

**FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA ACADÈMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

**ANALISIS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO Y EL
DEBER DE LAS OBLIGACIONES
ALIMENTARIAS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÈMICO PROFESIONAL
DE BACHILLER EN DERECHO**

Autor (es):

Santisteban Alarcón de Terrones, Susana Andrea

Asesor Metodológico:

Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis.

Línea de Investigación:

Ciencias jurídicas

Pimentel – Perú

2020

TÍTULO DE DESARROLLO DE TRABAJO DE INVESTIGACION
ANALISIS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO Y EL DEBER
DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS.

Aprobación de desarrollo de Trabajo de Investigación

Dr. Gonzales herrera Jesús Manuel

Presidente

Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis

Secretario

Dr. Fernández Vásquez José Arquímedes

Vocal

ANALISIS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO Y EL DEBER DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

SANTISTEBAN ALARCÓN, Susana Andrea

Resumen

Desde la dación de la Ley N.º 27495 hasta la actualidad, han pasado 16 años. Dicha ley se publicó el 7 de julio del 2001 y entró en vigor al día siguiente de su publicación. Asimismo, introdujo las causales de separación de hecho y la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, como nuevas causas de separación de cuerpos y divorcio, vale decir, se adicionó dos causales más a las enumeradas en el artículo 333 del CC. De acuerdo a lo expresado se tiene como problema: ¿De qué manera influye la separación de hecho frente a la obligación alimentaria? Por tal motivo se tiene que tener en cuenta el objetivo general: Analizar la separación de hecho frente a la obligación alimentaria

Palabra clave: Separación de hecho, obligación, alimentos.

Abstrac

From the date of Law No. 27495 to the present, 16 years have passed. This law was published on July 7, 2001 and came into force the day after its publication. It also introduced the grounds for de facto separation and the impossibility of living together, duly proven in the judicial process, as new causes of separation of bodies and divorce, that is, two more grounds were added to those enumerated in article 333 of the DC. According to what has been expressed, there is a problem: How does the de facto separation affect the food obligation? For this reason, the general objective must be taken into account: Analyze the de facto separation from the food obligation

Keyword: *Separation of fact, obligation, food.*

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
II. MATERIALES Y METODOS	46
2.1 Tipo y diseño de la investigación	46
2.2 Variable, Operacionalización	47
VARIABLES	47
DIMENSIONES	47
INSTRUMENTO	47
Separación de hecho	47
Obligaciones alimentarias	47
Cuestionario	47
2.3 Población y muestra	47
2.3.1 Población:	47
N= 133	48
k= 2	48
p= 0.5	48
e= 5	48
q= 0.5	48
N° de encuesta = 100	48
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de información	48
2.4.1 Técnicas	48
2.4.2 Instrumentos:	48
2.5 Métodos de análisis de datos	48
2.6 Aspectos éticos	49
IV. RESULTADOS	50
V. Discusión	60

VI. Conclusiones	65
VII. Recomendaciones.....	66
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

I. INTRODUCCIÓN

Desde la dación de la Ley N.º 27495 hasta la actualidad, han pasado 16 años. Dicha ley se publicó el 7 de julio del 2001 y entró en vigor al día siguiente de su publicación. Asimismo, introdujo las causales de separación de hecho y la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, como nuevas causas de separación de cuerpos y divorcio, vale decir, se adicionó dos causales más a las enumeradas en el artículo 333 del CC.

Al entrar en vigor la causal de separación de hecho, y por lo menos hasta el 2011, se han producido diversos conflictos en la interpretación de su contenido normativo, tanto a nivel sustantivo como procesal. Dicha controversia se extendió al ámbito doctrinario y jurisprudencial.

Los proyectos de ley para introducir a la causal de separación de hecho como causante de separación de cuerpos o divorcio datan desde antes de su promulgación en el 2001. A saber, los proyectos de Ley N.º 253/85, N.º 1716/96-CR, N.º 3155/97-CR, N.º 154/2000-CR, N.º 171/2000-CR, N.º 278/2000-CR, N.º 555/2000-CR, N.º 655/2000-CR, 795/2000-CR, entre otros.

(Jos, Begazo, & Pablo, 2018) Como puede observarse, existieron diversos proyectos de ley desde hace varios años; sin embargo, recién en el 2001, luego del debate correspondiente, se aprobó un proyecto de ley que dio origen a la actual causal *sub examine*. El derecho es el reflejo de la comunidad, de la sociedad, de las conductas humanas; busca el orden social a través de leyes o normativas, para prevenir o sancionar desórdenes; y, de esta forma, alcanzar o mantener la paz, la convivencia armoniosa.

La legitimidad para obrar en la causal de separación de hecho, la despliega cualquier cónyuge, sin importar si fue quien dio motivos para la separación, dado que la prohibición de fundar la demanda en hechos propios, no se aplica a esta causal; y esto, debido a que se trata de una causal que no se enfoca en la conducta de un cónyuge determinado para

generar un divorcio o una separación de cuerpos, sino en la consecuencia de las conductas de cualquiera de los cónyuges, vale decir, no se centró en la causa sino en el fin *per se*.

Hasta antes de la introducción de la mencionada causal al ordenamiento jurídico, existían diversas situaciones de hecho, por las que, pese a que los cónyuges no convivían o cohabitaban, no podían poner fin a su relación matrimonial, es decir, pese a tratarse de una situación fáctica y hasta común los cónyuges debían buscar otra causal para finiquitar su vínculo marital; empero, en varias ocasiones, lograr encontrar la causal ideal, o sobretodo, acreditarla, resultaba un tanto complicado; por lo que, se mantenía un vínculo matrimonial forzado que no se ajustaba a la realidad. Justamente, ese es el mérito de la acotada ley y causal *in comento*, esto es, desnudar una realidad social y trasladarla al Derecho a fin de resolver un conflicto de intereses.

Ahora bien, como se mencionó, la causal de separación de hecho trajo consigo problemas en su aplicación, conflictos en su interpretación, en especial, en lo que respecta al contenido del artículo 345-A del CC, y aún más específicamente, al segundo párrafo de dicha normativa. Sin embargo, con el pronunciamiento jurisdiccional contenido en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N.º 4664-210), se abordó y solucionó la problemática de la “indemnización al cónyuge perjudicado en la separación de hecho”, el cual se desprende del segundo párrafo del citado artículo.

No obstante, no se abordó *stricto sensu* el contenido del primer párrafo del artículo 345-A del CC sobre la exigencia al demandante en la citada causal, de “estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas de común acuerdo por los cónyuges”, lo que causó que hasta la fecha, existan pronunciamientos variados en la interpretación de dicha exigencia procesal, esto es, al carecer de un criterio vinculante.

Los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales van desde considerar a dicha exigencia procesal como una de carácter de admisibilidad o de procedencia, así como analizar la restricción o flexibilidad al momento de invocar dicho requisito. Asimismo, el considerar la materialidad de dicha

exigencia normativa, es decir, cuando materialmente se puede exigir el cumplimiento de una obligación alimentaria al invocar la causal de separación de hecho; entre otras cosas.

Sobre la base de lo expuesto girará el presente ensayo, vale decir, realizaremos un análisis doctrinario y jurisprudencial sobre la materia, exponiendo los criterios que, a nuestra consideración, resultan más apropiados.

De acuerdo a lo expresado se tiene como problema: ¿De qué manera influye la separación de hecho frente a la obligación alimentaria?

Por tal motivo se tiene que tener en cuenta el objetivo general: Analizar la separación de hecho frente a la obligación alimentaria. Y con sus objetivos específicos: Identificar la separación de hecho en el código civil. Efectuar un análisis frente a la relación que guarda la separación de hecho y las obligaciones alimentarias. Determinar las obligaciones alimentarias como causales de separación de hecho.

Como hipótesis se logra que si se analiza al separación de hecho y el deber las obligaciones alimentarias, entonces se puede llegar a la determinar que la separación de hecho tiene que tener en consideración la pensión alimentista tanto para el hijo como la cónyuge.

(Jos et al., 2018) La presente investigación guarda importancia en función al deber conyugal en específico, o lo que resulta más relevante, no cumplir con la finalidad de todo matrimonio, que es hacer vida en común. La situación fáctica por la que los cónyuges se hallan en dicha circunstancia, legitima poner fin a la vida marital; claro está, siempre y cuando, uno o ambos cónyuges tengan la intención de finiquitar su matrimonio; esto es, exceptuándose lo casos justificables, como los laborales, por estudio, enfermedades u otros casos que justifique la suspensión temporal de la cohabitación, conforme lo regula el artículo 289 del CC.

Asimismo, el aspecto temporal, de dos o cuatro años, es meramente arbitrario, puesto que el plazo pudo ser de uno, tres o cinco años, como en

algunos proyectos de ley o en otras normativas comparadas; empero, aun así, y por seguridad jurídica, es necesario cumplir dicho elemento.

(Gil, 2016), en su investigación titulada, “Régimen de visitas y el derecho de alimentos con medios eficaces, en el nuevo procedimiento sumario según el Cogep”, tesis para optar el grado de abogada de los tribunales y juzgados de Ecuador de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. En su primera conclusión expresa:

Concluyo que los nuevos medios eficaces establecidos en el COGEP en materia de alimentos y visitas, agilitan y garantizan el pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes sin transgredir, transigir o violar los derechos de los progenitores, lo observado en la Unidad judicial norte me permite finalizar en una verdadera aplicación del proceso sumario.

(Pinillo, 2017), en su investigación titulada, “La mediación como método alternativo para solución de conflictos de pensiones alimenticias”, tesis para optar el título de abogado de la Universidad de Hemisferios, en su conclusión expresa:

La mediación es un método alternativo efectivo para la solución de problemas que tengan que ver con pensiones alimenticias, ya que, alcanza el 100% de eficacia en la consecución de su objetivo, pero la falta de difusión del mismo provoca un bajo índice de uso por parte de la población, la cual en su gran mayoría desconoce cómo acceder al mismo (p.33).

(Cornejo O. S., 2016), en su investigación titulada, “El principio de economía procesal, celeridad procesal y la exoneración de alimentos”, tesis para optar el título profesional de abogado de la Universidad Privada Antenor Orrego, expresa en su conclusión:

El proceso de exoneración de alimentos, es un proceso accesorio del de Alimentos, y comenzar un nuevo proceso, requiere de muchos recursos tantos económicos para los sujetos procesales como recursos económicos, genera carga procesal. es por ello que hemos considerado tramitarlo en la mismo expediente mediante solicitud, la cual contenga las mismas

características y formalidades exigidas por ley, ya que sus características son similares y se tramitan bajo los mismos parámetros, y además estaríamos tramitando en vigor al Principio de economía y celeridad procesal, restando tiempo, dinero y esfuerzos.

A estas alturas del partido (como diría el vulgo), es comprensible expresar una presunción iuris tantum sobre el conocimiento de la comunidad jurídica respecto al concepto y elementos de la causal de separación de hecho. No obstante, es pertinente recordarla antes de ahondar en la materia. Así, pues, la causal de separación de hecho, como causal de separación de cuerpos y divorcio, es aquella situación fáctica o precisamente “de hecho”, por la que los cónyuges ponen fin a su vida en común; es decir comúnmente en la doctrina, se considera que los cónyuges dejan de cohabitar, teniendo la intención sin justificación alguna de quebrantar dicho deber, y siempre y cuando, para su configuración, transcurra un plazo determinado por ley (dos o cuatro años, dependiendo si existen hijos menores de edad).

Sobre el particular, Marisol Fernández Revoredo, ha referido que:

La separación de hecho describe una situación fáctica en la que los cónyuges ya no hacen vida en común. Cuando ello ocurre por cuatro o dos años, según se tenga o no hijos menores de edad (inciso 12 del artículo 333 del CC.), cualquiera de los cónyuges puede invocar esa situación como causal, exclusivamente en sede judicial, para obtener la separación de cuerpos o el divorcio, según como sea demandado (Fernández, 2013).

En efecto, esta causal hace alusión a un estado o situación de hecho por la que los cónyuges ponen fin a su vida en común. Más que quebrantar un deber de cohabitación, sencillamente no se hace vida en común, no se convive, no se cumple con la finalidad del matrimonio. Ello es así, desde el momento en que pueden existir casos, por los que pese a cohabitar en un domicilio conyugal, las partes no “conviven”, no realizan vida marital, no hay afecto en ese sentido, pernoctando incluso en ambientes distintos. La dinámica de la prueba en tales circunstancias es una situación ajena al

derecho sustantivo; y, por ende, dependerá de la habilidad de quien lo demande.

Teniendo en cuenta los conceptos antes esgrimidos, así como el esbozo de los elementos para la configuración de la causal de separación de hecho, debe considerarse asimismo los elementos constitutivos de la misma que hace alusión Alex Plácido; a saber:

Elemento objetivo o material, que consiste en el cese efectivo de la convivencia en forma permanente y definitiva; cuya evidencia es el apartamiento de los cónyuges por voluntad expresa o tácita de uno o ambos consortes. 2. Elemento subjetivo o psíquico, que es la intención cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, sin que una necesidad jurídica lo imponga. 3. Elemento temporal, que es el transcurso ininterrumpido de un plazo mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia. En nuestra legislación se ha fijado dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, cuatro años, si lo tienen (Plácido, 2013).

Lo cierto es que, todos los elementos antes referidos, son concurrentes no excluyentes y, por ende, deben cumplirse todos ellos para la configuración de la mencionada causal.

Es pertinente acotar sobre el deber alimentario en las relaciones familiares, más aún si se tiene en cuenta el primer párrafo del artículo 345-A del CC. Así pues, el deber alimentario es una característica esencial, consustancial a toda fuente generadora de familia, puesto que se deriva como una expresión o materialización del deber de solidaridad o cooperación, como principio en los vínculos familiares.

Si bien a los alimentos como deber asistencial se le relaciona primigeniamente con el deber filial por naturaleza, es decir, como fuente encargada de preservar la integridad y el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes; lo cierto es que, al ser un rasgo o característica de solidaridad, está presente en toda relación familiar.

En ese sentido, sobre la naturaleza jurídica de los alimentos, Díez-Picazo y Gullón refieren que:

Se ha puesto en duda que sea de carácter genuinamente patrimonial, aunque a la finalidad a la que se atiende es personal. En suma, si patrimonial sea el objeto de la

prestación, la obligación se encuentra conexas con la defensa de la vida del acreedor y el desarrollo de su personalidad (Díez, 2001).

En efecto, aunque el contenido pueda ser patrimonial o económico en puridad; la finalidad es netamente personal, y tiende a preservar la integridad de las personas. El desarrollo de la personalidad de ellas es una expresión de los derechos humanos, que sienta sus bases en una relación, primordialmente íntima, familiar; consecuentemente, los alimentos están presentes en toda relación familiar.

Sobre el particular, existen diversas fuentes generadoras de familia, tales como la filiación, el matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, entre otras. No obstante, el Código Civil es claro en su artículo 474 al sostener que se debe recíprocamente alimentos: los ascendientes y descendientes, los hermanos y los cónyuges. Si bien no se indica a los concubinos, también lo es extinguida unilateralmente la unión de hecho, el concubino abandonado tiene derecho a una pensión de alimentos o a una indemnización, en estricta aplicación del artículo 326 del mismo cuerpo de leyes.

Al ser ello así, se establece que los alimentos no solo se otorgan entre padres e hijos, sino también de manera recíproca entre otras relaciones familiares como los cónyuges. De ahí, en principio, lo regulado en el primer párrafo del artículo 345-A del CC, es decir, como relación aun matrimonial, los cónyuges se deben alimentos, y como tales, deben demostrar el cumplimiento de los mismos.

Sin embargo, es pertinente acotar sobre el contenido del deber alimentario, puesto que según el primer párrafo de la citada norma, el cumplimiento versa sobre los alimentos u “otras que hayan sido pactados de común acuerdo por los cónyuges”. El contenido de los alimentos como deber jurídico asistencial, se desprende en estricto del artículo 472 del CC y 92 del Código de los Niños y Adolescentes; por lo que, debe entenderse

como tales entre otras cosas lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia; e, incluso, cuando se es menor de edad, la educación, recreación y gastos de embarazo forman parte de ella.

Lo mencionado en el párrafo precedente resulta relevante, puesto que permite inferir que las demás obligaciones “pactadas de mutuo acuerdo por los cónyuges”, distinta a los alimentos, evidentemente, deben ser obligaciones cuyos contenidos o estructuras sean ajenas a los mismos. Piénsese en obligaciones tales como los pagos de los servicios públicos (agua, luz, gas), tributos u otras obligaciones que se rigen bajo la autonomía privada de los cónyuges, esto es, bajo la esfera de lo privado que les permite, por su libertad, pactar acuerdos.

Según la norma del primer párrafo del artículo 345-A del CC, quien invoque la causal de separación de hecho debe acreditar estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias u otras pactadas de mutuo acuerdo por los cónyuges; mientras que el inciso 12 del artículo 333 del mismo cuerpo de leyes, establece que en el supuesto de la causal de separación de hecho, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del referido cuerpo legal. Este último dispositivo, regula que “ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”.

Sobre la base de las normas antes glosadas, se llega a la conclusión que la legitimidad para invocar de la tantas veces mencionada causal, la ostenta cualquier cónyuge; pero, claro está, quien se atreve a demandarla, simple y llanamente deberá cumplir con la exigencia procesal contenida en dicho artículo.

Como puede inferirse, la legitimidad para obrar en la causal de separación de hecho, la despliega cualquier cónyuge, sin importar si fue quien dio motivos para la separación, dado que la prohibición de fundar la demanda en hechos propios, no se aplica a esta causal; y esto, debido a que se trata de una causal que no se enfoca en la conducta de un cónyuge determinado para generar un divorcio o una separación de cuerpos, sino en

la consecuencia de las conductas de cualquiera de los cónyuges, vale decir, no se centró en la causa sino en el fin per se.

La exigencia procesal contenida en el primer párrafo del artículo 345-A del CC, resulta ser un requisito para interponer la demanda de separación de cuerpos o divorcio por causal de separación de hecho. A nivel doctrinario y jurisprudencial, no hay consenso sobre si determinar si dicho requisito es uno de admisibilidad o procedencia.

Lo referido en los párrafos precedentes tiene sustento doctrinario, al analizar la naturaleza jurídica de la separación de hecho. En efecto, la promulgación de la referida causal se sustentó en la realidad social como son o deben ser la motivación de todas las leyes y en el hecho por el cual, pese a situación fácticas de no convivencia o cohabitación, los cónyuges no podían poner fin a su vida marital; por lo que, al estar vigente esta causal, se dio solución a una situación de hecho, sin importar quien originó la separación.

Así pues, la causal de separación de hecho fue considerada como una causal perteneciente al sistema del “divorcio remedio”, por el que se sustenta en causas objetivas y no subjetivas; esto es, sin indagar o escudriñar las razones o motivos por los que se generó dicha situación de hecho, es decir, las conductas conyugales que originaron la causal; ergo, la relevancia recae sobre la causa en sí.

No obstante, generó controversia, confusión y duda sobre la real pertenencia a un modelo remedio, cuando el propio artículo 345-A del CC exigió el cumplimiento de una obligación alimentaria para que proceda la demanda; o lo que llama más la atención, el hecho de otorgar una indemnización a un cónyuge más perjudicado en la separación; lo que en buena cuenta, pareciera contener matices subjetivos; y, por lo tanto, la pertenencia a un “divorcio sanción o culpa”.

Quizá por ello, no es extraño que cierta doctrina se replantee sobre el sistema de divorcio al que pertenece la causal de separación de hecho. Sobre esto último, Carmen Cabello, refiere que:

La causal de separación de hecho en nuestro régimen ha merecido un tratamiento sui generis, las expectativas en que se generó, la avizoraban e incluso intentan presentarla como causal del sistema del divorcio remedio; no obstante para efectos de la configuración de la causal así como particularmente para las consecuencias de la declaración de divorcio, le imprimen un tratamiento de sesgo inculpatario (Cabello, 2009).

Sin embargo, no debe perderse de vista la noción esencial, los fundamentos o características del divorcio remedio. Así, pues, Guillermo Borda refiere que:

Quienes postulan el divorcio remedio sostienen, entre otros fundamentos, que el divorcio remedio da una salida a aquellos matrimonios en los que la relación conyugal se ha roto de forma irremediable. No se trata de sancionar a uno o ambos por la ruptura, ni de castigarlos por haber incumplido alguno de los deberes del matrimonio, sino que el divorcio es una salida o un remedio para aquellos casos en los que no es posible su reconciliación (Borda, 2015).

En efecto, la noción del divorcio remedio pretende resolver el fondo del asunto, disolver el vínculo matrimonial, sin apoyarse en las conductas conyugales; mientras que el divorcio sanción necesariamente busca culpables, a aquel cónyuge que dio motivos para el divorcio, y, como tal, su sanción es extinguir su vínculo matrimonial, con todo lo que acarrea.

Teniendo en cuenta lo antes esgrimido, es cierto que aparentemente la causal de separación de hecho tiene matices objetivas y subjetivas lo que puede ser denominada como una “causal dual” o perteneciente a un “sistema mixto”; sin embargo, consideramos que, en puridad, dicha causal se mantiene bajo el sistema del divorcio remedio, dado que para la configuración de esta, o para que el divorcio sea declarado por dicha causal, no es una condición sine qua non acreditar la culpabilidad de un cónyuge que originó la separación, o, en todo caso, la existencia de un cónyuge más perjudicado por la separación de hecho. Es cierto, que ello será un fin en el proceso, de “oficio” o a pedido de parte (Casación N.º 4664-2010), por el juzgador; sin embargo, de no acreditarse tal perjudicado o, simplemente no

existirlo, no se concluye la improcedencia de la causal. Debe quedar claro, que la acreditación de un cónyuge más perjudicado, por la conducta de uno de ellos, es relevante para las pretensiones económicas; mas no forma parte de la estructura de la causal.

El primer párrafo del artículo 345-A del CC establece una exigencia procesal al momento de demandar o invocar la causal de separación de hecho, la cual es estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo; vale decir, cualquier cónyuge puede demandar tal causa, la legitimación para obrar activa recae sobre cualquiera de ellos el 335 del CC no se aplica al mismo, como ya se indicó; sin embargo, quien se atreve a activar la misma debe acreditar que está al día en tal exigencia.

Mientras no sea reclamado el deber alimenticio, asumimos que estos se están ejecutando, por más que los cónyuges estén separados de hecho, puesto que el deber alimentario se mantiene incólume. Sin embargo, al no exigirse, válidamente se puede concluir que se están satisfaciendo, o no resultan necesarios, por no existir un estado de necesidad. Lo cierto es que, mientras no exista un monto exigible (llámese, pensión de alimentos u otros pactados de mutuo acuerdo por los cónyuges), justamente no podrá reclamarse por no tratarse de una deuda cierta.

Sobre el particular, consideramos pertinente precisar sobre qué obligaciones alimentarias debe estar al día el cónyuge que demanda dicha causal o, mejor dicho, a qué beneficiarios de la obligación alimentaria hace alusión la norma bajo análisis.

Partimos por considerar que si bien la obligación alimentaria es un deber familiar de carácter asistencial y solidario; y, por lo tanto, presente en diversas relaciones familiares, como las conyugales y filiales; también lo es que la norma analizada es una de carácter especial, por tratarse de la exigencia de alimentos en una relación conyugal o matrimonial.

La norma contenida en el artículo 345-A del CC, nos remite a la causal de separación de hecho contenida en el artículo 333 del mencionado cuerpo de leyes, la cual está inserta en el régimen de decaimiento y

disolución del vínculo matrimonial; y, por lo tanto, en relación evidente con el matrimonio como acto jurídico e institución familiar.

Así, pues, resulta sencillo inferir que la exigencia de estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias es una cuyo beneficiario es, en stricto sensu, el cónyuge demandado, más aún si, como se sabe, los cónyuges se deben recíprocamente alimentos. Asimismo, la propia norma hace alusión a que la exigencia procesal versa sobre la obligación alimentaria u otras pactadas de mutuo acuerdo “por los cónyuges”, vale decir, bajo la autonomía de voluntad de ellos y conforme a sus intereses.

Teniendo en cuenta el párrafo precedente, no es correcto por lo menos formalmente considerar que tal exigencia sea trasladada a beneficiarios como los hijos, esto es, exigir estar al día con la alimentación de ellos antes de invocar la referida causal; puesto que, en primer término, debe considerarse que no siempre los cónyuges procrean natural o asistidamente, o deciden adoptar niñas, niños o adolescentes; y, en segundo lugar, debido a que las relaciones conyugales son distintas de las filiales (en todo aspecto). La filiación genera alimentación, y esta perdura independientemente de que los padres mantengan o no una relación matrimonial.

Ahora bien, la exigencia procesal contenida en el primer párrafo del artículo 345-A del CC, resulta ser un requisito para interponer la demanda de separación de cuerpos o divorcio por causal de separación de hecho. A nivel doctrinario y jurisprudencial, no hay consenso sobre si determinar si dicho requisito es uno de admisibilidad o procedencia. Recuérdese que ambas detectan vicios de forma; empero, la admisibilidad busca subsanar el vicio en un plazo de ley, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda; mientras que la procedencia lo rechaza de plano; claro está, no impide volver a interponer demanda evidentemente subsanado el defecto.

Sobre lo antes expuesto, en su momento, Álex Plácido consideró que dicha exigencia es “un requisito legal de admisibilidad de la demanda (Plácido, 2013)”, añadiendo que:

Deberá atender el requisito de admisibilidad de la demanda: a) el cónyuge que se alejó del domicilio sin justa causa; b) el cónyuge que, mediando justificación, no cumple con la obligación alimentaria; y, c) el cónyuge que se quedó en el domicilio conyugal por haber provocado el alejamiento del otro.

Asimismo, sobre el incumplimiento de dicha exigencia procesal, Luis Alfaro Valverde considera que “su inobservancia debería implicar su inadmisibilidad y no su improcedencia, a fin de que se permita su subsanación” (Alfaro, 2011).

Para ser exigido o materializado el requisito contenido en el primer párrafo del artículo 345-A del CC, debe existir previamente una deuda cierta y líquida, esto es, establecida en una sentencia o acuerdo formal indubitable, dado que los deberes conyugales, como los asistenciales, se presumen en el matrimonio, aun así predomine una situación fáctica de separación, puesto que el vínculo conyugal aún está vigente.

En nuestra opinión, consideramos que dicha exigencia procesal es una de procedencia, puesto que la apreciación del cumplimiento de dicho requisito puede exigirse hasta en tres etapas, a saber: calificación de la demanda, saneamiento procesal y, excepcionalmente, en la sentencia. Esto es así, desde el momento en que, si bien el requisito debe exigirse al momento de interposición de la demanda, no siempre su cumplimiento es diáfano o de fácil apreciación.

Nótese, por ejemplo, que la mencionada exigencia no se aplica al cónyuge abandonado, esto es, a quien se quedó en la casa conyugal, mientras que el otro, sin justa causa, abandonó la misma, y rehúsa volver a ella; en estricta aplicación del segundo párrafo del artículo 291 del CC. Ello es relevante desde el momento en que el demandante puede ampararse en tal supuesto; sin embargo, si en el cauce del proceso se llega a determinar que en realidad no tenía tal condición; entonces, en principio, se le debe exigir tal requisito. Por lo tanto, no cabe aseverar que, en tales supuestos, el requisito del artículo 345-A del CC, deba ser considerado como uno de admisibilidad; sino por el contrario, de procedencia.

Así también lo considera la Casación N.º 1448-2012-Lima, al indicar que “por lo tanto no resulta exigible al demandante el requisito de procedencia contenido en el artículo 345-A primer párrafo del Código Civil”. Asimismo, más allá de considerar al mencionado requisito procesal, de admisibilidad o procedencia, lo cierto es que debe exigirse al inicio de la interposición de la demanda, es decir, el juez debe analizar si en ese momento, el demandante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas de mutuo acuerdo por los cónyuges, vale decir, sin duda alguna al accionar la causal; consecuentemente, deviene en irrelevante las deudas originadas con posterioridad a la demanda, es decir, en el cauce del proceso.

Sobre el particular, la Casación N.º 3432-2014-Lima refiere que:

El artículo 345-A establece como exigencia al demandante que invoca la causal de divorcio contenida en el artículo 333 inciso 12 del CC, que se encuentra al día en el pago de las obligaciones alimentarias. Es decir, si el demandante no tiene ninguna obligación alimentaria impaga al momento de interponer su demanda es lógico que se deba darse trámite a la misma. Es al momento de la interposición de la demanda cuando se debe evaluar si el accionante está o no al día en sus obligaciones alimentarias, pues el mandato judicial que conminó al pago de una pensión alimentaria al demandante data de fecha posterior a la demanda de divorcio propuesta en autos.

Del texto propio del primer párrafo del artículo 345-A del CC se evidencia que la exigencia procesal versa sobre una deuda originaria antes de la interposición de la demanda. Dicha norma resalta “para invocar el demandante deberá acreditar”, lo que implica un control precedente, anterior, o ex ante.

Por otro lado, resulta relevante ahondar en la materialización de la exigencia del cumplimiento del requisito de estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias u otras pactadas de mutuo acuerdo por los cónyuges, puesto que la norma no hace alusión a qué supuestos debe

exigirse tal requisito, quedando a consideración de la doctrina y jurisprudencia desarrollar los mismos.

Es importante preguntarse si es necesario contar previamente con un acuerdo extrajudicial o sentencia que establezca un monto cierto, a fin de exigirlo ante el incumplimiento de pago; o si, por el contrario, ello resulta impertinente desde el momento en que la norma no hace distinción, y, por ende, todo cónyuge debe alimentar al otro por deber matrimonial; y, por lo tanto, recae en él la prueba de encontrarse al día en dichos pagos.

Resulta interesante recordar que los cónyuges se deben alimentos recíprocamente; el deber asistencial es uno de los tantos deberes del matrimonio; por lo que, mientras ambos conviven o cohabitan en armonía, se presume *iuris tantum* que todos los deberes se están cumpliendo de manera efectiva. Asimismo, mientras no sea reclamado el deber alimenticio, asumimos que estos se están ejecutando, por más que los cónyuges estén de hecho separados, puesto que el deber alimentario se mantiene incólume. Sin embargo, al no exigirse, válidamente se puede concluir que se están satisfaciendo o no resultan necesarios, por no existir un estado de necesidad.

Lo cierto es que, mientras no exista un monto exigible (llámese pensión de alimentos u otros pactados de mutuo acuerdo por los cónyuges), justamente no podrá reclamarse por no tratarse de una deuda cierta. Para acreditar estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias, previamente debe conocerse qué es lo que se debe, y ello se traduce en un monto líquido, cierto y exigible; de lo contrario, desnaturaliza el cumplimiento de una deuda; más aún si, como ya se indicó, se presume la satisfacción de los deberes matrimoniales como el asistencial mientras no se extinga el vínculo matrimonial.

Al respecto, concordamos con lo expuesto en la Casación N.º 1448-2012-Lima, que señala lo siguiente:

En el caso de autos no existe prueba que determine la existencia de un acuerdo extrajudicial o un mandato judicial que determine la exigibilidad de la obligación alimentaria a cargo del demandante, y si bien es cierto la recurrente señala que existen comunicaciones vía correo electrónico en la

que el actor reconoció mantener una deuda con ella, no puede establecerse que dichos correos resulten un acuerdo expreso sobre el monto de dinero que corresponde ser devuelto, el que incluso no ha sido requerido su pago por la impugnante.

Por último, a modo de reflexión, resulta inquietante analizar si la exigencia comprendida en el tantas veces mencionado primer párrafo del artículo 345-A del CC, debe aplicarse de una forma irrestricta o cabe su flexibilización atendiendo a la promoción de matrimonios viables, así como el dejar de lado barreras burocráticas procesales. Consideramos que una “diferencia” con la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, es precisamente, la exigencia del deber alimentario; empero, también consideramos que las excepciones en el Derecho, son más comunes de lo que parecen, y siempre debe priorizarse la finalidad de las normas.

En el mismo sentido, Luis Alfaro Valverde, sostiene que “su exigencia desmesurada e inflexible podría llegar a convertirse en un tipo de barrera o muralla legal para el acceso a la justicia de tipo familiar”. En esa misma tendencia, la Casación N.º 2414-2006-Callao, establece que:

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 interpretado de manera absoluta y estática por los Jueces, pues excepcionalmente, dependiendo de cada caso en concreto, puede presentarse causas o circunstancias que justifiquen la no exigencia de este requisito, como ocurre en el presente caso.

Resulta claro que las interpretaciones en ese sentido quedan, en última instancia, a merced de los órganos jurisdiccionales, los cuales, sin duda, atenderán en base a los principios del derecho de familia y procesal familiar.

Nuestra legislación nacional reconoce al divorcio como un sistema de disolución del vínculo matrimonial, y dispone en el artículo 333 del Código Civil las causales por las cuales resulta procedente dicha disolución, estableciendo para ello un sistema mixto que regula respecto a los cónyuges las causales inculpatorias como no inculpatorias, clasificadas por nuestra

doctrina como divorcio-sanción y divorcio-remedio. Al respecto el Tercer Pleno Casatorio Civil recogido en la Casación N.º 4664-2010-Puno ha desarrollado en su apartado III.6 las clases de divorcio:

6.1.1. Divorcio sanción

22. Es aquel que considera solo a uno de los cónyuges $\frac{3}{4}$ 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 serían distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”.

También respecto de esta causal, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de este, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”.

6.1.2. Divorcio remedio

23. 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. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó.

Con alguna razón se sostiene que “el simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio”; de allí que se ha dado a denominarla como la tesis de la frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio. Ante tal perspectiva, podemos subclasificar al divorcio remedio en:

A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (númerus clausus), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (númerus apertus).

24. A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/05 que modificó el Código Civil en

materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o solo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), así pues, basta que haya transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

25. La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos junto con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio solo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables de uno o de ambos cónyuges. La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan,

esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges”.

En ese sentido se ha pronunciado también el tratadista Alex Plácido, quien al desarrollar de los sistemas de divorcio señala:

“La concepción del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquel se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges, que se traduce en la frustración de la finalidad del matrimonio, por lo que el otro cuenta con interés legítimo para demandar; si no le fuera dable imputarle alguno de los incumplimientos aludidos que la ley denomina como ‘causales’, faltaría el sustento mismo de la acción. La concepción del divorcio como remedio se sustenta en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar. La diferencia sustancial entre la concepción del divorcio sanción y del divorcio remedio reside en que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio, mientras que la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto” (Plácido, 2008) el resaltado es nuestro.

De esta manera queda claro que las causales detalladas en los incisos 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil, se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el

matrimonio; mientras que las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial; refiriendo que en el caso del divorcio sanción, estos supuestos requieren la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, debiendo el juez verificar y valorar los medios probatorios presentados y actuar los medios probatorios de oficio necesarios a fin de determinar la responsabilidad del presunto cónyuge infractor.

Prevista en el artículo 333.8 del Código Civil, dentro de la clasificación del divorcio sanción, al ser imputable a uno de los cónyuges, esta causal se refiere de manera clara y únicamente a las enfermedades graves de transmisión sexual contraídas después del matrimonio, pues en el caso de que este tipo de enfermedades se hayan presentado anterior al acto nupcial, nos encontraríamos frente a un impedimento que provocaría su anulabilidad. Ahora bien, respecto a la calificación de enfermedad grave, comparto la posición de la Corte Suprema respecto a que no podemos dejar dicha calificación a la arbitrariedad del juzgador, sino que, por el contrario, se debe interpretar la norma en el sentido de que dicha gravedad está referida al carácter crónico y contagioso que pudiese presentar la citada enfermedad, para lo cual no basta acreditar que el cónyuge demandante la padezca y que la haya contraído dentro del matrimonio, sino que además se deben actuar los medios probatorios suficientes (verificación de historia clínica, certificados médicos, entre otros) que permitan establecer la responsabilidad del cónyuge demandado, de tal forma, que se genere convicción respecto a que este fue o no, el causante del contagio.

Del mismo parecer es el tratadista Arnaldo Estrada, quien al referirse a esta causal señala: “Lo que protege la ley, es no solo la salud del cónyuge, sino la de la prole. En el caso del mal venéreo contraído por contagio sexual, la ley sanciona también el hecho inmoral del cónyuge de cohabitar extramatrimonialmente y con persona de dudosa moral” (Estrada, 1974); es

decir, la ratio legis del legislador al incluir esta causal en la norma era proteger al cónyuge sano de una enfermedad crónica que no solo signifique un peligro para su salud sino además para el de la prole.

Asimismo, se debe tener en cuenta que si bien el juzgador no puede sustituir en la carga probatoria a la parte demandante conforme se ha expuesto en los puntos anteriores; sin embargo puede disponer la actuación de medios probatorios de oficio que permitan determinar cuál de los cónyuges fue el responsable del contagio, y el momento en que este se dio; para ello debe realizarse en primer lugar una revisión de la historia clínica de los justiciables y disponer la actuación de pericias especializadas para tal fin, pues en su rol de árbitro y para administrar justicia, debe asesorarse de expertos que le permitan esclarecer los hechos y llegar a una sentencia justa; siempre verificando la validez y veracidad de la prueba técnica proporcionada.

En el caso materia de análisis, la Sala Superior consideró de manera errada que al presentar ambos cónyuges la enfermedad crónica, no correspondía atender la pretensión de la demandante al no haber acreditado con medio probatorio suficiente que el cónyuge demandado haya sido el responsable del contagio. Tal análisis es por demás limitado, y que conforme a lo expuesto precedentemente, no solo significa una mala interpretación de la norma, sino que además la inaplicación del deber de actuar los medios probatorios de oficio necesarios para el esclarecimiento de los hechos; lo que conllevó a la expedición de una sentencia injusta al no resolver la controversia de una manera congruente y justificada respecto de las pretensiones propuestas por la demandante, lo que consecuentemente significó su nulidad.

A través de la historia la organización de la familia aconteció una serie de etapas, ello da lugar no sólo a comprender el papel del individuo que desempeña en las distintas etapas históricas, en el ámbito de sus relaciones íntimas e intrínsecas, sino también revisar concepciones adheridas, que den fundamentos científicos de preceptos o motivaciones ideológicas, por ejemplo que el orden natural pertenece la estructura

paternalista de la familia; también dicho conocimiento permite evaluar críticamente la estructura y desenvolvimiento que presenta la familia, en su entorno más cercano, es decir las relaciones que surgen entre miembros de las misma.

Siendo así, el Derecho Romano el origen de las instituciones jurídicas, es indispensable analizar, indagar y conocer los antecedentes de la asistencia familiar, en efecto para los romanos el proporcionar alimentos tenía su fundamento en el parentesco y en el patronato, aunque ese derecho y esa obligación no se encontraba reglamentada de manera expresa, pues en la ley de las XII tablas no se hacía comentario alguno sobre el particular ni en el Ius Quiritario. En el Derecho Romano el padre de familia poseía el Jus Expanendi, mediante el cual podía disponer de la vida de las personas que integraban su familia, es decir tenía amplias facultades sobre sus descendientes a tal punto que podía venderlos o darlos en prenda por deudas de carácter civil, éstas facultades que el pater familias tenía se fueron perdiendo gracias a las intervenciones que tuvieron los cónsules.

El derecho griego desempeña un papel fundamental en el tema de la asistencia familiar, autores como Patzi en esta etapa era el padre quien estaba obligado a sostener y proporcionar educación a la prole. En el caso de los ascendientes existían obligaciones de dar alimentos, a los descendientes como prueba de reconocimiento y su deber cesaba cuando el hijo no había recibido una educación conveniente y adecuada, cuando el progenitor propiciaba su prostitución o en los casos de que el nacido sea producto de las relaciones incestuosos. Para otorgar la asistencia alimentaría se tenía como fuente principal el parentesco, y el matrimonio, pues en dichos contratos se hacían alusiones respecto de la obligación que el marido tenía para la mujer de proporcionarle alimentos.

La obligación de dar alimentos se caracteriza o enraizaba con el análisis de los ordenamientos siguientes que tuvieron gran relevancia en el derecho español.

a) El fuero real, denominado también fuero de la corte, tenía interés en reglamentar el derecho de dar alimentos, pues imponía a los padres la

obligación de alimentar a sus menores hijos ya sean estos legítimos o ilegítimos o naturales como se les conocía, de esa manera se defería a la madre tal obligación hasta que el hijo llegara a los tres años de edad, igualmente en este ordenamiento y de manera indiscutible se establecieron las características de reciprocidad de la obligación alimenticia pero sin hacerla extensiva entre los hermanos.

b) Las leyes de partidas, denominada las siete partidas, por estar formada de siete partes; cada una era destinada a cada metería. La Ley Quinta de la cuarta partida, establecía la obligación que el padre tenía de criar a los hijos legítimos, a los nacidos de las relaciones concubinarios y los adulterinos. Esta misma ley precisaba que a falta de padres o cuando estos fueran de escasos recursos económicos que la obligación de procurar alimentos sea transmitida e manera sucesoria a los ascendientes por ambas líneas, esto, siempre y cuando fueran legítimos, es decir hijos nacidos en el matrimonio porque tratándose de naturales la obligación no trascendía a los ascendientes del padre, solamente a los de la madre por razones obvias.

c) La ley del matrimonio civil de 1870, se profundiza más en el problema de los alimentos, precisando éstos como exigibles desde el momento que los necesita para subsistir o las personas que tienen derecho a recibirlo por eso el crédito alimenticio lo hacía derivar de los contratos matrimoniales, determinado por el 23 orden entre quienes se tenían esa obligación, la cual recaía en primer término a los cónyuges, después a los ascendientes legítimos y por ultimo a los hermanos. También existen códigos que toman en cuenta la asistencia, tal es el caso del código civil colombiano en su Artículo 143, distingue los alimentos congruos o suficientes y los necesarios, la misma situación hace el código civil ecuatoriano en su Artículo 369.

Estas disposiciones indican cuales son los alimentos suficientes y los necesarios para que el beneficiario pueda subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social. En ese entendido la historia nos muestra que la obligación de asistir a los hijos menores existió desde mucho tiempo atrás, que se viene manteniendo hasta la actualidad como una

necesidad para satisfacer todos los requerimientos de los necesitados que en muchos casos son abandonados y dejados a su suerte.

Se dice sociológicamente que el matrimonio es la institucionalización de las relaciones de sujetos cuya forma es la unión intersexual reconocida por ley.

Si hablamos de matrimonio, la sexología la define como el ejercicio legítimo de genitales, por otro lado entendemos que para el derecho es un acto jurídico familiar que se celebra por dos personas de sexos complementarios con una finalidad que es hacer vida en común, procrear, educar a sus hijos. A criterio el concepto de casamiento está dado con referencia de elementos espirituales o morales más que una conceptualización jurídica (Varsi, 2011).

Siguientemente matrimoniarse implica compartir un destino, entregarse, amarse. Una comunidad de vida plena de existencia de dos personas que se fijan en un destino en común, por ende ese binomio de vida, va a integrarse en compromiso que dejara de lado lo personal y y sumara esfuerzo para llevar un solo proyecto de vida. Entonces matrimonio es aquella unión que busca atar cabos para llegar un puerto común.

La pareja conyugal está formada por una unión intersexual sancionada por ley.

Es una unión libre que se basa en el amor de dos personas que dejan muy de lado todo interés personal e importa el sacrificio y desprendimiento de las partes que lo componen.

Si bien es cierto la unión marital del hombre es una necesidad vincular. Ambos se requieren y con el matrimonio se comprometen a satisfacer sus necesidades del otro, una especie de alteridad objetiva.

Por otro lado el Derecho de Familia institucionaliza la unión intersexual entre hombre y mujer por medio del matrimonio (familia conyugal) y la procreación a través de la relación padres e hijos (familia filial). Ahora de forma consensuada la doctrina considera al sexo y a la procreación como la base de la estructura familiar, sexo, ayuntamiento, coito, unión carnal estos son actos humanos realizados por placer, comprometiendo y afianzando la relación, sea o no con fines procreativos (Castro, 2003).

De todo lo dicho siguiendo a Castro mencionamos que no existe un concepto a priori de matrimonio que valga para todos los tiempos y pueblos, porque la sociedad evoluciona y el derecho debe ir acoplándose a esta.

De acuerdo con el Código Civil de 1852 el matrimonio era considerado como la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana. Por su parte, el Código del 36, evita o, mejor dicho, omite una definición del matrimonio, haciendo solo referencia a las figuras de los esponsales, impedimentos, consentimiento para el matrimonio de menores, celebración de este, prueba, nulidad, deberes y derechos, etc. El Código Civil de 1984 aclara el panorama respecto a una definición de dicha figura jurídica cuando en el artículo 234 señala 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 dicho Código, a fin de hacer vida común; teniendo el marido y la mujer en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”, ello en concordancia con el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, el cual hace mención al principio de promoción del matrimonio. La diferencia del matrimonio en los Códigos civiles del 52 y el 84 se circunscribe a que la primera normativa agrega el componente de la perpetuidad del matrimonio hacia la conservación de la especie humana, situación que ha desaparecido en

el Código del 84, acotando que la perpetuidad del matrimonio, en cuanto al vínculo matrimonial, subsistía luego de divorciados los cónyuges, tal como previó el artículo 191 del Código Civil de 1852, haciendo una referencia directa a la separación de cuerpos o divorcio relativo. El Código Civil de 1936 no definió el matrimonio dejando dicha labor a la tarea interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia (Cornejo C. H., Lima)

La Disolución Del Matrimonio es la conclusión del vínculo personal y económico de los cónyuges. Es la disolución del vínculo del matrimonio legalmente establecido mediante la dictación por autoridad judicial de sentencia dentro un proceso en apoyo a las causales señaladas por ley.

Fue con el devenir de los tiempos y la liberalización de su institucionalidad en que se comienza a pensar en admitir su decaimiento antes que su disolución. Surge la figura de la separación de cuerpos – llamada ab initio, luego divorcio relativo en la que se debilitaba la relación conyugal sin acabarla; el matrimonio persiste, pero no con su fuerza ni trascendencia primigenia: la sociedad de gananciales y la cohabitación entre los cónyuges se extinguen; sin embargo, ellos continúan siendo tales para cuales, marido y mujer, con todo el resto de relaciones jurídico matrimoniales vigentes. (Cornejo C. H., 2000)

La separación de cuerpos y el divorcio son actos jurídicos familiares. El primero debilita el matrimonio, el segundo extingue el vínculo matrimonial. Divorcio de Mutuo Acuerdo; cuya procedimiento se condiciona a la decisión de ambos cónyuges de poner fin al vínculo matrimonial, caso en el que se habrá de recurrir a las disposiciones contenidas en la ley.

Divorcio por causal; en el que, al no existir acuerdo de los cónyuges, uno de ellos deberá invocarlo por vía judicial aduciendo una de las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil, Dependerá de las circunstancias de cada caso, la elección por una de las dos vías que ofrece el

ordenamiento jurídico peruano para la tramitación del Divorcio. Ello no solo determinará los plazos sino también los costos, costas y demás atingencias que rodona un procedimiento. (Castro, 2003)

El vínculo matrimonial se extingue en virtud de la invalidez matrimonial. La invalidez se produce por la celebración del acto nupcial a pesar de adolecer de un impedimento. El matrimonio es inválido desde el momento de su celebración. Se trata de un matrimonio que no cuenta con las condiciones o los requisitos que legalmente se imponen para su correspondiente reconocimiento jurídico.

La muerte, entre otros efectos jurídicos, pone fin al vínculo conyugal. Se genera el estado civil de viudo(a). Se abre la sucesión del cónyuge fallecido y el cónyuge supérstite viudo, junto con el resto de sucesores, tendrá derecho a participar del patrimonio dejado en sucesión. De encontrarse los cónyuges, sometidos al régimen de sociedad de gananciales, este se extingue, de conformidad con el inciso 5 del artículo 318 del Código Civil y debe procederse a su correspondiente liquidación.

El matrimonio constituye un acto jurídico. El matrimonio viene a ser aquel hecho jurídico, voluntario, lícito, debidamente exteriorizado de la voluntad de dos personas naturales, quienes encontrándose libres de impedimento cumplen con todos los requisitos establecidos por ley para su celebración, bajo sanción de nulidad.

Constituye un hecho jurídico en el sentido que será el legislador quien determine cuándo un hecho, suceso o acontecimiento se encontrará establecido o no en una norma jurídica, así como también debe cumplir con precisar qué consecuencias o efectos jurídicos generará este. Para la realización de este acto se requiere voluntad en el actuar, mas no así en las consecuencias, ya que será la propia norma jurídica la única que podrá establecer los efectos o consecuencias jurídicas que genera el matrimonio.

Sin duda, cuando la mujer y el varón contraen matrimonio civil están realizando un típico acto jurídico formal y constitutivo. Se entiende por acto jurídico constitutivo a aquel acto jurídico que una vez celebrado surte efectos o consecuencias jurídicas para el futuro.

Las consecuencias jurídicas que el matrimonio puede generar son tanto de naturaleza extrapatrimonial como de naturaleza patrimonial. En el presente comentario, solo haremos referencia a las consecuencias patrimoniales.

Cornejo, citado por Roxana Jiménez Vargas-Machuca, señala lo siguiente:

El matrimonio suscita una serie de relaciones entre los cónyuges, y entre éstos y sus hijos, las cuales pueden ser clasificadas, grosso modo, en dos grupos: la orden personal (extra patrimoniales) y las de carácter patrimonial o económico (Placido, Alcántara, Palacios, & Castro, 2003).

Según este régimen patrimonial, una vez que la mujer y el varón contraigan matrimonio, sus bienes que aporten al matrimonio siguen siendo de cada uno de ellos, así como los bienes que adquieran durante la vigencia del matrimonio, de igual manera cada uno responde de las obligaciones y deudas que contraigan.

En lo que se refiere al aspecto económico, el matrimonio no tiene mayores implicancias, pues las relaciones patrimoniales de que son sujetos el marido y la mujer subsisten como se hallaban antes del matrimonio, o se producen después como si este no se hubiera efectuado. Consiste este régimen en que cada cónyuge hace suyo tanto los bienes adquiridos por cualquier título y que lleva al matrimonio, como los que adquiera durante su vigencia, así como los frutos, rentas, productos que generan esos bienes, y en ese mismo sentido asume sus propias deudas, y no tiene derecho cuando fenece el régimen matrimonial, a ninguna participación en los bienes del otro cónyuge, sin perjuicio de las normas

de sucesión, cuando la sociedad ha terminado por muerte de uno de los cónyuges.

El régimen de separación de bienes, se funda en la independencia absoluta del patrimonio de los cónyuges, como si fueran solteros; respondiendo, entonces, cada uno de las obligaciones que contraigan (Placido, Alcántara, Palacios, & Castro, 2003).

El régimen de comunidad de adquisiciones a título oneroso, como su nombre indica, es una comunidad limitada a las adquisiciones que los cónyuges realizan a título onerosos durante el matrimonio; permaneciendo, en cambio, en propiedad separada de cada uno de los bienes que tuviesen con anterioridad al matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito. Pertenecen también a la comunidad las rentas o productos de los bienes propios de los esposos. Es el régimen legal del Código Civil de 1984, denominado en la misma sociedad de gananciales (Placido, Alcántara, Palacios, & Castro, 2003).

El artículo 248 del Código Civil señala las formalidades y requisitos que deben cumplirse para la celebración del matrimonio, sin embargo es necesario dejar en claro que el matrimonio nace del consentimiento personal, es decir los contrayentes manifiestan su voluntad libremente de contraer matrimonio y formar una familia con todos los derechos y obligaciones que esto conlleva. La celebración del matrimonio tiene las siguientes fases tales como:

El Congresista Daniel Estrada Pérez, que suscribe, miembro del Grupo Parlamentario de UNION POR EL PERU, en ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 107 de la Constitución Política, propone al Congreso de la República el siguiente Proyecto de Ley;

Considerando:

QUE, la Constitución Política establece en su artículo 4" que la forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley;

QUE, el matrimonio es la unión que voluntariamente establecen un varón y una mujer para fundar una familia y hacer vida común, generando entre ellos relaciones que los comprometen individual o conjuntamente, así como derechos y obligaciones del uno frente al otro y ante terceros o el Estado y en cuyo respeto y cumplimiento se basa la estabilidad y permanencia de la sociedad legal constituida;

QUE, de acuerdo a lo previsto en la Constitución Política, la comunidad y el Estado protegen la familia y promueven el matrimonio, por ser "institutos naturales y fundamentales de la sociedad" y, en consecuencia, es motivo de su interés la convivencia armónica entre los cónyuges, puesto que de ella depende el mantenimiento del vínculo legal. Por otro lado, hay previsión legal sustantiva y procesal para el caso contrario y otras cuestiones sobrevinientes, (separación de cuerpos y disolución del vínculo matrimonial), sin haberse comprendido dentro de las causales la separación de hecho, que viene a ser la ruptura de origen unilateral o de voluntad común de los cónyuges, de uno de los elementos constitutivos del matrimonio: la vida común;

QUE, la separación de hecho es el incumplimiento del deber de cohabitación de los cónyuges, que impone una situación ajena y contraria a las relaciones que crea el matrimonio y que surge y se mantiene sin intervención jurisdiccional y sin voluntad de concluir la;

QUE, así como la separación convencional es causa de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 333, inciso 11 del Código Civil, debe serlo también la separación de hecho ocurrida entre los cónyuges, sin que sea necesario expresar motivos, sino únicamente la probanza del paso del tiempo en tal situación, pues la separación de hecho es la más clara y contundente

demostración de falta de voluntad para hacer vida común y, por tanto, el contrato legal que es el matrimonio civil, deviene inútil en algunos casos e inconveniente en otros, porque genera efectos jurídicos no deseados y más bien perjudiciales para marido o mujer o ambos;

QUE, la separación de hecho entre cónyuges, mantenida sin ánimo de reconstitución del estado normal de matrimonio, es una manifestación inequívoca de la ausencia de condiciones básicas para el funcionamiento de la institución familiar y, como tal, debe ser motivo suficiente para su disolución, legalizando, de este modo, el estado civil de los cónyuges a través de la devolución de su status real;

QUE, un lapso de dos años continuos de separación de hecho de los cónyuges, es tiempo suficiente para acreditar la carencia de ánimo para proseguir la vida matrimonial y, por el contrario, es evidencia del deseo implícito de ponerle fin, sin que ello pueda ocurrir actualmente por la falta de previsión legal, cuestión de necesaria regulación que a la fecha acarrea negativas y hasta absurdas consecuencias que van desde la mantención de estados matrimoniales no deseados y, por tanto, anormales, que ocasionan graves problemas para la determinación de vínculos de filiación y parentesco, hasta la creación de conflictos que pueden comprometer a los descendientes, cuando se trata de definir la propiedad de bienes adquiridos en matrimonio;

Por cuanto: el Congreso de la República; ha dado la ley siguiente:

ARTICULO 1o.- Adiciónese un inciso al artículo 333 y modifíquese el texto de los artículos 335, 345, 349 y 354 del Código Civil, que quedarán redactados en la siguiente forma:

ARTICULO 333.- Causales Son causas de separación de cuerpos:
12.- Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos.

ARTICULO 335.- Improcedencia de la acción por hecho propio

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto cuando la acción invoca la causal prevista en el inciso 12 del artículo 333.

ARTÍCULO 345.- Patria potestad por separación convencional o por separación de hecho

En caso de separación convencional o 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, 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.

ARTICULO 349.- Causales Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 a 10 y 12.

Artículo 354.- Plazo de conversión Transcurridos seis meses desde la notificación con la sentencia de separación convencional o de separación de hecho, a que se refieren los incisos 10 y 12, respectivamente, 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.

ARTICULO 2".- Modifíquese el inciso 2" del artículo 546 y el artículo 573 del Código Procesal Civil, que quedarán redactados en los siguientes términos:

ARTÍCULO 546.- Procedencia Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

2.- Separación convencional, separación de hecho y divorcio ulterior.

ARTICULO 573.- Aplicación supletoria La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con los incisos 11 y 12 del artículo 333 y el artículo 354 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

Lima, 7 de abril de 1999

Daniel Estrada Pérez CONGRESISTA DE LA REPUBLICA

Ley que incorpora la separación de hecho como causal de divorcio.

El concepto del matrimonio está aceptado universalmente como la unión estable y voluntaria de un varón y una mujer. Sus propósitos, condiciones de mantención o de ruptura, obligaciones y derechos que nacen de él, etc. son materia de regulación legal en cada país. No existe ni puede existir uniformidad de criterio para establecer un único régimen jurídico del matrimonio y sus efectos, en razón que cada Estado otorga a este asunto el tratamiento que corresponde a sus particularidades sociales.

Un elemento que sí es indispensable para la celebración y la vigencia del matrimonio y que es aceptado y exigido por todos, es la voluntad de los cónyuges. La regla general es que la institución del matrimonio solamente es posible de constituir y mantener si, por parte del marido y la mujer, existe ánimo favorable para garantizar la vigencia de la relación y los efectos jurídicos que de ella se derivan. En el Perú, el Código Civil define el matrimonio como "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" (Art. 234). Igualmente, este mismo dispositivo establece que "el marido y la mujer tienen en el hogar

autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales".

Uno de los deberes fundamentales de los cónyuges y que consigna la legislación nacional (Art. 289 del C.C.), es el de "hacer vida común en el domicilio conyugal". Para nuestro Código Civil, en la denominación vida común, están comprendidos los deberes relativos a la cohabitación bajo un mismo techo, que puede ser suspendido por mandato judicial "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". También, "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" (Art. 347 del C.C.). Significa, entonces, que la única posibilidad de impedir temporal o definitivamente la obligación de la cohabitación, proviene de la acción jurisdiccional por hechos ajenos, por lo general, a la voluntad y el control de los cónyuges.

La separación de hecho es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal, que se origina en la decisión de uno o los dos cónyuges, pero de manera voluntaria y con inequívocas demostraciones del deseo de mantener tal estado de anormalidad conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber libremente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, que, sin lugar a dudas, quiebra la institución matrimonial e impide su funcionamiento regular a través de la destrucción de las debidas relaciones que la ley establece y que los esposos se obligan a cumplir.

Nuestra legislación civil relativa al matrimonio consigna bajo el nombre de "Cohabitación", el deber que tienen los cónyuges de hacer vida común en el domicilio conyugal. Así aparece de lo establecido por el artículo 289 del Código Civil. Consiguientemente, el concepto de cohabitación no está reducido a lo que antes se entendía como los

"deberes de lecho", sino que comprende también los de habitación y en este entender, la noción de separación de hecho comprende el incumplimiento de ambas circunstancias; es decir, la renuncia, no interesan las motivaciones, a sostener el matrimonio dentro de los cánones legales aceptados común y libremente entre ellos, como su propio fundamento, el de la vida común en el domicilio conyugal.

Este acontecimiento, la separación de hecho, no está considerado en el ordenamiento legal de nuestro país, como motivo capaz de ocasionar el decaimiento o la disolución del vínculo matrimonial, pues no aparece consignado en los artículos 333 y 349 del Código Civil, el primero de los cuales enumera las causales de separación de cuerpos, con las que también, excepto la separación convencional, puede demandarse el divorcio. Estas causales son:

El adulterio. la violencia, física o psicológica, que el juez preciará según las circunstancias. El atentado contra la vida del cónyuge. La injuria grave. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

La separación de hecho, como incumplimiento del deber de cohabitación, puede tener diverso origen e, inclusive, la negativa de hacer vida común no solamente puede provenir de uno de los cónyuges, sino de ambos. Ello no interesa, porque lo relevante es la voluntad demostrada,

expresa o tácitamente, para no seguir con las obligaciones del matrimonio, lo que permite asegurar que en estas condiciones de abandono, lo que se mantiene es una vinculación matrimonial ficticia, no deseada e inclusive, probablemente, repudiada; pero, aún en esta situación, es posible sostenerla por la imposibilidad legal de ponerle término, lo que no se concilia con los fines del matrimonio, ni mucho menos con el interés social y del Estado, de procurar el bienestar de la familia y por ende la seguridad de la institución matrimonial.

Para que la separación de hecho pueda ser considerada causal de separación de cuerpos y/o de divorcio, es imprescindible que refleje una continuidad en el tiempo; que no haya ánimo de rectificación y, por el contrario, exista indudable voluntad cancelatoria de la relación legal del matrimonio. Por tanto, debe ser exigible un razonable lapso de tiempo que se propone sea no menor de dos años. Para tal consideración del plazo, se ha tenido en cuenta que el Código Civil fija también dos años en las causales de separación, cuando se trata de abandono injustificado de la casa conyugal y para la separación convencional. De ese modo se guarda conformidad con el criterio establecido en el Código Civil, para el tratamiento de situaciones análogas.

Resulta evidente, en estas condiciones, que la separación de hecho, por su propia naturaleza, descalifica a la institución matrimonial, tanto porque niega el cumplimiento de un deber legal, cuanto porque altera sustancialmente el vínculo resultante del contrato matrimonial y a más de ello, genera caos en la institución conyugal, cuyos regímenes de parentesco, patrimonial, alimentario, etc., de haberlos, pueden seguir originando efectos que uno o los dos cónyuges no deseen; es decir, creándose situaciones conflictivas e indebidas que la ley debe prevenir y evitar, en este caso, comprendiendo la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y/o de divorcio.

Si se tiene en cuenta que la ley civil peruana es muy rígida y hasta drástica para el establecimiento de la filiación matrimonial, se podrá

comprender la gravedad y, a la vez, el absurdo insostenible de considerar padre a quien no lo es. En efecto, el artículo 361 del Código Civil estatuye que: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido", mientras que el artículo 362 del mismo cuerpo legal declara: "El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera".

Estamos en este caso ante el peligro de liberar legalmente de responsabilidades al padre real y endilgarlas al esposo de la madre, aunque éste mantenga estado de separación de hecho por decenas de años, con el agravante que el hijo puede sufrir consecuencias que van desde lo emocional hasta lo patrimonial, cuestión que no puede seguir admitiéndose, porque, precisamente, la ley está para reconocer y regular los hechos que impone la realidad y, si bien es cierto que la presunción paterno-filial matrimonial que consagra el Código Civil garantiza la paternidad del hijo, no cumple su propósito cuando, probadamente, los cónyuges no hacen vida común.

Otra situación anómala se presenta en los regímenes patrimonial y sucesorio. Si los cónyuges optan por la sociedad de gananciales, en la que todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario, vale decir comunes de ambos esposos (excepto, claro está, los bienes propios enumerados en el artículo 302 del C.C.), producida la separación de hecho y durante el tiempo que dure, el "cónyuge inocente" siempre tendrá derecho de propiedad sobre el 50% de los bienes que adquiriera el otro, aunque hayan sido logrados manteniendo otro hogar, pues se castiga con pérdida de gananciales al cónyuge culpable de la separación de hecho (Art. 324 del C.C.). En lo que se refiere al régimen sucesorio, el marido o la mujer, en caso de muerte de uno de ellos, el que sobreviva tiene derecho a una mitad de la masa hereditaria por el sólo hecho de mantener el vínculo matrimonial, aunque éste haya dejado de ser institución familiar y se haya producido la separación. Igualmente, los

hijos, aunque no tengan como padre al cónyuge de su madre, lo heredarán indebidamente, ya que por ser "hijo matrimonial", concurre en igualdad de derechos que los demás hijos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 818 del Código Civil.

Por otro lado, los últimos datos estadísticos oficiales proporcionados por el INEI, sobre el estado civil de la población, entre los que se halla el sector que vive en estado de separación de hecho, provienen del VII Censo Nacional de Población y IV de Vivienda realizado en 1993, donde, como puede verse del cuadro No 1, de 15'483,790 de peruanos mayores de 12 años, 269,495 tienen la condición de "separado", lo que equivale al 1.74% de esa porción poblacional. A ello se puede sumar por lo menos una gran parte del sector que "no especifica" su estado civil, que era, a 1993, de 176,495 personas (1.14%). Lo referido significa que, grosso modo, un 2.5% de la población mayor de 12 años, que podría representar un universo de entre cuatrocientas mil y cuatrocientas cincuenta mil personas, estaría enfrentando problemas de orden legal, derivados de quebrantamientos del estado matrimonial, no resueltos por falta de legislación sobre la materia específica de la separación de hecho. También puede observarse de la información estadística que se inserta al final, que casi el 70% de la población censada mayor de 12 años separada de su cónyuge, se encuentra entre los rangos etáreos que van de los 20 a los 49 años; vale decir, a aquéllos en los que, generalmente, se constituye la familia. Igualmente, se puede apreciar que es el radio urbano donde se concentra el mayor porcentaje de personas que declaran su condición de "separados" en una proporción de 80.38% contra una rural de 19.62%. Un dato muy interesante que se desprende, es que son las mujeres las que en número inmensamente mayor declaran el estado de separación matrimonial. Son 197,685 frente a solamente 71,810 varones. En porcentajes: 73.35% y 26.65'10, respectivamente. Ello se explica porque los varones, al parecer, prefieren consignar su condición como soltera, situación que a su vez estaría demostrando que

el número de personas casadas que no hacen vida conyugal es mayor al que señalan las estadísticas, pues resulta in-

Congruente que haya diferencias sustanciales en el número de varones y mujeres en situación de separación de hecho.

Finalmente, debe dejarse constancia que el presente Proyecto de Ley viene a ser una actualización del que lleva el número 1716/96-CR y que fuera presentado el 3 de setiembre de 1993, oportunidad desde la que no ha sido objeto del correspondiente Dictamen, que, por tratarse de otra Legislatura, no es exigible, pero que a juicio del proponente es necesario, porque la carencia de legislación sobre la separación de hecho como causal de divorcio, es un vacío que perjudica a una buena parte de la sociedad, que se ha pronunciado por diferentes medios exigiendo la aprobación de la ley. Es, por tanto una necesidad vigente de urgente atención.

II. MATERIALES Y METODOS

2.1 Tipo y diseño de la investigación

El tipo de la presente investigación realizada fue tipo aplicada, porque tuvo como objeto describir y explicar sistemáticamente una realidad concreta que ocurre en nuestro entorno social jurídico, reconociendo en ellas sus características y las variaciones o sus condiciones, para así poder plantear propuestas y de esa manera logramos dar las soluciones respectivas.

El diseño que realizamos es No experimental transaccional – simple, porque no se manipuló ninguna variable, solo se observó tal como ocurre en la realidad socio jurídica, la información y acopio de datos se realizó un solo momento en el tiempo y espacio.

2.2 Variable, Operacionalización

VARIABLES	DIMENSIONES	TECNICA INSTRUMENTO
VARIABLE INDEPENDIENTE: Separación de hecho	Constitución Política del Perú Código Civil Código Procesal Civil	Encuesta Cuestionario
VARIABLE DEPENDIENTE: Obligaciones alimentarias	Constitución Política del Perú Código Civil Código Procesal Civil	Encuesta Cuestionario

2.3 Población y muestra

2.3.1 Población:

Se considera como población para efectos de la presente investigación, los Abogados especialistas en Derecho Civil del Distrito Judicial de Lambayeque, Los fiscales Civiles en del distrito de Lambayeque.

Abogados especialistas en Derecho Civil	115
Los fiscales	10
Funcionarios	8

2.3.2 Muestra:

Se aplicó una encuesta a Abogados especialistas en Derecho Civil del Distrito Judicial de Lambayeque, Los fiscales y los funcionarios en del distrito de Lambayeque, teniendo en cuenta lo siguiente:

$$n = \frac{k^2 * p * q * N}{(e^2 * (N-1)) + k^2 * p * q}$$

N= 133	
k= 2	p= 0.5
e= 5	q= 0.5

N° de encuesta = 100

2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de información

2.4.1 Técnicas

Encuesta. - De ser posible, se empleará un cuestionario, el cual podría ser aplicado a los abogados de la ciudad de Chiclayo a efectos de tener una opinión sobre las sentencias emitidas.

2.4.2 Instrumentos:

Cuestionario. - Este instrumento se emplea en la técnica de la encuesta, y servirá para recoger información de opinión en los abogados de la ciudad de Chiclayo, la cual tendrá una muestra al azar.

2.5 Métodos de análisis de datos

Presentación de Datos. - Los datos obtenidos serán presentados de la siguiente manera:

- a.- Los datos cualitativos, serán presentados en fichas.
- b.- Los datos cuantitativos, serán presentados en cuadros y gráficos.
- c.- También podrá incluirse fotografías y filmaciones editadas.

Procesamiento de Datos. - Estado a lo precedentemente expuesto, el trabajo de gabinete comprenderá el siguiente procedimiento:

b.- Tabulación de datos; a los datos que hayan pasado el procedimiento de crítica y discriminación de datos, y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, se les asignará un código a cada ficha, cuadro, gráfico u otro, el cual se hará teniéndose en cuenta el esquema de investigación que se anexa al final del presente proyecto de investigación.

c.- Tratamiento de datos; Los datos que hayan sido tabulados, serán ordenados de acuerdo al código que se les haya asignado, para su correspondiente análisis, conforme a lo propuesto en el método de análisis, expuesto precedentemente.

2.6 Aspectos éticos

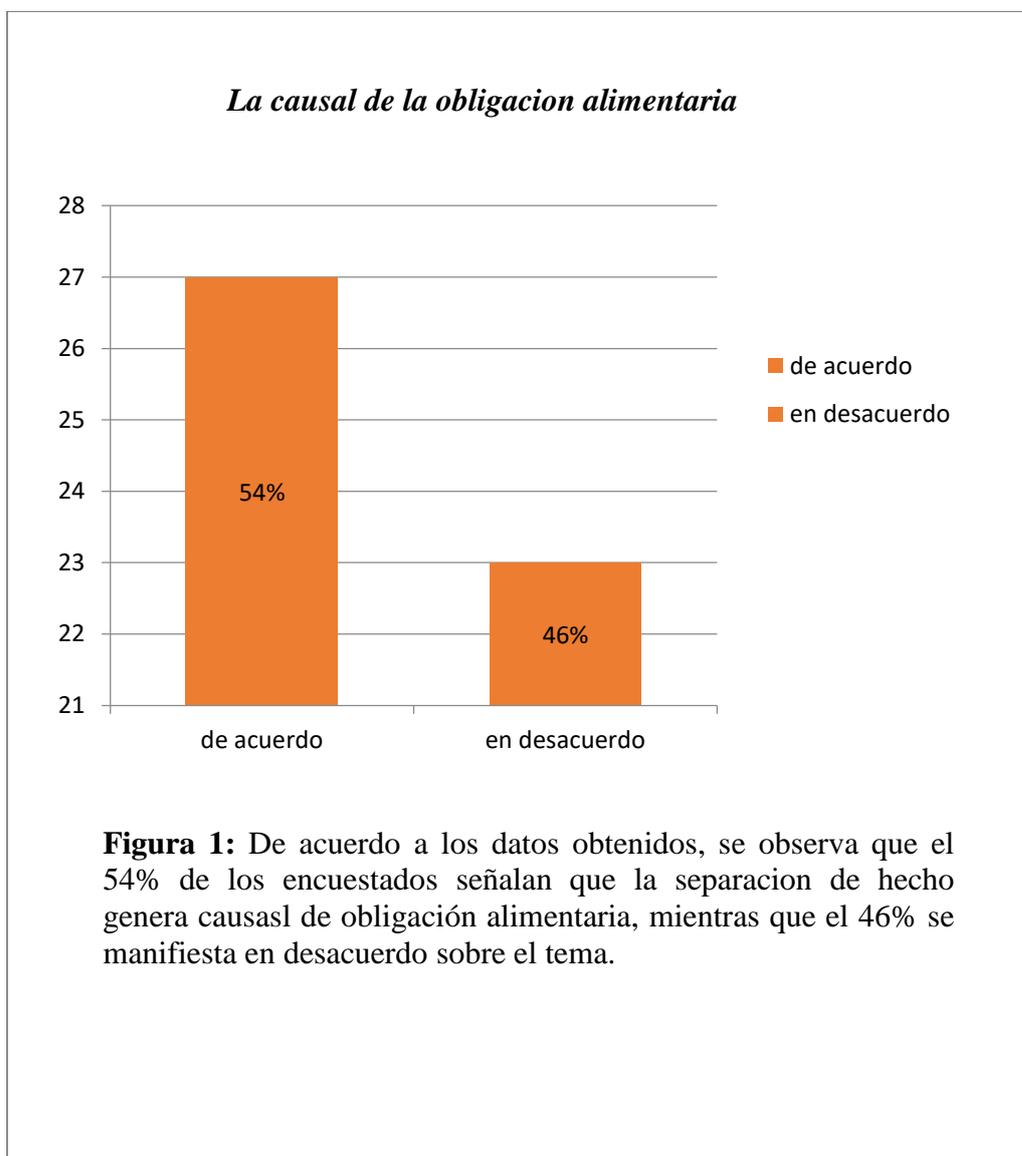
De los criterios citados según Belmont (1979) en su informe sobre “Principios éticos y normas para el desarrollo de investigación que involucran seres humanos” utilizaremos los siguientes:

- a. Autonomía
- b. Beneficencia
- c. Justicia

IV. RESULTADOS

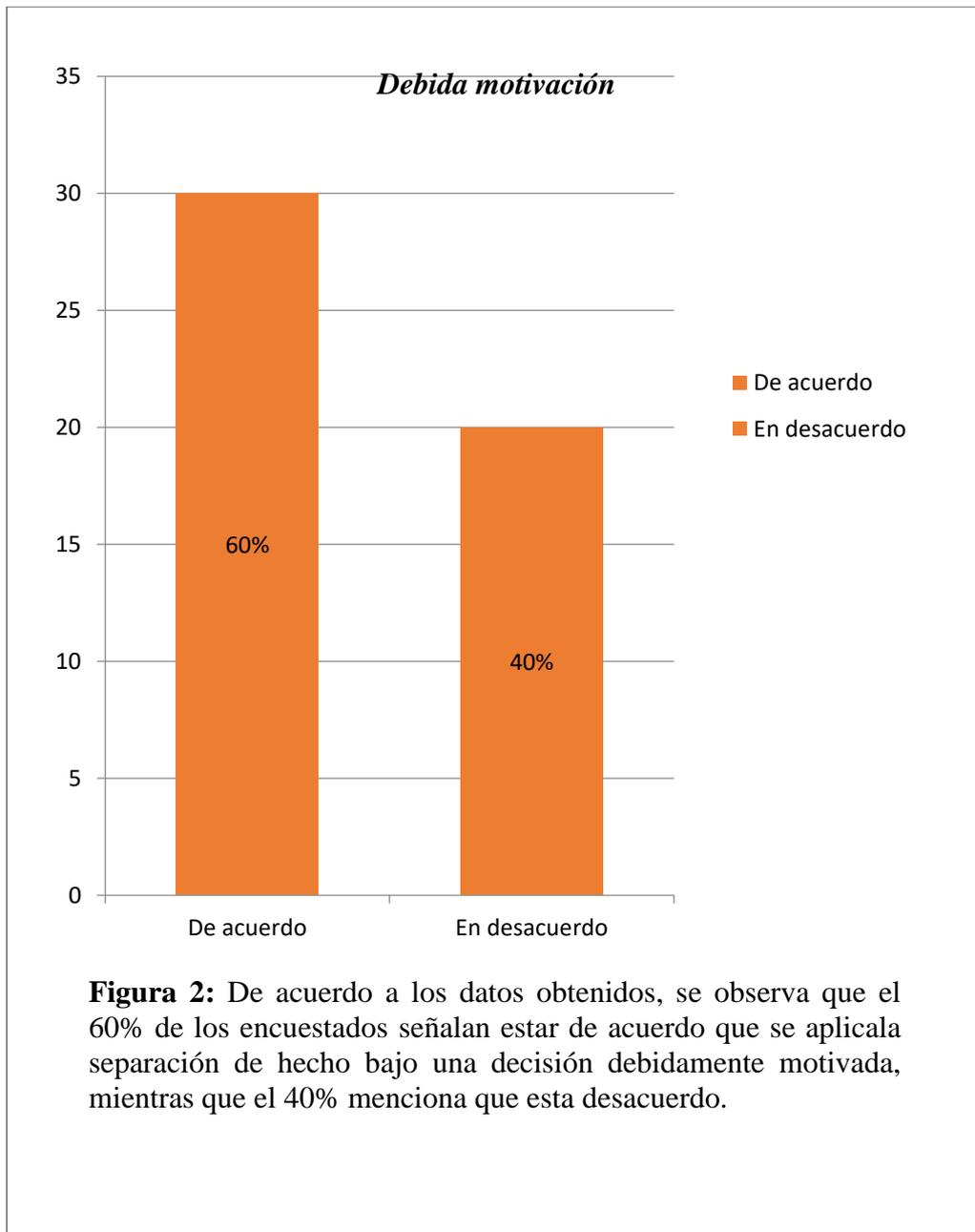
4.1 Tablas y Figuras

4.1.1 Resultados en función a si considera que la separación de hecho genera causal de obligación alimentaria



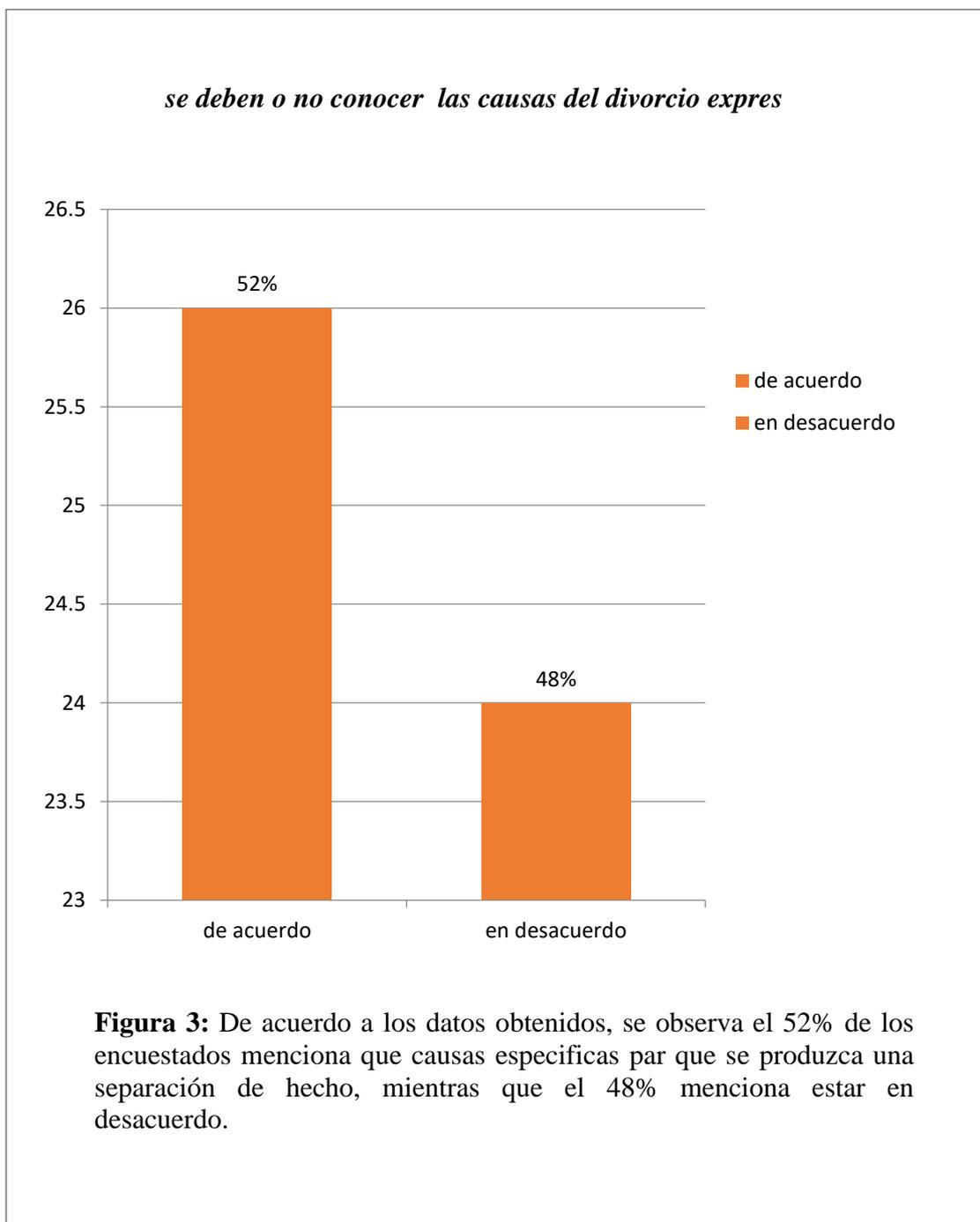
Fuente: propia del investigador

4.1.2 resultados obtenidos en función a si cree correcto que se aplique la separación de hecho bajo una decisión debidamente motivada



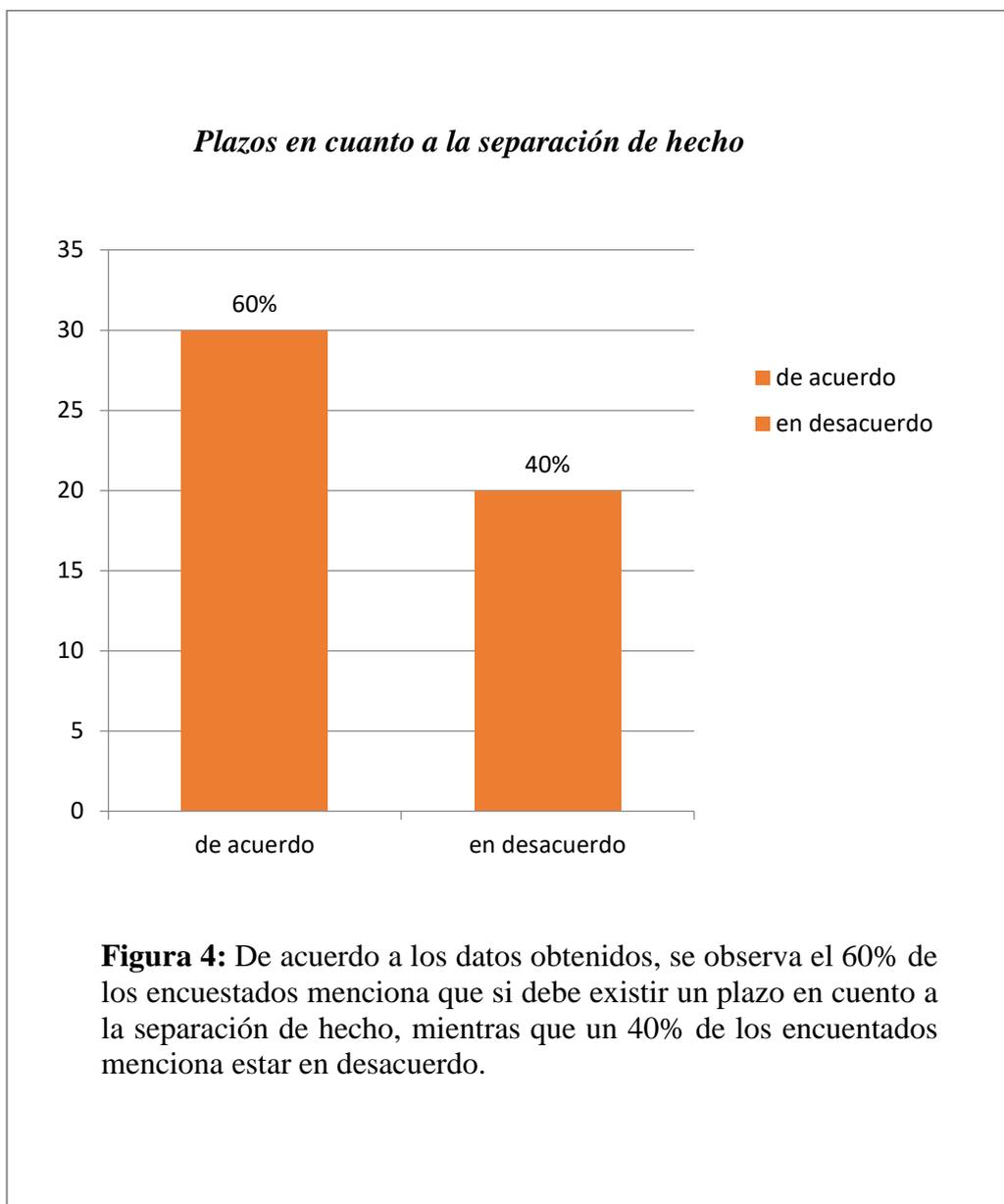
Fuente: propia del investigador

4.1.3 ¿Consideran que deben existir causas específicas par que se produzca una separación de hecho?



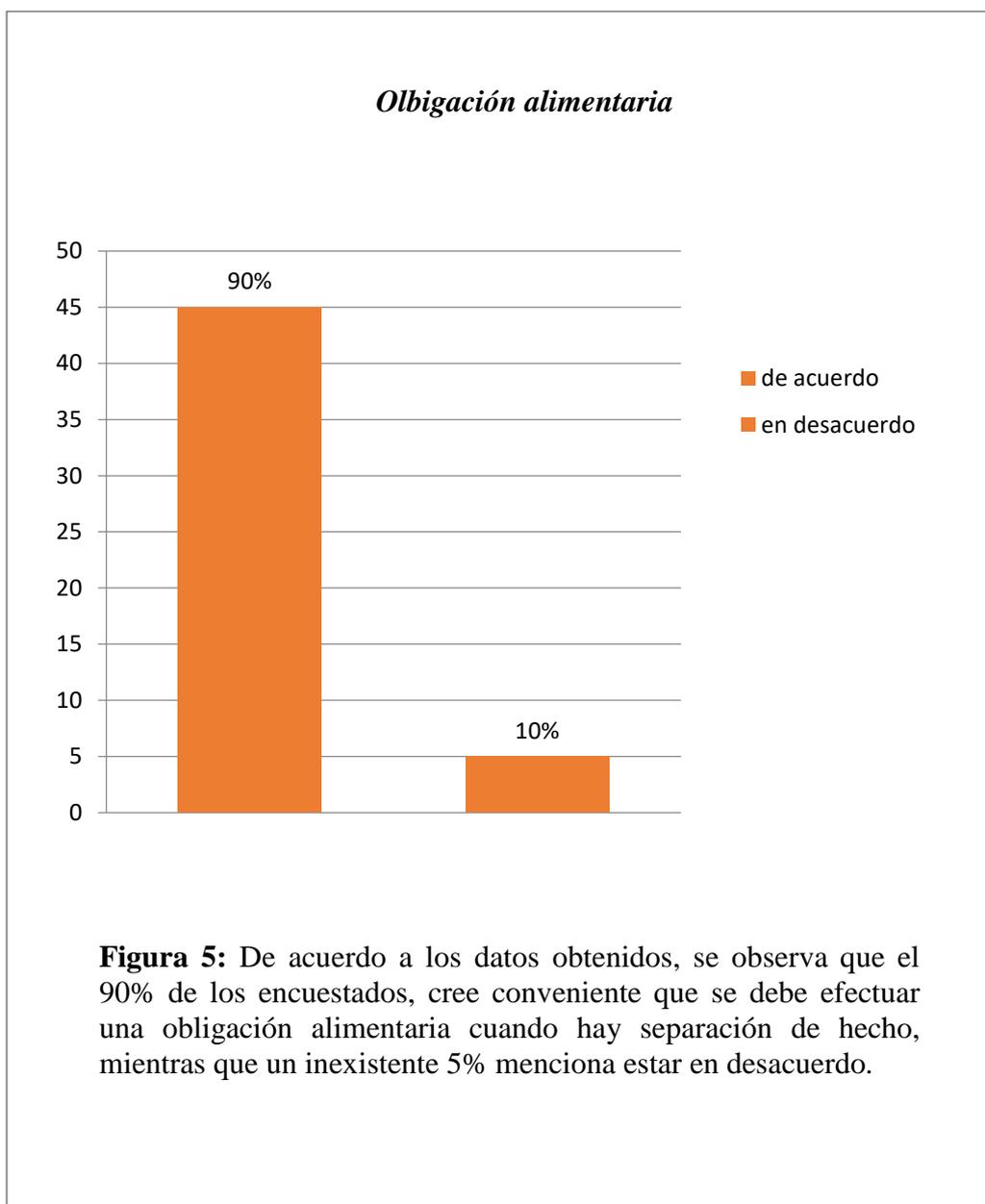
Fuente: propia del investigador

4.1.4 resultados en función a si debe existir plazos en cuento a la separación de hecho



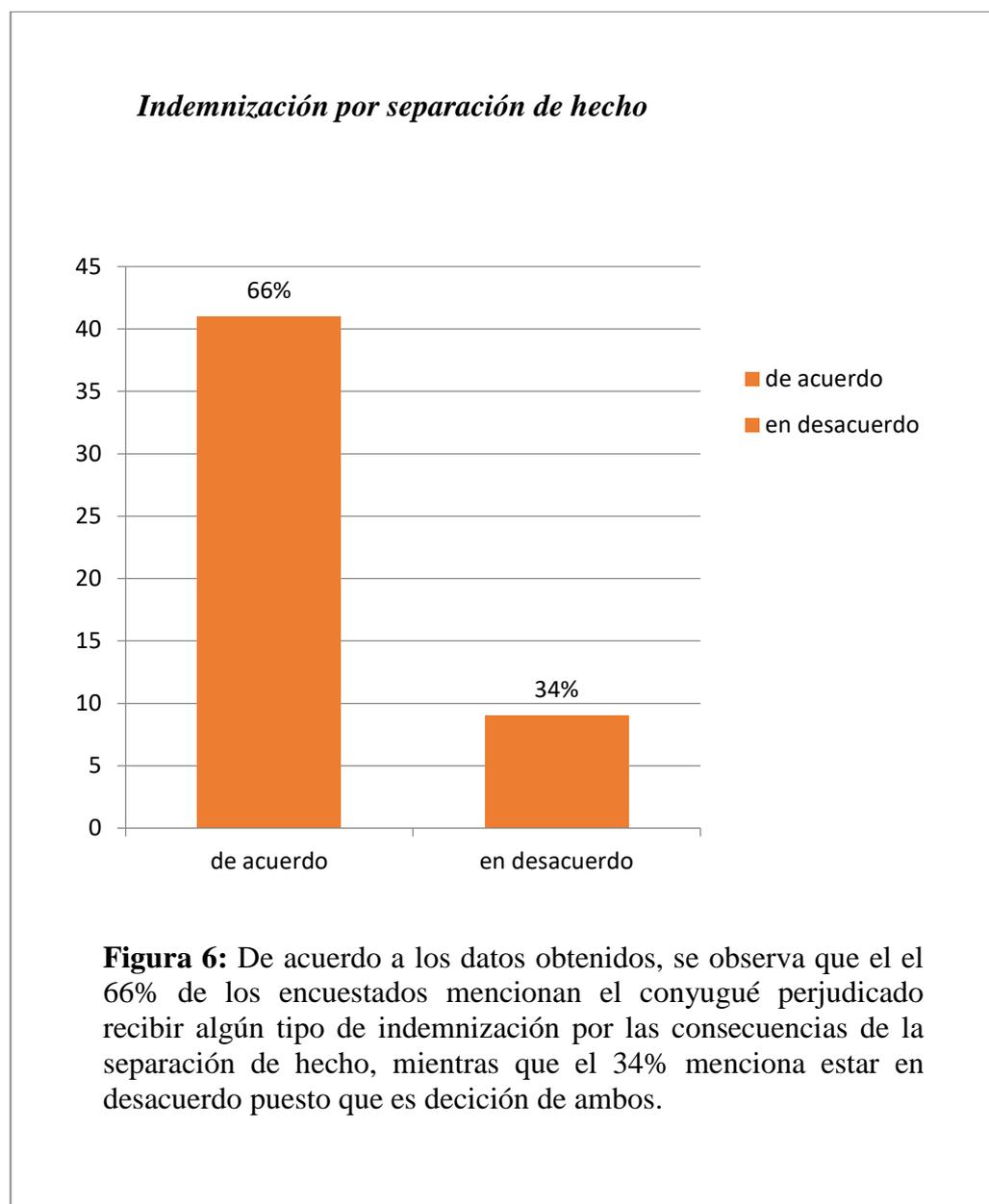
Fuente: propia del investigador

4.1.5 Resultados en función a si cree conveniente que se debe efectuar una obligación alimentaria cuando hay separación de hecho.



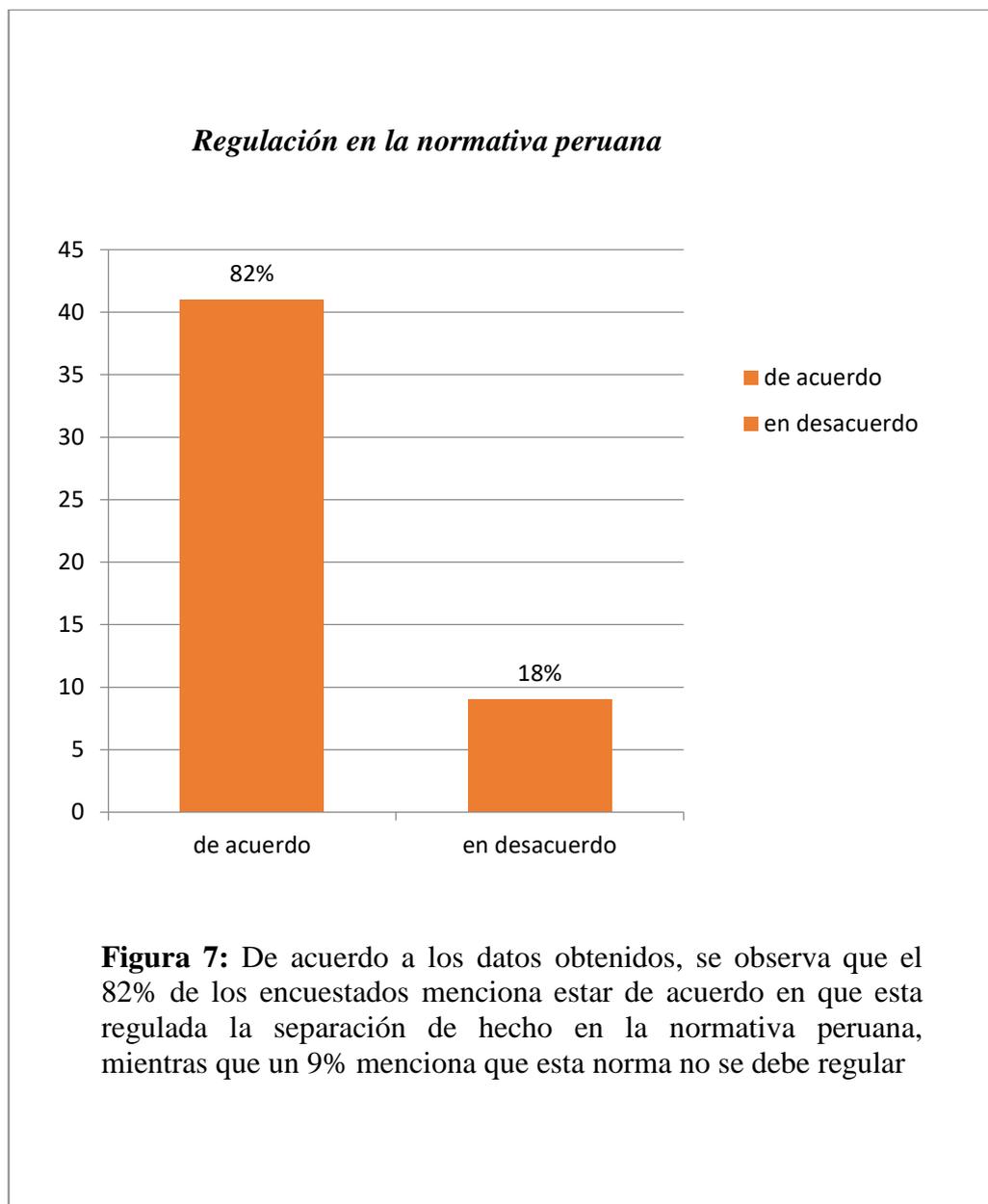
Fuente: propia del investigador

4.1.6 resultados obtenidos en función a si debe el conyugé perjudicado recibir algún tipo de indemnización por las consecuencias de la separación de hecho



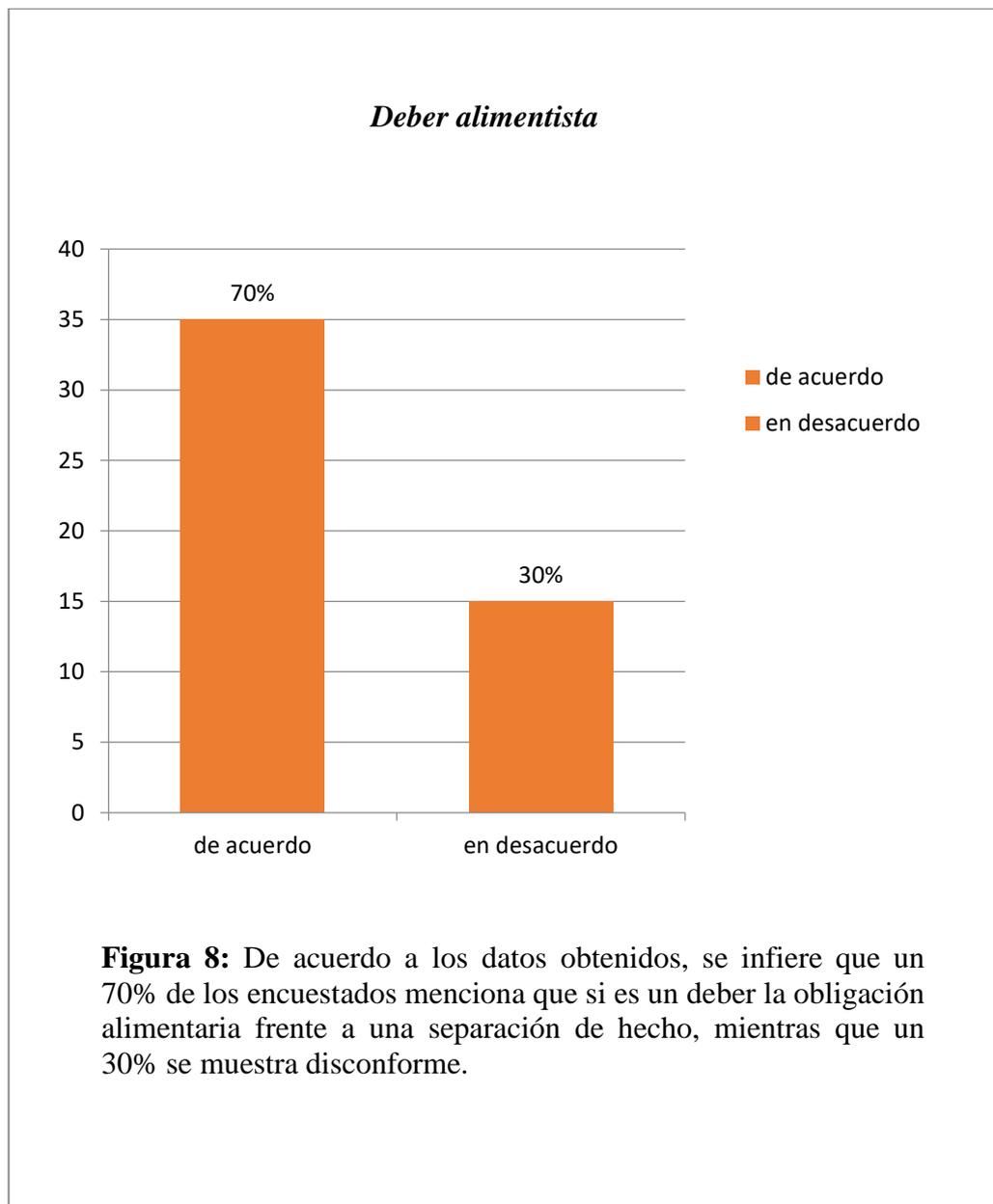
Fuente: propia del investigador

4.1.7 resultados en función a si está regulada la separación de hecho en la normativa peruana



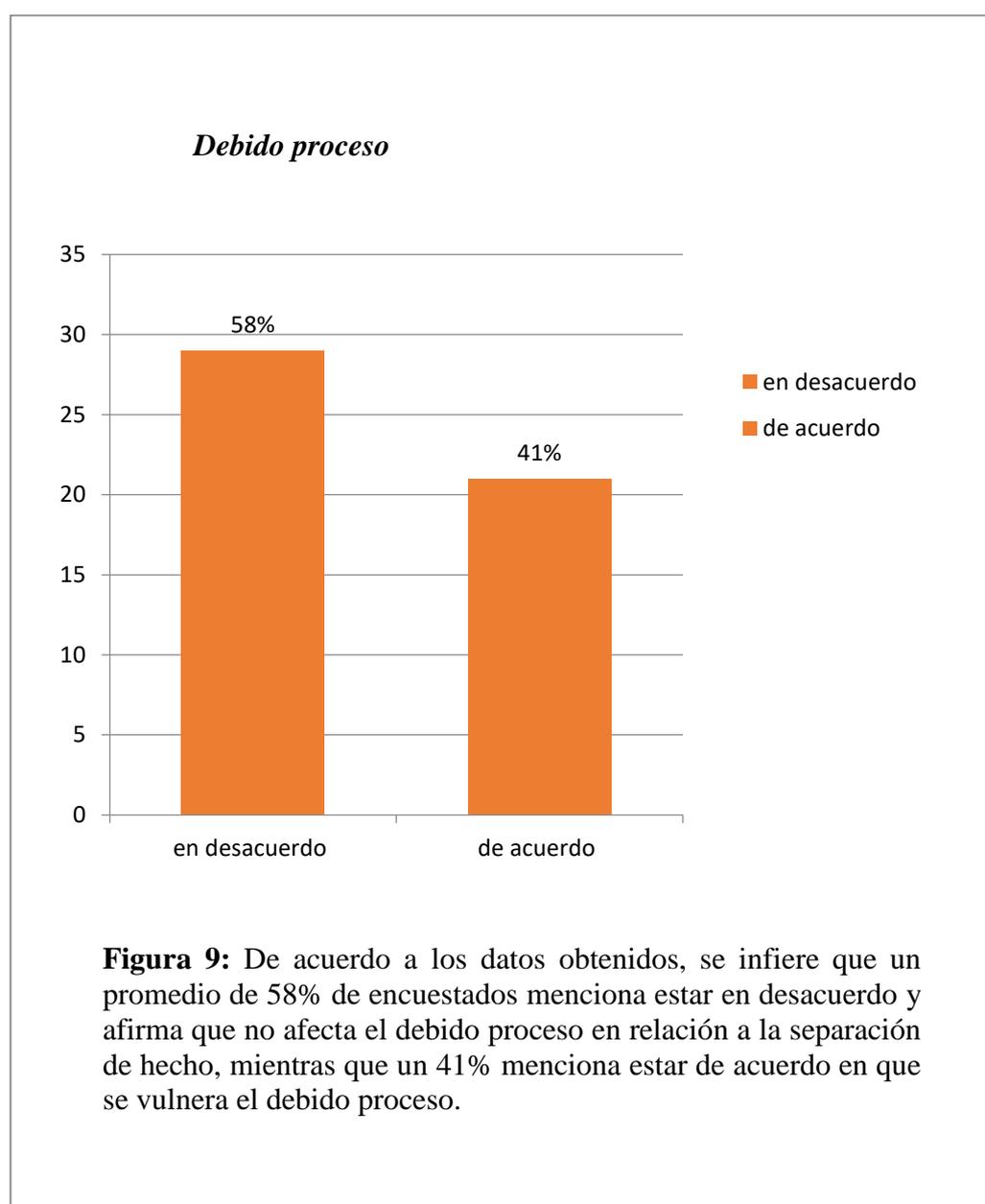
Fuente: propia del investigador

4.1.8 resultados en función a si es un deber la obligación alimentaria frente a una separación de hecho



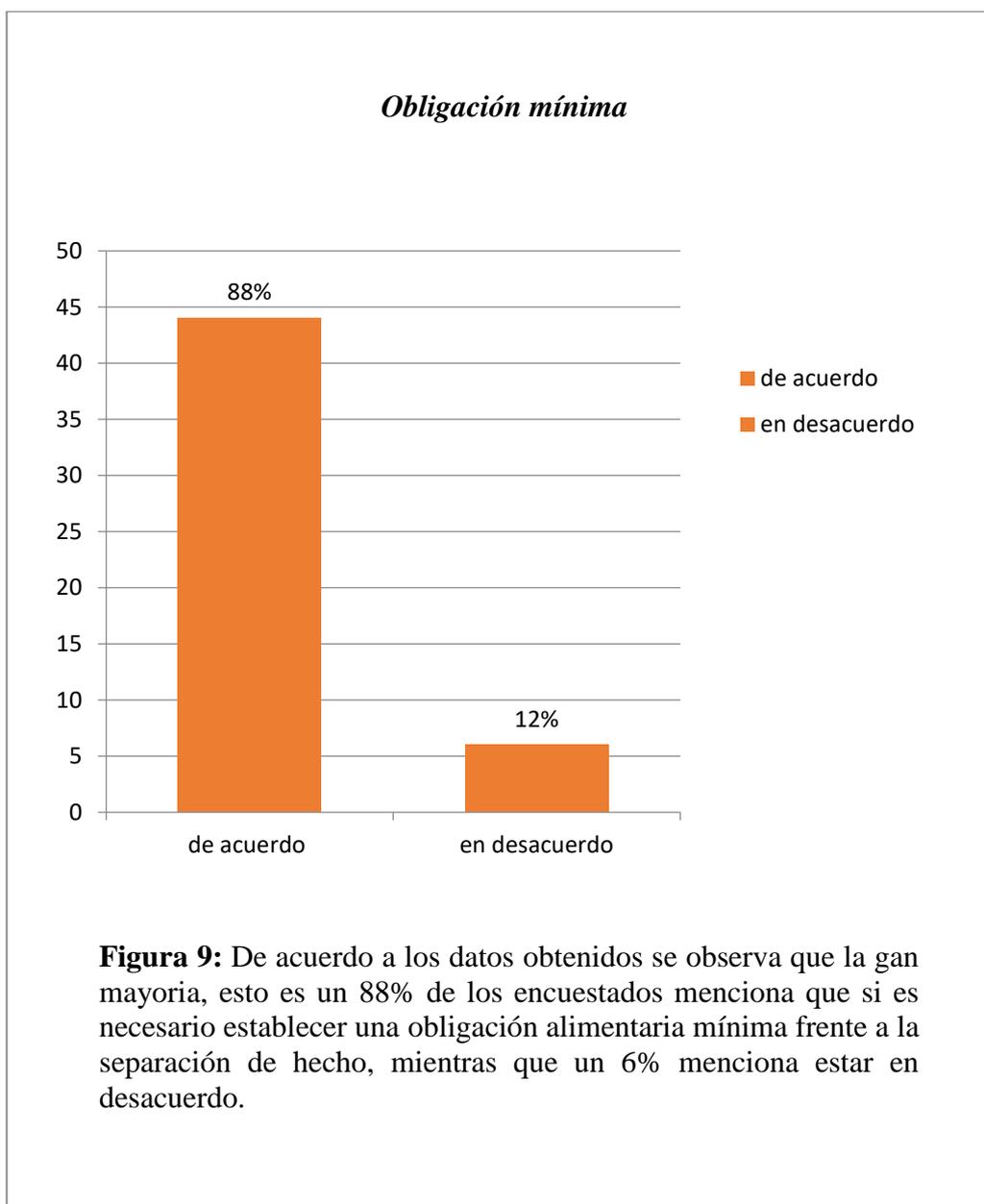
Fuente: propia del investigador

4.1.9 resultados en función a si cree que se afecta el debido proceso en relación a la separación de hecho



Fuente: propia del investigador

4.1.10 resultados obtenidos en función a si es necesario establecer una obligación alimentaria mínima frente a la separación de hecho



Fuente: propia del investigador

V. Discusión

a) Identificar la separación de hecho en el código civil.

De acuerdo a los datos obtenidos, se observa que el 82% de los encuestados menciona estar de acuerdo en que está regulada la separación de hecho en la normativa peruana, mientras que un 9% menciona que esta norma no se debe regular. (Figura 7). De acuerdo a los datos obtenidos, se observa que el 60% de los encuestados señalan estar de acuerdo que se aplica la separación de hecho bajo una decisión debidamente motivada, mientras que el 40% menciona que esta desacuerdo. (Figura 2)

Al ser ello así, se establece que los alimentos no solo se otorgan entre padres e hijos, sino también de manera recíproca entre otras relaciones familiares como los cónyuges. De ahí, en principio, lo regulado en el primer párrafo del artículo 345-A del CC, es decir, como relación aun matrimonial, los cónyuges se deben alimentos, y como tales, deben demostrar el cumplimiento de los mismos.

(Gil, 2016), en su investigación titulada, “Régimen de visitas y el derecho de alimentos con medios eficaces, en el nuevo procedimiento sumario según el Cogep”, tesis para optar el grado de abogada de los tribunales y juzgados de Ecuador de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. En su primera conclusión expresa:

Concluyo que los nuevos medios eficaces establecidos en el COGEP en materia de alimentos y visitas, agilitan y garantizan el pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes sin transgredir, transigir o violar los derechos de los progenitores, lo observado en la Unidad judicial norte me permite finalizar en una verdadera aplicación del proceso sumario.

Sin embargo, es pertinente acotar sobre el contenido del deber alimentario, puesto que según el primer párrafo de la citada norma, el cumplimiento versa sobre los alimentos u “otras que hayan sido pactados de común acuerdo por los cónyuges”. El contenido de los alimentos como deber jurídico asistencial, se desprende en estricto del artículo 472 del CC y 92 del Código de los Niños y Adolescentes; por lo que, debe entenderse como

tales entre otras cosas lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia; e, incluso, cuando se es menor de edad, la educación, recreación y gastos de embarazo forman parte de ella.

Según la norma del primer párrafo del artículo 345-A del CC, quien invoque la causal de separación de hecho debe acreditar estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias u otras pactadas de mutuo acuerdo por los cónyuges; mientras que el inciso 12 del artículo 333 del mismo cuerpo de leyes, establece que en el supuesto de la causal de separación de hecho, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del referido cuerpo legal. Este último dispositivo, regula que “ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”.

Sobre la base de las normas antes glosadas, se llega a la conclusión que la legitimidad para invocar de la tantas veces mencionada causal, la ostenta cualquier cónyuge; pero, claro está, quien se atreve a demandarla, simple y llanamente deberá cumplir con la exigencia procesal contenida en dicho artículo.

Como puede inferirse, la legitimidad para obrar en la causal de separación de hecho, la despliega cualquier cónyuge, sin importar si fue quien dio motivos para la separación, dado que la prohibición de fundar la demanda en hechos propios, no se aplica a esta causal; y esto, debido a que se trata de una causal que no se enfoca en la conducta de un cónyuge determinado para generar un divorcio o una separación de cuerpos, sino en la consecuencia de las conductas de cualquiera de los cónyuges, vale decir, no se centró en la causa sino en el fin per se.

La exigencia procesal contenida en el primer párrafo del artículo 345-A del CC, resulta ser un requisito para interponer la demanda de separación de cuerpos o divorcio por causal de separación de hecho. A nivel doctrinario y jurisprudencial, no hay consenso sobre si determinar si dicho requisito es uno de admisibilidad o procedencia.

b) Efectuar un análisis frente a la relación que guarda la separación de hecho y las obligaciones alimentarias

De acuerdo a los datos obtenidos, se observa que el 54% de los encuestados señalan que la separación de hecho genera causas de obligación alimentaria, mientras que el 46% se

manifiesta en desacuerdo sobre el tema. **(Figura 1)**. De acuerdo a los datos obtenidos, se infiere que un 70% de los encuestados menciona que si es un deber la obligación alimentaria frente a una separación de hecho, mientras que un 30% se muestra disconforme. **(Figura 8)**.

Resulta interesante recordar que los cónyuges se deben alimentos recíprocamente; el deber asistencial es uno de los tantos deberes del matrimonio; por lo que, mientras ambos conviven o cohabitan en armonía, se presume iuris tantum que todos los deberes se están cumpliendo de manera efectiva. Asimismo, mientras no sea reclamado el deber alimenticio, asumimos que estos se están ejecutando, por más que los cónyuges estén de hecho separados, puesto que el deber alimentario se mantiene incólume. Sin embargo, al no exigirse, válidamente se puede concluir que se están satisfaciendo o no resultan necesarios, por no existir un estado de necesidad.

(Pinillo, 2017), en su investigación titulada, “La mediación como método alternativo para solución de conflictos de pensiones alimenticias”, tesis para optar el título de abogado de la Universidad de Hemisferios, en su conclusión expresa:

La mediación es un método alternativo efectivo para la solución de problemas que tengan que ver con pensiones alimenticias, ya que, alcanza el 100% de eficacia en la consecución de su objetivo, pero la falta de difusión del mismo provoca un bajo índice de uso por parte de la población, la cual en su gran mayoría desconoce cómo acceder al mismo (p.33).

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 interpretado de manera absoluta y estática por los Jueces, pues excepcionalmente, dependiendo de cada caso en concreto, puede presentarse causas o circunstancias que justifiquen la no exigencia de este requisito, como ocurre en el presente caso.

Resulta claro que las interpretaciones en ese sentido quedan, en última instancia, a merced de los órganos jurisdiccionales, los cuales, sin duda, atenderán en base a los principios del derecho de familia y procesal familiar.

Nuestra legislación nacional reconoce al divorcio como un sistema de disolución del vínculo matrimonial, y dispone en el artículo 333 del Código Civil las causales por las

cuales resulta procedente dicha disolución, estableciendo para ello un sistema mixto que regula respecto a los cónyuges.

“La concepción del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquel se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges, que se traduce en la frustración de la finalidad del matrimonio, por lo que el otro cuenta con interés legítimo para demandar; si no le fuera dable imputarle alguno de los incumplimientos aludidos que la ley denomina como ‘causales’, faltaría el sustento mismo de la acción. La concepción del divorcio como remedio se sustenta en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar. La diferencia sustancial entre la concepción del divorcio sanción y del divorcio remedio reside en que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio, mientras que la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto” (Plácido, 2008) el resaltado es nuestro.

c) Determinar las obligaciones alimentarias como causales de separación de hecho

De acuerdo a los datos obtenidos, se observa el 60% de los encuestados menciona que si debe existir un plazo en cuenta a la separación de hecho, mientras que un 40% de los encuestados menciona estar en desacuerdo (**figura 4**). De acuerdo a los datos obtenidos, se observa que el el 66% de los encuestados mencionan el conyugue perjudicado recibir algún tipo de indemnización por las consecuencias de la separación de hecho, mientras que el 34% menciona estar en desacuerdo puesto que es decisión de ambos. (**Figura 6**).

Estas disposiciones indican cuales son los alimentos suficientes y los necesarios para que el beneficiario pueda subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social. En ese entendido la historia nos muestra que la obligación de asistir a los hijos menores existió desde mucho tiempo atrás, que se viene manteniendo hasta la actualidad como una necesidad para satisfacer todos los requerimientos de los necesitados que en muchos casos son abandonados y dejados a su suerte.

(Cornejo O. S., 2016), en su investigación titulada, “El principio de economía procesal, celeridad procesal y la exoneración de alimentos”, tesis para optar el título profesional de abogado de la Universidad Privada Antenor Orrego, expresa en su conclusión:

El proceso de exoneración de alimentos, es un proceso accesorio del de Alimentos, y comenzar un nuevo proceso, requiere de muchos recursos tanto económicos para los sujetos procesales como recursos económicos, genera carga procesal. es por ello que hemos considerado tramitarlo en la mismo expediente mediante solicitud, la cual contenga las mismas características y formalidades exigidas por ley, ya que sus características son similares y se tramitan bajo los mismos parámetros, y además estaríamos tramitando en vigor al Principio de economía y celeridad procesal, restando tiempo, dinero y esfuerzos.

Por otro lado el Derecho de Familia institucionaliza la unión intersexual entre hombre y mujer porque atreves del matrimonio (familia conyugal) y la procreación a través de la relación padres e hijos (familia filial). Ahora de forma consensuada la doctrina considera al sexo y a la procreación como la base de la estructura familiar ,sexo ,ayuntamiento , coito ,unión carnal estos son actos humanos realizados por placer ,comprometiendo y afianzando la relación ,sea o no con fines procreativos (Castro, 2003).

De acuerdo a lo previsto en la Constitución Política, la comunidad y el Estado protegen la familia y promueven el matrimonio, por ser "institutos naturales y fundamentales de la sociedad" y, en consecuencia, es motivo de su interés la convivencia armónica entre los cónyuges, puesto que de ella depende el mantenimiento del vínculo legal. Por otro lado, hay previsión legal sustantiva y procesal para el caso contrario y otras cuestiones sobrevinientes, (separación de cuerpos y disolución del vínculo matrimonial), sin haberse comprendido dentro de las causales la separación de hecho, que viene a ser la ruptura de origen unilateral o de voluntad común de los cónyuges, de uno de los elementos constitutivos del matrimonio: la vida común.

VI. Conclusiones

- a) La causal de separación, si bien contiene matices subjetivas y objetivas, no por ello debe concluirse que pertenece a un sistema dual o mixto, dado que debe atenderse a su fin o que para su configuración es suficiente acreditar la situación de hecho. Las obligaciones alimentarias u otras pactadas de común acuerdo por los cónyuges, tiene como beneficiarios de dichos deberes a ellos mismos, atendiendo a la norma especial que regula tales situaciones.

- b) Para ser exigido o materializado el requisito contenido en el primer párrafo del artículo 345-A del CC, debe existir previamente una deuda cierta y líquida, esto es, establecida en una sentencia o acuerdo formal indubitable, dado que los deberes conyugales, como los asistenciales, se presumen en el matrimonio, aun así predomine una situación fáctica de separación, puesto que el vínculo conyugal aún está vigente.

- c) La exigencia contenida en el primer párrafo del artículo 345-A del CC, es una de carácter procesal, entendido como un requisito de procedencia; sin embargo, debe ser valorada bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

VII. Recomendaciones

- a) La actuación de medios probatorios de oficio por parte del juzgador de ninguna manera constituye una intromisión del deber probatorio del demandante o un perjuicio al demandado.
- b) Deben disponer la actuación de medios probatorios de oficio que le permitan resolver de manera clara todos los puntos controvertidos planteados, y de esta forma llegar a una decisión justa para las partes intervinientes.
- c) Es necesario que la instancia superior agotara todas las facultades que la ley le confiere, a fin de determinar quién era el cónyuge responsable del contagio

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfaro, L. (2011), La indemnización en la separación de hecho. Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal, Lima: Gaceta Jurídica.
- Borda, G. (2015), “Divorcio sanción - divorcio remedio. Su debate”, en Aa Vv, Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil, Lima: Gaceta Jurídica.
- Cabello, C. (2009), “El divorcio en el derecho peruano”, en Acevedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo (coords.), El divorcio en el derecho iberoamericano, Madrid: Talleres Editoriales Cometa.
- Cornejo, C. H. (2000). *Derecho familiar peruano*. Lima.
- Cornejo, C. H. (Lima). *Derecho de familia peruano*. 1999: Gaceta Jurídica.
- De Bernardis, L. (1995), La garantía procesal del debido proceso, Lima: Cultural Cuzco.
- Díez, P. L., & Gullón, A. (1995). *Instituciones de derecho civil*. Lima: Tecnos SA.
- Editores, J. (2018). *Código Civil & Código Procesal Civil*. Lima: Jurista Editores .
- Estrada, A. (1974), El divorcio en la legislación peruana: doctrina legislación y jurisprudencia, Trujillo: Bolivariana.
- Fernández, M. (2013), Manual de derecho de familia: Constitucionalización y diversidad familiar, Lima: PUCP.
- González, J. (2002), El derecho a la tutela jurisdiccional, 2.a ed., Madrid: Civitas, 1985
- Landa Arroyo, César, “El Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, en Pensamiento Constitucional, Año VIII n.º 8, Lima: Recuperado de <<http://bit.ly/2bxjI3A>>.
- Plácido, A. (2008), Las causales del divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Lima: Gaceta Jurídica.

Ticona, V. (1999), El debido proceso y la demanda civil, 2.a ed., Lima: Rodhas.