida por el juez (*sic*).»[557]

En primer lugar, no estábamos de acuerdo con que se reduzca el plazo a la mitad, pues se trata de un plazo de reflexión.

En segundo término, tampoco estábamos de acuerdo en adecuar la norma a la tesis del divorcio remedio, por las razones que venimos exponiendo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(557) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, pp. 102-103.

Reglas aplicables al divorcio

Artículo 355.- Son aplicables al divorcio las reglas contenidas en los artículos 334 a 342, en cuanto sean pertinentes.

El artículo 355 hace aplicables al divorcio nueve artículos relativos a la separación de cuerpos, en cuanto fueren pertinentes. No obstante, la sumilla del artículo en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos consigna la palabra «aplicadas», cuando a todas luces el término que corresponde es «aplicables».

En ese sentido, analizaremos la pertinencia de aplicar al divorcio cada una de esas normas:

a) El artículo 334

Encontramos plenamente aplicable esta norma al divorcio. Ella se refiere a quiénes tienen la titularidad de la pretensión de separación de cuerpos.

b) El artículo 335

También resulta plenamente aplicable al divorcio. Sólo debemos recordar que la excepción a esta norma está dada por el inciso 12 del artículo 333, el mismo que sí permite demandar la separación de cuerpos (y también el divorcio, por aplicación del artículo 355) cuando la causal de separación de hecho se funde en hecho propio.

c) El artículo 336

El artículo 336, que se refiere a los supuestos de improcedencia de la separación de cuerpos, resulta enteramente aplicable al divorcio.

d) El artículo 337

Lo propio ocurre con el contenido del artículo 337, que se refiere a la apreciación de la injuria grave.

e) El artículo 338

El artículo 338, referido a la improcedencia de la pretensión por conocimiento del delito, también es de plena aplicación al divorcio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

f) El artículo 339

El artículo 339, relativo a los plazos de caducidad del derecho a demandar la separación de cuerpos, también es aplicable al derecho a demandar el divorcio.

g) El artículo 340

El artículo 340, relativo a los efectos de la separación convencional respecto de los hijos, es totalmente aplicable al divorcio.

h) El artículo 341

Lo mismo decimos del artículo 341, relativo a las providencias judiciales en beneficio de los hijos.

i) El artículo 342

El artículo 342 se refiere a la determinación de la pensión alimenticia y el mismo también resulta aplicable al divorcio.

En síntesis, podríamos decir que la redacción del artículo 355 bien pudo haber prescindido de la frase final «en cuanto sean pertinentes», pues las nueve normas detalladas son plenamente aplicables a los casos en que aquello que se pretenda sea, precisamente, el divorcio.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(558) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 355, por los siguientes motivos: «El divorcio no solo se produce por las mismas causales de la separación de cuerpos, sino que además se rige por las mismas reglas, por lo menos por la mayoría de ellas. Así, pues, el artículo 355 del Código Civil estipula que son aplicables al divorcio los artículos 334 a 342 del Código Civil. Se considera necesario su derogación, tendiéndose a una regulación en la línea de las consecuencias del divorcio remedio.»(559)

En razón a que somos contrarios a derogar la normativa referente al divorcio sanción, también lo somos de derogar el artículo 355.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(558) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 126.

(559) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 103.

Corte del proceso por reconciliación

Artículo 356.- Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian.

Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346.

Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud.

Recordemos cómo el artículo 346 del Código Civil regula los efectos de la reconciliación de los cónyuges, durante o una vez finalizado el procedimiento de separación de cuerpos. Esto, decíamos, en razón al criterio protector de la unidad familiar, del que está impregnado el Código Civil de 1984.

Bueno pues, lo propio ocurre con el proceso de divorcio. Como establece el primer párrafo de la norma bajo comentario, durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian. En buena cuenta, si los cónyuges se reconcilian antes de que haya quedado firme la sentencia de divorcio, se habrán amistado mientras todavía son cónyuges, es decir, antes de que se acabe el matrimonio.

Nos queda claro que, si los cónyuges se hubieren reconciliado después de que el divorcio hubiere quedado firme, formalmente hablando, ese matrimonio ya no se podría arreglar. Quedaría en sus manos el volver a casarse, convivir o seguir algún otro camino diferente.

El artículo 356 agrega que es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346; en el sentido de que reconciliados los cónyuges (se entiende en pleno trámite de divorcio), puede demandarse nuevamente el divorcio sólo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas. Por lo demás, remitimos al lector a nuestros comentarios relativos al artículo 346.

El artículo 356, bajo comentario, concluye señalando que, si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta norma se refiere a la etapa procesal en la cual se hubiere solicitado la conversión de la separación de cuerpos en divorcio. Si, precisamente después de haberse formulado dicha solicitud, los cónyuges se reconciliaran (y lo comunicaran a la autoridad, naturalmente), tal comunicación va a dejar sin efecto el pedido de conversión.

En esa línea, Peralta Andía comenta que: «[...] en aplicación del principio de protección familiar se permite la reconciliación de los cónyuges. En efecto durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian, de tal modo, que reconciliados éstos, pueden demandarse nuevamente el divorcio sólo por causas nuevas o recién sabidas.»(560)

Jenny Díaz Honores agrega que: «[...] los cónyuges haciendo uso de su autonomía de voluntad y mediando un acuerdo mutuo deciden suspender su intención de disolución del vínculo matrimonial, debido a la reconciliación. La norma en comentario deja abiertas dos posibilidades para dejar sin efecto la solicitud de divorcio: por un lado, ambos cónyuges pueden comunicar su reconciliación a la autoridad pertinente y, por otro, quien solicitó el divorcio podrá desistirse de su propia solicitud.»(561)

Adicionalmente, Arias-Schreiber precisa que: «La norma es similar al numeral 346 relativo a la separación de cuerpos que ya hemos comentado. Existe sin embargo una diferencia que resulta obvia: mientras que la reconciliación puede producirse después de la sentencia de separación de cuerpos, en cuyo caso la deja sin efecto, ello no sucede tratándose del divorcio. En este último, si ya se ha producido sentencia firme, el matrimonio se encuentra irremediablemente disuelto y los excónyuges que deseen reconciliarse deberán contraer nuevo matrimonio.»(562)

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,(563) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 356, en los términos siguientes:

(560) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 270.
(561) Díaz Honores, Jenny. *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 327.
(562) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 326.
(563) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 126-127.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 356.- Proceso por reconciliación

Si durante la tramitación del divorcio o separación de cuerpos, los cónyuges se reconcilian o muere uno o ambos, el juez, notario o autoridad administrativa dispondrá se deje sin efecto la demanda o solicitud.

Se propuso modificar esta norma de acuerdo con la tesis del divorcio remedio. En ese sentido, llamaba la atención la crítica que la comisión, autora del anteproyecto, hacía al Código Civil de 1984, por proteger al matrimonio y la familia: «El Código Civil considera mecanismos más adecuados para la protección del matrimonio y de la familia, lo cual se revela en la gran cantidad de normas referidas a las formalidades para la celebración del matrimonio y también en las disposiciones relacionadas con la conservación del vínculo matrimonial.»(564)

El grupo de trabajo, entonces, consideraba negativo que el Código Civil proteja el matrimonio y la familia, tal como acabamos de apreciar de la propia exposición de motivos del anteproyecto del 2019.

Ello reflejaba a plenitud el pensamiento de la comisión del 2019, con respecto a la preferencia absoluta por el divorcio remedio, la derogación del divorcio sanción y la regulación absolutamente amoral de la separación de cuerpos y del divorcio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(564) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, pp. 103-104.

Variación de la demanda de divorcio

Artículo 357.- El demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación.

Esta norma responde al permanente propósito del legislador de 1984, de preservar el matrimonio y dar todas las oportunidades a los cónyuges en problemas para que puedan salvar la unión matrimonial. Este es otro caso.

Como hemos explicado, la demanda podría pretender el divorcio o la separación de cuerpos. Si estuviéremos en el primer caso, la ley peruana permite que quien o quienes hubieren demandado el divorcio, puedan pedir la conversión de su pretensión a la de separación de cuerpos. Ello, para que los efectos de una eventual sentencia fundada no sean los de terminar con la relación matrimonial, sino sólo declarar la separación de cuerpos.

Sobre el precepto materia de análisis, Arias-Schreiber menciona que: «La norma es similar al numeral 286 del antiguo Código Civil. Se trata de un precepto que busca preservar la unión matrimonial, permitiendo la variación de la demanda de divorcio a una de separación de cuerpos, pero no a la inversa, lo que supone que si se demanda la separación no es posible ir más allá y solicitar su variación a divorcio.»(565)

Por otro lado, en términos procesales, Cabello Matamala ha advertido que: «El problema se presenta en los casos que producida la variación de la acción litigiosa a la convencional, el cónyuge inicialmente demandado se desiste en el tiempo de ley a la separación convencional. En estos casos se han dado hasta tres respuestas judiciales: se tiene por concluido el proceso convencional; la segunda se anula lo actuado en lo convencional, y se repone la causa al estado previo a la solicitud de conversión y finalmente no se admite la revocatoria de la separación convencional, por tratarse del ejercicio abusivo de un derecho por parte del cónyuge a quien se le imputó la causal.»(566)

En materia jurisprudencial, el Expediente n.º 878-85-Ayacucho, de fecha 16 de abril de 1998, ha señalado que: «No constituye violación de las normas

(565) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 327.
(566) Cabello Matamala, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Op. cit.*, p. 376.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de procedimiento el que demandante y demandada varíen la demanda de divorcio a una de separación de cuerpos por mutuo disenso; que esta variación constituye una garantía para las partes, las que se acogen a un derecho consagrado en el Código Civil, ejerciendo su voluntad y cumpliendo los requisitos de forma y de fondo; que la variación ha sido tramitada conforme a ley, se ha dado intervención al Ministerio Público y se ha realizado el comparendo con la asistencia personal de los cónyuges a quienes el juez preguntó sobre la variación; que por tanto no existe vicio de nulidad alguno (Ejecutoria suprema del 18/05/1990. Cabello, Carmen Julia. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*). La variación de una demanda de separación por causales, en una por mutuo disenso, debe ser solicitada expresamente por la parte interesada, requisito que, de no presentarse, constituye desnaturalización del procedimiento.»[567]

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[568] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la modificación del artículo 357, en los términos siguientes:

> **Artículo 357**.- Variación de la demanda de divorcio
>
> La demanda de divorcio puede ser variada a divorcio convencional, en cualquier estado del proceso. En tal caso es de aplicación el artículo 333-A.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(567) *Ibidem*, p. 374.

(568) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 127.

Facultad del juez de variar el petitorio

Artículo 358.- Aunque la demanda o la reconvención tengan por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien.

El artículo 358 mantiene el mismo propósito preservador del matrimonio. Es claro que en este caso el tema llega a extremos, pues faculta al juez a no resolver conforme al petitorio. Si el petitorio fuese la separación de cuerpos, el juez, si la demanda es fundada, deberá declarar la separación de cuerpos; pero si la pretensión fuere el divorcio, si el juez encuentra fundada la demanda, en principio debería declarar el divorcio (que es lo que se le ha pedido), pero se halla facultado para declarar la separación de cuerpos, si advirtiere la probabilidad de que los cónyuges se reconcilien.

En esa línea, Peralta Andía señala que: «[...] aunque la demanda o la reconvención tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien. Aquí el juez tiene amplia libertad para apreciar y decidir sobre el particular. Está previsto en el numeral 358.»(569)

Para Cabello Matamala, se han dado otras dos interpretaciones distintas de la norma: «La interpretación precedente es la predominante en los medios judiciales. Sin embargo, también se han dado otras dos comprensiones distintas, señalándose que: - El juez puede hacer uso de esta facultad aunque las causales invocadas no hayan sido acreditadas, en algunos casos, si es probable que los cónyuges se reconcilien y en otros, cuando la situación reflejada demuestra la imposibilidad de la vida en común de los cónyuges. - Puede emplearse esta facultad de declarar la separación, si existe allanamiento de una de las partes, lo que refleja su deseo recíproco de separarse, asemejándose a la figura de la separación convencional.»(570)

En materia jurisprudencial, tenemos la Casación n.º 454-95-La Libertad, de fecha 23 de agosto de 1996, la misma que señala que: «El juez no puede declarar el divorcio si el demandante no ha probado su pretensión. *Cuarto*. [...]

(569) Peralta Andía, Rolando. *Op. cit.*, p. 270.
(570) Cabello Matamala, Carmen. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Op. cit.*, p. 381.

ARTURO MARIO CASTILLO FREYRE

Aunque en la demanda o la reconvención tenga por objeto el divorcio, el juez solo puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien, empero en la presente causa el demandante no ha probado los hechos que alega para la obtención del divorcio; que, al no haberse probado el actor su pretensión (*sic*), no puede disponerse la separación de los cónyuges, máxime aunque no fue solicitada.»[571]

En verdad, el tema no deja de ser bastante polémico. Hasta donde recordamos, es el único caso en el que la ley peruana permite al propio juez resolver algo distinto de aquello que se ha pretendido ante su despacho, es decir, una excepción al principio de congruencia procesal.

Por eso, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[572] incluso llegamos a señalar que la norma podría derogarse.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[573] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil, siguiendo nuestro planteamiento académico de diecinueve años atrás, propuso la derogatoria del artículo 358.

Como hemos estudiado, el artículo 358 en vigencia regula la facultad que tiene el juez para decretar, de oficio, la separación, aunque la demanda o reconvención tengan por objeto el divorcio.

En la exposición de motivos, la comisión señalaba expresamente que: «La facultad, de acuerdo con las directrices que inspiran el código, obedece al deseo social de preservar la institución del matrimonio como herramienta para conservar esta institución ha sido puesta en manos del órgano jurisdiccional (*sic*)».

Ante esta afirmación –en verdad, cierta–, respecto a un Código Civil protector de la familia y del matrimonio, viene nuevamente la simplicidad amoral al respecto, cuando –acto seguido– la comisión señala en la exposición de motivos que: «El grupo de trabajo estima adecuada su derogación, tendiéndose a una regulación en la línea de las consecuencias del divorcio remedio.»[574]

Nada más ni nada menos. Ninguna consideración de orden moral.

(571) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 454.
(572) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, p. 413.
(573) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 127.
(574) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, pp. 104-105.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En *Tentaciones académicas*[575], nosotros planteábamos su eventual derogación, pero no por los motivos que señala la comisión, sino porque consideramos que no es lógica la intromisión de un funcionario público, por sobre la voluntad de las partes, pues el juez no puede considerarse con mayor conocimiento de causa que los propios cónyuges, litigantes en el juicio de divorcio. Ello, además de que se contraviene el principio de congruencia procesal.

No obstante, reconocemos que el artículo 358 es un precepto cargado de una profunda voluntad del legislador de 1984, en el sentido de preservar la continuidad del matrimonio. En verdad, no pasa nada si el artículo permanece en vigencia. Nosotros no proponemos su derogatoria. No olvidemos que nuestra obra *Tentaciones académicas*, de 1998, fue sólo un juego académico con mis lectores, tal como advierto en su introducción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(575) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, p. 413.

Consulta de la sentencia

Artículo 359.- Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.

El texto de la norma en vigencia es fruto de la modificación operada por el artículo 1 de la Ley n.° 28384, publicada el 13 de noviembre de 2004.

El texto original de 1984 era el siguiente:

***Artículo 359**.- Si no se apela de la sentencia que declara el divorcio, será consultada.*

El artículo 359 sigue la línea trazada por el legislador de 1984, en el sentido de proteger el matrimonio. Así, establece que si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada.

En esa línea, la Casación n.° 606-95-Junín, de fecha 4 de octubre de 1996, establece que: «La sentencia que declara el divorcio sólo puede ser examinada si ha transcurrido el plazo de conversión señalado en la ley. *Cuarto.* Transcurrido de la sentencia de separación convencional, cuando se solicitó la disolución del vínculo matrimonial y el fallo del a quo que declaró el divorcio, tampoco fue materia de recurso impugnativo, por lo que la sentencia fue elevada en consulta al superior, de acuerdo con el artículo 359 del Código Civil (*sic*).»[576]

En verdad, creemos que se hace el trámite del divorcio innecesariamente largo, al elevarla en consulta a la sala superior; excepción hecha de aquella sentencia que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional. Este caso constituye la excepción, en la medida en que en él ambos cónyuges están de acuerdo en divorciarse y, como es obvio, ya resultaría excesivo trámite el elevar la sentencia en consulta. Nótese cómo el texto de la norma de 1984 no hacía esta excepción.

En el mismo sentido, Arias-Schreiber señala que: «Esta norma tiene su antecedente en el artículo 290 del Código Civil de 1936. Evidentemente, su

(576) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 455.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

intención radica en dotar al proceso de las máximas garantías posibles. Aun así, nos parece innecesaria y excesiva.»

Adicionalmente, Suárez Gamarra menciona que: «En efecto, en los casos en los cuales uno o ambos cónyuges se encuentran facultados a solicitar la conversión de la separación de cuerpos a divorcio, resulta un exceso de tramitación que el artículo 359 del Código Civil no establezca una excepción para este caso y que, por lo tanto, la sentencia de divorcio expedida por esta vía también deba ser elevada en consulta. En estos casos, el superior jerárquico se limita a comprobar que la primera instancia haya decretado el divorcio por haberlo solicitado el legalmente facultado a hacerlo y luego de vencido el plazo señalado por el artículo 354 del Código Civil. Consideramos que la simpleza de esta tarea encomendada al Juzgado de Primera Instancia no justifica que la sentencia deba ser elevada en consulta.»[577]

Por eso, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[578] incluso llegamos a señalar que la norma podría derogarse.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[579] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 359.

La comisión proponía derogar este artículo en razón a su deseo de implantar el divorcio remedio y de eliminar cualquier obstáculo que impida su facilitación.

Nosotros, en 1998, propusimos derogar la norma, pero por otras consideraciones, las mismas que tenían su base en que el trámite de la sentencia no apelada carece de sustento y sólo entorpece y alarga los procesos judiciales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(577) Suárez Gamarra, Saúl. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, pp. 650-651.

(578) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, p. 413.

(579) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 127.

Continuidad de los deberes religiosos

Artículo 360.- Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.

Larga data tiene la discusión entre los derechos y deberes que nacen del matrimonio civil y aquellos que nacen del matrimonio religioso, sea de la confesión religiosa que fuere. Por lo demás, en infinidad de ocasiones cuando se trata acerca de los temas relativos al Derecho de Familia, se suele entremezclar conceptos religiosos con aquellos que impone la ley civil.

Para comenzar, la ley civil, el Código en este caso, regula el Derecho de Familia en normas de aplicación a toda la sociedad peruana. De manera tal que las leyes se aplican en el Perú, independientemente de la confesión religiosa de los ciudadanos, incluso si ellos fueren ateos o agnósticos.

En segundo lugar, es verdad que la regulación del Derecho de Familia fue elaborada por un jurista profundamente católico, el doctor Héctor Cornejo Chávez, integrante de una Comisión Reformadora íntegramente católica. Pero ello no significa que el legislador de 1984 no haya sabido distinguir las instituciones civiles de las instituciones religiosas. Siempre fue claro para él que la única normativa de carácter obligatorio en esta materia está constituida por el Código Civil.

,No obstante, nos queda en evidencia, también, que el legislador de 1984 quiso dejar sentado, de manera subliminal, que no estaba totalmente de acuerdo con un régimen legal en el cual se permite el divorcio. Por ello, Cornejo Chávez estableció en el artículo 360 que más allá del divorcio o de la separación de cuerpos que pudiere declararse en sede civil, los mismos dejan intactos los deberes y derechos que impone el matrimonio religioso, el cual que, de acuerdo a la Iglesia Católica, es perpetuo, al igual que en el credo de la mayoría de confesiones con actividad en el país.

Que la norma no resulta necesaria, es cierto; pero ella no causa perjuicio alguno a la aplicación de la normativa de Derecho de Familia. Aquí se aplica esa vieja frase, en el sentido de que «lo que abunda, no daña».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre el precepto bajo análisis, Manuel Muro Rojo y Alfonso Rebaza González sostienen que: «Como se puede advertir, este precepto se encuentra fuertemente influenciado por la religión católica, la cual constituye la religión predominante en nuestro país. Desde esta perspectiva, la limitación a que nos referimos tiene su fundamento en la indisolubilidad del matrimonio católico. Este principio ha sido recogido por el canon 1013, párrafo 2, del Código de Derecho Canónico, el cual establece que "las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano recibe firmeza peculiar por razón del sacramento".»[580]

Adicionalmente, Arias-Schreiber comenta que: «Nos encontramos frente a un precepto que quizás resultaba explicable cuando se dictó su antecedente, el artículo 292 del Código Civil de 1936. Hoy en día, sin embargo, consideramos que es suficientemente clara la distinción entre las leyes civiles y las religiosas, y por tanto el numeral bajo comentario resulta obvio. Es evidente que cualquier ley no puede ir más allá que sus efectos civiles, y de ningún modo intentar invadir el campo propio de las creencias religiosas.»[581]

Hoy nos retractamos de lo expuesto en *Tentaciones académicas*,[582] cuando llegamos a señalar que la norma podría derogarse.

Por otra parte, debemos recordar que, en el año 2019,[583] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del Código Civil propuso la derogatoria del artículo 360.

En su momento señalamos que era un grave error de la comisión cuando dice[584] que: «El precepto normativo constituye una limitación a la acción de divorcio, consistente en que, a pesar de reconocer el Código Civil el divorcio, los católicos no pueden sentirse exonerados de la obligación religiosa de mantener la indisolubilidad del matrimonio cuando éste ha sido contraído por la Iglesia.– Se considera derogar el presente artículo».

(580) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Op. cit.*, p. 653.

(581) Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo VII, p. 328.

(582) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, p. 414.

(583) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 127-128.

(584) Grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, pp. 105-106.

En primer término, el artículo 360 es una norma de orden civil, de manera tal que, en este ámbito, quienes se divorciaron, divorciados estarán.

Lo que hace el artículo 360 es, simplemente, recordar que si la religión impusiera a quienes se divorcian, deberes (y derechos) distintos, pues ellos quedarán incólumes.

Esto podría dar lugar a que una pareja que se hubiese casado por lo civil y también por alguna religión, si se hubiera divorciado, ello no acarreará similar consecuencia para su matrimonio religioso. Ellos seguirán siendo esposos por la religión, lo que es obvio.

No está de más recordar esto, por si acaso.

En segundo lugar, el artículo 360 no menciona a la religión católica, a pesar de que, como ya lo hemos señalado, el ponente del Libro de Derecho de Familia del Código Civil de 1984, doctor Héctor Cornejo Chávez y la totalidad de los integrantes de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, eran católicos.

La norma sólo hace referencia a «los deberes que la religión impone». Ello es aplicable a cualquier religión.

Por lo demás, en tercer lugar, si los cónyuges divorciados no profesaran religión alguna, pues no tendrían de qué preocuparse.

El artículo 360 nunca ha representado problema práctico alguno (ni lo podría representar), así como no limita derecho alguno de nadie, a diferencia de lo que –sin sustento– se sostenía en la exposición de motivos de la comisión del 2019.

No existe limitación alguna en el orden civil; y si la existiera en el orden religioso, ese ya es un tema personal y privado de cada quién.

Es en razón a todo lo expuesto que nos opusimos a la propuesta para derogar el artículo 360.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

- Palabras liminares 9
- Primer proemio 13
- Segundo proemio 39

LIBRO III
DERECHO DE FAMILIA

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

- Finalidad de la regulación de la familia 65
- Concepto de matrimonio 74
- Deberes de los padres 76
- Parentesco consanguíneo 78
- Parentesco por afinidad 85
- Parentesco por adopción 89

SECCIÓN SEGUNDA

SOCIEDAD CONYUGAL

TÍTULO I
EL MATRIMONIO COMO ACTO

CAPÍTULO PRIMERO
ESPONSALES

- Concepto 93
- Efecto de la ruptura de los esponsales 96

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO SEGUNDO
IMPEDIMENTOS

- Impedimentos absolutos 100
- Impedimentos relativos 107
- Prohibiciones especiales 114
- Requisitos para matrimonio de menor de edad 121
- Negativa de los padres o ascendientes 126
- Resolución judicial denegatoria 127
- Efectos del matrimonio de menor sin autorización 128

CAPÍTULO TERCERO
CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

- Diligencias para la celebración del matrimonio civil 130
- Dispensa judicial 139
- Publicación del matrimonio proyectado 141
- Edicto domiciliar 144
- Dispensa de la publicación del edicto matrimonial 145
- Oposición de terceros a la celebración del matrimonio 147
- Oposición del Ministerio Público 150
- Denuncia de impedimento matrimonial por tercero 151
- Procedimiento de la oposición 152
- Indemnización por oposición infundada 154
- Declaración de capacidad de los pretendientes 156
- Celebración del matrimonio 158
- Personas facultadas para celebrar el matrimonio 162
- Celebración del matrimonio en distinta jurisdicción 164
- Celebración del matrimonio en comunidades campesinas y nativas 165
- Facultades del jefe de registro para celebrar el matrimonio 167
- Matrimonio por apoderado 168
- Matrimonio celebrado fuera del local municipal o de la notaría 172
- Prohibición de cobro por parte de funcionarios públicos 173

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Sanciones al infractor de la gratuidad 175
- Matrimonio por inminente peligro de muerte 176

CAPÍTULO CUARTO
PRUEBA DEL MATRIMONIO

- Prueba del matrimonio 182
- Prueba supletoria del matrimonio 185
- Sentencia penal como prueba del matrimonio 187
- Posesión constante del estado de casados 188
- Dudas sobre la celebración del matrimonio 190

CAPÍTULO QUINTO
INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

- Causales de nulidad del matrimonio 192
- Pretensión de nulidad 203
- No caducidad del derecho de plantear la nulidad 210
- Anulabilidad del Matrimonio. Causales 212
- Carácter ***intuitu personae*** de las pretensiones de nulidad y anulabilidad 225
- Intransmisibilidad de la acción de nulidad 227
- Pretensión de invalidez por representación 229
- Proceso para la invalidez del matrimonio 231
- Invalidez del matrimonio y patria potestad 234
- Indemnización por invalidez del matrimonio 236
- Efectos del matrimonio invalidado 238
- Efectos de la invalidez matrimonial frente a terceros 243
- Validez del matrimonio contraído con infracción de la prohibición especial 245

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES

CAPÍTULO ÚNICO
DEBERES Y DERECHOS QUE NACEN DEL MATRIMONIO

- Obligaciones comunes de los cónyuges 247
- Deberes de fidelidad y asistencia 250
- Deber de cohabitación 254
- Igualdad en el hogar 257
- Obligación unilateral de sostener la familia 261
- Representación de la sociedad conyugal 264
- Libertad de trabajo de los cónyuges 268
- Representación unilateral de la sociedad conyugal 272

TÍTULO III
RÉGIMEN PATRIMONIAL

CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

- Elección del régimen patrimonial 275
- Sustitución convencional del régimen patrimonial 282
- Sustitución judicial del régimen patrimonial 284
- Liquidación del régimen patrimonial 286
- Integración del régimen patrimonial 288
- Obligación mutua de sostener el hogar 289

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO SEGUNDO
SOCIEDAD DE GANANCIALES

- Bienes de la sociedad de gananciales 290
- Bienes propios 292
- Administración y disposición de bienes propios 305
- Irrenunciabilidad de actos de liberalidad 308
- Administración de bienes propios del otro cónyuge 311
- Atribución del cónyuge administrador 313
- Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales 315
- Deudas personales del otro cónyuge 318
- Responsabilidad extracontractual del cónyuge 320
- Bienes sociales 323
- Reglas para la calificación de los bienes 329
- Prohibición de contratar entre cónyuges 333
- Administración común del patrimonio social 337
- Administración de bienes sociales y propios, por parte del otro cónyuge 339
- Disposición de los bienes sociales 341
- Cargas de la sociedad 350
- Responsabilidad por deudas de la sociedad 357
- Fin de la sociedad de gananciales 358
- Momento en que se produce el fin de la sociedad 363
- Inventario valorizado de bienes sociales 368
- Bienes excluidos del menaje 371
- Liquidación de la sociedad de gananciales 376
- Gananciales 378
- Pérdida de gananciales 381
- Liquidación de varias sociedades de gananciales 384
- Unión de hecho 386

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO TERCERO
SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

- Separación de patrimonios 417
- Deudas personales 420
- Separación de patrimonios a solicitud del cónyuge agraviado 421
- Separación de patrimonios por declaración de insolvencia 426
- Fin de la separación de patrimonios 432
- Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge 434

TÍTULO IV
DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO

CAPÍTULO PRIMERO
SEPARACIÓN DE CUERPOS

- Efectos de la separación de cuerpos 449
- Causales de separación de cuerpos 452
- Titulares de la acción de separación de cuerpos 496
- Prohibición de alegar hecho propio 500
- Supuestos de improcedencia de la separación de cuerpos por adulterio 503
- Apreciación judicial de sevicia, injuria grave y conducta deshonrosa. 509
- Improcedencia de la acción por delito conocido 519
- Caducidad de la acción 520
- Efectos de la separación de cuerpos por causal respecto de los hijos 525
- Providencias judiciales en beneficio de los hijos 529
- Determinación de la pensión alimenticia 530
- Pérdida de derechos hereditarios 532
- Revocación del consentimiento 535
- Patria potestad y alimentos en caso de separación convencional 538
- Indemnización en caso de perjuicio 544

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Efectos de la reconciliación de los cónyuges 549
- Suspensión del deber de cohabitación 552

CAPÍTULO SEGUNDO
DIVORCIO

- Noción 554
- Causales de divorcio 557
- Efectos del divorcio respecto de los excónyuges 559
- Reparación al cónyuge inocente 564
- Pérdida de gananciales por el cónyuge culpable 575
- Pérdida de derechos hereditarios entre cónyuges divorciados 577
- Plazo de conversión 579
- Reglas aplicables al divorcio 584
- Corte del proceso por reconciliación 586
- Variación de la demanda de divorcio 589
- Facultad del juez de variar el petitorio 591
- Consulta de la sentencia 594
- Continuidad de los deberes religiosos 596

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE