

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

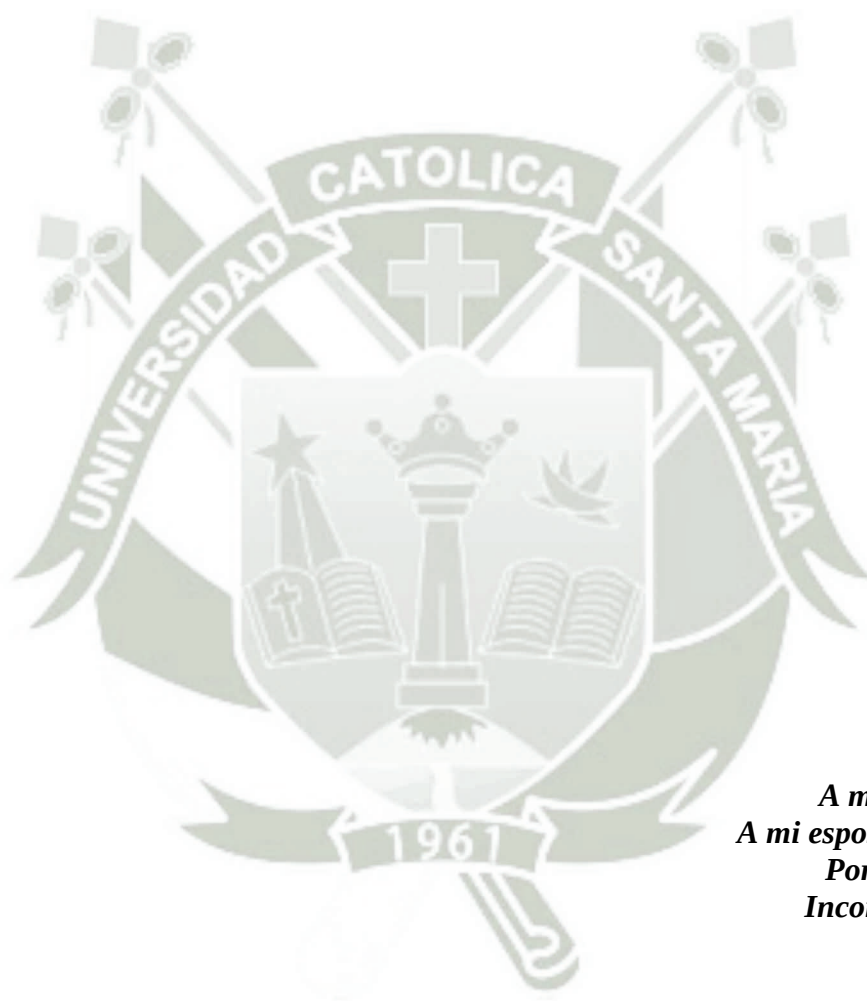
MAESTRIA EN DERECHO CIVIL



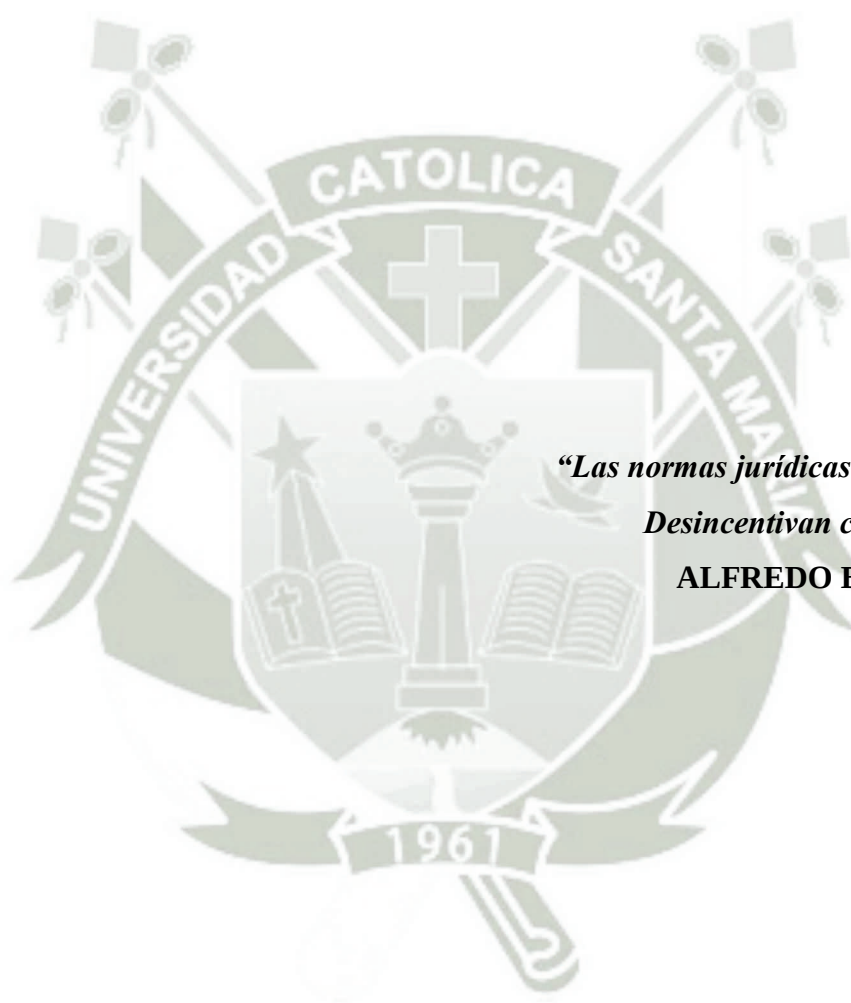
**“COEXISTENCIA DE LAS FIGURAS JURÍDICAS DEL CÓNYUGE DAÑADO
Y CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL SISTEMA DEL DIVORCIO PERUANO
Y LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA REGULACION”**

**Tesis presentada por el Bachiller
JAVIER EDUARDO FERNÁNDEZ DÁVILA
MERCADO
Para optar el grado académico de
Magíster en Derecho Civil**

**AREQUIPA - PERU
2010**



*A mis padres,
A mi esposa e hijos,
Por su apoyo
Incondicional.*



***“Las normas jurídicas incentivan
Desincentivan conductas.”***
ALFREDO BULLARD

RESUMEN

El presente informe de investigación denominado “**COEXISTENCIA DE LAS FIGURAS JURÍDICAS DEL CÓNYUGE DAÑADO Y CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL SISTEMA DEL DIVORCIO PERUANO Y LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA REGULACIÓN**”, está desarrollado en tres partes, las conclusiones de la investigación, las propuestas y un anexo que contiene el análisis de los Proyectos de Ley y los Dictámenes del Congreso, el análisis de expedientes judiciales y el Proyecto de Investigación.

La Primera Parte de la presente investigación corresponde al análisis de un marco doctrinario general a fin de ubicarnos en el estudio de los Sistemas del Divorcio asumidos en nuestra legislación, como lo son el “*Divorcio Sanción*” y el “*Divorcio Remedio*”; para ello veremos, previamente, de una manera muy sucinta y referencial el obligado tema de la Familia, Matrimonio y el Divorcio, poniendo énfasis en los deberes matrimoniales así como en los efectos del Divorcio.

Una Segunda Parte, corresponde ya a la investigación doctrinal realizada por una parte sobre a la figura jurídica del **Divorcio Sanción**, su naturaleza, presupuestos y su incorporación en el derecho peruano; así mismo, corresponde hacer el estudio de uno de sus efectos más importantes, es decir, el **Cónyuge Dañado** por el divorcio, buscando poner énfasis en la diferencia entre el *daño ocasionado por el divorcio en sí* y los *daños ocasionados por los hechos constitutivos de la causal de divorcio*, así como en análisis de los presupuestos de la Responsabilidad Civil necesarios para la reparación del daño, todo ello a fin de resaltar la características principal de este tipo de divorcio, valga decir, “*la culpabilidad*”, entendida como un acto ilícito, claramente determinado como un quebrantamiento de uno o más deberes matrimoniales.

La Tercera Parte, constituye el análisis sobre la dimensión real que debe tener el **Divorcio Remedio**, la finalidad que se persigue con el mismo a diferencia del divorcio sancionador y una novedosa visión, en nuestro derecho, sobre la figura jurídica del **Cónyuge Perjudicado**, primeramente haciendo notar su regulación errónea que no solamente ha vaciado de contenido al Divorcio Remedio y creado confusión en la doctrina y jurisprudencias nacionales, sino que ha restado protección a efectos del divorcio que necesitaban una tutela urgente. La finalidad perseguida va a tender a una adecuada regulación del Divorcio Remedio y una ubicación en su real dimensión a la “Tutela Económica al Cónyuge Perjudicado” por el divorcio, sustentando ello en su necesidad cultural y social de nuestra realidad, así como en la legislación comparada.

ABSTRACT

This research report entitled **"COEXISTENCE OF FIGURES LEGAL SPOUSE injured spouse DAMAGED AND SYSTEM OF DIVORCE IN PERU AND THE NEED FOR PROPER ADJUSTMENT"** is developed in three parts, the findings of the investigation, proposals and Annex containing the analysis of court records, the Research Project and the opinions and parliamentary discussions.

The First Part of this research for the analysis of a general doctrinal framework to locate in the study of systems of Divorce entered in our legislation, such as the "Divorce Sentence" and "Divorce Remedy" to see it previously, in a very concise and reference the forced issue of Family, Marriage and Divorce, emphasizing marital duties as well as the effects of divorce.

A second part, it is already a doctrinal research conducted by a part on the legal concept of Divorce Remedy, its nature, budgets and their incorporation into the Peruvian law, likewise, corresponds to the study of one of its most important ie Spouse Damaged by divorce, seeking to emphasize the difference between the damage caused by the divorce itself and the damage caused by the facts constituting the grounds for divorce, as well as analysis of the budgets of the Civil Liability needed to repair the damage, all to highlight the main characteristics of this type of divorce, may we say, "guilt", meaning an illegal act, clearly identified as a breach of one or more marital duties.

Part Three is the analysis on the actual size should have the Divorce Remedy, the aim pursued with the same penalties as opposed to divorce and a new vision, on our right, on the legal concept of the injured spouse, first by noted its regulation has not only erroneous emasculate Divorce Remedy and created who needed urgent protection. The intended purpose is to build a proper regulation of Divorce Remedy and location in real dimension of protection to the spouse who gets hurt by divorce, supporting it in its cultural and social needs of our reality, as well as comparative law.

ÍNDICE

TÍTULO ÚNICO LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO

CAPÍTULO I LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

1. Premisa	14
2. La Familia: Importancia y cuestiones de orden publico	15
3. El Matrimonio: Génesis y efectos en la vida social	18
3.1. Concepto	18
3.2. Finalidad.....	18
3.3. Aspectos Históricos: El Matrimonio en diferentes pueblos	19
3.4. Caracteres.....	21
3.5. Obligaciones y Deberes.....	22
3.5.1Obligaciones alimentarias	22
3.5.2. Obligaciones reciprocas de los cónyuges	23
3.5.2.1. Deber de Fidelidad	23
3.5.2.2. Deber de Asistencia	25
3.5.2.3. Deber de Cohabitación	25
3.5.2.4. Igualdad en el gobierno del hogar	26
3.5.2.5. Obligación de sostener el hogar y la familia	27
3.5.2.6. Representación legal de la sociedad conyugal	27
3.5.2.7. Libertad de trabajo de los cónyuges	28
3.5.2.8. Representación unilateral de la sociedad conyugal	28
4. El Matrimonio en nuestra Legislación	29
4.1. Proyecto de Vidaurre 1834	30
4.2. Código Civil de Santa Cruz	30
4.3. Código Civil de 1852	31
4.4. Código Civil de 1936.....	31
4.5. Código Civil de 1984.....	32

CAPITULO II EL DIVORCIO

1. Introducción	33
2. Concepto	33
3. Clases de Divorcio	34
3.1. Divorcio Absoluto	34
3.1.1. Países que reconocen el Divorcio Vincular	35
3.2. Divorcio Relativo	36
3.2.1. Países que reconocen el Divorcio Relativo.....	36
4.- Doctrinas Antidivorcistas y Divorcistas	36
4.1.- Tesis Antidivorcista	37
4.2. Tesis Divorcista	38
5.- Tipos de Divorcio	38
4.1. Divorcio Sanción	38
4.2. Divorcio Remedio	39
4.3. Sistema Mixto	40

PARTE II

TÍTULO UNICO TEORIA DEL DIVORCIO SANCIÓN Y EL CÓNYUGE DAÑADO

CAPÍTULO I EL DIVORCIO SANCIÓN

1.- ¿QUÉ ES EL DIVORCIO SANCIÓN?	42
2.- CAUSALES DEL DIVORCIO	43
2.1. Causales de Separación de Cuerpos	44
2.1.1. Limitaciones a la acción de separación por causales específicas	45
2.1.2. Causales según el Código Civil de 1984	46
2.1.2.1. El Adulterio	46
2.1.2.2. La Violencia física o psicológica	49
2.1.2.3. El atentado contra la vida del cónyuge	50
2.1.2.4. La injuria grave	51
2.1.2.5. Abandono Injustificado de la Casa Conyugal	53
2.1.2.6. La Conducta Deshonrosa	54
2.1.2.7. Uso habitual de Drogas	56
2.1.2.8. Transmisión de Enfermedad Venérea Grave	57
2.1.2.9. La Homosexualidad sobreviniente al Matrimonio	58
2.1.2.10. La Condena Privativa de la Libertad por más de dos años	59
2.1.2.11. La imposibilidad de hacer vida en común	61
2.1.2.12. La Separación de Hecho de los Cónyuges	62
2.1.2.13. La Separación Convencional. Mutuo Disenso	63
3. Efectos del Divorcio	64
3.1. Con relación a los cónyuges	64
3.1.1. Disolución del Vínculo Matrimonial	64
3.1.2. Obligación Alimentaria de los Cónyuges	65
3.1.3. Reparación del Daño Moral	66
3.1.4. Pérdida de Gananciales	66
3.1.5. Pérdida de Derechos Hereditarios	67
3.1.6. Cesación de llevar el apellido del marido	67
3.1.7. Terminación de la afinidad colateral	67
3.2. Con relación a los hijos	68
3.2.1. Suspensión del ejercicio de la Patria Potestad	68
3.2.2. Derecho Alimentario	68

CAPÍTULO II LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE DAÑADO

1. Antecedentes	70
2. Fundamento	71
2.1. La Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia	71
2.2. La Indemnización de Daños y Perjuicios derivados del Divorcio	72
Qué se indemniza en el Divorcio?	74
2.2.1. El daño consecuencia del hecho generador del divorcio	74
2.2.2. El daño ocasionado por el divorcio	76
3. Naturaleza Contractual o Extracontractual	78
3.1. Carácter de la responsabilidad	78
3.1.1. Responsabilidad contractual	78
3.1.2. Responsabilidad extracontractual	80
4. Presupuestos	81
4.1. Antijuridicidad	81
4.2. Relación de causalidad	82
4.3. Factor de atribución	84
4.3.1 La culpa	84
4.3.1.1. La culpa grave como factor de atribución	84
4.3.1.2. El divorcio por culpa de ambos cónyuges	86
4.3.2. El Dolo	88
4.4. Los Daños	88
4.4.1. Los Daños Material	89
4.4.2. Daño moral	90

PARTE III

LA TEORIA DEL DIVORCIO REMEDIO Y LA AUSENCIA DE CONYUGE CULPABLE

TITULO I

EL DIVORCIO REMEDIO Y EL CONYUGE PERJUDICADO EN LA LEY 27495

Capítulo I

EL Divorcio Remedio y la Separación de de Hecho

1. Que es el Divorcio Remedio	91
1.1 Definición	91
1.2 Antecedentes	93
2. El divorcio por la causal de Separación de Hecho	98
2.1. Concepto	99
2.2. Elementos	100
2.3. Efectos	101
2.3.1. Fin de la sociedad de gananciales	101
2.3.2. Ejercicio de la patria potestad y derecho alimentario	101
2.3.3. Indemnización de daños derivados del divorcio	102
2.3.4. Protección de la estabilidad económica del cónyuge perjudicado	102

CAPITULO II

El Divorcio Remedio y El Cónyuge Perjudicado

1.- De La Distorsión	103
2.- De la Regulación Parlamentaria	105
2.1. De la ausencia de culpabilidad	105
2.2. De la tutela al cónyuge perjudicado	106
3.- Indemnización en caso de perjuicio	110
4.- Jurisprudencia Confusa	111

TITULO II

NUEVA VISION DEL DIVORCIO REMEDIO Y EL CONYUGE PERJUDICADO

Capítulo I

El Divorcio Remedio

El Divorcio Remedio	121
---------------------------	-----

Capítulo II

El Cónyuge Perjudicado

1.- Necesidad de Tutela al Cónyuge Perjudicado	123
1.1 Discriminación	123
1.2.- Dependencia económica y estado de vulnerabilidad	124
2.- Tutela en el Derecho comparado	126
2.1. Pensión compensatoria en el derecho francés	128
2.2. Asignación por divorcio en el derecho italiano	129
2.3. Pensión compensatoria en el derecho español	130
3. Fundamento	132
4.- Naturaleza	133
4.1. La Pensión Compensatoria tiene una naturaleza alimenticia	133
4.2. La pensión compensatoria tiene una naturaleza indemnizatoria	134
4.3. La pensión compensatoria tiene una naturaleza compensatoria	135
4.4. La pensión compensatoria tiene una naturaleza mixta	136
5.- Presupuestos	137
5.1. La existencia de una resolución firme de separación o divorcio	137
5.2. Desequilibrio económico	140
5.3. Empeoramiento	141
Conclusiones	143
Propuesta	145

Anexo I	146
Cuadro resumen Proyectos de Ley - periodo 1995-2000	147
Cuadro resumen Proyectos de Ley - periodo 2000-2001	150
Proyecto de Ley 565/2000-CR, de la Congresista Miriam Schenone	152
Dictámenes de Comisiones	
Comisión de justicia	159
Comisión de Reforma de Códigos.....	179
Comisión de Reforma de la Mujer y Desarrollo Humano	
Anexo II.....	198
1.- Análisis de Expedientes judiciales sobre Reparación al Cónyuge Perjudicado en el Divorcio por Separación de Hecho.....	199
Premisa	199
2.- Análisis de Sentencias de Separación de Hecho, julio 2001 a junio 2005	201
2.1 Sentencias sobre divorcio por Separación de Hecho del Segundo y Tercer Juzgado de Familia, entre julio 2001 a junio 2005	201
2.2. Sentencias que declaran fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho en el Segundo Juzgado de Familia.....	202
2.3. Sentencias que declaran fundada la demanda de divorcio por la Causal de separación de hecho en el Tercer Juzgado de Familia	203
2.4.. Sentencias fundadas que otorgan una indemnización o adjudicación preferente de bienes al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Segundo Juzgado de, Familia	204
2.5. Sentencias fundadas que otorgan una indemnización o adjudicación preferente de bienes al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Tercer Juzgado, de, Familia	205
2.6.Fundamentos por los cuales se otorga indemnización al cónyuge perjudicado con el divorcio por separación de hecho en el Segundo Juzgado de Familia....	206
2.7.Fundamentos por los cuales se otorga indemnización al cónyuge perjudicado con el divorcio por separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia	207
2.8. Fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado con la separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia.....	209
2.9.Fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado con la separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia	211
2.10...Clases de daños reparables al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia	212
2.11. Clases de daños reparables al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Tercer Juzgado de .Familia.....	213
2.12. Calidad del cónyuge que demanda y obtiene el divorcio por separación de hecho en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia	214
2.13. Montos en dinero por reparación de daños al cónyuge perjudicado, en el Segundo y Tercer juzgados de Familia	215
2.14. Tiempo que duró la separación de hecho al momento de interposición de la demanda, en el Segundo y Tercer Juzgado de Familia	216
2.15. Existencia de hijos menores de edad al momento de interposición de la demanda de divorcio por separación de hecho, en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia	217
2.16. Reparación de daños a hijos menores de edad en el divorcio por separación de hecho	217
2.17. Pronunciamiento sobre la reparación al cónyuge perjudicado la separación de hecho, en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia	219
3.- Análisis de Audiencias de Conciliación de procesos judiciales de divorcio por separación de hecho, enero de 2004 a junio 2005	
3.1 Audiencias de Conciliación del Segundo y Tercer Juzgados de Familia, de enero de 2004 a junio de 2005	220
3.2. Fijación de Puntos controvertidos en las audiencias de conciliación Sobre divorcio por separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia ...	221
3.3. Fijación de Puntos controvertidos en las audiencias de conciliación Sobre divorcio por separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia	223
3.4. Medios probatorios admitidos destinados a probar el daño al cónyuge perjudicado, en el Segundo Juzgado de Familia.....	224

3.5. Medios probatorios admitidos des tinados a probar el daño al cónyuge perjudicado, en el Tercer Juzgado de Familia	225
4.- Análisis de Audiencias de Pruebas en procesos judiciales de divorcio Por separación de hecho, enero de 2004 a junio de 2005	226
4.1 Audiencias de Pruebas del Segundo y Tercer Juzgados de Familia, de enero de 2004 a junio de 2005	226
4.2. Actuación de medios probatorios, en el Segundo Juzgado De Familia	227
4.3. Actuación de medios probatorios, en el Tercer Juzgado De Familia	229
5. Discusión de resultados	230
Anexo III	234
Proyecto de Tesis	235
Bibliografía	249



INTRODUCCIÓN

El tema central de la presente investigación es el estudio de los Sistema de Divorcio en la Legislación Peruana, con el propósito no sólo de mejorar su correcto entendimiento, sino sobre todo acercar su configuración a las necesidades de nuestra realidad, así como el logro de una adecuada protección de la persona, desvirtuando su afectación y las situaciones de injusticia que se provocan actualmente, todo ello teniendo en cuenta el derecho comparado, que tiene un desarrollo interesante al respecto.

Así vemos que con la entrada en vigencia de la Ley N° 27495 que incorpora la *Separación de Hecho* como causal de *Separación de Cuerpos o Divorcio absoluto*, se ha introducido la **Teoría del Divorcio Remedio** en nuestro ordenamiento jurídico y la novísima figura del **Cónyuge Perjudicado**.

Nuestro Sistema de Divorcio se ha convertido en uno de tipo mixto, es decir, en el cual se presentan: Un **Divorcio Sanción**, donde se examinarán las condiciones personales que dieron origen a la ruptura matrimonial, se identificada un cónyuge culpable y el consecuente derecho reparatorio del **Cónyuge Dañado**, si el mismo no ha caducado. Por otro lado, el *Divorcio Remedio*, que se produce prescindiendo de las causas de la ruptura matrimonial, cuyo objetivo es enfrentar una situación conflictiva ya dada y solucionarla.

En cuando al **Cónyuge Perjudicado**, podemos decir que la falta de un análisis adecuado para la coexistencia de estos sistemas disímiles entre si, y el erróneo entendimiento de la figura del Cónyuge Perjudicado, ha provocado, conforme se ha regulado el artículo 345⁰-A de nuestro Código Civil, una confusión en la aplicación del Sistema del Divorcio Remedio, y en segundo lugar que la figura del Cónyuge Perjudicado carezca de una naturaleza jurídica adecuada. Produciendo de esta manera que en el proceso de Divorcio Remedio, que por esencia es inculpatario y objetivo; se examinen las conductas o

autorías a fin de descubrir el elemento de la *culpa*, para en aplicación objetiva de la norma establecer una reparación, situación que debería ser inexistente en este proceso; además de ello se identifica erróneamente la figura del “*Cónyuge Perjudicado*” con la figura ya pre-existente del “*Cónyuge Dañado*”, restándole contenido a la primera.

Consideramos que la diferenciación entre el Cónyuge Dañado y el Cónyuge Perjudicado es de vital importancia, no solo para tender a la efectividad procesal del nuevo Sistema del Divorcio Remedio, sino para que el derecho a través de la figura del *Cónyuge Perjudicado* pueda velar situaciones de injusticia que nacen a consecuencia del divorcio, como efectos y consecuencias, que hasta la fecha no merecían respuesta jurídica alguna. Así vemos que la disparidad en las nuevas condiciones de vida entre los cónyuges, creadas por el divorcio, a consecuencia del diferente rol asumido dentro del matrimonio (la función de la ama de casa, por ejemplo), que conlleva a que ambos no se encuentre en igualdad de capacidades, en poder de la fuente de ingresos o la existencia de una ostensible diferencia, es necesario que a través de la figura jurídica del “*Cónyuge Perjudicado*” se incorpore un *Elemento de Equidad*, o por lo menos de *Protección*, que permita corregir ese resultado lacerante que de otra forma no tendría tutela en nuestra legislación, como ya así lo contempla la legislación comparada desde hace muchos años, mostrando sensibilidad a estos actos injustos, justamente con la figura del *Cónyuge Perjudicado* e incluso van más allá con las figuras de Indemnización del trabajo en el hogar, indemnización por la contribución al trabajo del otro, etc



Agradecimientos:

A mis amigos y familiares por el apoyo brindado

PARTE I

MARCO TEÓRICO

SUMILLA

Capítulo I

La Familia y el Matrimonio

1.- Premisa. 2.- La Familia: Importancia y cuestiones de orden público. 3.- El Matrimonio. 4.- El Matrimonio en nuestra legislación.

Capítulo II

El Divorcio

1.- Introducción. 2.- Concepto. 3.- Clases de Divorcio. 4.- Doctrinas antidivorcista y divorcista. 5.- Tipos de Divorcio.

Objetivos

1. Conocer el marco teórico general, nociones y conceptualizaciones referentes a temas preliminares que forman parte integrante del tema de investigación, es decir, el divorcio por separación de hecho.
2. Definir, Explicar y describir nuestra propia orientación teórica del marco general, valga decir temas generales de La Familia, el Matrimonio y el Divorcio.
3. Identificar las bases generales que sirven de fundamento para sustentar el análisis de las partes precedentes y del argumento central del presente informe de investigación.

TITULO UNICO

LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO

CAPÍTULO I

LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

1. PREMISA

En el presente título nos ocuparemos de los aspectos preliminares del tema de investigación propuesto. En primer lugar señalaremos referencias teóricas de la familia y el matrimonio, para posteriormente entramos sobre el tema del Divorcio y sus puntos relevantes, dentro de ellos los tipos de divorcio, las causales y los efectos del mismos, todo ello para entender con mayor objetividad el desenvolvimiento de

los efectos tanto del Divorcio Sanción así como del Divorcio Remedio, en las cuales ubicamos las figuras del Cónyuge Dañado y del Cónyuge Perjudicado, respectivamente, materia de este estudio.

2. LA FAMILIA

IMPORTANCIA Y CUESTIONES DE ORDEN PÚBLICO

Etimológicamente proviene de la palabra *fames* que significa hambre, y alude a que es el seno familiar donde la persona humana satisface sus necesidades primarias¹. La definición de familia es un tema difícil de precisar, si se sabe de antemano que su concepción variará conforme al desarrollo de la humanidad.

Por ejemplo en el DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL² se dice que la familia, es más o menos, un núcleo basado en el afecto o en necesidades primarias, que convive o ha convivido íntimamente y que posee cierta conciencia de unidad.

Consideramos que la familia es una agrupación de seres humanos con fines comunes y que representan una unidad. En ese sentido, la familia es la célula natural y social por excelencia de la humanidad. Que nos convierte en civilizados y que nos ha llevado durante todo este tiempo de existencia humana al desarrollo. Sin embargo, su significado etimológico no basta para configurar su verdadera representación para la sociedad, ya que como todos sabemos la familia constituye la cédula de la comunidad social³. Como bien señala ARIAS SCHEREIBER PEZET⁴, dentro de la familia se realizan innumerables actos de la vida diaria y los sentimientos más nobles del ser humano, es un factor determinante en el desarrollo del ser humano.

¹ CORNEJO CHAVEZ, Héctor, (Cfr.) *“Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal”*, Sociedad Paterno Filial, Amparo Familiar del Incapaz, 10ª Edición, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1999, Pág. 13.

² CABANELLAS, Guillermo, *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*, T. IV, 26ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1998, Pág. 23.

³ ARIAS – SCHREIBER PEZET, Max, *“EXEGESIS del Código Civil Peruano de 1984”*, *Derecho de Familia, Sociedad Conyugal, El matrimonio como acto, relaciones personales entre los cónyuges, Régimen patrimonial, Decaimiento y disolución del vínculo*, T. VII, Gaceta Jurídica Editores S. R. L., Lima, 1997, Pág. 26

⁴ *Ibíd.*, Pág. 26.

Asimismo la familia es la institución natural, social y jurídica más importante, porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad⁵. Constituye el motor más seguro de la actividad humana y la prenda menor de la estabilidad económica⁶. De ahí que su protección y cuidado tenga prioridad nacional y constitucional, protegiendo adecuadamente a la familia podremos planificar nuestro futuro social y económico.

Sin la familia no sería posible la vida en sociedad. Debido a que asegura la protección del individuo, permite que las relaciones entre hombre y mujer constituyan algo más que libertinaje, defiende al individuo frente al Estado, si ella no existe tampoco éste último existe⁷. Constituye un ámbito apropiado para el intercambio, *“La familia se afirma con razón es un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos que todos construimos a lo largo de los años⁸”*.

Sin embargo, señala con acierto HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁹ que ella no ha sido capaz de mantenerse impenetrable e inmutable debido a los cambios sociales que han influido en su estructura y funciones¹⁰. En ese sentido, afirma FUKUYAMA¹¹ que desde la década del sesenta el occidente entre ellos el Perú viene experimentando una serie de cambios, con la aparición de movimientos de liberación que buscan despojar

⁵ MAZEAUD, Henri, León y Jean, *“Lecciones de Derecho Civil. La Familia, constitución de la familia”*, Primera Parte Vol. III, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1976, Pág. 11.

⁶ *Ibíd.*, Pág. 15; asimismo, señala Jossierand que: “la historia enseña que los pueblos mas fuertes han sido siempre aquellos donde la familia estaba mas solidariamente constituidas”, Vid. JOSSERAND, Louis, *“Derecho Civil”*, T. I, Vol. 2, Bosch, Buenos Aires, 1950, Pág.4.

⁷ *Ibíd.*, Pág. 11.

⁸ VEGA MERE, Yuri, “Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia”, Op. Cit., Pág. 34.

⁹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo, *“Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho”*. En las Uniones de Hecho. Una aproximación plural. AA VV. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1999, pp. 5 – 7; sobre el particular también señala Eloy COAGUILA: que podemos afirmar con meridiana claridad que la institucionalidad de la familia se viene deteriorando paulatinamente en función de las relaciones económicas y sociales de la producción, En COAGUILA MITA, Eloy Albert, *El divorcio por mutuo disenso y causales no previstas en el Código Civil de 1984*. Tesis presentada para optar el grado de bachiller en Derecho, Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa - Facultad de Derecho, 1991, Pág. 5.

¹⁰ Señala Ralph Linton que: *“la vida moderna ha afectado alguna de estas condiciones [refiriéndose a la noción de familia]: la escuela, la calle, los medios de comunicaron masivos, la escuela paralela, como la llaman algunos comparten, y no siempre positivamente, la función educativa, el tipo de estructura económica destruye a la familia como unidad de producción y reduce su características de unidad de consumo”*. En: Ralph Linton, Introducción a *“La familia”* de Erich Prom. y otros. Apud CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, 10ª Edición, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1999, Pág. 17.

¹¹ FURUYAMA, Francis, *La gran ruptura*, Buenos Aires, Atlántida, 199, Pág. 32.

al individuo de las limitaciones impuestas por muchas normas y tradiciones vigentes. Cabe señalar que éste tipo de pensamiento quiere lograr el respeto del individuo frente a la familia, parece ser que el hombre de la actualidad es mucho más individualista, como consecuencia del sistema económico imperante. Estas tendencias en el pensamiento no hacen otra cosa que demostrar el decaimiento de los valores en la sociedad por un funcionalismo de consumo que pretende convertir al ser humano en ser de consumo y nada más, menospreciando su valor social, que es justamente lo que ha llevado a la humanidad a su desarrollo.

El Derecho tiene la función de garantizar adecuados mecanismos de control mediante normas jurídicas que tengan como objetivo principal la protección de la familia, este es un elemento fundamental contenido en nuestro ordenamiento jurídico constitucional. En ese sentido, agrega PLACIDO VILCACHAGUA¹², que existe el deber de actuar en interés de la familia, éste interés es el límite de todos los derechos subjetivos familiares (divorcio) regulados en la ley que no pueden ejercerse contra el interés del grupo cualquiera que sea su amplitud.

El artículo 4^o de la Constitución Política del Perú dice: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio”*. Reconocen a éstas últimas como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La protección que se exige es especial en el caso del niño, adolescente, madre y anciano en situación de abandono.

En cuanto a la protección del niño y el adolescente, vemos que el Interés Superior del Niño es el respeto a sus derechos como primera prioridad, cuando sus intereses colisionen o se encuentren con los de otras personas, incluidos los de sus padres. En ese mismo sentido el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dice: *“Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”*¹³.

¹² PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*. 2ª Edición. Lima: Gaceta Jurídica S. A., 2002, Pág. 34.

¹³ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Op Cit., Pág. 14, 15, 17, 22.

3. EL MATRIMONIO:

Génesis y efectos en la vida social:

3.1. CONCEPTO:

Se define al matrimonio como la unión legítima entre marido y mujer, entendiendo por ello que dos personas deciden iniciar un plan de vida en comunión reconocida por la legalidad, y donde la frase “marido y mujer” implica los derechos mutuos en la vida sexual, la vida en común y la unión permanente, diferenciando las dos últimas al matrimonio del concubinato y otras uniones.

Sociológicamente el matrimonio es una institución que consagra las relaciones de las personas generando la familia; y los tratadistas están de acuerdo que esta unión es voluntaria, en base al sentimiento del amor.

3.2. FINALIDAD

ENNECERUS, dice: *“que el matrimonio tiene por finalidad una plena comunidad de vida¹⁴”*, así como para DIEZ PICAZZO Y GULLÓN, el matrimonio es una plena comunidad de vida, formada de acuerdo a ley y reconocida por la misma, precisando que es, *“la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia¹⁵”*. Otros autores afirman que el objeto esencial del matrimonio es la procreación.

El Dr. CORNEJO CHÁVEZ une estas posiciones afirmando que, *“El matrimonio es una institución mediante la cual se persigue la procreación y educación de los*

¹⁴ ENNECERUS Ludwing, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona. 1967, Pág. 35.

¹⁵ DIEZ PICAZZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *El Sistema del Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1983, Pág. 65.

hijos y también el mutuo auxilio entre los cónyuges en una plena comunidad de vida¹⁶”.

3.3. ASPECTOS HISTÓRICOS

El matrimonio en diferentes pueblos

Teorías como la de Engels introdujeron la idea de que al inicio de la humanidad predominó el desorden en las relaciones, denominándola de Promiscuidad Sexual; llegó a tantos adeptos esta teoría que casi se daba por verdad demostrada, en ella consideraban que las costumbres del hombre diferían muy poco de los usos correspondientes de los animales. Teoría asumida también por los socialistas. Posteriormente algunas investigaciones fueron más allá al afirmar que el matrimonio o unión de hombre y mujer fue transitoria, pero fue la forma clásica de unión sexual desde comienzos de la humanidad, claro con las excepciones de algunas formas de unión en diferentes momentos y pueblos.

La forma típica de unión secular muestra una desviación que también es considerada matrimonio, llamada Poliandria y es la unión de una mujer con varios hombres en el mismo tiempo, entonces la esposa pertenecía a un grupo unido por lazos muy íntimos de sangre, ella se casaba con una familia. Pero el hecho es que uno de sus consortes poseía mayores privilegios matrimoniales, mostrando así que tenía un sólo marido en el sentido pleno de la palabra.

También existió la figura del Levirato, que era la costumbre que obligaba al hermano de un marido difunto a casarse con su viuda, porque se daba que la esposa al ser propiedad del marido, era heredada por su más cercano heredero.

La Poligamia es otra desviación que se dio en algunos pueblos al acontecer muchos matrimonios, o más correctamente “Poliginia” (muchas esposas). Actualmente se sigue dando este tipo de unión, principalmente en zonas de influencia mahometana; se extendió sólo de manera territorial en minorías, y en lugares donde se prohibió

¹⁶ CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I, Pág. 17, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, Pág. 51.

por la costumbre o por el Derecho Civil, la mayoría ya eran monógamos, pues por razones como que la mayoría de hombres no están en capacidad de mantener más de una esposa (se daba entre poderosos y ricos, predominando la bigamia) y además no hay suficientes mujeres para que cada hombre tenga varias esposas, y la esencia encamina estas uniones hacia la monogamia dándole a una esposa mejor trato y mayor privilegio (normalmente la primera). La Poligamia tiene las siguientes causas: Una relativa escasez de varones (a veces por las numerosas guerras y un exceso de nacimiento de mujeres); la negativa del marido en la relación con su esposa; y los deseos lujuriosos. Pero casi una condición era tener una riqueza acumulada y un desarrollo económico, por ello la Poligamia fue desconocida en comunidades humildes.

Con el progreso de la civilización se generalizó la unión de un solo hombre con una sola mujer, por ser la forma más armoniosa con la esencia humana y la forma natural de matrimonio. Y también fue el cristianismo la influencia de los últimos dos mil años hacia la Monogamia, muy distinta en este aspecto al mahometismo.

No es un simple hecho y en términos jurídicos representa un acto jurídico, que origina una relación cuya base de sustentación se encuentra en el Estado, quien es el que oficialmente lo sanciona¹⁷. En el Perú¹⁸, el Código Civil de 1852, primer Código Civil Peruano adoptó el sistema exclusivamente religioso de acuerdo con las disposiciones del Concilio de Trento. Después el 23 de Diciembre de 1897 se reconoció dos formas matrimoniales: La canónica para los católicos y la civil para los no católicos. Mediante Decreto Ley N° 6889 se secularizó el matrimonio, en tal forma que los códigos civiles de 1936 y 1984 adoptan el sistema exclusivamente civil.

¹⁷ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. *Derecho de Familia*, Pág. 59. Sin embargo debe tenerse presente lo que el mismo autor previene sobre el matrimonio: "Las estadísticas demuestran que por lo menos 75% de los matrimonios son desdichados ¿Por qué? Esta es una buena pregunta y desde luego tiene una clarísima respuesta. El ser humano es fundamentalmente libre y comunicable. Esta doble realidad debe, tiene que mantenerse durante el matrimonio para conservarlo lozano e intacto, Pág. 61.

¹⁸ *Ibíd.*, Pág. 102.

El matrimonio es la institución social jurídica más antigua, sociológicamente es la institucionalización de las relaciones cuyo fundamento es la unión intersexual sancionada por ley¹⁹.

Ludwing ENNECERUS, define el matrimonio como *“la unión de un hombre y una mujer reconocido por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges”*²⁰.

DIEZ PICAZO Y GULLÓN²¹, entienden al casamiento como la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia.

En la concepción del Código Civil de 1984 vigente en la actualidad, el matrimonio es una institución fundamental del Derecho de Familia, que consiste en la unión voluntariamente concertada de un varón y una mujer legalmente aptos para ello y formalizado con sujeción a las disposiciones legales con la finalidad de hacer vida en común.

3.4. CARACTERES

Desde el punto de vista jurídico, coincidiendo con PLÁCIDO VILCACHAGUA²² el matrimonio tiene los siguientes caracteres:

a) La Unidad.- Constituida por la comunidad de vida a que se hallan sometidos los cónyuges como consecuencia del vínculo legal que los liga y que está implícito cuando se alude a la institucionalización de la unión intersexual monogámica, de un sólo hombre con una sola mujer.

La existencia de un vínculo matrimonial subsistente impide la constitución de otro vínculo matrimonial. Este carácter excluye toda forma de poligamia, tratase de la

¹⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: GRILEY, 2004, Pág. 6.

²⁰ ENNECERUS; Ludwing. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*. T. IV. Barcelona: Bosh, 1967.

²¹ DIEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio. *El Sistema del Derecho Civil*. Vol. IV. Madrid: Tecnos, 1983, Pág. 66.

²² PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*. OPág. cit., Pág. 56, 57.

polígona (unión de un hombre con varias mujeres) y de la poliandria o poliviria (unión de una mujer con varios hombres), o bien del matrimonio entre grupos de hombres y otro grupo de mujeres.

b) La Permanencia.- La unión marital es permanente o estable, en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad queda garantizada por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el vínculo matrimonial es irrevocable como centro de seguridad ético y jurídico.

La estabilidad del matrimonio, no debe ser confundida con la indisolubilidad. La indisolubilidad atañe a la posibilidad de que el vínculo matrimonial pueda extinguirse no obstante haber sido válidamente constituido, en razón de hechos naturales (muerte de uno de los cónyuge) o circunstancias voluntarias (divorcio vincular).

c) Legalidad.- Se considera desde el punto de vista del matrimonio acto, es decir la celebración de las nupcias según las formas impuestas por la ley. También puede considerarse desde el punto de vista del matrimonio estado, en ese sentido los deberes y derechos que de él surgen forman un estatuto forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar.

3.5. OBLIGACIONES Y DEBERES

El vínculo matrimonial genera deberes y obligaciones, a saber:

3.5.1. La Obligación Alimentaria

Comprende no sólo los alimentos propiamente dichos, sino también recubre estrictamente todo aquello que es necesario para asegurar la subsistencia del hijo: ropa, alojamiento, transporte, atención, intervenciones y tratamientos médicos, gastos de funerales, etc.

Además de la obligación alimenticia, los padres están obligados a asumir los gastos que conllevan la instrucción y la educación de los hijos. La obligación de

educar engloba: la educación intelectual, moral, profesional, cívica, política y religiosa.

Tiene comienzo con la concepción, continua durante el periodo de la adolescencia y termina con la mayoría de edad (18 años), en virtud de la presunción de que el hijo ha alcanzado el completo desarrollo de su personalidad, que lo hace capaz para proveerse de su propia subsistencia, sin embargo, la obligación subsiste cuando los hijos obtenida su mayoría de edad cursen con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad, o cuando se encuentren con incapacidad física o mental comprobada²³.

Encuentra su fundamento en el derecho a la vida de los hijos y en la subsistencia de los mismos, de manera tal que queden garantizado el desarrollo bio – psíquico – espiritual de los descendientes²⁴.

Esta obligación tiene la característica de ser: a) De Orden Público, no puede ser objeto de renuncia; b) Carácter Personal, la obligación es intransmisble, tanto activa como pasivamente; c) Carácter In Solidum, la obligación es solidaria, recae recíprocamente sobre el padre y la madre; d) Carácter Variable, la obligación varía en función de las necesidades de los hijos y de los recursos de los padres.

3.5.2. Obligaciones recíprocas de los cónyuges:

3.5.2.1. Deber de Fidelidad

El Código Civil de 1984 impone tanto al marido como a la mujer el deber de fidelidad. Un deber de lealtad, de observancia de la fe que uno debe al otro. Constancia en el afecto y los sentimientos. Que impone la obligación de no faltar, ofender, deshonorar o humillar al cónyuge. En suma, el deber de no traicionarlo, de lo cual se deduce que el deber de fidelidad engloba la fidelidad física y fidelidad moral²⁵.

²³ *Ibíd.*, Pág. 102.

²⁴ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Op. Cit.*, Pág. 226.

²⁵ CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Por los 100 mejores especialistas. *Op. Cit.*, Pág. 235.

Fidelidad física²⁶. Que supone impone que cada cónyuge debe conservar a sus consortes sus favores sexuales. La ley consagra tácitamente el derecho de cada uno de los esposos de esperar del otro trato íntimo, imponiendo correlativamente el deber de abstenerse de toda práctica sexual con terceras personas. La fidelidad física supone la exclusividad de las relaciones sexuales entre esposos.

Aquella obligación subsiste mientras dure la vigencia del matrimonio, aún cuando los esposos estén separados de hecho y en tanto el divorcio no haya sido pronunciado. Es decir, mientras el vínculo matrimonial no esté disuelto definitivamente.

Fidelidad moral²⁷. Definiremos a la fidelidad moral con su contraparte la infidelidad moral, para saber cuando se infringe este deber. Así la infidelidad moral es aquella que sin llegar a las relaciones sexuales, se limita a intrigas amorosas o relaciones sentimentales, designadas bajo el término de “adulterio blanco”.

Corresponde en su caso, al Juez evaluar si la infidelidad moral es de naturaleza tal que llegue a lesionar el honor o la dignidad del cónyuge traicionado, calificándola de injuria grave o de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, la cual podría motivar la pronunciación de la separación de cuerpos o el divorcio.

Señalan BOSSERT y ZANNONI²⁸ que la fidelidad “(...) implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber, para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro”.

3.5.2.2. Deber de Asistencia²⁹

²⁶ *Ibíd.*, Pág. 235.

²⁷ *Ibíd.*, Pág. 236.

²⁸ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

²⁹ CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Por los 100 mejores especialistas, Op. cit., Pág. 237.

Este deber impone a los esposos ayudarse mutuamente, es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida. La medida y las modalidades de esta asistencia dependen de las costumbres y de las circunstancias.

El deber de asistencia comprende:

- Obligación mutua de cooperar en las labores domésticas, es la necesaria colaboración entre los esposos en la vida cotidiana.
- Obligación de prodigarse cuidados mutuos, que consiste en la ayuda mutua que debe existir entre los esposos en caso de enfermedad, se extiende al necesario socorro económico en caso de gastos de hospitalización.

3.5.2.3. Deber de cohabitación

Es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal. La vida en común no sólo es la cohabitación bajo el mismo techo, sino también el deber de débito conyugal entre cónyuges³⁰.

El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

El lugar donde se desarrolla la vida de los esposos, se denomina domicilio conyugal. El deber de cohabitar se concreta cuando los cónyuges establecen un domicilio común.

³⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, Op. cit., Pág. 124, 125.

La importancia de la comunidad de domicilio merece subrayarse, en efecto el hecho de que los esposos vivan en un mismo lugar como marido y mujer otorga la posesión de estado de cónyuge y en consecuencia constituye una prueba de matrimonio y es susceptible, naturalmente de subsanar cualquier defecto formal de la partida de matrimonio.

El deber de cohabitar es de orden público, no puede ser derogado por voluntad individual por ninguna de las partes. Sin embargo no es un deber absoluto, pues supone llevar una vida armoniosa, decente, digna y tolerable. En caso contrario cualquiera de los esposos puede negarse a cohabitar, previa dispensa judicial que lo autorice.

3.5.2.4. Igualdad en el gobierno del hogar³¹

El artículo 290⁰ del Código Civil de 1984 prescribe una igualdad de trato y un modelo de relación conyugal no jerarquizado. Sin embargo, la incorporación del principio de igualdad en las normas referentes a las relaciones personales entre cónyuges no trajo como consecuencia un cambio de los patrones culturales de la relación familiar. Si bien contamos con una norma jurídica neutra en términos de género, la realidad todavía nos muestra familias organizadas muy jerárquicamente, en donde el varón sigue desempeñando el papel de máxima autoridad. Una manifestación de esto último es la violencia familiar que tiene como víctimas principalmente a mujeres y niños.

La tendencia al reconocimiento de la igualdad conyugal como un derecho de la mujer casada ha sido adoptada no sólo por nuestros legisladores civiles sino también por nuestros países vecinos.

La igualdad entre los cónyuges, se manifiesta de acuerdo a lo establecido en nuestro Código Civil vigente, con la finalidad de que ambos puedan fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir cuestiones diferentes a la economía del hogar.

³¹ CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Por los 100 mejores especialistas. T. II. Op. cit., Pág. 244.

3.5.2.5. Obligación de sostener el Hogar y la Familia³²

El artículo 291⁰ del Código Civil de 1984, contempla la igualdad de trato entre los cónyuges, se pone bajo el supuesto de que uno de ellos se dedica de manera exclusiva al trabajo doméstico, para disponer en tal caso que el otro es el obligado a la familia.

Las responsabilidades familiares compartidas tienen su fundamento en el principio de igualdad de responsabilidades y derechos en el matrimonio. Se va confiriendo a la mujer roles distintos en la sociedad, con una mayor participación en el trabajo y se reconoce que también en ella pesa la obligación de contribuir en la manutención de la subsistencia familiar.

3.5.2.6. Representación legal de la sociedad conyugal³³

Se diferencia la representación de la sociedad conyugal a partir de los tipos de actos o necesidades que están en juego. Trata de acciones destinadas a satisfacer necesidades cotidianas del hogar, es lógico que las necesidades del hogar puedan darse de manera indistinta por cualquiera de los cónyuges.

Por el contrario si se trata de cuestiones que trascienden lo cotidiano, se requiere de una representación conjunta. Esto último es una manifestación de igual derecho que tienen los cónyuges de decidir las cuestiones que van a afectar de manera alguna su patrimonio.

El abuso de derecho en el cual puede incurrir alguno de los cónyuges, extralimitándose en las facultades otorgadas por poder o en los casos que actuado bajo el concepto de “necesidades ordinarias”, no siendo ello así, debe acarrear una limitación al derecho de representación.

3.5.2.7. Libertad de trabajo de los cónyuges³⁴

³² *Ibíd.*, Pág. 247.

³³ *Ibíd.*, Pág. 251.

³⁴ *Ibíd.*, Pág. 256.

El artículo 293⁰ del Código Civil de 1984 consagra el respeto a la igualdad de trato. Sin embargo, su aplicación a una realidad social como la nuestra, en la que existen todavía patrones de relación varón – mujer caracterizada por la desigualdad, causa un impacto diferencial que afecta a las mujeres.

En las familias existe la práctica social a que sean los esposos los que siempre trabajan fuera del hogar, en efecto son las mujeres a las que tradicionalmente se les han asignado las labores del hogar, sobre todo cuando son madres de hijos pequeños, por lo que es común que encuentren una negativa a trabajar fuera del hogar.

3.5.2.8. Representación unilateral de la sociedad conyugal

El artículo 294⁰ del Código Civil de 1984 establece que uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad:

- Si el otro está impedido por interdicción u otra causa; tiene lugar en todos los supuestos de incapacidad de ejercicio y que supone la privación de la administración de los bienes del cónyuge interdicto, se admite también la imposibilidad debida a cualquier otra causa, como el hecho de haber sido condenado a pena privativa de libertad.
- Si se ignora el paradero del otro se encuentra en lugar remoto; en el caso de desaparición, éste hecho provoca el establecimiento de una curatela interina de sus bienes y que recae a cargo del consorte presente, no se admite la ausencia judicialmente declarada, por cuanto ésta ocasiona el fenecimiento de la sociedad de gananciales.
- Si el otro cónyuge abandona el hogar; en el caso del abandono del domicilio conyugal, resulta pertinente el embargo parcial de las rentas del abandonante.

No queda duda de que el Código Civil de 1984 reconoce la común participación de los cónyuges en la conducción de los solidarios intereses de orden personal y económico que crea la unión matrimonial, esto es resolver de mutuo acuerdo todo

lo relativo a la educación y sostenimiento de los hijos y a la administración de los bienes de la familia.

Pero si por diversas situaciones, uno de los cónyuges se ve imposibilitado para ejercer directamente por sí estas personalísimas atribuciones, corresponderá al otro el desempeño de la dirección del hogar.

4. EL MATRIMONIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

4.1. Proyecto Vidaurre de 1834

Se consideró al matrimonio como un contrato natural y civil, y por la iglesia un sacramento³⁵.

El consentimiento de los cónyuges es libre y mutuo, pero hace precisión en que hasta los 21 años el hombre y la mujer no pueden casarse sin el consentimiento expreso del padre, madre o tutor bajo sanción de desheredación; de los 21 a 25 años se debe contar con el consentimiento paterno bajo sanción de ser privados de la cuarta parte de la herencia; y de los 25 años a más los hijos darán un aviso simple a los padres, esto bajo sanción de privarles del décimo de la herencia. Los funcionarios que autoricen el matrimonio sin la observancia de las normas del Código, serán destituidos; y en caso se de la ausencia del padre, madre o tutor, el juez nombrará al pariente más cercano.

El padre (en su ausencia actúa la madre, abuelos y tutores) *“puede y debe oponerse”* al matrimonio del hijo con mujer que practique la prostitución; y si su hija pretende casarse con alguien *pobre “sin ciencia, arte o empleo, sea ebrio o jugador, o delincuente”*³⁶. Menciona como impedimentos la falta de discernimiento; el parentesco hasta el tercer grado (pero acepta el parentesco colateral en cuarto grado, o sea podían casarse los primos hermanos); la edad que no estaba entre los parámetros aprobados (el matrimonio del hombre entre los 18 y 65 años, y de la

³⁵ RAMOS NUÑEZ, Carlos, Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX, PUCP, Tomo I, pág. 257. *“Para ello los cónyuges se obligan a vivir juntos por siempre, a guardarse fidelidad y a prestarse recíprocos auxilios”*.

³⁶ VIDAURRE, Manuel Lorenzo, *Proyecto del Código Civil Peruano*, Primera Parte de las Personas. Imprenta del Constitucional, Lima, 1834, Pág. 12 y ss.

mujer entre los 15 y 55 años), “salvo dispensa judicial por motivo racional y probado”; y también la impotencia absoluta.

No se le reconoce a la mujer derechos y además se le somete; el hombre es el jefe de familia y la mujer está bajo su potestad (debe obedecerle; salvo contrariedad con la ley o la religión), *“con este pequeño sacrificio de su albedrío, logra la seguridad y las comodidades que proporciona un gobierno doméstico bien ordenado”*³⁷. La mujer está obligada a seguir al marido, si no lo hace constituye causal de divorcio (además no puede firmar contratos, ser fiadora, enajenar bienes inmuebles salvo licencia judicial).

4.2. Código Civil de Santa Cruz

También tiene una posición conservadora, como el Artículo 99⁰ que dice *“el matrimonio elevado a la dignidad de sacramento”*, y por tanto sus formalidades especiales según el Concilio de Trento y la Iglesia; los tribunales eclesiásticos son los únicos competentes para asuntos de matrimonio y divorcio.

En cuanto a la edad para contraer nupcias fue de 14 años para hombres y 12 para mujeres, y cuando el hijo no ha alcanzado los 25 años y las hijas los 23, era necesario el consentimiento de los padres.

Los impedimentos eran por parentesco, llegaban al cuarto grado consanguíneo (los primos hermanos estaban impedidos de contraer matrimonio entre si, y no preveía alguna dispensa).

4.3. Código Civil de 1852

Con éste código se volvió a reconocer a los tribunales eclesiásticos como competentes para asuntos del matrimonio y divorcio; pero también dio competencia a los jueces seculares sobre los esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, liquidación, adulterio (sobre los efectos civiles del matrimonio y divorcio). Señala que *“por el matrimonio, se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una*

³⁷ RAMOS NUÑEZ Carlos op.cit. pág. 262

sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo así a la conservación de la especie humana”, y observamos aquí la imposibilidad de disolución.

En cuanto al consentimiento de las partes, indica que no hay matrimonio sin la manifestación externa del libre consentimiento; y por la edad el varón debe cumplir 18 y la mujer 16 para gozar de los efectos civiles del matrimonio. Los impedimentos se precisan en el artículo 142^o, también menciona que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, sin dejar de reglamentar la obediencia de la mujer y la protección que recibe del varón.

Éste código reconocía la formalidad sólo del Concilio de Trento, pero crecía la tendencia de que la autoridad civil debía participar en el matrimonio, hasta que el 23 de diciembre de 1897, se estableció el matrimonio civil para los no católicos.

4.4. Código Civil de 1936

Aunque no incluye una definición específica de matrimonio, más bien si se ocupa primero de los esponsales, siguiendo con los impedimentos, del consentimiento para el matrimonio de menores, de la celebración, prueba, nulidad, deberes y derechos del matrimonio; legisla también el régimen de bienes.

Precisa que los cónyuges se obligan mutuamente (por el hecho del matrimonio) a alimentos y a educar a los hijos, en el artículo 158^o, también menciona la fidelidad y asistencia mutua, además indica el deber de hacer vida en común.

Se percibe también la relación asimétrica al indicar que el marido dirige la sociedad conyugal y fija el domicilio de la familia, decide la economía de la familia, representa la sociedad conyugal, debe dar consentimiento tácito o expreso para que la mujer trabaje, ejerza profesión o industria. La mujer tiene derecho y deber de atender personalmente el hogar.

4.5. Código Civil de 1984

Nos indica el código que el matrimonio es la unión voluntaria de un varón y una mujer legalmente aptos y formalizada de acuerdo a las disposiciones del mismo, y haciendo diferencia con los anteriores códigos refiere que el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales. Considerando ésta definición le vemos características³⁸ de ser monogámico; de realizarse entre personas con aptitud, que no pertenecen a una familia nuclear, tienen iguales derechos y responsabilidades; de unión formalmente constituida por ley así como su ruptura.

El principio de promoción del matrimonio da preferencia al vínculo matrimonial, pero la apariencia al estado matrimonial de las uniones de hecho que también forma una familia, son valoradas aquí, más aún si existen las condiciones de singularidad y estabilidad que le adhieren efectos personales y patrimoniales.

En diferencia con el código anterior agrega una sección de Disposiciones Generales donde indica que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamadas por la constitución. Volvemos a recalcar que declara la igualdad en derechos y responsabilidades, además la representación puede ejercerse por ambos cónyuges, y ambos cónyuges pueden ejercer cualquier profesión o industria permitido por ley aún fuera del hogar.

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO

1. INTRODUCCIÓN

³⁸ VALDIVIA DUEÑAS, Martín Teodorico, Tesis: El Divorcio por la causal de separación de hecho y sus efectos en la protección del cónyuge agraviado. Arequipa-Perú.2007, Pág. 44 y ss.

Rescatando unos breves antecedentes históricos del derecho peruano. Tenemos que en el primigenio Código Civil Peruano de 1852 admitió el divorcio pero sólo como un caso de separación de cuerpos³⁹. Los Códigos Civiles de 1936 y 1984 adoptan criterios divorcistas aunque con serias deficiencias y defectos. En el Código Civil de 1984, el divorcio se encuentra regulado en el Libro III, Sección Segunda, Título Cuarto y Capítulo Segundo, específicamente en los artículos 348⁰ al 360⁰.

Nuestra legislación civil vigente, de acuerdo a su redacción original, tenía una marcada orientación antidivorcista, pues existen diversos elementos disuasivos para iniciar el proceso de divorcio. Así tenemos que debe existir una causal referida a incumplimientos de deberes matrimoniales, deben transcurrir cierto número de años para la separación por mutua voluntad o la conversión de la separación en divorcio⁴⁰.

Se dice que el divorcio sociológicamente tienen efectos negativos, pues, produce los siguientes efectos: engendra más divorcio, baja en la tasa de nupcialidad, aumento de los concubinatos, aumento de nacimientos de hijos fuera del matrimonio, hijos en situación de abandono, delincuencia, suicidios, disminuye la tasa de natalidad, envejecimiento poblacional, aumento de abortos⁴¹.

2. CONCEPTO

Etimológicamente deriva del término latino “*divortio*” que a su vez proviene del verbo “*libertere*”, que significa separarse o irse cada uno por su lado⁴². Otros, aseveran a su vez, que procede de “*divorto*” o “*divertís*” que equivale a separarse, disgregarse.

En sentido amplio, divorcio significa relajación de la íntima comunidad de vida en que el matrimonio consiste, por ruptura del vínculo conyugal o separación de los consortes⁴³.

³⁹ Señala Luis ECHECOPAR: que dice acertadamente el artículo 132 de nuestro Código Civil de 1852 – se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana. En ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Régimen legal de bienes en el matrimonio*. Op. cit., Pág. 7.

⁴⁰ VARSÍ ROSPLIGIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Op. cit., Pág. 12, 13.

⁴¹ *Ibíd.*, Pág. 19.

⁴² PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Op. cit., Pág. 303.

⁴³ *Ibíd.*, Pág. 304.

Por su parte afirma ESTRADA CRUZ que *“El divorcio es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado por el órgano jurisdiccional competente previo proceso iniciado por uno de los cónyuges⁴⁴”*.

CORNEJO CHAVEZ⁴⁵, por su parte lo define como aquel *“En que los cónyuges después de un trámite mas o menos lato obtiene la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que puede, en consecuencia, contraer otro”*.

El Código Civil de 1984⁴⁶, considera al Divorcio como una institución del derecho de familia que consiste en la disolución matrimonial por decisión judicial, por causas establecidas en la ley y que pone fin a la vida en común de los esposos, ello implica la ruptura del lazo conyugal.

3. CLASES DE DIVORCIO

3.1. Divorcio Absoluto

Denominado también como *divorcio vincular* consistente en la disolución total, definitiva y perpetua del nexo conyugal. Entonces una vez que ha sido declarado el divorcio por el órgano competente, los esposos divorciados tienen plena libertad del contraer nuevas nupcias.

3.1.1. Países que reconocen el Divorcio Vincular

⁴⁴ *Apud* TARAMONA, José. *Manual del Juicio de Divorcio*. Lima: Editores del Centro, 1983, Pág. 49.

⁴⁵ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Op. cit.*, Pág. 323.

⁴⁶ Código Civil Peruano de 1984, Artículo 3480.- *“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial”*.

Perú y demás países latinoamericanos con excepción de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay. Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Inglaterra, Holanda, Suiza, Suecia, Finlandia, Australia, Albania, Grecia; Islandia, Luxemburgo, Portugal, Mónaco, Liechtenstein, Bulgaria, Dinamarca, Noruega, Turquía, Gabón, Dahomey, Israel, Malawi, Marruecos, Japón, Sudáfrica, Canadá con excepción de Quebec y Newfoundland, México, Estados Unidos, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, Rusia.

Hay que resaltar que no todos los países antes citados tienen el mismo régimen divorcista, ya que unos admiten el divorcio vincular y la separación de cuerpos, rechazaron el mutuo disenso; y otros como en nuestro caso Perú, aceptan tres formas de obtener el divorcio: Absoluto por causales, separación de cuerpos por causales y separación por mutuo disenso.

Además en la mayoría de países, admiten el divorcio por causales específicas y determinadas en la Ley, como Perú, México, Bolivia, etc.; pero otros permiten que se declare por una causal genérica, la que puede involucrar todos los motivos que se estimen como perturbadores del matrimonio; por ejemplo Bulgaria, Rumania, Rusia Polonia, etc.

3.2. Divorcio Relativo

Conocido también como *separación de cuerpos*, consistente en un especie de relajación del vínculo conyugal, en virtud de la cual los esposos se separan del lecho y la habitación, ponen término a la vida en común, con cesación de los derechos

matrimoniales, especialmente el de cohabitación, pero el vínculo legal subsiste y los esposos por tanto no pueden contraer nuevas nupcias.

3.2.1. Países que reconocen el Divorcio Relativo

Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Paraguay. Ciudad del Vaticano, España, Irlanda. San Marino, Québec y Newfoundland en Canadá. En Portugal y Liechtenstein, rige únicamente para los católicos.

4. DOCTRINAS ANTIDIVORCISTA Y DIVORCISTA

4.1. Tesis Antidivorcista

Considera al matrimonio como una sociedad de por vida. Sustenta la tesis de su indisolubilidad, cerrando paso al divorcio y obligando a los cónyuges a mantenerse unidos aún cuando en la práctica esa unión se haya roto⁴⁷. Se afirma como objeción al divorcio que “*El divorcio engendra divorcio*”, en efecto cuando dos personas se van a unir de manera definitiva, sin posibilidad de separación, están unidos psicológicamente para luchar contra las dificultades inevitables del matrimonio, aumentando la tolerancia entre los cónyuges. Sin embargo, si el divorcio es permitido en las regulaciones divorcistas, los matrimonios se contraen desaprensivamente, pues los contrayentes saben que si cometen un error, podrán remediarlo fácilmente⁴⁸.

Convierte al matrimonio en un simple ensayo de felicidad, en el cuál, el divorcio se encuentra planteado desde un primer momento. Sin advertir que la paz y la armonía conyugal no son el fruto de ensayos reiterados, sino de un perseverante espíritu de sacrificio, no menos grave es el problema de los hijos, habida cuenta que la proliferación de divorcios multiplica la cantidad de huérfanos con padres vivos⁴⁹.

⁴⁷ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Op. cit.*, Pág. 306.

⁴⁸ CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Por los 100 mejores especialistas. *Op. cit.*, Pág. 593.

⁴⁹ BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot, 1964, Pág. 263 y ss.

La destrucción de una familia no afecta a la sociedad y a los cónyuges, tanto como a los hijos. Las distorsiones psicológicas y afectivas que se generan marcan su carácter de modo definitivo. Los cónyuges ejercitan su libertad al momento de casarse, pero una vez casados el matrimonio se convierte en un problema de responsabilidad. Entender la libertad como posibilidad de disolver el vínculo matrimonial a voluntad *“profundamente inhumana, peligrosa y pesimista, pues desconoce la libertad del hombre para poder atarse libremente, siendo fiel a las opciones que ha elegido... cuando una persona decide ser infiel a sus compromisos matrimoniales no está ejerciendo su libertad, sino atacándola, al violar lo que libremente ha prometido”*⁵⁰.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la prohibición absoluta del divorcio, como toda prohibición generaría un mercado negro de divorcios. En efecto cuando la vida en común se torna insoportable y hasta nociva, la prohibición legal del divorcio no constituye óbice para que los cónyuges destruyan el vínculo. No obstante, el acceso al divorcio devendrá complicado y mucho más oneroso⁵¹.

4.2. Tesis Divorcista

Su sustento radica en el hecho de que *“circunstancias suelen transformar a los cónyuges en enemigos; es cruel mantener unidos a seres que se desprecian o aborrecen, porque entonces sería transformar el matrimonio en una cadena de forzados”*⁵².

Desde el punto de vista social, *“la sociedad no puede tener interés en la permanencia de uniones desdichadas, que no constituyen un aliciente para la institución del matrimonio, sino que contribuyen más bien a desacreditarla ante la opinión pública. Tampoco se puede hablar del interés de los hijos, pues no pueden educarse éstos en peor escuela que con un matrimonio desquiciado por el odio”*⁵³.

Según esta tesis, el divorcio es considerado como un mal innecesario.

⁵⁰ RODRIGUEZ ITURRI, Roger. *La Familia en el Derecho Peruano*. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, Pág. 71.

⁵¹ CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Por los 100 mejores especialistas. *Op. cit.*, Pág. 593.

⁵² BORDA, Guillermo. *Op. cit.*, Pág. 261.

⁵³ *Ibíd.*, Pág. 262.

En idéntico sentido, CRUZADO BELALCÁZAR sostiene que *“cuando la justicia interviene para romper los lazos del matrimonio ya aniquilado por los mismos cónyuges, cuando después de un serio examen de su situación y con absoluta imparcialidad, declara el divorcio, no produce la desunión de los casados: se limita a constatarla; no es la mano de la ley la que rompe el matrimonio, es la justicia que sanciona una ruptura ya consumada: Sustituye la realidad a la ficción; declara la verdad, para evitar el engaño⁵⁴”*.

5. TIPOS DE DIVORCIO

Doctrinariamente podemos encontrar diferentes tipos de divorcio, siendo relevante para el presente estudio la siguiente clasificación:

5.1. Divorcio Sanción

Llamado también Divorcio por Culpa. Se considera que es el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivo para el divorcio. Se funda en el incumplimiento grave de los deberes conyugales imputables a uno o a ambos cónyuges⁵⁵. Se basa en:

- El principio de culpabilidad, según el cual el divorcio se genera por culpa de uno de los esposos o de ambos de tal modo que uno será culpable y el otro inocente, por lo tanto, sujeto a prueba.
- La existencia de causales para el divorcio, esto es, en causas que están previstas en la ley.
- El carácter punitivo del divorcio, porque la sentencia que declara disuelto el vínculo conyugal es un medio para penalizar al culpable por haber faltado a los deberes y obligaciones conyugales. Supone la pena del

⁵⁴ *Apud* ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, Pág. 145.

⁵⁵ *Cfr.* PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Op. cit.*, Pág. 256.

ejercicio de la patria potestad, la condena a una prestación alimentaría la pérdida de las gananciales, la pérdida de la vocación hereditaria, etc.

Al respecto, se sostiene que “la Doctrina del Divorcio Sanción” atraviesa en la actualidad por serios aprietos. Los conceptos de culpable e inocente, son a todas luces insuficientes para comprender las crisis de las parejas desavenidas. No logra la aplicación de esas categorías tradicionales otra cosa que agudiza los conflictos son resolverlos, pues instala a los esposos en un campo de batalla, en el que sacaran a reducir las miserias del otro, o terminaran inventándolas para conseguir el divorcio⁵⁶.

También debe observarse que el Divorcio por Mutuo Consentimiento, no recibiría una adecuada respuesta a través del divorcio sanción, por cuanto no necesariamente debe mediar la comisión de hechos inculpatorios para que surja el conflicto conyugal.

5.2. Divorcio Remedio

Esta doctrina tiene como iniciador al jurista alemán KHAL, quien propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, el determinar si por la perturbación de la relación matrimonial ya no puede esperarse que en la vida en común continúe de acuerdo a la esencia del matrimonio⁵⁷.

Se sustenta en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio y en la ruptura de la vida matrimonial con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables para ella, sustentándose en:

- La ruptura de la vida matrimonial o en el principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente demostrable, esto es, que no requiere de la tipificación de conductas culpables por parte de uno o ambos consortes.

⁵⁶ RAMOS NUÑEZ, Carlos A. ACERCA DEL DIVORCIO, Pág. 76.

⁵⁷ CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Por los 100 mejores especialistas. *Op. cit.*, Pág. 595.

- La existencia de una sola causa para el divorcio, el fracaso matrimonial, por lo que se desecha la terminación taxativa de causales y su probanza.
- La consideración de que la sentencia del divorcio es un remedio, para solucionar una situación insostenible que es el conflicto matrimonial.

Esta doctrina plantea una concepción sobre el matrimonio, cuya permanencia no está sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales. Considera al casamiento como la unión de un varón y una mujer con intención de hacer vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligar a ninguno de ellos a mantenerse unido al otro cuando dicha unión matrimonial ha fracasado.

5.3. Sistema Mixto

Es la combinación de la tesis antidivorcista con la divorcista. Este sistema es complejo, mantiene la posibilidad tradicional de la legitimidad activa del cónyuge de solicitar el divorcio, pero a su vez también es posible la inculpación recíproca, adicionalmente admite causales no inculpatorias⁵⁸.

El Código Civil de 1984 vigente, se adhiere a la tesis divorcista y dentro de ella opta por combinar el Divorcio Sanción y el Divorcio Remedio, derivando en un sistema mixto. Con la reforma introducida mediante Ley N° 27495, se admite la separación convencional junto con causales de inculpación de un cónyuge frente a otro, así como causales no inculpatorias⁵⁹.

La Ley N° 27495 representa la reivindicación de la corriente de frustración del matrimonio al combinar de manera más o menos equilibrada las bondades del Divorcio Remedio, que se aplica para el supuesto en que la vida en común deviene insostenible; y las del Divorcio Sanción, en tanto atenúa el carácter frío y objetivo de la doctrina de la frustración del matrimonio, permitiendo distribuir entre los cónyuges la carga que importa la disolución del vínculo matrimonial⁶⁰.

⁵⁸ *Ibíd.*, Pág. 595.

⁵⁹ *Cfr. Ibíd.*, Pág. 595, 596.

⁶⁰ *Ibíd.*, Pág. 596.



PARTE II

TÍTULO ÚNICO

LA TEORÍA DEL DIVORCIO SANCIÓN Y EL CÓNYUGE DAÑADO

SUMILLA

Capítulo I

El Divorcio Sanción

1.- Premisa. 2.- Causales de Divorcio. 3.- Efectos del Divorcio.

Capítulo II

La Indemnización al Cónyuge Dañado

1.- Antecedentes. 2.- Fundamento. 3.- Naturaleza: Contractual o Extracontractual. 4.- Presupuestos.

OBJETIVOS

1. Describir la Teoría del Divorcio Sanción, su naturaleza y presupuestos, para ubicar dentro de la misma su correlato de la culpabilidad y la consecuente responsabilidad civil.
2. Ubicar el contenido de la responsabilidad civil en el derecho de familia y del divorcio en específico.
- 3.- Explicar los presupuestos necesarios para la identificación del nacimiento de la obligación de Responsabilidad Civil.

CAPÍTULO I

EL DIVORCIO SANCIÓN

1. QUE ES EL DIVORCIO SANCION?

Recordemos que el **Divorcio Sanción** es fruto de una concepción vigente en las leyes del s. XIX, consecuencia del derecho canónico que concibe al matrimonio en carácter de perpetuo. De allí que en esa óptica el divorcio es excepcional. Y se entiende que hay sanción al cónyuge culpable, causante de la ruptura.

En consecuencia, en tal concepción no puede haber divorcio por común acuerdo, estando vedados la prueba confesional y el reconocimiento de los hechos.

Respecto al Divorcio como sanción, es interesante lo indicado por DIEZ-PICAZO y GULLON, quienes indican 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 éste, 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 convincente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal⁶¹.

De acuerdo a la Teoría del divorcio como sanción, *“la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por la ley, como adulterio, abandono, injurias graves, etcétera. Si los hechos no fueren probados, el juez debe desestimar la demanda, aún cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. En síntesis, la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos (pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etcétera⁶²”.*

En cuanto a los hechos determinantes para el divorcio es algo que se encuentra muy estrechamente ligado a la concepción que del mismo se tenga. En el llamado Divorcio Sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio y otras situaciones similares⁶³.

2. CAUSALES DE DIVORCIO

Nuestro Código Civil, en su artículo 349⁰, determina que las causales del divorcio sean las que dispone el artículo 333⁰, incisos 1 al 12, de la separación de cuerpos. Al

⁶¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Volumen IV, séptima edición, Reimpresión 1998 Pág. 115 y 116.

⁶² BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, Cuarta edición, 1996, Pág. 330.

⁶³ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Volumen IV, séptima edición, Reimpresión 1998, Pág. 116.

respecto opina CORNEJO CHÁVEZ⁶⁴, que *“a tenor de lo dispuesto..., los hechos que pueden dar origen al divorcio vincular son los mismos que específicamente admite para la separación de cuerpos, ...”*.

“Artículo 349⁰.- Causales: *Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333⁰, incisos del 1) al 12).*”

“Artículo 333⁰.- Causales: *Son causas de separación de cuerpos:*

1. *El adulterio.*
2. *La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.*
3. *El atentado contra la vida del cónyuge.*
4. *La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.*
5. *El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.*
6. *La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.*
7. *El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.*
8. *La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.*
9. *La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.*
10. *La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.*
11. *La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.*
12. *La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.*
13. *La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.”*

2.1. Causales de Separación de Cuerpos

La figura de separación de cuerpos aparece en el Código Civil de 1984, en el artículo 332⁰, y sus causales están reguladas en el artículo 333⁰. Entonces, las causas que pueden originar la separación de los casados, pueden ser clasificadas en dos grupos, según CORNEJO CHÁVEZ⁶⁵, a saber:

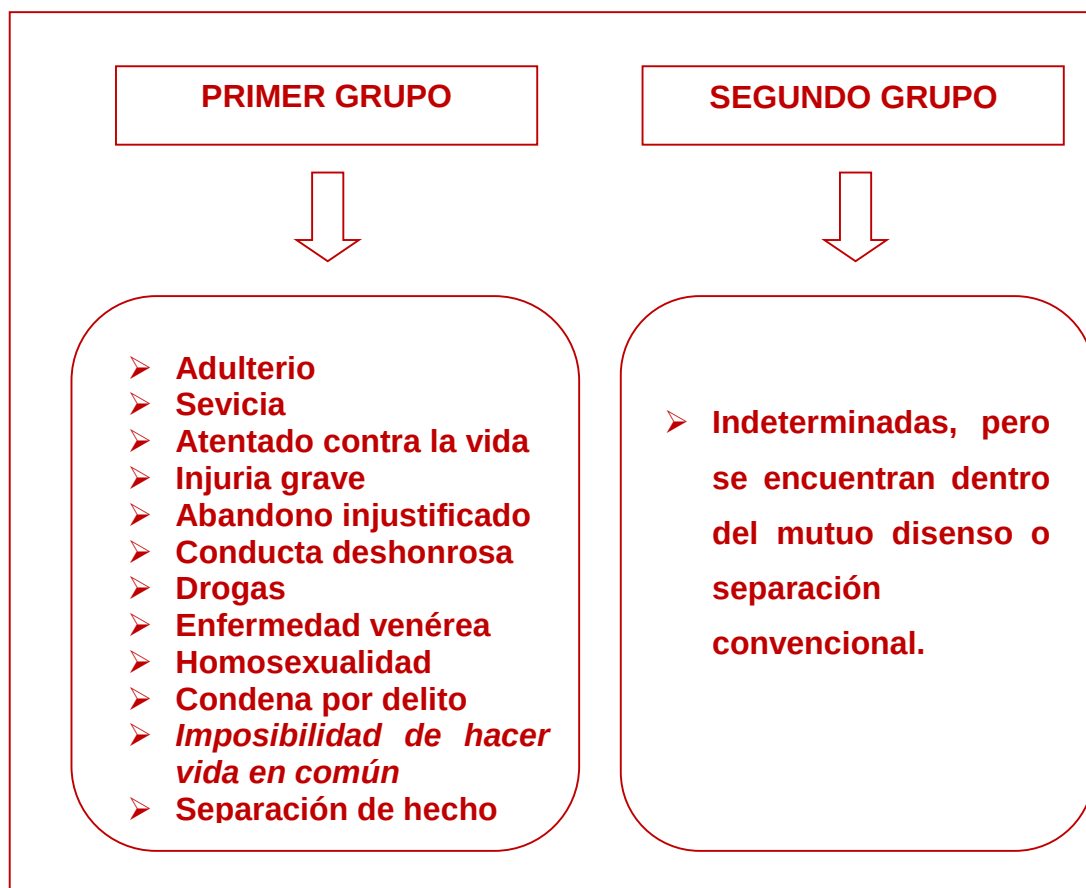
⁶⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Décima Edición, 1999, Pág. 336.

⁶⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Décima Edición, Lima, 1999, Pág. 300 a 311.

- Aquellas que la ley menciona específicamente, y
- Las que se ocultan indeterminadas y globalmente dentro de la fórmula del mutuo disenso.

Gráfico N° 01

Causales de Separación → Clasificación



Fuente: Elaboración propia.

2.1.1. Limitaciones a la acción de separación por causales específicas

- ✓ La acción sólo corresponde a los propios cónyuges, según el artículo 334⁰ del Código Civil, porque es evidente que ellos son los únicos que están facultados y en aptitud de apreciar la necesidad, conveniencia o procedencia de instaurar una acción cuyo efecto es el decaimiento de su vínculo matrimonial; y porque normalmente nadie más puede pretender el derecho de introducir en la sociedad conyugal un germen de perturbaciones capaces de conducir después hacia el divorcio. No debe dejar de considerarse que uno de los cónyuges puede incurrir en una

causal específica de separación, y no pueda el otro plantear la demanda por causa de incapacidad de ejercicio, y no por causa de renunciar a ella.

- ✓ Una limitación al derecho de accionar, si nos referimos a una separación basada en motivos expresos, es la que contiene el artículo 335^o, según el cual ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio. Obviamente, por la manifiesta inmoralidad que demostraría lo contrario.
- ✓ Debido a la necesidad de brindar al cónyuge inocente y a la familia en general una solución a la infelicidad, que ha ocasionado el culpable ha provocado con sus actos, es obvio que si tal infelicidad no ha ocurrido, la acción carece de objeto. Ello puede quedar de manifiesto cuando el cónyuge supuestamente ofendido no hace uso de su derecho a pesar de conocer la causal que se lo otorga. Y, además que la estabilidad familiar no puede quedar indefinidamente sujeta a la incertidumbre, se explica que la ley establezca plazos de caducidad a la acción de separación.

De lo anterior, parte que el art. 339 del C.C. preceptúe que la acción de separación basada en el adulterio, el atentado contra la vida del cónyuge, la homosexualidad sobreviniente al matrimonio y la condena por delito doloso, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido, y en todo caso a los cinco años de producida⁶⁶.

En los casos de sevicia e injuria grave, la acción caduca a los seis meses de conocida la causa, sin que en tales supuestos rija la disposición adicional de “y, en todo caso, a los cinco años de producida esta”, porque dada la naturaleza de tales causales, no puede ocurrir que el ofendido ignore la ofensa.

2.1.2. Causales según el Código Civil de 1984

2.1.2.1. El Adulterio

⁶⁶ **C.C. Art. 339^o.** - *Caducidad de la acción:* La acción basada en el artículo 333^o, inciso 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

Etimología

El significado etimológico más utilizado es “*adulterium*”, que proviene del verbo *adulterare* que significa seducir a una mujer casada, y significa además viciar o falsificar algo. Se trata de una unión sexual ilegítima de un acto que quebranta el deber de fidelidad impuesto por el artículo 288^o del Código Civil al sostener relaciones sexuales con una persona distinta al cónyuge.

Adulterio y matrimonio

Con el matrimonio nacen derechos y obligaciones, y uno importante es el de fidelidad, que contiene los conceptos de débito y continencia sexual. El débito, como la obligación de mantener relaciones sexuales con su cónyuge y la abstinencia como la obligación de no mantener relaciones sexuales con persona distinta a su consorte.

La violación del deber abstinencia sexual configura el adulterio, siendo “*el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente*⁶⁷” y no tiene una tipificación distinta para el varón o la mujer, como lo tuvo en el Código Civil de 1852.

El Código Civil de 1852, tipificó el adulterio en forma distinta al respecto de hombre o mujer, porque admitía la causal para la mujer pero para el marido, considerando además que el adulterio de la mujer era moralmente de consecuencias mas graves, puesto que podía introducir a la familia un miembro de filiación biológica distinta, que sin embargo resultaba hijo del marido por la presunción “*pater est*”.

La mayoría de los Códigos Civiles, considera el adulterio como la primera causal de divorcio, sea por ser un caso frecuente entre los conformantes de las uniones matrimoniales, así como por la grave afectación que significa un acto de esta naturaleza al matrimonio, por ello en muchas legislaciones se le sanciona

⁶⁷ ZANNONI, Eduardo, Manual de Derecho de Familia, ASTREA, Buenos Aires, 1989, pág. XX. (ojo tesis Valdivia)

drásticamente. Por ejemplo, la encontramos en la Sharia, que es la legislación que actualmente rige los países musulmanes, como Kuwait, Afganistán, Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos, donde se condena a los adúlteros a la pena de azotes. Sin embargo, encontramos regímenes mas radicales como la talibán, que tiene la pena de lapidación mediante el lanzamiento de piedras, la cual se aplica a hombres y mujeres, y aunque se ha dado modificaciones que han establecido que no se usen piedras grandes, sino pequeñas que puedan permitir la huída del adúltero, es algo muy distinto a lo que ocurre en nuestra sociedad.

El adulterio, en el Código Civil según Cornejo Chávez, es el tener trato sexual, entre uno de los cónyuges y una tercera persona, constituye la más grave violación del deber de fidelidad matrimonial⁶⁸.

Moralmente, el adulterio cometido por el marido es tan vituperable como el perpetrado por la mujer, y puede influir igualmente en la ruptura del clima ético en que deben desenvolverse las relaciones conyugales. De aquí que la ley no haga distingo entre la falta del marido y la de la mujer, a efecto de franquear a uno y otra, en la acción de separación.

Pero debemos reconocer que desde el punto de vista jurídico, el adulterio, de la mujer puede asumir mayor gravedad que el del marido, porque entraña la amenaza de introducir en el hogar un hijo que no es de aquél, a base de la presunción legal de que “*el hijo nacido durante el matrimonio... tiene por padre al marido*” según el artículo 361⁰ del Código Civil. No se tiene esta diferencia tratándose de la separación de cuerpos, ya que ésta sólo persigue franquear a los cónyuges un medio de poner fin a una cohabitación que se ha tornado insostenible por el adulterio en sí mismo y no por las consecuencias que éste pueda traer con el nacimiento de una prole extramatrimonial. Esto, dicho en otras palabras, significa que lo que impide la cohabitación normal de los cónyuges no es el hecho eventual de la procreación adulterina, sino la grave ofensa que el adulterio de uno de los esposos infiere al otro. Entonces no importa tanto que de la relación sexual en cuestión nazca o no un hijo. Lo que se sanciona es la infidelidad en sí misma, por

⁶⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Décima Edición, Lima, 1999, Pág. 300.

la ofensa al otro cónyuge, por la perturbación ejercida sobre la armonía de la relación matrimonial.

Se infiere de éste, que cuando el cónyuge del adúltero muestra con su propia conducta que no se siente ofendido, la ley le debe negar el arbitrio de la separación. Como especifica el artículo 336⁰ del C.C., según:

- a) Cuando el cónyuge del adúltero consintió en el adulterio o lo provocó.
- b) Cuando el cónyuge ofendido perdonó al agresor.

El consentimiento se da dos formas, expreso y tácito, según haya sido manifestado categóricamente o que se infiera de actos u omisiones que revelen complacencia, tolerancia o estímulo frente a la comisión del delito.

En cuanto al fundamento de la segunda, es el mismo que el anterior, pues no puede considerarse injuriado quien conoció la injuria y la perdonó.

El perdón puede ser expreso o tácito. Este último consiste, según la ley nacional, en el hecho de la cohabitación posterior al conocimiento del delito. Producido el perdón, la acción ya iniciada se paraliza y termina. Si no hubiera sido incoada en su momento, no puede serlo ya a menos que sobrevenga un nuevo motivo.

2.1.2.2. La Violencia física o psicológica

La jurisprudencia peruana la define como el *“trato reiterado y cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho o psicológicamente a su consorte, salvando los límites del recíproco respeto que supone la vida en común”*⁶⁹, que es también como lo define RÉBORA⁷⁰.

⁶⁹ Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia. Casación No. 027-F-97.

⁷⁰ J.C. RÉBORA, Instituciones de la Familia,

Al respecto, el Dr. CORNEJO CHÁVEZ, indica que ‘uno’ hace víctima al ‘otro’, y nos explica que la sevicia “se expresa en maltratos físicos, y se aprecia por los daños materiales que produce. No importa tanto en ella la intención de ofender, cuanto el propósito de hacer sufrir físicamente. Por

2.1.2.3. El atentado contra la vida del cónyuge

Viene a ser la tentativa de homicidio, el deseo de victimar, un acto consciente y deliberado de suprimir la vida del otro cónyuge, sin llegar a consumarlo. En esta causal, el maltrato físico es capaz de alterar gravemente las relaciones matrimoniales hasta el punto de imposibilitar la convivencia, no hay duda de que el designio criminal exteriorizado por uno de los cónyuges en agravio del otro, suscita necesariamente un estado de aversión, generando un temor enteramente incompatible con la vida en común. La separación impone un elemental sentido de prudencia, porque continuar con la cohabitación entre el agraviado y la víctima, sería inhumano obligar a ésta a que siga conviviendo con el agresor.

Nuestro Código Civil, no hace diferencia entre la tentativa desistida y la tentativa impedida, lo que importa es que el cónyuge ponga de manifiesto su intención de victimar a su consorte. En la tentativa, el agente comienza la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo, comprendiendo el desistimiento voluntario como el arrepentimiento activo, aunque no la tentativa inidónea. El autor principal puede ser el cónyuge, el cómplice o el instigador.

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

La presente causal es directa, inculpatória y perentoria, que da lugar al divorcio y su sustento se encuentra en la protección de uno de los derechos fundamentales de la persona humana, como es la vida de uno de los cónyuges y que se expresa en el quebrantamiento del deber de asistencia recíproca y en la falta de seguridad personal del cónyuge.

Cabe señalar que las figuras penales como la tentativa de homicidio, el homicidio frustrado y el homicidio imposible quedan comprendidas en esta causal.

2.1.2.4. La injuria grave

Está contenida en el inciso 4 del artículo 333° del Código Civil, y consiste en la ofensa grave a la personalidad, los sentimientos y la dignidad del cónyuge agraviado que implica violación de los deberes recíprocos de respeto, nacidos del matrimonio; es un acto u omisión ultrajante, ofensiva e inexcusable que hiere al otro cónyuge.

CORNEJO CHAVEZ, indica al respecto que el ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro corresponde en el orden moral a la sevicia en el orden físico, pero, si bien es cierto que en determinadas circunstancias y tratándose de ciertas personas la injuria puede revestir la misma o mayor gravedad que el maltrato material, también lo es que aquélla, por no dejar huella objetiva y por referirse a algo tan inaprehensible y subjetivo como es la dignidad, puede servir de base a un verdadero abuso del derecho de pedir la separación⁷¹.

Para calificar la injuria el juez debe aplicar, según su prudente arbitrio, las mismas reglas indicadas anteriormente.

Algunos tratadistas estiman que debe incluirse en ella la conducta licenciosa observada por la mujer antes del matrimonio, a condición de que el marido no haya estado enterado de ella al momento de casarse y de que, apreciadas las circunstancias, sea razonable suponer que, de haberla conocido, no se hubiera casado.

Por lo que el renombrado Dr. CORNEJO CHÁVEZ, considera que esta interpretación extensiva del concepto de la injuria, no obstante la gravedad que puede asumir el tardío conocimiento de una conducta licenciosa de la mujer, *no es aceptable en teoría ni dentro del campo de nuestra ley positiva*. Por que, *teóricamente*, la separación de cuerpos es el medio legal por el que se remedia la

⁷¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Décima Edición, Lima, 1999, pág. 302.

anormalidad surgida en la relación conyugal a consecuencia de ciertos hechos posteriores al enlace. Tratándose, en cambio, de hechos anteriores bastante graves para autorizar la presunción de que su oportuno conocimiento hubiera obstado el matrimonio, la solución legal no puede ser sino la invalidez del casamiento. Esta última figura implica, que el matrimonio se contrajo con consentimiento viciado⁷² y que adolece por tanto de un defecto inicial; a diferencia de la separación de cuerpos que supone la existencia de un matrimonio que nació normal y legalmente, por lo cual es válido, pero cuyo clima moral se ha tornado irrespirable por obra de hechos sobrevinientes.

En la legislación vigente, la inclusión de la precedente conducta licenciosa de la mujer en el concepto de injuria grave es también inadmisibles, pues el legislador, ha considerado que la conducta deshonrosa, observada con anterioridad al matrimonio, por el hombre y por la mujer, es un defecto sustancial que estando en ignorancia uno de los esposos, abre camino a una acción de anulabilidad por error⁷³.

Es una causal directa e inculpatória, que se fundamenta en el quebrantamiento de una de las obligaciones que nacen del matrimonio como es el deber de asistencia y el respeto por la personalidad, los sentimientos y el honor del otro consorte, así como en el hecho de que no es posible la vida en común supeditada a las humillaciones, intemperancias y caprichos del otro, que en el fondo significan un menosprecio profundo. Está regulado por el artículo 337° del C.C., que la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa serán apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, conducta y costumbres de los cónyuges. Sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad N° 18-96, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” ha establecido que estos criterios sólo se aplicarán en el caso de las injurias graves.

⁷² No por el dolo de la mujer que guardó silencio sobre su pasado, desde que el dolo no es generalmente considerado como vicio del consentimiento en materia matrimonial, sino por el error del esposo a quien se le ocultó la verdad. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Décima Edición, Lima, 1999, pág. 303.

⁷³ **C.C. 1984, Artículo 277.- Causales de anulabilidad del matrimonio.** Es anulable el matrimonio: /.../ 5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.

2.1.2.5. Abandono Injustificado de la Casa Conyugal

Una de las principales obligaciones recíprocas de los cónyuges es la de hacer vida en común, y en consecuencia la ley señala diversas medidas destinadas a asegurar su cumplimiento⁷⁴.

La presente causal, se “configura por la dejación unilateral del hogar conyugal por uno de los cónyuges, sin motivo justificado y además con el propósito de sustraerse a los deberes conyugales”⁷⁵. Conforme a nuestra legislación, ésta no caduca y puede ser impuesta en cualquier momento, mientras dure el rehusamiento a volver.

El producirse esta causal se “quebranta el deber de hacer vida en común que nace por imperio de la ley al contraer matrimonio y que se encuentra previsto en el artículo 289° del código Civil, el abandono también implica que se lleva a cabo respecto del domicilio conyugal al que se refiere el artículo 290° del Código Civil”⁷⁶, entonces al romper el deber de hacer vida en común, lógicamente el deber de cohabitación, de asistencia al cónyuge, de ayuda, colaboración, de participar en el gobierno del hogar y de cooperar con el mismo, también se quebrantan, lo que le otorga la gravedad para ser una causal directa e inculpatoria, prevista en el inciso 5 del artículo 333° del Código Civil.

Considerando que, cuando uno de los cónyuges frustra (con su conducta) los medios legales de que el otro se vale para mantener o reanudar la convivencia, éste puede pedir y obtener la separación de cuerpos a base de esta causal, pero no puede dejar de considerar que se necesita que concurren *tres requisitos*⁷⁷ indispensables, como son:

1° Que el demandado haya hecho dejación de la casa en común,

⁷⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 303.

⁷⁵ VALDIVIA DUEÑAS, Martín T, Tesis “El Divorcio por la Causal de Separación de Hecho y sus efectos en la protección del cónyuge agraviado”, UCSM, Esc. Postgrado, Arequipa, 2005, pág. 105.

⁷⁶ VALDIVIA DUEÑAS, Martín T, Tesis “El Divorcio por la Causal de Separación de Hecho y sus efectos en la protección del cónyuge agraviado”, UCSM, Esc. Postgrado, Arequipa, 2005, pág. 105.

⁷⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 303.

2° Que tal actitud sea injustificada, lo que permite suponer que se busca la destrucción de hecho de la comunidad conyugal,

3° Que el abandono se prolongue por más de dos años continuos, o la duración de los periodos, al ser sumados exceda los dos años⁷⁸.

Por lo que CORNEJO CHÁVEZ, indica que “no se podrá invocar el abandono como causal de separación cuando ésta se haya producido por buen acuerdo de los cónyuges, cuando se deba a razones atendibles y haya sido autorizada por el juez (art. 289° y 347° del Código Civil). Cuando pese a la separación material pueda deducirse de indicios inequívocos, que el presunto culpable no tuvo la intención de romper el vínculo matrimonial, o cuando el abandono no duró al menos dos años. No existiendo ninguna de estas circunstancias, sino más bien las opuestas, como el adulterio, concubinato, olvido y deliberado incumplimiento de las obligaciones relativas al otro cónyuge o a los hijos, la manifestación expresa de aversión a la vida matrimonial, el juez declara fundada la acción”⁷⁹.

No podemos dejar de mencionar la ejecutoria suprema de fecha 14 de Mayo de 1947, en la cual encontramos que “si el marido no tuvo hogar propio que ofrecer a la esposa, la acción de divorcio que promueve invocando la causal... de abandono del hogar, es infundada: los cónyuges ‘fueron a vivir a casa de un tercero’”⁸⁰.

2.1.2.6. La Conducta Deshonrosa

La ‘conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común’, es una causal inculpatória, de divorcio, prevista en el inciso 6 del artículo 333° del C.C., que contiene una generalidad que hace posible que el legislador encuentre una “multiplicidad de hechos y situaciones que la realidad puede presentar y que escapen a toda posibilidad de enumeración”⁸¹. Entendiéndolo así, si bien es

⁷⁸ El Código Civil anterior, derogado, no previó el caso de períodos sucesivos de abandono, ninguno de los cuales llegó a dos años, pero cuya suma excedía este plazo. En el actual C.C., donde se aplicó la ponencia del Dr. Cornejo Chávez, se incorporó ese caso, con lo que se cerró el paso a la mala fe del cónyuge que se reincorpora al hogar cada vez que van a cumplirse los dos años continuos que exigía el Código de 1936.

⁷⁹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 304.

⁸⁰ R. de J.PÁG. N° 42 – 43 de Julio-Agosto 1947, pág. 430-431.

⁸¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 304.

genérica su redacción, no se puede obviar su gravedad por que deviene en el decaimiento del vínculo matrimonial (es susceptible de utilización abusiva).

Debemos entender por conducta, aquel comportamiento del individuo que se manifiesta “en su entorno familiar y social que debe estar orientada a observar la moral y las buenas costumbres del grupo social”⁸² al que pertenece, con la finalidad de ser aceptado, ya que por el contrario sería una conducta deshonrosa (reprochable), y estaría constituida por el comportamiento deshonroso, inmoral o indecente del cónyuge, habitual y constante, también el comportamiento impúdico contrario a la ética (que trae repudio del entorno social), en tal forma que hace insoportable la vida en común para el cónyuge afectado, porque infringe los deberes éticos que son necesarios para el buen nombre e imagen de la familia.

Debido a esto, el legislador no puede dejar de apreciar las circunstancias peculiares de cada caso para declarar fundada la demanda (art. 337° del Código Civil⁸³), teniendo que revisar que se hayan acreditado los dos extremos que exige la ley, en otras palabras, que la conducta del cónyuge demandado haya sido realmente deshonrosa⁸⁴, así como si éste hecho realmente torna insoportable la convivencia, pues cualquiera de los dos requisitos por sí solos, no son suficiente razón para justificar la relajación del vínculo.

De conformidad a la Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra este artículo, el 337° del Código Civil, en el **Exp. 018-96-I/TC**, la referencia a la apreciación por el Juez de la sevicia y la conducta deshonrosa, atendiendo a la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges ha quedado derogada; manteniéndose vigente dicha apreciación judicial sólo en relación a la injuria grave⁸⁵.

⁸² VALDIVIA DUEÑAS, Martín T, Tesis “El Divorcio por la Causal de Separación de Hecho y sus efectos en la protección del cónyuge agraviado”, UCSM, Esc. Postgrado, Arequipa, 2005, pág. 105.

⁸³ C.C. Art. 337.- La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

⁸⁴ Así, la comisión incidental de un acto reprochable no puede ser considerado como “conducta deshonrosa”; el cónyuge que lleva sobre sí antecedentes deshonrosos no puede invocar la deshonra del otro, como podría invocarla si fuera un sujeto honorable; la dedicación de uno de los cónyuges a trabajos humildes no puede ser conceptuada como una conducta deshonrosa, aunque hiera la susceptibilidad del otro, etc. Según CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, DERECHO FAMILIAR EN EL DERECHO PERUANO, ob. cit, pág. 304.

⁸⁵ SPIJ, Código Civil, Libro III Derecho de Familia, Registró 69503.

2.1.2.7. Uso habitual de Drogas

Está regulada en el Código Civil peruano, en el inciso 7 del artículo 333⁸⁶, y textualmente menciona la causal de uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía en sus diversas formas. Es una causal inculpatória del divorcio, porque altera gravemente la normalidad de la vida conyugal, por los efectos que origina con el consumo de sustancias toxicómanas en el cuerpo y en la mente del consumidor, reflejándose en su conducta. Acompaña a estas mermas, la situación de dependencia, que sigue accionando dañinamente el sistema nervioso central, por lo tanto sufre cambios negativos psíquicos.

Estando en conocimiento de las consecuencias, aceptando su creciente y preocupante gravedad, lo que interesa es determinar cuál es el fundamento de que el uso de estupefacientes constituya una causal de separación en nuestra legislación. Observando que la separación de lecho y habitación “no puede contribuir a la extirpación del vicio”⁸⁷, ni mucho menos es adecuado para brindar al cónyuge inocente la oportunidad de cumplir el deber de asistencia que prometió satisfacer al casarse y que, por “la abnegación que demanda, no evidencia la íntima estructura ética del matrimonio, sino en los eventos penosos y desgraciados”⁸⁸, tampoco evidencia que se quiera evitar el contagio, porque no es contagioso, aunque es conocido que el uso habitual de estas sustancias no puede ser considerado como una dolencia corriente, sino es considerada como una falta, no contagiosa, pero encierra el inminente peligro de que lo adquiera el otro cónyuge. Por lo que es razón suficiente, para negarse a la cohabitación, por resguardar su propia seguridad e impedir la procreación de niños con algún inconveniente biológico. Y además, la posible curación de la toxicomanía, no depende directamente de la asistencia, aunque necesaria, que el cónyuge inocente pudiera prestar al vicioso enfermo.

Por lo que, si se quiere considerar el uso de drogas una causal de separación, primero debe reunir las condiciones que la ley detalla, como son:

⁸⁶ C.C. Art. 333.- Causales ... inc. 7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía.

⁸⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 305.

⁸⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 305.

- Que se trate de un hábito, *lo que normalmente ocurre porque un toxicómano es consuetudinario*.
- Que el uso sea injustificado.⁸⁹

Se cambió el inc. 7 del art. 333° del C.C. con la ley Nro 27495, que dispone que “salvo lo dispuesto en el artículo 347°”, éste último determina que en caso de enfermedad mental de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda el deber de hacer vida en común, modificación que resulta ser innecesaria, debido a la calificación legal de la causal que se da, donde se descarta la ingestión por razones terapéuticas o por prescripción médica, así se exige que el uso sea habitual e injustificado, en este sentido también opina ALEX PLÁCIDO⁹⁰.

2.1.2.8. Transmisión de Enfermedad Venérea Grave

La legislación pone cuidado especial cuando se trata de temas de matrimonio, por ser una institución importante para la sociedad, y del cual se genera la procreación de la prole. Razón por la cual, si existe una dolencia grave, que pone en peligro a la descendencia, o a uno de los cónyuges se hace necesario una regulación adecuada. La ley Nro 27495, modificó la causal que anteriormente sólo se refería a la enfermedad venérea contraída después del matrimonio.

Considerando lo anterior, es que se legisla “tres dispositivos del Código que, siguiendo distintos caminos, buscan en realidad el mismo fin, que es el del artículo 24°1, inciso 2 del código Civil, que prohíbe el matrimonio a quienes padecen de enfermedad crónica, contagiosa, transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole; el del artículo 277° del Código Civil, que declara anulable el matrimonio contraído por error sobre la enfermedad grave y crónica; y el del artículo 333° inciso 8 del código Civil, a que ahora nos referimos, por el que uno de los cónyuges tiene expedida la vía legal hacia la separación cuando el otro ha contraído después del matrimonio una enfermedad venérea grave”⁹¹. Al respecto, sigue opinando CORNEJO CHÁVEZ, acerca de

⁸⁹ Aunque la ley no señala qué sustancias se pueden considerar justificadas, pero no parece haber otro caso que el de la prescripción médica. Según CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 305.

⁹⁰ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F., Divorcio, Reforma del Régimen de Decaimiento y disolución del Matrimonio, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, pág. 83.

⁹¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 306.

esta última disposición, que es la que nos incumbe analizar, se podría argüir que es muy restringida o que es por el contrario excesiva. Lo primero, porque si lo que se pretende amparar es la salud del otro cónyuge y de la prole, la enfermedad venérea no es la única que pone en peligro a la familia, sin contar con que, dadas las consecuencias de toda dolencia venérea, no se sabe a cuál podría reputársela leve. Lo segundo, porque, lo mismo que en el caso anterior, la relajación del vínculo no contribuye a curar al enfermo, y en cambio franquea al cónyuge sano la posibilidad de eludir el cumplimiento de su deber de asistencia.

Es prudente que la separación se dé en una situación así, porque humanamente no se puede condenar al cónyuge sano al contagio sexual o extra sexual, así como tampoco podemos apoyar que se evite la procreación de una descendencia con anomalías, pudiéndose cumplir con la obligación asistencial aun separados.

CORNEJO CHÁVEZ, al respecto indica que “la separación de cuerpos como consecuencia de la enfermedad venérea sobreviniente no pretende sancionar al enfermo, ni pronunciar una condenación por una presunta falta a la fidelidad conyugal”⁹², porque la dolencia venérea puede ser contraída extra sexualmente, y porque no habría necesidad de incluirla entre las causales de separación debido a que ya existe la del adulterio.

2.1.2.9. La Homosexualidad sobreviniente al Matrimonio

La palabra homosexualidad viene del prefijo griego “*homos*”, que significa lo mismo, igualdad o semejanza. Entonces, entendemos que es una persona que siente atracción sexual por otra de su mismo sexo, y muy parecido opina PERALTA ANDÍA “indica a toda persona que tiene relación sexual con otra de su mismo sexo”⁹³.

Esta causal no fue considerada en el Código de 1936, y al ser introducirla en el nuevo texto, por la Comisión Revisora, no estuvo libre de controversia.

⁹² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 306.

⁹³ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, IDEMSA, Lima, 2002, pág. 87.

Algunos consideran que la homosexualidad (en la que puede incurrir cualquiera de los cónyuges) es en unos casos un síntoma de alteraciones o características fisio-psicológicas, y en otros casos son desviaciones morales o el fruto de éstas. En el primer caso, CORNEJO CHÁVEZ opina⁹⁴ que no se justifica la sanción de un divorcio, cuya tramitación exhibe y publica una anomalía que el consenso social condena o ridiculiza injustamente, lesionando así a quien la sufre, mientras que en la segunda hipótesis es un caso de conducta deshonrosa, ya previsto en otro inciso del mismo artículo. Pero, si puede verse la imposibilidad de hacer vida en común, por significar menosprecio por el sexo del otro cónyuge, y una alteración de la conducta social, aunque una mejor solución sería el mutuo disenso, a menos que quien sufre la anomalía o el vicio se niegue a franquear esa vía de solución.

No se puede dejar de mencionar, que si la homosexualidad se dio antes del matrimonio y el cónyuge agraviado lo ignoró, puede solicitar la anulabilidad del matrimonio por desconocimiento de un defecto sustancial al contraerlo (art.241°, inciso 2; concordante con el art. 277° del C.C.).

2.1.2.10. La Condena Privativa de la Libertad por más de dos años

Esta causal está prevista en el inciso 10 del artículo 333⁹⁵ del C.C., que reprodujo el artículo 247°, 9° del Código derogado, y que es algo controversial. Es de naturaleza inculpatoria y perentoria, y su sustento está en que la familia además de los fines naturales, también busca fines sociales como el honor y buena reputación, ante lo que un hecho infamante como un delito doloso va a perturbar su normal desarrollo, viola una obligación ético moral.

Algunos comentaristas opinan que lo que la ley ha querido sancionar es la imposición de una pena privativa de la libertad, probablemente por considerar que impide al culpable cumplir con sus deberes conyugales.

En otro sentido, otros consideran errado el anterior, porque la condena rompe la armonía y mutua estimación de los casados, por la deshonra que acompaña a una

⁹⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 307.

⁹⁵ C.C. Art. 333: Causales, inc. 10.-

conducta gravemente delictuosa. Entonces, si la causa fuera la imposibilidad en que la condena pone al cónyuge culpable para cumplir el débito conyugal, también deberían ser causales de separación la ausencia del marido o de la mujer por razones de negocios, trabajo, salud, impotencia senil u otros hechos análogos, y subsecuentemente, como la separación no autoriza al cónyuge inocente para contraer nuevas nupcias o para mantener trato sexual con distinta persona, es obvio que la sentencia de separación no salvaría el obstáculo. La forma de injuria grave que el delito de uno infiere al otro y a la familia, puede hacer imposible la convivencia, y el legislador ha querido mencionarla expresamente.

La ley se refiere a la condena por dos razones⁹⁶:

- a) Que la condena penal es la que declara la existencia del delito y lo sanciona, lo que significa que antes de su pronunciamiento no se puede afirmar aún que el delito existe ni quién fue su autor o cómplice, y
- b) Que la naturaleza y duración de la pena son las que determinan la gravedad de la infracción punible; y esto es indispensable para franquear la acción, desde que no sería admisible que un delito leve relajara el vínculo conyugal.

El Dr. CORNEJO CHÁVEZ, analiza la exigencia de la ley sobre que la condena haya sido dictada con posterioridad a la celebración del matrimonio, en tres supuestos:

- ***Delito cometido antes del matrimonio, ignorado por el otro cónyuge y sancionado por condena dictada posteriormente al enlace.***- El cónyuge inocente no estuvo obligado a conocer la infracción, entonces al conocerla es una injuria grave. Aunque la ley debió otorgar la invalidez del matrimonio.
- ***Delito cometido antes del casamiento y sancionado posteriormente a la celebración del mismo, cuando el otro esposo conoció la comisión de aquél.***- Algunos consideran que no se debe dar la separación, porque estando la injuria

⁹⁶ CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 308.

en el delito y no siendo la condena sino una previsible consecuencia de aquél, el otro esposo se casó a sabiendas, lo que implica su perdón.

- Delito perpetrado antes del enlace y sancionado también con anterioridad.-

La ley niega la separación por considerar que la injuria estaba ya inferida, que se estaba obligado a conocer la situación de su pretendiente, y el haberse casado implica el perdón. Ahora bien, es cierto que los procesos penales son públicos, pero la publicidad es relativa, porque muchos no están vinculados con el medio judicial.

Es necesario que el fallo haya quedado firme y permanezca inmodificado, para que funcione como causal, pero también, si el penado hubiera sido favorecido con la amnistía antes de emitir la sentencia de separación, ésta ya no es posible, pues aquélla suprime legalmente el hecho punible y llama al perpetuo silencio respecto de sucedido. En cambio, si hablamos del indulto, aquí si subsiste el derecho de acción, porque sólo suprime la represión del hecho punible, exime de la ejecución total o parcial de la pena, pero deja subsistentes el delito y la condena.

2.1.2.11. La imposibilidad de hacer vida en común

La presente causal, que es inculpatória, fue introducida por la Ley Nro27495. Se le conoce como divorcio quiebre, porque pone de manifiesto la existencia de un matrimonio desquiciado, falto de armonía familiar por todo lo cual no es posible hacer vida en común. Se le conoce también como el divorcio quiebre.

Los deberes de cohabitación y de asistencia recíproca que nacen del matrimonio son violados por los actos que imposibilitan la vida en común y dada la imprecisión respecto de los hechos que la constituyen se pueden comprender actos como abusos (respecto de la persona del cónyuge) derivados de la privación de entrar en el hogar, de introducir clandestinamente al hogar personas ajenas, de internarlo innecesariamente en un sanatorio, iniciar acciones judiciales promovidas injustamente o seguidas a espaldas del cónyuge agraviado

únicamente con el ánimo de perturbar y mortificar, tener actitudes impropias de un casado (salidas o viajes con persona distinta al cónyuge, ausencias periódicas, constantes e injustificadas), venta de los bienes sociales, apoderamiento, despojo, préstamos que gravan el patrimonio común (realizados a espaldas del otro cónyuge), sometimiento a prácticas sexuales aberrantes, negativa de consumir el matrimonio, negativa al débito sexual, falta de aseo en grado extremo, conducta irrespetuosa, etc., etc. Si examinamos las acciones señaladas, podríamos concluir que tenemos otras causales, lo que puede inducir a considerar que se desprende la necesidad de hacer un deslinde entre los hechos que tipificarían esta causal y los que tipifican a otras causales⁹⁷.

2.1.2.12. La Separación de Hecho de los Cónyuges

En el inc. 12 del artículo 333°, se redacta la causal de ‘separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335° del C.C., introducida por la Ley Nro 27495, referida al quebrantamiento de la obligación de hacer vida en común en el domicilio conyugal.

Siendo que esta causal es tema de la presente investigación, solo brevemente para seguir la secuencia, la presentaremos como: Que por medio de esta causal, se puede solicitar el divorcio con solo probar que se está separado por el plazo que la ley exige. No necesita más para configurarse, “es la negación del estado de vida en común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento del deber de cohabitación voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio”⁹⁸.

Es considerar la intención evidente de los cónyuges (fáctica), o de uno de ellos (expresa) de no hacer vida en común, y acompañado de ello el deseo de no cumplir con los deberes que nacen del matrimonio.

⁹⁷ VALDIVIA DUEÑAS, Martín T, Tesis “El Divorcio por la Causal de Separación de Hecho y sus efectos en la protección del cónyuge agraviado”, UCSM, Esc. Postgrado, Arequipa, 2005, pág. 120.

⁹⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Divorcio, filiación y patria potestad, Grijley, Lima, 2004, pág. 73.

2.1.2.13. La Separación Convencional

Lo determina el inciso 13 del artículo 333° del Código Civil, admitiendo la separación convencional, la cual procederá después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, como única condición.

Mutuo Disenso

El Código Civil de 1936, trataba de esta causal bajo la denominación de Separación de Cuerpos por Mutuo Disenso. El Mutuo Disenso o Separación Convencional nos da a entender que los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas o simplemente porque difieren en el modo de pensar y de sentir, por incompatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar conviviendo, por lo que solicitan ambos la autorización judicial para exonerarse mutuamente de los deberes de lecho y habitación⁹⁹. O sea, que en lo único que están de acuerdo es que ‘no están de acuerdo’.

CORNEJO CHÁVEZ opina al respecto, “El Mutuo Disenso ha sido duramente combatido, tanto como mera causal de separación de cuerpos, cuanto como fundamento en que directa o indirectamente pueda apoyarse una acción de divorcio vincular...”. Se le puede objetar que destruye casi totalmente las ventajas que la ley quiso asegurar con la minuciosa y taxativa enumeración de causales específicas; pues se comprende que no sólo aquellos cónyuges que temen exhibir las escandalosas incidencias de su vida, sino aquéllos que no desean seguir conviviendo por motivos minúsculos o por egoístas consideraciones privadas, tienen con el fácil arbitrio del Mutuo Disenso medio legal para burlar la severidad que la misma ley ha desplegado al gobernar fatigosamente cada una de las causales específicas. Al respecto también dice que el mutuo disenso no se dirige a satisfacer otro interés que el particular de los cónyuges, porque es obvio que éstos, al resolver separarse, no consideran las conveniencias sociales, ni las de sus hijos, lo que deviene en olvidar que el matrimonio es una institución fundamental social, y no un negocio privado.

⁹⁹ CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 311-312.

Parte fundamental de análisis, también lo es el autorizar a los cónyuges a oponer el más estricto silencio al empeño que muestre el juez para averiguar hasta qué punto es fundada la demanda y son serios los motivos que la sustentan, implica que el Estado va a renunciar a favor de los particulares a la facultad que tiene de administrar justicia, reduciendo al juez a ser un simple testigo, y que las partes son al mismo tiempo sus propios jueces. Entonces los argumentos citados, son más importantes cuando el mutuo disenso puede ser utilizado para franquear después a los cónyuges el divorcio absoluto.

Fue en el Código Civil de 1936 que no se admitió directamente el Divorcio Vincular por Mutuo Disenso, debido a la unánime repulsión que los juristas que fueron parte de la Comisión Reformadora mostraron; pero pasando por encima de aquella opinión, fue promulgado después de pasar por la Comisión Revisora, todo esto permitió convertir el estado de separación en el divorcio absoluto, por voluntad reticente de los cónyuges se puede conseguir legalmente a la destrucción del vínculo matrimonial. La misma posición ha sido mantenida en nuestro código actual.

3. EFECTOS DEL DIVORCIO

3.1. Con relación a los cónyuges

3.1.1. Disolución del Vínculo Matrimonial

Se trata del efecto que reviste la mayor gravedad porque el divorcio destruye definitivamente el nexo conyugal, en tal forma que los ex - consortes pueden contraer nuevo matrimonio con tercera persona¹⁰⁰.

Se advierte que la ruptura definitiva del vínculo matrimonial no opera retroactivamente, sino para el futuro.

¹⁰⁰ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *OPág. cit.*, Pág. 332

Es el efecto que reviste mayor gravedad, porque el divorcio destruye definitivamente el nexo conyugal, en ese sentido, los ex – consortes pueden volver a contraer nuevo matrimonio con tercera persona o entre sí mismos. Se advierte que la ruptura definitiva del vínculo matrimonial no opera retroactivamente, sino para el futuro.

3.1.2. Obligación alimentaría de los cónyuges

Por regla general por el divorcio cesa la obligación alimentaría entre los esposos; no obstante esta subsiste en los siguientes casos:

Según dispone el cuerpo sustantivo civil: “Artículo 350° del Código Civil de 1984.- (...) *Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciera de bienes propios o gananciales suficientes o estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez asignara una pensión alimentaría no mayor de la tercera parte de la renta de aquel (...)*”.

El ex - cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimentaría y la entrega del capital correspondiente. También el indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones alimentarias cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad el obligado puede demandar la exoneración y en su caso, el reembolso.

3.1.3. Reparación del Daño Moral

Es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad o padecimiento, que de la realidad económica¹⁰¹.

¹⁰¹ Código Civil Peruano de 1984:

“Artículo 351.- Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.”

Por mandato de la ley, el Juez puede conceder al cónyuge una suma de dinero a título de reparación moral si ha resultado seriamente afectado en sus bienes extra patrimoniales, prestigio, consideración social, etc. Particularmente, si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge¹⁰². Reparación que no lleva a estudiarle dentro de la Teoría de la Responsabilidad Civil, como veremos luego.

3.1.4. Pérdida de Gananciales

Se trata de que el cónyuge divorciado por su culpa pierda los gananciales que procede de los bienes del otro cónyuge desde la celebración del matrimonio y no precisamente desde la fecha en que se realizó el hecho ilícito que le es imputado y que determinó el divorcio, pero debe entenderse que conservara su derecho en lo demás. Este efecto opera sin necesidad de que el órgano jurisdiccional lo declare en forma expresa.

Debe aclararse que los bienes sociales que integran la sociedad conyugal no son gananciales para los efectos a los que se contrae el artículo 352° del Código Civil¹⁰³ vigente, ya que aquellos son los bienes remanentes después de realizado el inventario, el pago de las obligaciones y cargas así como de haberse reintegrado a cada cónyuge los bienes propios que quedaren.

3.1.5. Pérdida de Derechos Hereditarios.-

Afecta tanto al cónyuge culpable como al inocente. Consiste en la pérdida del derecho de heredar entre sí, lo que opera de pleno derecho porque no es necesario que lo declare el órgano jurisdiccional. Se funda en el hecho de que la vocación hereditaria nace del parentesco del matrimonio, pero el divorcio lo destruye

¹⁰² Existe un alto grado de discrecionalidad judicial al momento de establecer el monto por reparación de daño moral, debido a que este tipo de indemnizaciones son muy subjetivas por la ausencia de parámetros eficientes para su establecimiento; *Vid.* PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *OPág. cit.*, Pág. 333.

¹⁰³ Código Civil de 1984:

“Artículo 352.- El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.”

definitivamente en este último caso, luego no es posible la sucesión intestada. Esta previsión esta dispuesta en el artículo 353° del Código Civil de 1984.

3.1.6. Cesación de llevar el apellido del marido

La ley establece que la mujer tiene derecho de llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. En ese sentido, terminado el vínculo marital, queda extinguido el derecho por falta del sustento que le dio su origen.

3.1.7. Terminación de la afinidad colateral

El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. Terminado el vínculo marital, se da por concluida la afinidad colateral.

Sin embargo, la afinidad en la línea recta no acaba por la disolución del matrimonio, subsistiendo la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio, y mientras viva el ex – cónyuge.

3.2. Con relación a los hijos:

3.2.1. Suspensión del ejercicio de la Patria Potestad¹⁰⁴

La disolución del nexo conyugal, impone a los padres la necesidad de velar en lo posible por el bienestar de los hijos, sin embargo la tenencia del menor debe quedar a cargo de uno de los ex cónyuges, la ley establece dos casos:

- ***Si uno de los cónyuges es culpable***, los hijos menores se confían al cónyuge que obtuvo el divorcio por causa específica, a no ser que el Juez determine que por el bienestar de los mismos se encargue de todos o de alguno de ellos, al otro cónyuge, pero si hubiera motivos graves, el ejercicio de la patria potestad podrá encargarse a una tercera persona. Esta designación debe recaer especialmente en alguno de los abuelos, hermanos o tíos, por su orden.
- ***Si ambos cónyuges son culpables***, los hijos varones mayores de siete años quedarán a cargo del padre; las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa.

El padre o la madre a quien se haya confiado los hijos, ejerce la patria potestad de éstos; mientras que el otro queda suspendido de tal ejercicio, pero lo reasumirá de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

3.2.2. Derecho Alimentario

Los padres están obligados a proveer el sustento moral y económico a sus hijos hasta la edad que la ley establece para el cese de la referida obligación. El Juez esta obligado a cuidar que los padres divorciados cumplan con este fundamental derecho deber de alimentar a sus hijos, por cuya razón en la sentencia deberá señalar la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos.

¹⁰⁴ Cfr. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *OPág. cit.*, Pág. 334

Debe entenderse por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, según la situación o posibilidad de los padres o del obligado; pero si el alimentista es menor de edad, los alimentos por disposición legal comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. Los alimentos deben ser solicitados expresamente¹⁰⁵.



¹⁰⁵ Cfr. *Ibíd.*, Pág. 335

CAPÍTULO II

LA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE DAÑADO

1. ANTECEDENTES

En el presente capítulo nos proponemos abordar el tema de la Responsabilidad por Daños en el Divorcio, y si bien no es un tema novedoso, si lo es en cuanto a su tratamiento por una doctrina especializada en nuestro medio. La Responsabilidad Civil, que tradicionalmente la encontramos en el Derecho de Obligaciones y que a simple vista la advertimos como un asunto arduamente tratado y desarrollado; más de una visión exegetica nos damos cuenta cada vez más, que no es así, pues como señala Chaves citado por Barbero¹⁰⁶ “*El tema de la Responsabilidad Civil es inmenso, profundo y misterioso como el mar*”, así vemos que es abundantísima la doctrina producida al respecto, pero si tenemos en cuenta que esa amplitud también lleva a la Responsabilidad Civil a expandirse a todas las ramas del derecho, observamos que aún falta investigar y las cosas no están del todo claras, sobre todo en el delicado campo del Derecho de Familia.

Qué duda cabe que el derecho en general ha ido evolucionando y dentro del mismo, el Derecho de Familia es uno de los que ha sufrido más transformaciones, pasando de una *Estructura Jerarquizada* basada en el dominio del *pater familia*, cuya autoridad era cuasi omnímoda, no había igualdad de derechos entre los cónyuges, la patria potestad era un cúmulo de derechos sólo a su favor, no había contratación entre los cónyuges, la autonomía de la voluntad no tenía cabida en la organización familiar e incluso el Estado tenía poca injerencia en el seno del este núcleo familiar; pasamos a una *Estructura Igualitaria*, donde ya se permite no sólo la contratación entre cónyuges, la igualdad en el gobierno de la familia así como en la contribución de su sostenimiento, sino la independencia de la mujer fuera del núcleo familiar sin necesidad de autorización alguna.

¹⁰⁶ BARBERO, Omar U. “Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio”. Editorial ASTREA 1977. Buenos Aires. Pág. 85

Dentro de esta nueva concepción del núcleo familiar una de las cuestiones más arduas es determinar la concepción de Daños en el Derecho de Familia, propiamente -los daños infringidos por los integrantes de grupo familiar entre si-; un segundo tema fue establecer la Reparación por Daños causa del divorcio, y en esta línea de ideas finalmente corresponde dilucidar si lo que se indemniza es el divorcio en sí o las causales que lo provocaron; veamos:

2. FUNDAMENTO

2.1. Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia

Dentro de la evolución del Derecho de Familia que venimos tratando, una primera discusión doctrinaria se originó ante la incorporación de la Responsabilidad Civil o más propiamente con la incorporación de la Indemnización del Derecho de Daños dentro de la Familia, aspecto que era impensable durante el siglo XIX y hasta bien avanzado el siglo XX. En nuestros días, la inclusión de la Responsabilidad por Daños en el Derecho de Familia, es ya un principio aceptado después de una lucha de años la cual discurrió no sin dificultad y ello fue producto de privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo cuya organización era jerárquica. Así vemos que cualquier miembro de la familia, padre, madre o hijo, es por sobre todas las cosas una persona y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de su grupo familiar cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vinculo familiar dentro del cual sucedieron las acciones.

Es necesaria así mismo reconocer la particularidad del Derecho de Familia que cuenta con una regulación especial no sólo en su difusión por todas las ramas del derecho, basta con citar por ejemplo la in imputabilidad de los delitos patrimoniales en el aspecto penal-; sino también dentro de su propio ámbito, con todas las materias que incorpora como es la que venimos tratando (Responsabilidad Civil), la misma que tiene que contar con una regulación igualmente especial, que impide aplicar las reglas generales de la responsabilidad civil, ello por la influencia directa y profunda de su estructura moral, del rango superior de las relaciones personales ante las patrimoniales y la calidad de orden publico con que cuentan muchas de sus

regulaciones, ello por el interés de la sociedad y la protección del estado, que interviene con una tutela directa a través del Ministerio público y disposiciones tutelares en general encargadas a otros agentes como los jueces por ejemplo.

2.2. La indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio

Otra gran cuestión que dividió a la doctrina y aún a la jurisprudencia fue la incorporación de daños por el divorcio. Si bien no cabe duda de que el divorcio en sí o los hechos que lo originaron, ocasiona en uno de los cónyuges o a veces en los dos, daños y perjuicios que pueden ser de naturaleza personal y hasta patrimonial, los estudiosos del tema toman posiciones contrarias, entre las tesis que la admiten y otros que las rechazan.

Se dice que el régimen matrimonial es especial y que cuenta con características propias, como lo son el hecho que atiende a una realidad fundamental de convivencia con trascendencia del aspecto personal no permite aplicar las normas que son propias del ámbito negocial o relativa a la responsabilidad por hechos ilícitos: los tratadistas que se suman a ello agregan, como lo indica CASTILLO FREYRE¹⁰⁷ que las relaciones familiares, en general y las relaciones entre los esposos en particular, pertenecen a un orden moral que es incompatible con el pedido de resarcimiento o con el llamar a un **Cónyuge Culpable** y al otro *Cónyuge Inocente*. LLAMBIAS, citado por Cifuentes¹⁰⁸, por su parte juzga como inaplicables el sistema de sanciones resarcitorias propias de las obligaciones, a los deberes de contenido extra-patrimonial, como el de la fidelidad, este tratadista argentino indica que los deberes entre los esposos no son susceptibles de ser resarcidos por la vía de la Responsabilidad Civil, pues, se trata de deberes morales.

Estos y otros argumentos como que se puede producir la disminución de matrimonios, que no se puede indemnizar el error de elección, que son daños en la vida que deben quedar sin reparación, son refutados arduamente por la tesis contraria.

¹⁰⁷ CASTILLO FREYRE, Mario. "Responsabilidad Civil Derivada del Divorcio". www.castillofreyre.com. Pág. 6.

¹⁰⁸ CIFUENTES, Santos. "El Divorcio y la Responsabilidad por Daños". Revista Jus et Praxis de la Universidad de Lima. Nro. 15. Junio de 1990. Lima Pág. 61)

En primer término debemos hacer notar que la tesis que acepta la reparación de daños ocasionados en el divorcio, es la mayormente aceptada, se dice incluso que la misma existe desde la historia, así vemos que en la época imperial del derecho romano (antes de la cristiana), ante el aumento de los divorcios y para impedir la frecuencia cada vez más descarada de los mismos, se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable a favor del cónyuge inocente¹⁰⁹. En el derecho Justiniano igualmente se aplicaba una sanción pecuniaria significativa al culpable, se dice que a tal punto que era eficaz para disuadir a un rompimiento injustificado.

Podemos advertir que además del deber general de no dañar a nadie propio de la responsabilidad en general, podemos apreciar la existencia de unos actos conscientes y responsables asumidos por uno de los sujetos matrimoniales, quien conocedor de los deberes u obligaciones establecidos por ley, y libremente asumidos al someterse a la regulación matrimonial, ocasiona perjuicios que pueden derivar en daños morales y aún materiales graves para con su cónyuge inocente, pues, es indudable que merece una sanción, no pudiendo eximirse alegando pertenencia a la esfera familiar

Por otro lado, una visión importante es la que nos da el tratadista Colombo,¹¹⁰ con respecto al derecho argentino, indica que si la ley establece la responsabilidad patrimonial de la esposa frente al marido cuando pasa a ella la administración de la sociedad conyugal (1284° del Cód. Civil) y la de cada uno de los conyugues por las obligaciones contraídas por el otro para atender las necesidades del hogar, la educación de los hijos y la conservación de los bienes comunes (Art. 6° Ley Nro11.357), con mayor razón habrá de aceptarse cuando están en juego los intereses superiores del núcleo familiar, que atañen a su estructura esencial y al honor de sus miembros, sintetizados en el deber de fidelidad, cuya omisión autoriza no sólo la acción de divorcio sino también la penal correspondiente.

En conclusión podemos decir que ante un daño evidente, grave y probado, es perfectamente aplicable los principios generales que gobiernan el Derecho Privado de Responsabilidad Civil, admitiéndose la obligación de reparar el daño causado en

¹⁰⁹ BOFANTE, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano". 8va Edición Italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Editorial REUS. Madrid. Pág.102)

¹¹⁰ COLOMBO, A. "Indemnización de Daños Producidos por el Adulterio de la Esposa" LL. Tomo 89. Buenos Aires. Pág. 708)

el divorcio, ya que con ello no se vulnera la institución matrimonial ni se alteran los principios de orden público que hacen a la familia e impedimos que queden impunes quienes, a sabiendas, cometieron un daño;, siendo materia de dilucidar si la reparación corresponde a los daños por el divorcio en sí o por el hecho generador del mismo.

¿Qué se indemniza en el divorcio?

Por último en la línea que venimos estudiando, hemos advertido en principio que es posible la configuración de la Responsabilidad Civil dentro de la esfera del Derecho de Familia, pues, no existe motivo para sustraerlo de la responsabilidad que se ocasione por infringirse daños dentro del entorno familiar; en el mismo sentido es aceptada la posición de que los daños producidos en el divorcio, en tanto existe una víctima, deben ser reparados, la cuestión ahora radica en determinar cuál es la extensión a dar a la reparación del daño extra patrimonial en el divorcio; ello es, precisar que daños son los que deben indemnizarse:

- a) El daño consecuencia del hecho o los hechos que lo determinaron.
- b) El daño ocasionado por el divorcio en sí.

2.3.1 El daño consecuencia del hecho generador del divorcio

Cuando hablamos del hecho generador, nos estamos refiriendo a los daños que se infringe al cónyuge inocente por el *hecho ilícito* constitutivo de la causal de divorcio, los mismos que si son probados en juicio deben ser indemnizados. Al respecto, es el tratadista también argentino Zannoni, que tiene una visión amplia de los mismos, quien distingue entre los *Daños Inmediatos* que originan Daño Moral que provoca la lesión a los derechos subjetivos o intereses legítimos del cónyuge inocente, que pueden ser entre otros: *El adulterio*, por el cual se lesiona el deber de fidelidad que se deben entre los esposos; *el abandono* voluntario o malicioso del hogar conyugal, en el que se lesiona el derecho a la cohabitación y la asistencia mutua; *la injuria grave*, en la que se lesiona el derecho al honor: igualmente y siempre dentro de los considerados daños mediatos, nos refiere el *atentado contra la vida del cónyuge*, en el cual se lesionan derechos subjetivos

pre-existent al matrimonio, como lo es el derecho a la vida. Por otro lado, también reconoce la existencia de *Daños Mediatos* o consecuencias mediatas, que podrían ser imputables al cónyuge que debió proveerlos, por ejemplo el alquiler de vivienda diferente por parte del cónyuge inocente, la imposibilidad de continuar con la labor comercial o profesional, como negocio familiar, el cuidado de los hijos por la imposibilidad de atenderlos personalmente el cónyuge inocente que los tiene a cargo etc.

En principio podemos advertir que las causales de divorcio, referidas estas a las propias del divorcio sanción, taxativamente enumeradas en el artículo 333° del Código Civil, tienen el carácter de hecho ilícitos, pues, revisten el infracciones de deberes matrimoniales establecidos legalmente y asumidos por la celebración del matrimonio que pueden causar daño; siendo así, no hay razón alguna para que el cónyuge culpable sea dispensado de la obligación de resarcimiento. En este caso si se comprueba la ilicitud que la ley ha previsto para esa conducta una sanción particular, como lo es la ruptura del vínculo matrimonial, con lo que, es necesario hacer notar, que no se puede concluir que el daño causado se encuentre suficientemente reparado por este medio, pues el divorcio no es una medida resarcitoria, sino en todo caso preventiva, destinara a impedir la repetición de hechos similares y liberar al otro cónyuge de situaciones intolerables para la convivencia en pareja.

Parece indiscutible que se debe indemnizar el daño generado por la conducta antijurídica que originó, lo que Cifuentes denomina la conducta productora del divorcio¹¹¹. En este sentido, diversas legislaciones admiten expresamente que la indemnización de los daños causados por el divorcio se alude a los *hechos*, dándoles diferentes denominaciones, como: Hechos que causen un grave ataque a los intereses personales del cónyuge inocente, en el código suizo, o hechos que comprometan gravemente su legítimo interés personal contemplados en el Código Civil Peruano; o también como los denomina el Código Civil Griego, los hechos que le han infligido una grave ofensa¹¹².

¹¹¹ CIFUENTES, Santos. "El Divorcio y la Responsabilidad por Daño Extramatrimonial." en L.L. 1990-B-805.

¹¹² ¹¹²ZANNONI, "*Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio.*", cit.

En este sentido, podemos apreciar que en esta posición, la reparación no se trata de un efecto resarcitorio del divorcio, sino de una indemnización por los actos ilícitos que lo determinaron, en la que se advierte la ocurrencia de un ilícito, el mismo que si reúne todos los presupuestos propios de la Responsabilidad Civil, corresponde su *Reparación*.

2.3.2. El daño ocasionado por el divorcio en sí

La cuestión reside en determinar también si se debe reparar el daño que ocasiona en sí mismo el divorcio, es decir si la angustia, el sufrimiento, el dolor que padece el inocente a consecuencia del divorcio deben ser indemnizados.

Cabe señalar que las secuelas del divorcio pueden dañar afecciones legítimas de los cónyuges. En este sentido se ha dicho que la declaración del divorcio frustra todo un proyecto de vida sustentado en el matrimonio y en la familia unida; el sujeto pierde la compañía y asistencia espiritual del cónyuge, se ve privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa¹¹³.

Desde una perspectiva jurídica interesante planteada por Zannoni¹¹⁴, advertimos que ello sería impensable, pues, veamos: Si el divorcio se decreta por causa exclusiva de uno de los conyugues, es porque el que denominamos cónyuge inocente es quien tiene la legitimidad para interponer la demanda y lograr obviamente el divorcio; esto significa que, cuando aludimos a la reparación del daño moral que produce el divorcio en sí mismo, nos referimos al resarcimiento pretendido por quien demandó y obtuvo el divorcio,: es decir el divorcio constituye una situación dañosa a la cual se ha llegado en razón a su propia demanda de divorcio. En este sentido si el inocente demandó el divorcio debe

¹¹³ FERRER, Francisco. "La prueba del daño en el divorcio culpable". en Revista de Derecho de Daños. N°5. La prueba del daño – II. Editorial Rubinzal - Culzoni. Santa Fe. 1999. Pág. 215.)

¹¹⁴ ZANNONI, Eduardo A. "Daños y Perjuicios Derivados de la Separación y el Divorcio Vincular"

suponerse que lo hizo porque no estaba dispuesto a continuar tolerando o soportando la conducta de otro, si esto es así, debemos concluir que al cónyuge inocente más daño causaba, la situación de convivencia matrimonial que la que puede sufrir por la situación de divorcio; en esta línea de ideas, el divorcio no produce un daño sino al contrario soluciona una situación que le era perjudicial e intolerable, pues de otro modo no hubiese interpuesto su acción.

Por otro lado, un importante sector de la doctrina considera que estos daños no pueden ser indemnizados, ya que, como lo indica la doctora Graciela Medina¹¹⁵, *“Considerar que el divorcio constituye por sí mismo fuente de daños extramatrimoniales que son susceptibles de resarcimiento pecuniario pasa por alto no sólo ya la naturaleza especialísima de las relaciones de familia en general, y de las matrimoniales en particular, sino primordialmente, una circunstancia relevante y computable, que la mayor parte de la doctrina tiende a valorar que es que el divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial”*.

El divorcio, en suma, se impone por la fuerza de los hechos (algo así como por imperio del *res ipsa loquitur*), a causa de una situación de conflicto o de fracaso de la unión matrimonial. Es más un remedio aún en estos casos, aunque sea doloroso, que una situación dañosa. Porque el daño extra patrimonial, si de tal se trata, se provocó antes, con las conductas que se imputan al culpable, y que, probadas, el juez valora y juzga (por mucho que la valoración se haga relativamente en un recorte artificioso de la realidad existencial total que han vivido los cónyuges) como “causa” de divorcio. Pero de un modo u otro la pretensión del que finalmente es considerado inocente presupone, necesariamente, la convicción de que es menos dañoso separarse o divorciarse que continuar una convivencia tormentosa o extra patrimonialmente insostenible.

Finalmente tenemos que reconocer que si bien, la mayoría de las legislaciones sólo aceptan la reparación por las causales que originaron el divorcio, también vienen surgiendo posiciones que resarcen ambos daños, como en el caso de la legislación francesa, que haciendo eco a las tendencias jurisprudenciales que se venían dando,

¹¹⁵ MEDINA, Graciela. “Daños en el Derecho de Familia.” Rubilsal -Culzoni Editores. Buenos Aires. 2002. Pág. 82.

hace un agregado a su código civil, incorporando también la indemnización por el divorcio en sí¹¹⁶.

3. NATURALEZA: CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL

3.1. Carácter de la responsabilidad

En primer término debemos decir que nuestro sistema jurídico admite un régimen dual de responsabilidad, es decir la contractual y la extracontractual, cuyos efectos y características son diferentes, sobre todo en lo relativo al plazo de prescripción.

La mayoría de la doctrina nacional se inclina, en la actualidad, por unificar el sistema de responsabilidad contractual y extracontractual pero en el régimen, vigente siguen subsistiendo diferencias que justifican la determinación del carácter de la responsabilidad que deriva del divorcio para poder establecer, entre otras cuestiones, cuáles van a ser las disposiciones legales aplicables y el plazo de prescripción de la acción.

3.1.1. Responsabilidad contractual.

De una visión a priori, podemos tener la percepción de que se trata de una Responsabilidad Contractual, refiriéndonos en principio a los hechos constitutivos de las causales de divorcio cuyo incumplimiento son de deberes u obligaciones en si emergentes del matrimonio establecidos por ley, me refiero a los deberes de fidelidad, asistencia, respeto, ayuda mutua; siendo el matrimonio el contrato por el cual se asumen dichas obligaciones.

Algunos autores como la doctora Elena Houghton¹¹⁷, ha sostenido, que la responsabilidad de los hechos derivados del divorcio es de contenido contractual, quien refiriéndose a un caso de responsabilidad medica indica: *“En este caso considero que son aplicables las normas de responsabilidad contractual, pues*

¹¹⁶ Código civil Francés, agregado al artículo 301 “Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio ha sido pronunciado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio daños e intereses por el perjuicio material o moral causado a él por la disolución del matrimonio”

¹¹⁷ HIGHTON, Elena. “Responsabilidad Médica ¿contractual o extracontractual?”. en J.A. 1983-III-659).

ellas corresponden no sólo cuando ha habido contrato entre las partes sino también, en principio, en todos los casos en que hay obligación preexistente nacida de un acto lícito. No necesariamente debe ser ésta contractual, pudiendo haber una obligación legal como en el caso”.

No puede compararse ni debe confundirse la genérica obligación de no dañar a otros o ruptura del deber genérico de no dañar a los semejantes, en la que no existe obligación previa en cuyo caso es indiferente que la víctima de aquello que no es dable hacerle a los demás y cuya violación da lugar a la apertura de la responsabilidad *aquilina* (naciendo recién allí una obligación de reparar), constitutiva de la responsabilidad por hechos ilícitos, con el incumplimiento de la obligación específica de no dañar al cónyuge que es acreedor de diversas prestaciones apropiadas a las circunstancias, o sea incumplimiento da lugar a la apertura de la responsabilidad llamada contractual. Hay un vínculo obligacional previo en el matrimonio, y cualquiera que sea la fuente de éste, no será un delito ni un cuasidelito, únicos casos en que se aplica la responsabilidad *aquiliana*. Aclaro: el incumplimiento a los deberes puede generar un ilícito o constituir un ilícito, pero las obligaciones de fidelidad, de cohabitación, de alimentos, etcétera, nacen de fuente lícita; por ello, el incumplimiento de estas obligaciones da cabida a una responsabilidad contractual.

Entiendo así que en el supuesto de responsabilidad conyugal son aplicables las normas de responsabilidad ordinaria, llamada contractual, cuando hay una obligación preexistente que el cónyuge incumple. No puede identificarse el genérico deber de no dañar a otros con la obligación específica de no dañar al cónyuge que está integrado en una relación y es acreedor de prestaciones consistentes en conductas apropiadas a las circunstancias.

3.1.2. Responsabilidad extracontractual

Debemos tener presente que la doctrina mayoritariamente considera que el matrimonio no es un contrato, o por lo menos no es simplemente un contrato, por ello también se considera que la responsabilidad por daños y perjuicios derivados

del divorcio es de carácter extracontractual, porque se viola el deber genérico de no dañar a otro o “*neminem lædere*”, y por otra parte debemos señalar que las obligaciones matrimoniales son obligaciones legales, establecidas por la normatividad de familia con carácter de orden público y no son obligaciones libremente convenidas por las partes, por lo tanto resulta imposible la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual.

En principio, la responsabilidad será siempre extracontractual, aún cuando se reclame la indemnización por la disolución anticipada de la sociedad conyugal, o por mala administración del cónyuge administrador de los gananciales, puesto que el régimen patrimonial del matrimonio no surge de un acuerdo de voluntades sino por imposición de la ley, se disuelve en los casos en que la ley lo dispone, etcétera. Por lo tanto, ni aun en estos aspectos la responsabilidad deriva de un contrato¹¹⁸.

Desde un punto de vista práctico, es necesario hacer notar además que “*la responsabilidad extracontractual es más favorable para la víctima, particularmente desde el punto de vista de la extensión del resarcimiento. De allí que no resulte conveniente alargar excesivamente el ámbito de la responsabilidad contractual, incluyendo dentro del mismo supuesto que razonablemente deberían tener cabida en el ámbito aquilino*”, como lo señala la doctora MEDINA¹¹⁹, quien se ha dedicado al estudio de daños en el derecho de familia.

La jurisprudencia mayoritaria se inclina por admitir el carácter extracontractual de la responsabilidad: En la acción de daños derivados de los hechos que han dado lugar al divorcio se aplican las normas de responsabilidad extracontractual.

4. PRESUPUESTOS

4.1. Antijuridicidad

Con respecto al hecho antijurídico, que duda cabe que los mismos están constituidos por las causales de divorcio que son acciones antijurídicas, ya que constituyen

¹¹⁸ BARBERO, Omar U. “*Daños y Perjuicios derivados del Divorcio*”. Editorial ASTREA. 1977 Buenos Aires. Pág.216).

¹¹⁹ MEDINA, Graciela, “*Daños en el Derecho de Familia*”, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002. Pág. 74

violaciones a deberes jurídicos legalmente establecidos y libremente asumidos a la celebración del matrimonio.

En cuanto a la antijuridicidad, como marco en nuestra legislación tenemos en principio el artículo 1969° de nuestro Código Civil, que dispone “*Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”. Por otro lado cada una de las causas de separación establecidas en el Artículo 333° del Código Civil constituyen hechos jurídicos ilícitos, porque importan la violación de deberes legales fijados, en particular, por el régimen matrimonial en los establecido en el capítulo segundo del Título II del Libro de Derecho de Familia del Código Civil, referido a los derechos y deberes que nacen del matrimonio y, en general, por el ordenamiento jurídico, que presume antijurídico todo acto u omisión que cause un daño a otro sin que medie causa de justificación.

Al respecto, son interesantes dos posiciones de la jurisprudencia argentina que nos cita la doctora GRACIELA MEDINA,¹²⁰ veamos: “*Con respecto a los daños y perjuicios en el juicio de divorcio la cuestión visceral radica en que el comportamiento de cada uno no perjudique a los demás o sea, el alterum non lædere del difundido brocárdico de Ulpiano, subyacente en el primer elemento material y objetivo de la responsabilidad civil, que es la antijuridicidad, pero de ello no ha de seguirse que en todos los casos el cónyuge culpable, por el solo hecho de ser tal, quede automática e inexcusablemente obligado a compensar en dinero al inocente*”.

Pero no es antijurídico el pedir el divorcio o la separación personal por una causal objetiva, legal, ni tampoco es antijurídico pedir la conversión de la separación personal en divorcio vincular. Ello por cuanto se está frente al ejercicio de un derecho, que además es irrenunciable.

4.2. Relación de causalidad.

¹²⁰ MEDINA, Graciela. “Daños en el Derecho de Familia”. Editorial Rubinzal -Culzoni Editores. Buenos Aires 2002. Pág.

La relación de causalidad cumple una doble función como presupuesto de la responsabilidad.

En un primer momento, aparece vinculada directamente a la conducta dañosa, que en alguna medida integra. Es que la autoría no puede concebirse en derecho Civil aislada del daño, el que ha de haber sido causado, como decíamos, por esa conducta. Hay, pues, un punto de contacto entre la conducta y el daño que permite atribuir la autoría.

En el segundo momento, la relación de causalidad permite mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor responsabilidad por las consecuencias que son atribuibles a su conducta antijurídica.

En esta segunda función, no cabe duda de que la relación de causalidad constituye un presupuesto autónomo de la responsabilidad, como lo propugna la mayor parte de la doctrina nacional.¹²¹

Cabe, entonces, analizar cómo el Derecho Civil atribuye al autor de una conducta antijurídica imputable relacionada con el divorcio las consecuencias de esa conducta.

En este punto resulta capital la noción de causalidad adecuada que propone que el juez se retrotraiga mentalmente al momento de la acción para formular allí el juicio acerca de la idoneidad o no de la acción del cónyuge culpable para producir el daño que reclama el inocente.

El juicio se hace, entonces, en abstracto y consiste en un juicio de probabilidad: causa del daño del divorcio es únicamente la condición que normalmente, según el curso ordinario y natural de las cosas, es idónea para producir el resultado dañoso.

Esto implica que no basta establecer que la acción era, en general, idónea para producir el daño sino que también es necesario que las circunstancias intermedias hayan sucedido normalmente, sin la intervención de factores anómalos o

¹²¹ RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, Pág. 494.

extraordinarios se produce la denominada interrupción del nexo causal o proceso causal atípico o inadecuado.

La interrupción del nexo causal excluye la responsabilidad del cónyuge; por regla general interrumpen la relación causal el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por el que no se debe responder.

Debemos advertir que pueden existir circunstancias intermedias de ha existido interrupción del nexo causal por circunstancias intermedias.

Al respecto otra forma de interrupción del nexo causal, es la manifestada por la Sala A de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal ha dicho que *“Aun cuando la conducta del marido haya sido injuriosa, si los actos desdorosos por él cometidos se llevaron a cabo después de la separación de hecho, de modo que no afrentaron públicamente a la esposa, hiriendo injustamente sus valores físicos o espirituales, no corresponde establecer una reparación por daño moral”*.

Mientras que la sala E de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal ha sostenido que *“Para que exista daño moral que genere una reparación, no basta que exista disgusto, desagrado, contrariedad o aflicción, sino que se requiere que posea determinada envergadura, que tenga prolongación en el tiempo y que lesione sentimientos espirituales”*. De ahí que no procede la reparación si el accionar no ha sido abiertamente ostentoso o agravante, mostrándose en actitudes francamente indecorosas. Y si la propia cónyuge reconoce su responsabilidad en el fracaso matrimonial, lo que bien pudo contribuir aun cuando no justificar a las actitudes que se estimaron injuriosas de parte del marido, el pedido es improcedente¹²².

4.3. Factor de atribución

Los daños y perjuicios producidos por el divorcio sólo pueden pretenderse en los casos de divorcio con atribución de culpa y no en aquellos donde no hay atribución de culpa ni en los que devienen de una presentación conjunta.

¹²² Casaciones citadas por MEDINA, Graciela. “Daños en el Derecho de Familia.” Rubilsal -Culzoni Editores. Buenos Aires. 2002. Pág.

Ello porque el factor de atribución debe ser necesariamente el dolo o la culpa y, en principio, no puede hablarse de causal de atribución en los divorcios por causales objetivas.

4.3.1. La culpa

4.3.1.1. La culpa grave como factor de atribución

En doctrina fue Cifuentes quien primero puso el acento en la gravedad de la culpa para ser factor de atribución. Señala el citado tratadista que sólo correspondía hacer lugar a la reparación por daños y perjuicios derivados del divorcio cuando los hechos que llevaron al mismo tenían una fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, provocaban una lesión al bien extra patrimonial que debía ser compensada con carácter autónomo. Por ejemplo el insulto en público con un verdadero escándalo, endilgando conductas muy bajas; el adulterio desembozado, que produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves; la gravedad de los hechos se penetra en el régimen matrimonial, por un lado con el divorcio como punto final.

Entiende Cifuentes que para hacer lugar a la reparación el juzgador tiene que tener en cuenta la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepasa la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebras¹²³.

Esta posición es seguida por Calatayud en el plenario de la Cámara Civil de la Capital, quien dice: “no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra es menester requerir una fuerza dañadora muy punzante, una trascendencia de la ofensa fuera de lo común. Así, por ejemplo, será materia de reparación el daño extra patrimonial a favor del esposo o esposa que ha sufrido la violación del deber del otro, la actitud de éste de haberse mostrado desembozadamente con una persona del sexo opuesto y en

¹²³ CIFUENTES, *El Divorcio y la responsabilidad por daño extra patrimonial* cit.

actitudes francamente indecorosas, impropias de una persona casada, mas no la de aquel que aun violando el deber de fidelidad, lo hizo en el recato propio de la intimidad, más allá de que pudiera haber sido sorprendido *in fraganti* por una de esas cosas que tiene el destino.

La división tripartita de la culpa grave, leve, levísima surge con la obra de los glosadores. La culpa grave se caracterizaba *“por la negligencia grosera en el cumplimiento de la obligación, la culpa de quien no había previsto lo que era previsible para el hombre menos atento o cuidadoso; la leve, la que no habría cometido un buen diligente padre de familia; la levísima consistente en no haber tenido el cuidado de un diligentísimo padre de familia”*¹²⁴.

Consideramos que la finalidad de introducir la culpa grave es la de limitar los factores subjetivos culposos de atribución de responsabilidad a casos de excepción, en los que se produce ese efecto negativo cuando el sujeto agente ha desbordado los límites de conducta normalmente respetados por las personas corrientes.

*“La entronización de la culpa grave como presupuesto de atribuibilidad implica dejar dentro del ámbito de la neutralidad jurídica a un importante número de omisiones, inadvertencias e incumplimientos de deberes que serán insuficientes para producir el efecto de atribución de la responsabilidad”*¹²⁵.

Por otra parte, la admisión de la culpa grave conlleva a que el magistrado debe exigir un criterio de muchísima más intensidad en la infracción para la atribución de la responsabilidad.

“Debe reconocerse también que la introducción de la gradación de culpas no resuelve, por sí sola, el problema de la determinación, en el caso concreto, de cuando se está ante un supuesto de culpa grave. En la evaluación de un hecho determinado, volverán a jugar los ingredientes subjetivos del juzgador, dando lugar a la diversidad de opiniones, obteniéndose una mayor uniformidad a

¹²⁴ ORGAZ, Alfredo. “La culpa - Actos Ilícitos.” Editorial Lerner. Córdoba, 1970. Pág. 125.

¹²⁵ BARBATO, Nicolás Héctor. “Culpa grave, Derecho Civil y Derecho de Seguros”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 19. Seguros – I, 1998, Pág. 176.

medida que se va hacia los casos extremos y produciéndose, en cambio, inevitables divergencias en los supuestos que se sitúen en las fronteras entre las culpas leves y las graves”.

Ningún problema existe en el caso de divorcio por culpa de uno solo de los cónyuges; el problema se dificulta cuando el divorcio es por culpa de ambos o sin atribución de culpa.

4.3.1.2. El divorcio por culpa de ambos cónyuges.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que la reparación por daños no se puede otorgar cuando el divorcio se ha decretado por culpa de ambos cónyuges. En tal sentido se ha afirmado: *“La legitimación para solicitar la reparación del daño moral ocasionado como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, la posee solamente el cónyuge que no dio causa al divorcio, es decir el inocente. De allí que, al tratarse de un supuesto de culpa de ambas partes, tal reparación no puede tener cabida”.*

En igual sentido, la sala J de la Cámara Nacional Civil, con voto de la doctora Wilde, ha resuelto: *“Decretado el divorcio por culpa de ambos esposos, se trata de una consecuencia de los hechos que surgieron de la interpretación de ambos. Luego, al no ser el peticionante del resarcimiento por daño moral un cónyuge inocente sino, por el contrario, un copartícipe responsable de los hechos constitutivos de las causales del divorcio, la indemnización debe rechazarse”.*

Los sostenedores de esta postura se basan en la idea de que las culpas se compensan o se anulan recíprocamente.

Por nuestra parte, pensamos que la culpa de ambos cónyuges no neutraliza responsabilidad, por cuanto la culpa de uno de ellos no da derecho a la agresión del otro.

La postura de quienes sostienen la comprensión de culpa nos parece injusta, ya que si un cónyuge es culpable del divorcio por lesionar al otro, por ejemplo le

produce la pérdida de un ojo a causa de un golpe, mientras que el otro esposo es culpable por injurias, no parece adecuado que el tuerto deba quedar sin indemnizar el daño que ha sufrido en su integridad física porque sea culpable de haber injuriado al otro cónyuge.

Si los hechos en que incurren los cónyuges son diferentes, darán origen a la obligación de resarcir. Pero en este caso sólo se indemnizarán los hechos que originan el divorcio pero no el daño producido por el divorcio en sí, porque aun cuando el otro cónyuge fuera inocente, el divorcio lo mismo se habría producido y a nadie le está permitido reclamar en base a su propia culpa.

La Cámara Civil y Comercial de San Isidro, sala I, ha sostenido, en posición que no compartimos, que *“la inocencia es condición sine qua non para reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por la violación de los deberes matrimoniales. Siendo ambos cónyuges culpables del desquiciamiento matrimonial, la indemnización pretendida por la cónyuge, también culpable, no es procedente, y no existiendo compensación de injurias en el divorcio, no es posible graduar la indemnización según el grado de culpabilidad sino que debe rechazarse la pretensión indemnizatoria”*¹²⁶.

4.3.2. El dolo

Hay quienes sostienen que el factor de atribución de responsabilidad es sólo el dolo; en este sentido aclara Mosset Iturraspe que las causas que llevan al divorcio *“Son comportamientos queridos por su autor, son estrictamente hechos dolosos y no culposos; son acciones u omisiones que persiguen un resultado, a sabiendas y con intención. Quien viola los deberes conyugales lo hace queriendo, quiere el hecho injurioso”*¹²⁷.

¹²⁶ Casaciones citadas por MEDINA, Graciela. “Daños en el Derecho de Familia.” Rubilsal -Culzoni Editores. Buenos Aires. 2002. Pág.

¹²⁷ MOSSET ITURRASPE. “Los daños emergentes del divorcio.” cit., en igual sentido, CECINI y SAUX, *Daño entre cónyuges*, Zeus, Rosario, 1994, Pág. 78.

Coincidimos en que nos parece más aceptada la tesis amplia que admite el dolo o la culpa como factores subjetivos de atribución de responsabilidad. Si bien, por lo general, los hechos que motivan la separación o el divorcio constituyen un daño intencionado contra el otro cónyuge, puede ocurrir que no sea así. Tal es el caso de injurias graves cometidas sin ánimo de ofender, es decir, los hechos no cometidos con el propósito de injuriar al cónyuge pero que implican falencias de conducta de las que se tiene o debería tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales y que se traducen en motivos de humillación o agravio para el otro cónyuge.

4.4.- LOS DAÑOS

En el plano del resarcimiento en general se parte de la premisa de que éste debe ser integral, conforme lo establece el artículo 1985° del nuestro Código civil y además de que para que exista responsabilidad debe existir un daño, ya que sin él no “*hay acto ilícito punible*” al amparo del artículo 1969° de la misma normatividad. El daño producido por un alto ilícito para que sea resarcible ha de ser cierto, no eventual, y subsistir en el momento que se lo computa.

Si bien en el marco general de la teoría de la responsabilidad civil, es un avance el tema de la reparación integral, sin embargo en el derecho de familia apartándose de la generalidad se ha decidido por un régimen específico, optando sólo por la reparación del daño moral. De igual manera otro aspecto a considerar es que existe una diferencia clara entre el derecho alimentario y el derecho resarcitorio comentado.

En la doctrina comparada, vemos que serán indemnizables todos los daños morales y materiales, como los siguientes supuestos.

4.1. Daño material

Entre los daños materiales que se pueden reclamar cabe señalar lo gastado por el cuidado de los hijos, como por ejemplo, internación de los mismos, o servicios especializados por el abandono de la madre.

El más común de los daños materiales es la disolución anticipada de la sociedad conyugal, sobre todo cuando la empresa era un bien ganancial del cónyuge inocente.

Siendo aún discutible si es indemnizable la pérdida del derecho hereditario y la modificación de la situación económica.

Con respecto a lo primero, cabe preguntarse si la pérdida del derecho hereditario del inocente, ya sea por conversión de la separación en divorcio o por divorcio, es un daño indemnizable. Creemos que no, por cuanto se trataría de un daño eventual, por el que no se responde, ya que está sujeto a la eventualidad de que el inocente sobreviva al culpable.

Más relevante es con respecto a la indemnización por la modificación de la situación económica, pues ello se estaría presentando en el artículo 345°-A de nuestra legislación.

La doctrina argentina, señala que la modificación de la situación económica no es un daño indemnizable como tal, sino que encuadra dentro del deber alimentario, de conformidad con lo establecido por el artículo 207° del Código Civil; por lo que el cónyuge que no hubiera dado causa a la separación personal va a tener derecho a ser mantenido en el mismo nivel económico que gozaba durante la convivencia, sin recurrir a los presupuestos de la indemnización civil, por la sola aplicación de las normas de carácter alimentario.

4.2. Daño moral

El daño moral causado por el divorcio o por los hechos generadores del divorcio en si deben ser indemnizados; corresponde examinar algunos supuestos especiales para ver si, en principio, originan daño moral.

PARTE III

LA TEORÍA DEL DIVORCIO REMEDIO Y LA AUSENCIA DEL CÓNYUGE CULPABLE

SUMILLA

Capítulo I El Divorcio Remedio y la Separación de Hecho

1.- El Divorcio Remedio. 2.- Antecedentes. 3. El divorcio por causal de separación de hecho. 4.- Legislación comparada.

Capítulo II El Divorcio Remedio y el Cónyuge Perjudicado

1.- De la Distorsión. 2.- De la Regulación Parlamentaria.

OBJETIVOS

- 1.- Describir la Teoría del Divorcio Remedio, su naturaleza y presupuestos, para ubicar dentro de la misma la ausencia de culpabilidad.
- 2.- Entender la finalidad perseguida como dar soluciones a situaciones fácticas de quiebre de una relación matrimonial e inviable.
- 3.- Tratar la Causal de Separación de Hecho, como una modalidad del Divorcio Remedio, identificando sus efectos y su regulación a nivel internacional.

TITULO I EL DIVORCIO REMEDIO Y EL CÓNYUGE PERJUDICADO EN LA LEY NRO 27495

CAPÍTULO I EL DIVORCIO REMEDIO Y LA SEPARACIÓN DE HECHO

1. QUE ES EL DIVORCIO REMEDIO?

1.1.- Definición

El Divorcio Remedio “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 esta 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”¹²⁸.*

Según CORRAL TALCIANI, entre los postulados que se resaltan en la concepción del divorcio remedio se encuentran.

a) El divorcio será siempre tratado como una situación de excepción: no se pretende desestabilizar la institución jurídica social del matrimonio, sino sencillamente dar una solución a los casos en que excepcionalmente, la comunidad de vida que implica la relación conyugal se ha roto de un modo irrevocable.

b) El divorcio debe ser concebido no como una pena o sanción ante el incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes maritales, sino como un camino de salida, un remedio, para aquellos casos en los que el conflicto ha llegado a tal grado de agudización que resulta imposible mantener la comunidad de vida que implica el matrimonio¹²⁹.

Podemos decir que la diferencia sustancial entre la concepción del Divorcio-Sanción y del Divorcio Remedio, como manifiesta ZANNONI, reside: “En que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio, mientras la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto”. En otras palabras, la concepción del divorcio sanción, responde a la pregunta: ¿cuál es la causa del divorcio conyugal?; mientras que la concepción del divorcio remedio, responde a esta otra: ¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio¹³⁰.

Para efectos de la presente investigación, nos referiremos a la Separación de Hecho como situación puramente fáctica, un hecho, (a diferencia de la Separación de hecho

¹²⁸ Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, Cuarta edición, 1996, Pág. 330 y 331.

¹²⁹ Corral Talciani, Hernán, Derecho y Derechos de la Familia, Editorial Grijley, primera edición febrero 2005, Pág. 133 y 134.

¹³⁰ Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, Cuarta edición, 1996, Pág. 332

como figura legal establecida por mandato judicial), que es la que, en puridad se tiene como presupuesto como causal para demandar el divorcio, pues “en la actualidad la separación de hecho, aunque no puede considerarse obviamente como una situación regular, no es tampoco ignorada ni privada de importantes efectos jurídicos. Únicamente en aquellos casos en que el hecho determinante de la separación proceda de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges podrá ser constitutivo de abandono y generar las consecuencias del abandono, aunque tampoco pueda excluirse que lo que inicialmente haya podido ser un abandono, termine convirtiéndose en una situación distinta cuando se consiente merced a un comportamiento concluyente¹³¹.

Este es un aspecto muy importante que, como se verá tiene trascendencia al momento de la determinación de los hechos del conflicto para el eventual establecimiento de la indemnización, que contiene el artículo 345-A del Código Civil, en el proceso sobre Divorcio por la causal de separación de hecho (art. 333° inciso 12 Código Civil), que en teoría es propia de la figura del Divorcio-Sanción.

1.2.- Antecedentes

Como venimos estudiando, la incorporación de la Teoría del Divorcio Remedio en la legislación peruana, no fue pacífica, así vemos que ya hubo intentos de su incorporación desde la regulación misma del divorcio, así también vemos que la primera noticia que se tiene, se remonta al año 1931 cuando el Congresista de ese entonces, Bustamante de la Fuente, tal como relata el doctor César Fernández Arce¹³², la expone ante el Congreso, con la exigencia de dos años de separación; luego se menciona en el Diario de Debates del Congreso, la propuesta del diputado por Celendín, Dr. Clodomiro Chávez, del 17 de abril de 1940, para que se incorpore como una nueva causal a la legislación de familia, siempre que el lapso de la separación de facto hubiera durado cinco años. En 1980 los diputados Francia Guevara y Mendiola Martínez, nuevamente la invocaron, proponiendo un plazo de separación de diez años. Por su parte el actual parlamentario Javier Valle Riestra, ha manifestado que

¹³¹ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Volumen IV, séptima edición, Reimpresión 1998 Pág. 110.

¹³² FERNÁNDEZ ARCE, César.: *Separación de Hecho: ¿nueva causal para el divorcio?*. Revista del Colegio de Notarios de Lima . Año VI. Lima, 1996

él presentó este proyecto en 1993 a la Cámara de Diputados, señalando que la separación de hecho de una pareja debía considerarse como nueva causal de divorcio y que cualquiera de los dos, abandonado o abandonados, podían invocarlo.

Haciendo un paréntesis, debemos hacer notar que no son nuevas las discusiones en torno a estos temas considerados delicados en nuestro entorno; pues, recurriendo a la historia basta con recordar que el Matrimonio Religioso era el asumido en nuestro primer Código Civil (1852) y ante la incorporación del Matrimonio Civil mediante Ley del 23 de Diciembre de 1897, se produjo la renuncia del Ministro de Justicia de aquel entonces el Dr. Manuel Pablo Olaechea: Igualmente con la incorporación del Divorcio Absoluto mediante Ley Nro 6890 del 08 de Octubre de 1930 y su confirmación definitiva en el Código Civil de 1936, esta vez fue el Primer Ministro José de la Riva Agüero, quien renunció, actos que representaban la oposición y el rechazo de un amplio sector tradicional de la población.

Volviendo a las discusiones para la incorporación del Divorcio Remedio, básicamente en la Causal de Separación de Hecho, vemos que era una tendencia legislativa en el derecho comparado desde los años setenta y que generó durante los años noventa. En nuestro país arduos debates, no sólo parlamentarios, sino en foros académicos, universitarios, en la prensa y hasta en la sociedad civil, tal es así que se formó, como lo indica el congresista Daniel Estrada¹³³, el Grupo de Apoyo al Divorcio Unilateral (GADU); por su parte los medios de comunicación venían tomando partido y sobre todo la corriente en el derecho comparado se había consolidado.

Es así que en el periodo legislativo 95-2000, se presentaron once (11) proyectos legislativos¹³⁴ (ver Cuadro 1), los mismos que lograron en las postrimerías del

¹³³ ESTRADA CHOQUE, Daniel. Proyecto de Ley 278, 28/08/2000. www.congreso.gob.per

¹³⁴ 1.- Proyecto de Ley número 1716/96-CR, presentado por Daniel Estrada Pérez
2.- Proyecto de Ley número 1729/96-CR, Presentado por Roger Cáceres Velásquez
3.- Proyecto de Ley número 2107/96-CR, presentado por Roger Cáceres Velásquez
4.- Proyecto de Ley número 2552/96-CR, presentado por Aldo Estrada Choque
5.- Proyecto de Ley número 3096/97-CR, presentado por Javier Alva Orlandini
6.- Proyecto de Ley número 3155/97-CR, presentado por Susana Díaz Díaz
7.- Proyecto de Ley número 3195/97-CR, presentado por Harold Forsyth
8.- Proyecto de Ley número 3434/97-CR, presentado por Antonio Llerena Marotti
9.- Proyecto de Ley número 3644/97-CR, presentado por Rigoberto Esquerria
10.- Proyecto de Ley número 4662/98-CR, presentado por Daniel Estrada Pérez
11.- Proyecto de Ley número 5046/99-CR, presentado por Alva Orlandini Javier

gobierno dictamen favorable de la Comisiones Justicia (03/11/1999) y de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano (18/11/1999), pero no logro ser aprobado en el pleno en el debate parlamentario (25/11/1999).

Inmediatamente después, es decir en el periodo de gobierno 2000-2005, nuevamente se presentaron sendos proyectos¹³⁵, en el mismo sentido (ver Cuadro 2), los mismos que igualmente lograron dictámenes favorables en la Comisión de Reforma de Códigos, en la Comisión de Justicia y en la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, dictámenes que fueron vistos finalmente en la orden del día del pleno del día siete de junio del 2001 y aprobado por el pleno, es de hacer notar que ello fue producto de un arduo debate, el mismo que no acabó allí, pues, el Presidente de la Republica de aquel entonces no promulgó la ley, debiendo ser el Congreso quien lo haga.

Proyectos de Ley - Periodo 1995-2000

Proyecto	Resumen	Propuesta legal
1716/96-CR	Son causa de separación de cuerpos: separación de hecho, no menor de dos años continuos.	Adiciona inciso al Artículo 333° y modifica texto de

Fuente: www.congrteso.gob.pe

- ¹³⁵ 1. Proyecto de Ley N° 154/2000-CR, del Congresista Helbert Samalvides Dongo.
2. Proyecto de Ley N° 171/2000-CR, del Congresista Ernesto Gamarra Olivares.
3. Proyecto de Ley N° 278/2000-CR, del Congresista Daniel Estrada Pérez.
4. Proyecto de Ley N° 555/2000-CR, del Congresista José Elías Ávalos
5. Proyecto de Ley N° 565/2000-CR, de la Congresista Miriam Schenone Ordinola.
6. Proyecto de Ley N° 655/ 2000, del Congresista Fernán Altube-Febres Lores
7. Proyecto de Ley N° 795/2000-CR, de la Congresista Patricia Donayre Pasquel.

Fuente: www.congrteso.gob.pe

Proyecto	Resumen	Propuesta legal
	En caso de separación convencional o separación de hecho, el juez fija régimen concerniente al ejercicio de patria potestad. Se tramitan en proceso sumarísimo la separación convencional, separación de hecho y divorcio ulterior.	los artículos 335, 345, 349 y 354 del C. C.
1729/96-CR	Configura injuria grave: ofensa o ultraje verbal o por escrito que un cónyuge infiere hacia la dignidad o sentimientos del otro. La separación convencional después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio o la de hecho, por igual término cuando sólo hubiere vínculo civil.	Modifica incisos 4) y 11) del Artículo 333° del Código Civil, y Artículo 480° del C. P. C.
2107/96-CR	Se tendrá como separación convencional, el hecho de que ambos cónyuges vivan y pernocten permanentemente por separado, sin relación material entre ellos, en distintos domicilios, o en distinta habitación, en el mismo domicilio.	Art. Único. Adiciónese un párrafo adicional al inciso 11) del Art. 333 del C.C.
2552/96-CR	Son causas de separación de cuerpos: conducta deshonrosa u otra grave que haga imposible la vida en común, las enfermedades de transmisión sexual. Puede demandarse divorcio cuando los cónyuges están separados por más de cuatro años continuos y a solicitud de cualquiera de ellos.	Modifica Artículo 333° del Código Civil, incisos 6 y 8. Modifica artículos 337°, 349° y 350° del C.C.
3096/97-CR	Son causas de separación de cuerpos: infidelidad, violencia física o psicológica, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o el abandono de la casa conyugal por más de cinco años.	Modifica Artículo 333° del Código Civil
3155/97-CR	Son causales de separación de cuerpos, la separación de hecho por más de cinco años continuos cuando no se hubiera hecho vida en común ni se haya procreado hijos. Ninguno de los cónyuges puede fundar demanda por hecho propio, salvo que se invoque causal, según inciso 12) del Artículo 333.	Se incorpora un inciso al Artículo 333° del Código Civil y se modifica Artículo 335° del C. C.
3195/97-CR	Son causas de separación de cuerpos: el mutuo disenso, después de dos años de celebración del matrimonio; la separación de hecho de ambos cónyuges por más de cinco años.	Modifica Artículos N° 333 y 349 del Código Civil.
3434/97-CR	Son causales de separación de cuerpos la separación de hecho por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de separación exceda este plazo. Puede demandarse el divorcio si los cónyuges se encuentran separados de hecho por más de dos años continuos.	Adiciona inciso 12) al Artículo 333° del C.C. y modifica Artículos 335° y 349°
3644/97-CR	Cuando los cónyuges, transcurridos cinco años de producida la separación de hecho por la cual dejaron de cohabitar y hacer vida común, suspendiéndose así los deberes relativos al lecho y habitación; conforman otros hogares, sobreviniendo posteriormente, en ambos casos, obligaciones de maternidad y/o paternidad extramatrimonial. En caso de separación convencional, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad.	Se adiciona inciso al Artículo 333° del Código Civil. Se modifican artículos 345°, 348°, 354° del C.C. y artículo 546° y 547° del Código Procesal Civil.
4662/98-CR	Son causas de separación de cuerpos, la separación de hecho cuya duración haya sido menor de dos años continuos. Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto la causal prevista en el inciso 12) del Artículo 333°.	Adiciona un inciso al Artículo 333° y modifica arts. 335°, 349° y 354° del C. C. Modifica inciso 2) de los arts. 546° y 573° del C. P. C.
5046/99-CR	Propone aumentar la infidelidad como causal de separación. La separación de ambos cónyuges por más de cuatro años continuos, ninguno es inocente ni culpable, no rige lo dispuesto en el artículo 335.	Modifica los artículos 333°, 337°, 339° y 354° del C. C.

Fuente: I Congreso de la República del Perú.

Proyectos de Ley - Periodo 2000-2001. LEY 27495

Proyecto	Resumen	Propuesta legal
154/00-CR	Incorpora la Separación de Hecho por más de cinco años como causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio. Modifica los alcances a toda enfermedad sexual, se amplíe el término de la condena de dos a cuatro años. Que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333 (1-12)	Modifica el artículo 333° y 335°, adecúa el artículo 349° del Código Civil. Modifica el artículo 573° del Código Procesal Civil.
171/00-CR	Régimen de patria potestad, plazo de conversión, tramitación, aplicación supletoria. Propone un plazo mayor de tres años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.	Modifica los artículos 333°, 345°, 354° del Código Civil; y 480° y 573° del Código Procesal Civil, relativos a la separación de cuerpos y divorcio.
278/00-CR	Propone el plazo mayor a dos años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.	Modifica los artículos 333°, 345°, 354° del Código Civil; y 480° y el 573° del Código Procesal Civil, relativos a la separación de cuerpos y divorcio.
555/00-CR	Adecúa la enfermedad de transmisión sexual como causal de separación de cuerpos. Propone el plazo de un año desde la celebración del matrimonio en la separación convencional como causal de separación de cuerpos.	Modifica los incisos 9) y 11) del artículo 333° del Código Civil.
565/00-CR	Incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos por un periodo ininterrumpido de dos años. Será de cuatro si hubiera hijos menores. Modifica el artículo 319°, fenece la sociedad de gananciales en los casos de separación de hecho al momento en que se produce la separación de hecho. Posibilidad que el cónyuge que fue abandonado solicite una compensación económica al juez. Propone el trámite en el proceso abreviado.	Modifica los artículos 333°, 319° y 354°, incorpora el artículo 435°A al Código Civil. Modifica el artículo 480° del Código Procesal Civil.
655/00-CR	Propone que tenga efecto de matrimonio civil, uno de conciencia inscrito en registros públicos, y delegación de facultad para celebración del matrimonio. Separación de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos como causal de separación de cuerpos.	Modifica el Libro III del Código Civil, Familia artículos 259, 260, 268, 281, 333, 360; y el Código Procesal Civil artículos 480 y 573.
795/00-CR	Aumenta la causal de Separación de cónyuges por un periodo de dos años ininterrumpidos, no se considerará a ninguno inocente o culpable. Agrega la causal en el artículo 349. Se tramita vía conocimiento, artículo 480.	Modifica el artículo 333 y 349 del Código Civil

Fuente: Congreso de la República del Perú

2. EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Reseñando hasta aquí lo manifestado, podemos ver que, nuestro sistema legal empezó siendo antídivorcista, con el Código Civil de 1852 que señalaba que el divorcio era la separación de los casos quedando subsistente el vínculo matrimonial. Luego las leyes Nro 7893 y 7894 añadieron el divorcio vincular por la modalidad de mutuo disenso. Luego el Código Civil de 1936 amplió el divorcio por causales y por mutuo disenso. El Código Civil de 1984 reproduce el mismo panorama que el código de 1936, en la actualidad se ha ampliado las causales de divorcio, como es el caso de la presente investigación, es decir, el divorcio por Separación de Hecho¹³⁶.

La separación de Hecho, es otra causal introducida por Ley Nro 27495, y que es justamente nuestro objeto de investigación. También es conocida como Separación de Facto, Separación Fáctica y Rompimiento de Hecho.

Con la incorporación de esta nueva causal, estamos transitando de la casa a la persona, de lo colectivo a lo individual, de la renuncia a la afirmación. Y ello se expresa en la paulatina incorporación en las legislaciones latinoamericanas, de las causales objetivas de disolución del matrimonio, como es el caso de la separación de hecho o la imposibilidad de hacer vida en común, ya que estas razones no tienen que sustentarse en la existencia de cónyuges culpables o de cónyuges víctimas. Estas puertas de ingreso (más bien de salida) tienen directa relación con la necesidad personal de los esposos de alcanzar espacios de realización que no encontraron en una relación matrimonial, como personas¹³⁷.

Preliminarmente, debemos señalar que cuando los cónyuges se separan de hecho, no están ejerciendo propiamente “un derecho”, por lo que no cabe entonces su institucionalización¹³⁸. Es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente o ininterrumpida siguiendo la denominación de la citada ley que modifica el artículo 333° del Código Civil de 1984, por voluntad expresa o tácita de uno de los esposos.

¹³⁶ DIAZ VALDIVIA, Héctor. “La separación como causal del Divorcio”. En *Derecho* revista de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, año 2, número 2, noviembre de 2000, Pág. 90

¹³⁷ R. ROCA, Encarna. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999 *Apud* VEGA MERE, Yuri. *OPág. cit.*, Pág. 42

¹³⁸ KEMELMAJER DE CARLUCI, Aída. *Separación de hecho entre cónyuges. OPág. cit.*, Pág.2

Al respecto, afirma la CABELLO MATAMALA¹³⁹ que si bien, el carácter mixto de nuestro sistema, evidentemente se ha flexibilizado favoreciendo el divorcio, la gran pregunta a plantearse es si la legislación, tal y como su complejidad la presenta, permite su comprensión tendiente al divorcio remedio pleno, conduciéndonos a puntos cercanos al otro extremo del péndulo divorcista. Preliminarmente pensamos que ello es discutible, máxime si el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales, ha adicionado esta causal, que si bien posibilita la invocación del hecho propio, al no distinguir responsables de la ruptura factual de la relación matrimonial, regula de modo reparatorio los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo, así como ha incorporado la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal con caracteres un tanto inculpativos.

2.1. CONCEPTO

La Causal de separación de Hecho, es la constatación fehaciente que debe hacer el juzgado a fin de acreditar que los cónyuges optaron en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de convivencia y de la vida en común.¹⁴⁰

Según PERALTA ANDÍA¹⁴¹ se trata de una causal directa, no inculpativa y perentoria que determina el divorcio, consiste en la interrupción del deber de hacer vida en común sin previa decisión judicial ni propósito de normalizar la vida conyugal de los esposos, entendiéndose que para los efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333°, no se considerará separación de hecho aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

“Se funda en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio, como es hacer vida en común en el domicilio conyugal, pues se

¹³⁹ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. *Código Civil Comentado*. T. II. Lima: Gaceta Jurídica S. A., 2003, Pág. 525; Sin embargo, con igual preocupación por el tema señala DIAZ VALDIVIA que: resulta manifiestamente riesgosa para la realidad nacional, alienta la mala fe del cónyuge que desea liberarse de sus obligaciones matrimoniales. En DIAZ VALDIVIA, Héctor, *OPág. Cit.*, Pág. 92

¹⁴⁰ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *OPág. cit.*, Pág.78.

¹⁴¹ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *OPág. cit*, Pág. 329

trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio”¹⁴².

Con esta causal, se incorpora la Teoría del Divorcio Remedio en nuestro sistema jurídico, como presupuesto de una necesidad de la propia realidad socio-económica y política que vive nuestro país. En donde las situaciones irregulares e ilegales que en la gran mayoría de los casos afectan la institución matrimonial, niegan su esencia al punto que las parejas han optado por una separación de hecho a falta de normativa específica que pueda legalizar el estado civil que les correspondería¹⁴³.

Ente algunas de sus causas podemos señalar que: a) puede tratarse por razones económicas, ya que supone un procedimiento judicial que originará gastos, u otras veces no existen bienes que dividir, y los cónyuges entienden que nos necesario el procedimiento; b) el desinterés de acudir al divorcio por creer en una reconciliación; ó c) simplemente un sentimiento éticamente valorable, de no dar publicidad sus fracasos matrimoniales, evitando una acción judicial o poniendo fin a una ya existente¹⁴⁴.

2.2 ELEMENTOS

Los elementos configurativos de esta causal según Alex PLÁCIDO VILCACHAGUA¹⁴⁵ son los siguientes:

Objetivo o material, consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia, sin solución de continuidad, lo que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal, sin que exista impedimento para que se configure la separación de hecho viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble incumpliendo la cohabitación.

Subjetivo o psíquico, viene a ser la falta de voluntad para renormalizar la vida conyugal, esto es la ausencia de intención cierta de uno o ambos cónyuges para

¹⁴² PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *OPág. cit.*, Pág. 329

¹⁴³ *Ibíd.*, Pág. 330

¹⁴⁴ KEMELMAJER DE CARLUCI, Aída. *OPág. cit.*, Pág. 5

¹⁴⁵ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. “La Reforma del Régimen del Decaimiento y Disolución del Matrimonio”. *OPág. cit.*, Pág. 13

continuar cohabitando, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla.

Temporal, es evidente que una separación eventual no configura esta causal, por ello es exigencia que el matrimonio dure dos años ininterrumpidos si los cónyuges no tienen hijos menores de edad y cuatro años si son hijos menores. La permanencia del tiempo, es la demostración de una definitiva ruptura de la vida en común y un fracaso del matrimonio que queda evidenciado de esta manera.

2.3. EFECTOS¹⁴⁶

Con la reforma introducida por la Ley Nro 27495, nuestra legislación adopta un sistema mixto y complejo, ya que contempla causas subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del divorcio sanción y también, causas objetivas o no inculpatorias del sistema del divorcio remedio, lo que ha generado otros efectos vinculados a este último sistema:

2.3.1. Fin de la sociedad de gananciales

Para los casos del Abandono Injustificado del Hogar conyugal, así como para la separación de hecho, los supuestos contemplados en los incisos 5 y 12 del artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación; en cambio con respecto a terceros, el régimen de la sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente del registro personal. Apartándose así de la regla general regulada en el artículo 319 del código Civil.

2.3.2. Ejercicio de la patria potestad y derecho alimentario

Por disposición legal en caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija en la sentencia el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o del marido, observando en

¹⁴⁶ Cfr. *Ibíd.*, Pág. 335 y ss.

cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

2.3.3. Indemnización de daños derivados del divorcio

2.3.4. Protección de la estabilidad económica del cónyuge perjudicado

Con respecto a estos dos efectos, es la Ley Nro. 27495, que igualmente incorpora el artículo 345°-A al Código Civil, estableciendo por un lado una Tutela para la Estabilidad Económica para el Cónyuge Perjudicado y a su vez, establece la posibilidad de una Reparación Indemnizatoria, debemos entender igualmente a favor de quien resulte perjudicado por la Separación de Hecho, cuya figura está configurada dentro de la Teoría del Divorcio Remedio, aquel divorcio inculpatario y a su vez, al conferir derecho a indemnización implica la probanza de un perjuicio, un hecho dañoso, atribución de culpabilidad, lo cual conlleva a un análisis de los presupuestos de la Responsabilidad Civil. Siendo así, no cabe duda que encontramos una seria distorsión legislativa, pues en una Causal Objetiva, como lo es la separación de hecho, se introduce un efecto, cuya probanza requiere atribución inculpatoria, propia de una Causal Subjetiva, la cual es materia de dilucidarla más adelante.

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO REMEDIO Y EL CÓNYUGE PERJUDICADO

1. De la Distorsión

La Ley Nro 27495 introdujo la causal de separación de cuerpos y subsiguiente divorcio, como fórmula encuadrada dentro de la concepción del Divorcio Remedio.

Nuestra normatividad jurídica ha adoptado los Sistemas Subjetivo y el Sistema Objetivo, la primera encuadrada dentro de la concepción del Divorcio-Sanción sustentada en las causales (art. 333°, incisos 1 al 11), y el objetivo sustentada en la del Divorcio-Remedio (art. 333° inciso 12), ésta última basada en la ruptura de la vida matrimonial, esto es, al haberse llegado a determinada situación en la que, ya no podría permanecer formalmente la atadura legal, en la que por tanto **no se ingresa a investigar las causas de la ruptura**, sino, como se viene manifestando, únicamente el conflicto ya originado

La tan esperada incorporación de la doctrina del Divorcio-Remedio, no encuentra su cabal función en la Separación de Hecho, tal como se encuentra consagrada en el artículo 345-A, desde que, de un lado, en puridad se pretende buscar un “culpable” de la separación para atribuirle la carga indemnizatoria, y por otro, sirve para regularizar una situación de hecho de los cónyuges. Respecto a este carácter objetivo del Divorcio-Remedio, Eduardo ZANNONI resalta certeramente que “resulta incoherente que de un lado se tienda cada vez más a superar el concepto de culpa en el fracaso matrimonial propiciando las causales objetivas, que precisamente no la atribuyen y, por otro lado, se exalte, sin ninguna clase de matices, la reparación indiscriminada de daños y perjuicios derivados del divorcio con sustento en los principios de la responsabilidad extracontractual¹⁴⁷”.

La Ley Nro. 27495 del 07 de julio del año 2001, incorpora con la denominación de “Indemnización en caso de perjuicio, un efecto personal, así vemos:

¹⁴⁷ Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A., Op.-. Cit-. PÁG.407

*Artículo 345°-A **Indemnización en caso de Perjuicio.** Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333°, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.*

El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323°, 324°, 342°, 343°, 351° y 352°, en cuanto sean pertinentes”.

La norma en mención incorpora de un lado, como tutela, los requisitos para la invocación de la Separación de Hecho (Art. 333°, inciso 12), valga decir, el estar al día en el pago de alimentos; y de otro lado, establece una norma de preservación por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación.

Sin embargo, a los efectos de ésta última parte, el dispositivo en su parte pertinente, dice textualmente *“Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión que le pudiera corresponder”.*

Como vemos nos encontramos ante un contrasentido, pues, la doctrina uniforme, el derecho comparado y los proyectos de ley, estaban enfocados en disolver un vínculo matrimonial que de facto no cumple su esencia la cual es hacer vida en común, encontrándose en una situación de quiebre matrimonial que no se quiere recomponer por decisión de ambos o de uno de ellos; es decir, una situación mantenida en el tiempo, que no puede atribuirse culpa a ninguno de los cónyuges. Sin embargo con la coexistencia del artículo 345°-A se ha generado, diversidad de problemas jurídicos, desde su interpretación, hasta en su aplicación, dando lugar al desarrollo de jurisprudencias contradictorias.

Incorporar en una Teoría del Divorcio Remedio, donde su sustento es la ausencia de culpabilidad, un elemento de Responsabilidad Civil, cuyo sustento es la búsqueda de

la culpabilidad, es una gran confusión, que debe tener una respuesta y la misma está en su redacción parlamentaria, como se analizará inmediatamente:.

2. De la Regulación Parlamentaria

Hasta aquí, claramente nos podemos dar una idea de la introducción de la teoría del Divorcio Remedio con la causal de Separación de Hecho, lo dificultoso de su inclusión y sobre todo la finalidad que se perseguía con ella, la misma que a nuestro entender no se ha logrado, por la deficiente tutela que se le incluyó con la denominación de “Indemnización en caso de Perjuicio”, objeto central de esta investigación, veamos cómo fue ello.

En toda la investigación realizada, así como en el antecedente inmediato a nuestra Ley valga decir los Proyectos, los Dictámenes y los Debates, vemos que la incorporación del Divorcio Remedio en el Perú a través de la causal de Separación de Hecho, no fue fácil, o en todo caso su maduración fue lenta; pero es de hacer notar que el sentido y la finalidad era constante y uniforme, es decir el entendimiento sobre el Divorcio Remedio era el mismo, no existe el criterio subjetivo de la **culpabilidad**, sino que es una situación de hecho a la que se debe dar solución y por otro lado, se le fue enriqueciendo con ciertas **tutelas** para mejorar su regulación, lo cual fue bueno; pero hubo dos aspecto que privaron en su aprobación y que le dieron el sentido final que ahora criticamos, me refiero justamente al tema de la culpabilidad y a tutelar al cónyuge más perjudicado.

2.1. De la ausencia de culpabilidad

Es claro, que la diferencia sustancial entre el Divorcio Sanción y el Divorcio Remedio es que en el primero existe un responsable del fracaso matrimonial, quien es el que ha incurrido en las inconductas como quebrantamiento de los deberes que exige el matrimonio, conducta dañosa que es sancionada con el divorcio y en su caso con la indemnización por el hecho dañoso realizado; mientras que en el Divorcio Remedio, no se busca un culpable, sino solucionar una situación de hecho,

que importa que el matrimonio no viene cumpliendo su finalidad, el matrimonio fácticamente ya no es tal.

No obstante la claridad de la diferencia entre estos sistemas, la discusión del debate parlamentario¹⁴⁸ se centraba en cuestionar que cualquiera de los cónyuges iba a poder invocar la separación de hecho y ello contradecía el principio que nadie podía invocar “hecho propio”, contemplado en nuestro artículo 335° del Código Civil. Conflicto que representaba un gran obstáculo y que denotaba una deficiente preparación por quienes sustentaban dicha oposición, los que no habían internalizado adecuadamente la teoría de lo que estaban debatiendo.

2.2. De la tutela al cónyuge perjudicado

Por otro lado, advertimos que en el Debate Parlamentario, muy poca atención de daba a las “**consecuencias jurídicas de divorcio**” que se estaba promulgando, me refiero por un lado a las **consecuencias patrimoniales**, es decir a la regulación del **Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales** (lo cual provoca mucho debate en argentina), tema importante y trascendente pero que no es materia del presente trabajo; y por otro lado a las **consecuencias personales**, me refiero a la incorporación de la *“Tutela a la Estabilidad Económica del Cónyuge Perjudicado”*, figura jurídica, esta última, novedosa e importante y cuya regulación fue nefasta.

Así vemos que el único antecedente, de la “*Tutela a la Estabilidad Económica del Cónyuge Perjudicado*”, que logro su regulación en el artículo 345°-A, lo encontramos en el Proyecto de Ley presentado por la Congresista y Ex-Ministra de Justicia Miriam Schenone Ordiola, me estoy refiriendo al Proyecto número 00565-CR¹⁴⁹, por el cual proponía reconocer el aporte de la mujer durante el matrimonio,

¹⁴⁸ El Debate Parlamentario originados por los proyectos de ley 0154, 0171, 0278, 0555, 0565, 0666 y 0795, así como los Dictámenes Favorable Sustitutorio de la Comisión de Reforma de Códigos; Dictamen Favorable Sustitutorio de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, Dictamen Favorable Sustitutorio en Mayoría de la Comisión de Justicia y Dictamen Favorable Sustitutorio en Minoría de la Comisión de Justicia sustentado por el Congresista Antero Flores- Araoz Esparza. Se desarrollo el día siete de Junio del 2001. El texto del documento obra en los archivos del Congreso de la República.

¹⁴⁹ Proyecto de Ley número 565, periodo 2000-2001, presentado 10/10/2000, Congresista Miriam Schenone Ordiola . www.Congreso.gob.pe.

Artículo 3°.- Incorporase el artículo 345°-A en el Código Civil, con el siguiente texto:

“Artículo 345-A.- Tratándose de separación de cuerpos por decisión unilateral, el Juez puede conceder a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.”

en el cuidado del hogar, la crianza de los hijos y en la ayuda a conseguir el sustento económico del hogar, ello a través de una **compensación** que el juez podrá conceder a petición del abandonado, es decir evidentemente se ponía en el caso de tutelar a la mujer ama de casa, que producido el divorcio se quedaría desamparada **económicamente**, la tutela propuesta era una “*compensación económica*”.

Fue en primer término la Comisión de Justicia que en su Dictamen Sustitutorio de Mayoría, definió expresamente que la “*compensación económica*” era para el cónyuge que permaneció en el hogar; así mismo incorporo, a la iniciativa propuesta, para reforzar la tutela a la mujer dedicada a las labores del hogar, la concordancia con otras normas, que ya estaban reguladas en el Código Civil¹⁵⁰, es decir: La preferencia en la adjudicación de la casa o el negocio familiar, contemplado en el artículo 323; la pérdida de gananciales del cónyuge culpable de la separación de hecho, regulada en el artículo 324°, la pensión alimenticia, del artículo 342° y la pérdida de gananciales del cónyuge culpable del divorcio que procedan de los bienes del otro, del artículo 352°

Como vemos, al ama de casa dedicada a las labores del hogar y cuidado de los niños, tendría derecho a una *compensación económica*; a que se le adjudica preferentemente la vivienda o negocio familiar, a que el producto de sus bienes gananciales no sea adquirido por la otra parte y todo ello era independiente de la pensión alimenticia que le pudiera corresponder. Propuesto esto, y seguramente a fin de evitar confusiones, expresamente también propuso que se establezca que en esta causal no habría cónyuges inocentes o culpables.¹⁵¹

Por su parte, el dictamen sustitutorio de la Comisión de Reforma de Códigos, igualmente analizo la propuesta e igualmente propuso, igualmente una *compensación económica* para el abandonado, sustentándola en que le

¹⁵⁰ Dictamen Sustitutorio en Mayoría de la Comisión de Justicia recaído en los proyectos de ley proyectos de ley 0154, 0171, 0278, 0555, 0565, 0666 y 0795. www.Congreso.gob.pe:

“Artículo 345°-A.- Tratándose de separación de cuerpos por separación de hecho, el juez puede conceder a petición del cónyuge que permaneció en el hogar, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

Son aplicables a favor del cónyuge que permaneció en el hogar y que invoca el inciso 11) del artículo 333°, las disposiciones contenidas en los artículos 323°, 324°, 342° y 352°, en cuanto sean pertinentes.

¹⁵¹ Dictamen Sustitutorio en Mayoría de la Comisión de Justicia recaído en los proyectos de ley proyectos de ley 0154, 0171, 0278, 0555, 0565, 0666 y 0795. www.Congreso.gob.pe:

11.- La separación de hecho de los cónyuges durante un período mayor a cuatro años ininterrumpidos, si la pareja tuviere hijos menores de edad, y dos años si no los tuviere. En estos casos, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°. La sentencia expedida no considerará a ninguno de los cónyuges inocentes ni culpables.

correspondería a la mujer dedicada al hogar y que el mismo era independiente de la pensión de alimentos¹⁵²

Finalmente por su parte la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, en su Dictamen Sustitutorio también asumió la propuesta; y con la sensibilidad propia de una comisión de temas de mujer, advirtió la problemática de los roles que se asumen en el matrimonio, entre hombre y mujeres, siendo que estas ultimas asumen la mayor carga familiar, por lo que vieron la necesidad de tutelar en cuando al pago de alimentos, la estabilidad económica como un factor decisivo en la educación de los hijos, señalando así que el dictamen trata de abrir la posibilidad que en prevención de la estabilidad de los hijos o del cónyuge que puede verse *afectado* de manera extraordinaria (ejemplo el ama de casa que no ha trabajado y se ha dedicado a la crianza de sus hijos de manera exclusiva), por lo que se le debe dar un trato preferente en la adquisición de los bienes. Igualmente vieron por necesidad, y en la misma línea de protección, el incluir como requisito de admisibilidad la obligación del estar al día en la obligación alimentaria¹⁵³.

Como vemos, en esta comisión se reconoció la problemática de los Roles que se asumen en el matrimonio y la necesidad de tutela la estabilidad económica y los alimentos y tuvo como un importante aporte de crear un requisito de para incoar la acción, el cual es encontrarse al día en el pago de la pensión alimentaria, pues, a través de este divorcio el obligado se podía sustraer de su obligación.

Por otro lado, al igual que le Comisión de Justicia, concordó la protección con otras normas de tutela; pero es aquí y en su redacción que se desvirtuó toda su intensión, pues redactó la propuesta el artículo o la económicamente a la mujer y los alimentos tubo el importantes aportes de tutelar no solo a la mujer sino incluso a los hijos con

¹⁵² Dictamen Sustitutorio DE LA Comisión De Reforma de Códigos, recaído en los proyectos de ley proyectos de ley 0154, 0171, 0278, 0555, 0565, 0666 y 0795. www.Congreso.gob.pe:
Artículo 7°. Incorpórese el artículo 345° A en el Código Civil con el texto siguiente:
"Artículo 345° A. Tratándose de separación de cuerpos por decisión unilateral, el Juez puede conceder a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder."

¹⁵³ Dictamen Sustitutorio de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, recaído en los proyectos de ley proyectos de ley 0154, 0171, 0278, 0555, 0565, 0666 y 0795. www.Congreso.gob.pe:
"Artículo 345-A, para invocar el supuesto del inciso 11) del artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, si como la de sus hijos. podrá señalar una indemnización incluyendo el daño personal y ordenar la adjudicación preferente de bienes de sociedad de la gananciales son aplicables, a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351, 352 y 731"

la obligación de estar al día en las obligaciones alimentarias para incoar la acción. Esta comisión la propuesta iba en el mismo sentido de las otras comisiones, e igual que la Comisión de justicia,

Por ultimo, observamos que en la discusión del plenario, fue ardua u dura, los opositores a la incorporación de la nueva causal de separación de hecho, vertían el argumento que iba debilitar los matrimonios; el debate se contamina con la discusión de los conceptos de cónyuge inocente, cónyuge culpable, invocación de causa propia, etc. temas hartamente alejados de lo que era materia teórica.

En cuanto a la incorporación del artículo 345°-A fue sustentado por la Congresista Mercedes Cabanillas, como Presidente de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, la misma que indicaba que sostenía su propuesta en el perjuicio que podía tener uno de los cónyuges, en proteger el futuro y las condiciones de vida de quienes resulten generalmente mas afectados, refiriéndose a los hijos y a las mujeres, por lo que, su dictamen busca **garantizar la estabilidad material, económica** y por ende emocional de la familia.

Debemos hacer notar que los otros dictámenes con respecto a este tema, es decir el artículo 345°-A, no fueron sustentados en el pleno, simplemente se advirtió que el presentado por la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, estaba más desarrollado y tenía mayor precisión, por lo que después de un cuarto intermedio y con sólo la adición de la Congresista Chávez Cosío que se agregue que al artículo propuesto que la indemnización será independientemente de la pensión de alimentos.

En conclusión, si revisamos la discusión del pleno, los argumentos de oposición sustentados en la prohibición de invocar su propia conducta, para beneficiarse con una medida de esta naturaleza, tal como establecía el texto original del artículo 335° del código sustantivo; fueron cediendo al parecer como compensación o al equilibrio de la discusión mediante la figura introducida vía el artículo 345°-A, sobre cumplimiento de las obligaciones alimentarias, así como el texto de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, al parecer más desarrollado y con mayor rigidez.; con ello el legislador considero suficientemente compensada la falta de cumplimiento a

los deberes del matrimonio, por parte del cónyuge que solicitó la separación invocando hecho propio, con lo que concluyo con las posturas opositoras.

No repararon que la redacción final dada al artículo 345°-A, introducía el elemento de culpabilidad en el Divorcio Remedio que estaban promulgando, con lo cual distorsionaban su sentido y por otro lado, al utilizar la figura de la Indemnización, orientaban la tutela a reparar daños y no al cónyuge abandonado dedicado a los quehaceres del hogar o del cuidado de los niños.

3. Indemnización en caso de perjuicio

Que duda cabe, que la pretensión de “tutelar económicamente al cónyuge que pudiera quedar perjudicado”, buscaba visibilidad la vulnerabilidad en que se encuentran muchas personas, principalmente mujeres y conjuntamente con ellas sus hijos, por el rol que asumían en el matrimonio. Dudo mucho que la propuesta primigenia de la doctora Miriam Schenone Ordinola, acogida por las Comisiones de Justicia y Reforma de Códigos, tengan sustento en la doctrina comparada, pues de haber sido así, otra hubiese sido la discusión y el resultado; pero no obstante ello su visión era interesante.

Sin embargo, observamos que la intencionalidad de la Comisión de la Mujer, iba en el mismo sentido de las demás propuestas, es decir, de tutelar material y económicamente al cónyuge que resulte perjudicado, su confusión fue grande al equiparar ello con una indemnización y agregar inclusive el daño personal, con lo cual, para efectos de su cumplimiento tenía que buscarse a un cónyuge dañador, culpable, responsable mas beneficiado o como queramos llamarlo, restando el contenido a la incorporación de la figura del Divorcio Remedio, cuyo objetivo era solucionar meramente situaciones fácticas, objetivas independientemente de causales, y por otro lado se dejó de tutelar efectivamente al cónyuge que aportó con su esfuerzo al desarrollo del hogar y que se vería grandemente afectado.

Es así que con la sumilla de “indemnización en caso de perjuicio”, quedó incorporado el artículo 345°-A, cuyo texto encuentra su aplicación en las normas de la

Responsabilidad Civil Extracontractual, ya antes estudiadas propias del Divorcio Sanción; lo cual implicaría un análisis de los elementos que la configuran tales como la antijuridicidad, el daño, la relación causal y los factores de atribución, además de tener en cuenta que, de otro lado, la institución jurídica del divorcio vía causal de separación de hecho, tiene determinadas connotaciones, es decir, en la que no necesariamente tiende a investigar la culpa de alguno de los cónyuges respecto a la separación, sino el daño ocasionado como consecuencia del hecho o hechos que lo causaron; que en cuanto a la antijuridicidad se tendría que analizar la conducta de los cónyuges respecto al cumplimiento de sus deberes maritales, o la conducta perjudicante; en cuanto a los factores de atribución, siendo el dolo o la culpa que podrían ser atribuibles a uno o ambos cónyuges que, desde luego, podrían concurrir para configurar el daño o perjuicio.

Sin embargo, se ha resaltado lo controvertido y discutible establecer la responsabilidad civil del cónyuge culpable para efectos de otorgar la indemnización a favor del perjudicado por la Separación de Hecho, bajo las normas de la responsabilidad civil

4. Jurisprudencia Confusa

Como hemos indicado la contradicción advertida trae consecuencias negativas en la aplicación de la causal de Separación de Hecho, en la judicatura, pues se complementan dos acciones contradictorias, así vemos que en los procesos judiciales, por un lado se verifican los tres elementos propios de una causal objetiva, valga decir, los elementos:

Objetivo o material, La evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia, sin solución de continuidad, lo que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal.

Subjetivo o psíquico, La falta de voluntad para renormalizar la vida conyugal, esto es la ausencia de intención cierta de uno o ambos cónyuges para continuar cohabitando. Y

Temporal, La exigencia que la separación dure dos años ininterrumpidos si los cónyuges no tienen hijos menores de edad y cuatro años si son hijos menores.

Y por otro, lado buscamos las causales para otorgar la indemnización, asunto harto difícil, pues, tratándose de una causal de Separación de hecho, no se puede determinar que es lo que de indemniza, como veremos del análisis de expediente que se ha desarrollado para la presente investigación e incluso del Pleno Nacional de Familia, en la que analizan que tipo de daño se indemniza o la tutela oficiosa del mismo, más no se detienen en analizar cuál sería el origen de ese daño en este tipo de divorcio. Así, así vemos, meramente en esta parte algunos de los cuadros que en detalle lo tenemos en el segundo anexo de este trabajo: En los Juzgados de Familia, encontramos respuestas totalmente diferentes, veamos, el resumen del análisis del segundo y Tercer Juzgado de Familia, en cuando al objeto de indemnización

4.1.- Fundamentos por los cuales se otorga indemnización al cónyuge perjudicado con el divorcio por separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia

FUNDAMENTOS PARA OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 1

Años	Fundamentos
2001	
2002	
2003	1. Separación de hecho, contraer matrimonio civil ó religioso con tercera persona, mantener una relación convivencial y procrear hijos extramatrimoniales. 2. Por dejar el hogar conyugal, y destruir el mismo.
2004	1. Abandonar sin consentimiento de su cónyuge el hogar conyugal.
2005	1. Proteger la estabilidad económica, no contar con bienes sociales, y haber producido daño moral. 2. Tener una relación impropia con tercera persona durante el matrimonio, y tener que solicitar judicialmente alimentos. 3. Por retirarse del hogar conyugal.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Segundo Juzgado de Familia, se han considerado como fundamentos para otorgar una indemnización por daños al cónyuge perjudicado por el divorcio por separación de hecho: a) Separación de hecho; b) matrimonio civil o religioso con tercera persona; c) mantener una relación convivencial con tercera persona; d) Procrear hijos extramatrimoniales; e) destrucción del hogar conyugal; f) Proteger la estabilidad económica, no contar con bienes sociales, y haber producido daño moral; g) Tener una relación impropia con tercera persona. Todos ellos, elementos causantes de la separación de hecho y la separación de hecho en si misma, sin embargo, no se han analizado circunstancias como el grado de menoscabo en el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, es decir, se ha realizado la indemnización con criterios del derecho de familia, con cierta prescindencia de los elementos de la responsabilidad civil, que pertenecen al derecho civil. Se ha atemperado los elementos mínimos exigidos para obtener una reparación de daños y perjuicios.

4.2.- Fundamentos por los cuales se otorga indemnización al cónyuge perjudicado con el divorcio por separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia

FUNDAMENTOS PARA OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 2

Años	Fundamentos
2001	
2002	
2003	1. Mayoría de edad de los hijos, edad del cónyuge perjudicado, ingresos económicos del cónyuge culpable, el monto ofrecido en la Audiencia de Conciliación. 2. Mayoría de edad de los hijos, edad del cónyuge culpable, ingresos y cargas del cónyuge culpable, estado de salud del cónyuge perjudicado. 3. Ser responsable de la separación, tener una relación convivencial, e incumplir deberes matrimoniales.

2004	1. Separación de hecho, relación convivencial, procrear hijos extramatrimoniales, estado de salud del cónyuge perjudicado (trastorno de ansiedad y depresión). 2. Separación de hecho y procrear hijo con tercera persona. 3. Separación de hecho e incumplimiento de prestación alimentaria del demandado. 4. Por retirarse del hogar conyugal. 5. Separación de hecho y contraer matrimonio religioso con tercera persona. 6. Separación de hecho y procrear hijos extramatrimoniales. 7. Actos de violencia familiar y separación de hecho. 8. Separación de hecho y afrontar sola la conducción del hogar y manutención de los hijos. 9. Separación de hecho y mantener una relación convivencial. 10. Separación de hecho, llevar adelante un hogar disgregado, y por conducta impropia del cónyuge culpable con tercera persona.
2005	

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Tercer Juzgado de Familia, se han considerado como fundamentos para otorgar una indemnización por daños al cónyuge perjudicado por el divorcio por separación de hecho:

a) Edad del cónyuge perjudicado; b) mayoría de edad de los hijos; c) ingresos económicos del cónyuge culpable; d) Responsable de la separación; e) mantener una relación convivencial con tercera persona; f) Procrear hijos extramatrimoniales; g) estado de salud del cónyuge perjudicado; h) incumplimiento de la prestación alimentaria; i) contraer matrimonio religioso con tercera persona; j) actos de violencia familiar; k) Afrontar sólo la conducción del hogar conyugal y manutención de los hijos; l) Llevar adelante un hogar disgregado; ll) conducta impropia con tercera persona por parte del cónyuge responsable de la separación.

Estos elementos constitutivos de la reparación al cónyuge perjudicado, corroboran que existe un temperamento de los elementos mínimos exigidos para obtener una reparación de daños y perjuicios, así como no se ha tomado en cuenta la magnitud

del daño ni el menoscabo sufrido en la víctima, sólo se ha verificado la existencia del elemento constitutivo de daño y se ha procedido a fijar discrecionalmente una prestación a modo de reparación al cónyuge perjudicado por la separación de hecho.



4.3.- Fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado con la separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia

FUNDAMENTOS PARA NO OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 3

Años	Fundamentos
2001	
2002	1. No ha acreditado la demandada la existencia de necesidad de resarcimiento. 2. Demandada hizo abandono de hogar.
2003	1. Demandado motivo la separación. 2. No esta acreditado los daños personales: daño moral y daño psicológico. 3. No procede de oficio, el cónyuge inocente debe solicitarla. 4. Demandante no ha acreditado que el abandono se deba a causas imputables al demandado, no existe elemento probatorio que determine la generación de daños, específicamente de daño moral y/o personal. 5. Demandante se encuentra protegida patrimonialmente, no es necesario velar por su estabilidad económica.
2004	1. Mantener la pensión de alimentos como protección a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado. 2. Demandante no ha sido perjudicada con la separación de hecho. 3. Haberse retirado del hogar conyugal por agresiones físicas de la demandada. 4. Separación de mutuo acuerdo. 5. Nunca hubo vida en común, no hubo cónyuge perjudicado. 6. Por haber renunciado a la indemnización. 7. No hay cónyuge perjudicado, por no probado e improbable. 8. Por rehacer sus vidas, no hay cónyuge culpable. 9. Por existir bienes a partir. 10. No poder determinar la causa y el responsable de la separación. 11. Separación hecha para obtener y mantener una convivencia pacífica.
2005	1. No esta acreditado que haya sufrido daño alguno, no demostrándose el estado de indigencia. 2. Separación de mutuo acuerdo, no presentó medios probatorios sobre la existencia de daños. 3. Renuncia a la indemnización. 4. Demandante es quien hace el abandono de hogar conyugal.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Segundo Juzgado de Familia, los fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho son: a) No esta acreditada la necesidad de resarcimiento; b) La demandada hizo el abandono de hogar; c) demandado motivó la separación; d) No esta acreditado daños personales: daño moral y daño psicológico; e) No procede de oficio; f) El demandante se encuentra protegida patrimonialmente; g) Por mantener vigente la pensión de alimentos; h) No haber sido perjudicada con la separación; i) Haberse retirado del hogar conyugal por agresiones físicas; j) Mutuo acuerdo; k) Nunca hubo vida en común; l) Renuncia a la indemnización; ll) Por rehacer sus vidas; m) Por existir bienes a partir; n) Separación de hecho para mantener una convivencia pacífica. Observamos que las razones para denegar una prestación a manera de indemnización al cónyuge que lo solicita son múltiples, casi siempre por una conducta negativa del cónyuge a cumplir con sus obligaciones matrimoniales ó porque existió consentimiento, o finalmente porque no se ha llegado a probar el daño.



4.4.-Fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado con la separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia

FUNDAMENTOS PARA NO OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 4

Año	Fundamento
2001	
2002	1. No se ha determinado la causa de la separación, ni el causante.
2003	
2004	1. No corresponde fijar indemnización porque demandado fue el causante de la separación de hecho. 2. No han invocado ni acreditado daños personales, por ambas partes. 3. Demandante no ha acreditado daños personales.
2005	1. No se ha acreditado la existencia de daño moral.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Tercer Juzgado de Familia, los fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho son: a) No se ha determinado la causa de la separación, ni el causante; b) demandado fue causante de separación; c) no están acreditados los daños personales; d) no está acreditado el daño moral. Observamos que no se ordenan prestaciones por no quedar acreditado el daño o por indeterminación de la calidad de cónyuge perjudicado. Hechos que encuentran su fundamento en disposiciones de orden procesal, como son la improbanza de la prestación, y la falta de certeza de los medios probatorios que lleven al juez a validar una pretensión indemnizatoria. Presupuestos que tiene la finalidad de otorgar seguridad al ordenamiento jurídico.

4.5.- Clases de daños reparables al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia

CLASES DE DAÑOS REPARABLES

Tabla N° 5

Años	Clase de daños reparables
2001	
2002	
2003	1. Daños personales: daño moral, frustración al proyecto de vida matrimonial. Que producen sufrimiento en la persona del cónyuge perjudicado. 2. Daños personales: daño moral, frustración al proyecto de vida matrimonial, daño psicológico. 3. Daños personales: daño moral y daño psicológico. 4. Daño, con valoración equitativa del daño por el Juez, 1322 del C. Civil. 5. Daño moral o daño personal. 6. Daño por la destrucción del hogar conyugal. 7. Daño moral.
2004	1. Medida de protección económica. 2. Daño. 3. Daño valorado equitativamente por el Juez.
2005	1. Daño. 2. Daño valorado equitativamente por el Juez.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

La Clase de daños reparables al cónyuge perjudicado en el Segundo Juzgado de Familia son: a) daños personales: daño moral, frustración al proyecto de vida matrimonial, daño psicológico; b) daños personales: daño moral y daño psicológico; c) daño moral o personal; d) daño por destrucción del hogar conyugal; e) daño con valoración equitativa artículo 1322 del Código Civil; f) daño moral; g) medida de protección económica; h) daño. Observamos que la mayoría de clases de daños ocasionados, corresponden a la categoría jurídica de daños no patrimoniales, lo que justifica la excesiva discrecionalidad al momento de fijar una prestación a manera de indemnización al cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

4.6.-. Clases de daños reparables al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia

CLASES DE DAÑOS REPARABLES

Tabla N° 6

Año	Clase de daños reparables
2001	
2002	1. Daño.
2003	1. Daño. 2. Daño personal y moral.
2004	1. Daños personales: daño moral y psicológico. 2. Daños personales: daño moral, frustración del proyecto de vida matrimonial, daño psicológico.
2005	1. Daño moral

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

Las clases de daños reparables al cónyuge perjudicado en el Tercer Juzgado de Familia son: a) daño; b) daño personal y moral; c) daños personales: daño moral y psicológico; d) daños personales: daño moral, frustración del proyecto de vida matrimonial, daño psicológico; e) daño moral. Observamos la misma clase de daños que en el anterior juzgado, que corrobora la predominancia de los daños no patrimoniales en este tipo de litigios pertenecientes al derecho de familia.

TITULO II

NUEVA VISION DEL DIVORCIO REMEDIO Y EL CONYUGE

PERJUDICADO

CAPÍTULO I

EL DIVORCIO REMEDIO

1.- Como hemos visto habían motivos suficientes para la inclusión del Divorcio Remedio, pues, la no inclusión de la separación de hecho, como causal de separación de cuerpos y de ulterior divorcio, daba como resultado que muchas familias o parejas vivan en situación irregular, debido a que una de las partes se encuentra atada a un cónyuge con el que desde muchos años atrás, ya no hace vida en común. Sin embargo, tampoco puede demandar la separación de cuerpos o el divorcio ya que ambas instituciones están legisladas en nuestro Código Civil como una sanción al cónyuge culpable.

Por lo tanto, había familias formalmente constituidas, que en realidad no cumplen con los deberes que nacen del matrimonio, como son la vida en común, la asistencia mutua entre los cónyuges, la cohabitación y la fidelidad. Por otro lado estaban las familias constituidas fuera del marco de nuestra legislación, con hijos extramatrimoniales, que actúan como una familia funcional, pero sin embargo no pueden formalizar su situación.

Vemos que la no inclusión de la causal de separación de hecho en nuestra legislación traía como consecuencia un mayor índice de parejas convivientes, que además están desprotegidas legalmente, pues al no cumplir con los requisitos legales para ser considerados concubinos, no se constituye entre ellos una sociedad de gananciales; la o el concubino, tampoco tiene derecho, en caso de ser abandonado, a optar entre una indemnización o una pensión de alimentos; tampoco tiene derechos sucesorios. En efecto, si el hombre moría, la mujer con quien él vivió y con quien formó una familia, no tendrá derecho a heredarlo; este derecho le corresponde a la cónyuge.

La inseguridad jurídica, emocional y patrimonial era el signo de estas familias. La mujer, al no casarse asume el hecho de ser catalogada por la sociedad como madre soltera o conviviente. Los hijos sufren conflictos emocionales durante su

crecimiento y proceso de socialización. Los hijos extramatrimoniales deberán enfrentar y luego entender que sus padres no están casados porque uno de ellos tiene un matrimonio latente, aprehendiendo o reproduciendo posteriormente esta conducta.

Ahora bien, es menester reconocer que algunas personas se aferran al matrimonio, en un principio, quizá, con la esperanza de una futura recomposición familiar, pero pasado unos años, cuando esta reconciliación es imposible, la razón de continuar con el matrimonio, es una oportunidad o ventaja competitiva para negociar o afianzar aspectos patrimoniales y derechos expectaticios y quizás hasta una forma de expiación a la otra familia. En estos casos la institución del matrimonio pierde su sentido, privilegiándose tan sólo su aspecto contractual. Bajo ninguna circunstancia podemos afirmar que estas familias disfuncionales, que sólo se pueden seguirse llamando “familia” en lo formal, son las que protegen y promueve la Constitución. Hay que tener presente que el matrimonio persigue una doble función: la procreación y subsiguiente educación de la prole por una parte, y el mutuo auxilio de los cónyuges a través de una plena comunidad de vida.

La ley al regular las relaciones humanas, debe también poner orden, confiriendo seguridad jurídica y la debida protección a las personas. Por esta razón proponemos la causal de separación de hecho, cómo causal de separación de cuerpo

Actualmente, muchos de los fundamentos que dieron origen a la expedición de la ley subsisten, pues, se pretendió una opción diferente, un Divorcio Remedio para regularizar las situaciones fácticas, donde no se tenga que debatir sobre aspectos subjetivos, los que por un lado era difícil su probanza o no tipificaban en las causales preestablecidas o por no volver a recordar, probar o sustentar hechos dañosos que convenía pasen al olvido y las parejas puedan rehacer sus vidas sin pasar nuevamente por los traumas que afectaron su convivencia.

Por todo ello, es necesario replantear la figura del Divorcio Sanción, tal como fue su intención crearla.

CAPITULO II

EL CÓNYUGE PERJUDICADO

1. Necesidad de Tutela al Cónyuge Perjudicado

1.1. Discriminación.

Históricamente, la actividad humana en las esferas pública y privada se ha considerado de manera diferente y se ha reglamentado en consecuencia. En todas las sociedades, por mucho tiempo se han considerado inferiores las actividades de las mujeres que, tradicionalmente, han desempeñado su papel en la esfera privada o doméstica.

Puesto que dichas actividades tienen un valor inestimable para la supervivencia de la sociedad, no puede haber justificación para aplicarles leyes o costumbres diferentes y discriminatorias.

Los organismos internacionales ponen de manifiesto que existen todavía países en los que no hay igualdad de jure. Con ello se impide que la mujer goce de igualdad en materia de recursos y en la familia y la sociedad. Incluso cuando existe la igualdad de jure, en todas las sociedades se asignan a la mujer funciones diferentes, que se consideran inferiores o no están debidamente.

El trato diferente a los hombres y a las mujeres, es algo actual, que tiene una tradición cultural y social muy arraigada, si bien es cierto, se hacen grandes esfuerzos para erradicar esa desigualdad que corroe los cimientos de nuestra sociedad, ello a través no sólo de políticas nacionales, sino hasta internacionales. Sin embargo que duda cabe que ello aún esta lejos de lograrse.

Debemos entender que la discriminación contra la mujer es la "raíz fundamental" que sustenta la violencia de género que afecta a una de cada tres mujeres en el mundo.

Es por ello, que la comunidad internacional, lejos de la protección general de derechos humanos, viene creando normas, mecanismos e instituciones para erradicar la desigualdad por género.

Un aspecto que constituyó por mucho tiempo todavía un reducto vetado, era el ámbito privado o interno de las familias; actualmente ello ya no es así, pues, la regulación en el ámbito privado ha sido cada vez más amplia estableciendo normas de igualdad.

Consideramos que aún quedan ciertos aspectos que no se han considerado adecuadamente, uno de ellos, que duda cabe es el trabajo de la esposa en el hogar así como en el cuidado de los hijos, el cual, queda totalmente desconocido para después del divorcio, es decir la mujer que ha contribuido con su esfuerzo y dedicación a esas labores y ha perdido la oportunidad de capacitarse o insertarse al ámbito externo, carece de empoderamiento alguno ante un divorcio.

1.2. Dependencia económica y estado de vulnerabilidad

Otro aspecto que no se advierte, es que la dependencia económica creada dentro del hogar en que se encuentran muchas mujeres, las posiciona en un estado de vulnerabilidad social; pues, muchas veces tienen que soportar situaciones que las agravan, violencia, mal trato o llevar a cuestras un matrimonio no deseado, por la falta de independencia de recursos.

Es un mito creer que el problema afecta sólo a mujeres pobres, es un fenómeno que no distingue grupo cultural ni rango social. Atraviesa todo el espectro social sin distinciones de ningún tipo. El asunto es que algunos logran aparentar mejor que otros.

Sin duda el dinero otorga poder, relativo o confuso, pero lo entrega. Cuando hay tendencia hacia la violencia (del tipo que sea, sexual, psicológica, espiritual, física, etc.), el dinero se convierte en un medio más de opresión hacia la persona que se quiere dominar.

Una mujer que no tiene independencia económica está a merced de su verdugo, que sabiendo su vulnerabilidad logra manipularla para ejercer sobre ella el poder que el dinero le otorga.

Efectos de la dependencia económica

Las mujeres económicamente dependientes generan algunos mecanismos en la relación de pareja, que tarde o temprano, crean las condiciones ideológicas para la violencia de género.

- Sufren, en mayor grado que otras mujeres, de problemas de autoestima. Es cosa de preguntarle a una mujer que no recibe remuneración independiente, en qué trabaja. A menudo la respuesta será: *"No trabajo, yo estoy en casa"*. Sin entender la gravedad de lo que dice, y sin captar que, con dicha respuesta, está rebajando su propia labor hogareña. Otras responden con una frase típica latinoamericana: *"No trabajo, sólo soy dueña de casa"*, como si eso no fuera trabajo.
- Se convierten en mendigas en sus propios hogares, al tener que estar pidiendo dinero para cubrir las necesidades de la familia. Esto es más cierto en aquellas relaciones donde los varones monopolizan la administración de los recursos.
- Infantilizan su propia cognición e interacción con la realidad. Frases como *"tengo que pedirle permiso a mi marido"*, *"él tiene que tomar la decisión"*, *"la última palabra la tiene mi esposo"*, etc. No son más que una forma infantil de relación, que a la larga genera daño emocional y dificultad para madurar y crecer como persona.
- Tienen una relación amor-odio con el dinero, sin entender que no son los recursos el problema, sino su manera de interactuar con su pareja o marido, la que genera esa reacción poco madura frente a la administración de los recursos.
- No aprenden a desenvolverse en el mundo de la economía de mercado. Algunas no saben manejar cuentas bancarias, hacer inversiones, definir presupuestos a largo plazo, etc., porque cargan descansas en los maridos que monopolizan dicha función.

Violencia de género y dependencia

Cuando el que paga se siente con derecho a controlar, manipular, mandar, estigmatizar o exigir, están dadas las condiciones para el abuso en cualquiera de sus formas.

Quienes se dedican al estudio de las diferencias de género en las sociedades nos indican que *"los esquemas de género se construyen, se aprenden y generan efectos durante décadas"*. Los varones y las mujeres aprenden a interactuar con el dinero siguiendo patrones culturales.

Aún los textos escolares infantiles transmiten estereotipos sobre el manejo, control y adquisición de los recursos económicos, que fomentan la dependencia de las mujeres.

El clima ideológico que permite el desarrollo de la violencia de género se favorece cuando hay dependencia económica, puesto que la mujer se encuentra en desventaja relativa para poder salir de la situación de abuso o buscar, con independencia de recursos, otros horizontes para sí misma y sus hijos.

La mayoría de los estudios y análisis del tema enseñan que hay que formar una generación nueva, con otra perspectiva no sólo frente al dinero, su adquisición y administración, sino con la forma de interactuar de las parejas.

2.- Tutela en el Derecho comparado

Por otro lado, es interesante advertir como el Derecho comparado da una respuesta al problema que nuestra legislación ha desamparado, es decir no sólo el cónyuge perjudicado por el abandono que se ha dedicado a las labores del hogar y al cuidado de los niños, sino aún, el desequilibrio en que se encuentran los ex-esposos.

Es menester hacer un breve análisis histórico del derecho comparado, para luego fijar la naturaleza y los presupuestos de la regulación que le dan al problema de esta tutela.

El antecedente inmediato de la tutela en el derecho comparado, lo encontramos, en la ley española 30/1981, del 7 de julio, que desarrolla lo concerniente a la pensión

compensatoria. Pero corresponde también llegar a su génesis de esta ley, por lo cual de manera mediata encontramos su sustento en la legislación francesa, en su código civil, “*prestation compensatorie*” y en la legislación italiana, al referirse al “*assegno per divorcio*”.

Es así que el modelo español, en la búsqueda de regular el divorcio, y así darle un nuevo modelo legislativo al matrimonio, fundo sus bases jurídicas, acorde a otros modelos jurídicos desarrollados en el derecho comparado, como es el código civil francés, en sus artículos 270, y siguientes, y también tomó el modelo italiano, desarrollado en la ley del 1 de diciembre de 1970.

Sin embargo, si bien es cierto, que el ordenamiento jurídico, español, tomo como bases, paradigmas desarrollados en el derecho comparado, esto fue de manera parcial, y no de acogimiento total.

Señala PEREDA y VEGA SALA¹⁵⁴, que el derecho francés, implanta en el sistema jurídico español, una nueva figura de carácter híbrido, entre las instituciones de finalidad alimenticia (que buscan atender a las necesidades de subsistencia, de carácter periódico) y las que se basan en la causación de un daño, la retribución de un servicio o el enriquecimiento injusto, y que buscan por tanto un reequilibrio patrimonial, entre el beneficiado económicamente del esfuerzo de un tercero y ese mismo tercero (en este caso, el cónyuge desfavorecido, por la separación o divorcio)

Corresponde ahora desarrollar la génesis del derecho español, para así comprender lo concerniente a la pensión compensatoria.

2.1. Pensión compensatoria en el derecho francés

Corresponde el primer antecedente de pensión compensatoria, es así que el código civil francesa desarrollado que la “*prestation compensatoire*” procede para todos

¹⁵⁴ Citado por LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ EZNARRIAGA en “La Pensión Compensatoria de la Separación Conyugal y El Divorcio” Pág. 24

las causales del divorcio, a excepción de la separación de hecho, buscando así compensar, de la mejor manera posible, aquel, desnivel, disparidad, que trae como consecuencia el divorcio. Pero, en cierta forma, se mantiene la percepción de identificación de un cónyuge culpable, con la salvedad de indemnización de equidad.

La manera de determinar esta prestación en el derecho francés, se ciñe a las necesidades que tenga el acreedor de esta pensión, así como también la capacidad, de poder ofrecer la pensión asignada por parte del deudor, esto de acuerdo al panorama, y contexto en el momento del divorcio.

Puede darse un acuerdo por parte de los cónyuges respecto de sus obligaciones, y así fijar una cuantía, y el modo de pago de la prestación, pero es el juez el que puede rechazar, esto, teniendo como máxima la equidad que debe de existir, a fin de evitar vicios y disparidad, esto según el derecho francés. Así mismo la prestación, es determinada a tanto alzado (*caractere forfaitaire*), no es revisable, no analizando, los percances futuros que pudiesen presentarse, salvo medie gravedad, siendo en este caso el juez quien determinara, la manera como se hará efectiva la prestación existente. El artículo 275.1: señala, que si el cónyuge deudor, no dispone de liquidez, puede ser autorizado, para que haga efectiva su prestación, en tres años. Si hubiese una insuficiencia, de capacidad de capital, es posible que se indique una renta periódica, sometiéndose así a un índice de revisión, al mismo modo que la pensión alimenticia.

2.2. Asignación por divorcio en el derecho italiano

El sistema italiano, según la ley 1 de diciembre de 1970 regula en su artículo 5 lo referente a la “*assegno per divorcio*” siendo necesario, para determinar la pensión, las causas de ruptura, la situación y condición económica de los cónyuges, como la contribución a la masa patrimonial.

Lo novedoso en este ordenamiento, es que puede darse la eventualidad, de suplir la pensión, por un capital, esto previo acuerdo entre las partes. La forma de pago de la

prestación será periódica, establecida por el juez. Se extingue, el derecho a la pensión, al contraer nuevo matrimonio, el beneficiario.

En el derecho italiano se presentan dos figuras, una concerniente a la obligación de asistencia entre los cónyuges, después de la separación “pensión de mantenimiento” y otra que es la pensión compensatoria, esto en el momento del divorcio. Es así que en el derecho italiano, la pensión compensatoria, tiene un carácter asistencial, y se fundamenta y halla su sustento en aquel desequilibrio de medios económicos, existentes entre los ex cónyuges, y aquella diferencia de medios, cuando aun eran casados.

La pensión compensatoria en este modelo, puede ser fijado con posterioridad a la sentencia de divorcio, y no solo en el momento del mismo, esto según su jurisprudencia:

“La separación, no hace desaparecer la solidaridad económica que une a los cónyuges durante el matrimonio, .en tal sentido, ha de considerarse que la mitificación de circunstancias económicas de los cónyuges, con posterioridad a la separación, da derecho a solicitar las modificaciones, acordadas en la sentencia. Por lo tanto una mejora de las circunstancias, económicas del otro cónyuge, o el empeoramiento, de la situación del solicitante pueden dar lugar al establecimiento de la pensión de mantenimiento a favor del cónyuge que sufre desequilibrio.”

Sentencia de casación, de la sección primera, del 22 de abril de 2000.¹⁵⁵

Pero una vez en el escenario judicial, la pensión de mantenimiento, nuevamente se cuestionará la cuantía, a fin de determinarse.

2.3. Pensión compensatoria en el derecho español

¹⁵⁵ Citado por BEATRIZ SAURA ALBERDI en “La Pensión Compensatoria Criterios Delimitadores de su Importe y Extensión. PÁG. Pág. 45

Ya desarrollado de manera sucinta, lo concerniente a la génesis del derecho español, en cuanto a la pensión compensatoria corresponde, ver el desarrollo de nuestro antecesor mediato de lo que debiese ser la compensación.

Antes de la dación de la Ley española del 30/1981, del 7 de julio, tuvieron lugar debates parlamentarios y modificaciones al proyecto inicial.

Del proyecto del 1 de marzo, se desprende dos ideas pilares, y son el carácter alimenticio o no de la pensión, y lo concerniente a la autoría de los cónyuges en la causa de separación o divorcio para cuantificar y conceder la pensión.¹⁵⁶

También perfilaron posturas, respecto al género, como es el del diputado Sr. Bandres señalando que la mujeres, durante el matrimonio, se habían dedicado al cuidado del hogar y de la familia, existiendo así disparidad, al momento de una separación, ya que estas no tenían ingresos propios, además hacia insistencia de la postura que la dedicación de la mujer suponía un ahorro hacia el estado, en cuanto a inversiones y gastos en cuanto a servicios colectivos.

Así mismo se trató sobre la relación de culpabilidad, y el carácter que tendría en la compensación, llegando al razonamiento que los malos tratos, abandono, infracción, omisión de los deberes conyugales, es muy difícil determinar, después de varios años, cual ha sido la participación de cada cónyuge en los hechos. La culpa no es de uno ni de otro; es de los dos o no es de nadie.¹⁵⁷

Después de arduos debates legislativos, y con diferentes posturas, el pleno del congreso de los diputados, aprobó, la redacción del pleno del senado, el 22 de junio de 1981.

Siendo así la ley 30/1981, la que desarrollo la pensión compensatoria, en su cuerpo legal los artículos 97, 99, 100 y 101.

¹⁵⁶ LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ EZNARRIAGA en "La Pensión Compensatoria de la Separación Conyugal y El Divorcio" Pág. 46

¹⁵⁷ LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ EZNARRIAGA en "La Pensión Compensatoria de la Separación Conyugal y El Divorcio" Pág. 49

El texto es el siguiente:

“Artículo 97: El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.*
- 2. La edad y estado de salud.*
- 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4. La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6. La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.*
- 7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

“Artículo 99: En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”.

“Artículo 100: Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”.

“Artículo 101: El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivo por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”.

“El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

Del artículo 97, Beatriz SAURA ALBERTI infiere cuatro ideas, que son:

- *Imprescindibilidad de un previo proceso de separación o divorcio.*
- *Que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico a uno de los cónyuges, en comparación con la situación del otro.*
- *Que tal desequilibrio económico se derive de un empeoramiento económico de uno de los cónyuges, en relación a la que constante el matrimonio.*
- *En torno a fijación de la cuantía de la pensión, el juez no habrá de atender los criterios establecidos en el código en sede de alimentos, sino que tendría que hacerlo en resolución.*

En conclusión, lo que buscó el legislador, es proteger al cónyuge que resultada perjudicado al momento del divorcio, si bien es cierto, que podría gozar de la sociedad de gananciales, u otros regímenes, podían al momento de dividirse ayudar al cónyuge, había que recordar, también, que hay muchos matrimonios, que no tienen bienes, y al momento de divorciarse no hay nada que dividir.

3. FUNDAMENTO

Constituyen fundamentos para el nacimiento de las pensiones post-matrimoniales en general:

- a) la solidaridad post-conyugal
- b) la reparación o indemnización del daño que haya podido causar a los cónyuges el cambio de estado civil.
- c) La responsabilidad sin culpa por el hecho de solicitar el divorcio.
- d) Se trata de compensar al cónyuge por la pérdida del nivel de vida de que gozaba durante la convivencia conyugal.

La definición de la pensión compensatoria adoptada por la Legislación Española se encuentra establecida en el artículo 97 del Código Civil Español que textualmente señala: “El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una pensión.”

4. NATURALEZA

Existen cuatro teorías sobre la naturaleza de la pensión compensatoria que se extraen de la doctrina y la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales, así tenemos:

4.1. La Pensión Compensatoria tiene una naturaleza alimenticia

APARICIO AUÑON¹⁵⁸ señala que la pensión compensatoria tiene una naturaleza jurídica fundamentalmente análoga a la pensión alimenticia, basándose en dos supuestos: a) en el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que viene a ser la pensión alimenticia entre divorciados y en la idea que con el divorcio desaparecen las obligaciones asistenciales que la ley impone a marido y mujer. Sin embargo, nosotros discrepamos de dicho criterio debido a que la condición fundamental de la pensión compensatoria se encuentra en el desequilibrio producto de la separación o divorcio y sólo puede acordarse en beneficio del cónyuge o ex cónyuge perjudicado por la separación o el divorcio. Mientras que la pensión alimenticia tiene como presupuesto fundamental el estado de necesidad del alimentista, circunstancia que no requiere la pensión compensatoria, pues incluso puede proceder en supuestos en los que el beneficiario de la pensión tenga cubiertas estas necesidades alimenticias. Por otro lado, la pensión alimenticia, resulta ser exigible desde que se advierte el estado de necesidad de quién lo solicita, en cambio la pensión compensatoria, se puede exigir únicamente desde que la sentencia de separación o divorcio que la fija ha quedado firme. La obligación de prestar alimentos cesa con la muerte del obligado, al ser una obligación personalísima, sin

¹⁵⁸ Aparicio Auñon, Eusebio “La pensión Compensatoria” (Revista de Derecho de Familia, núm. 5, octubre 1999, pág. 23.

embargo, la pensión compensatoria no se extingue con la muerte del obligado, sino que se transmite a los herederos, sin perjuicio de que estos puedan solicitar al Juez la reducción o supresión de aquella. La pensión compensatoria puede ser objeto de renuncia o transacción, mientras que la pensión alimenticia no participa de dichas características. La pensión compensatoria se extingue por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, hecho que no ocurre con la prestación de la pensión alimenticia. Finalmente, diremos que la pensión alimenticia tiene una característica de ser imprescriptible, es decir, puede ser solicitada en cualquier momento, sin embargo, la pensión compensatoria si se encuentra con un plazo de prescripción, ya que debe solicitarse necesariamente al momento de interponer la demanda de divorcio o separación.

4.2. La pensión compensatoria tiene una naturaleza indemnizatoria

Otra de las teorías sostiene que la pensión compensatoria tiene una naturaleza indemnizatoria o resarcitoria del daño producido a uno de los cónyuges por la separación o el divorcio. Esta tesis, tendría perfecto encaje en los sistemas normativos con un ordenamiento jurídico de separación-sanción en el que la culpabilidad de uno de los cónyuges es determinante para la regulación de los efectos. Por su parte, Marín García de Leonardo ¹⁵⁹manifiesta que: “Lo que hará la pensión en su caso, es tratar de resarcir el perjuicio causado, idea que no es asimilable al igualar los patrimonios.” Con ello lo que se pone de relieve más claramente es la faceta indemnizatoria de la pensión por desequilibrio” Sin embargo, en modo alguno hay que acreditar para la pensión compensatoria, que haya existido pérdida de costes de oportunidad, sino que es suficiente que se constate un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación a la situación anterior en el matrimonio, para que se conceda la pensión compensatoria. Se puede concluir, que se incurriría en un error al asignar a la pensión compensatoria un carácter indemnizatorio, máxime si la indemnización se identifica con la reparación de daños que procede de actividades culposas. Algunos argumentos de peso contra esta tesis a tener en cuenta son los siguientes: a) No se está indemnizando objetivamente el daño, si para la fijación de su cuantía hay que tener en cuenta los recursos y necesidades de las partes. b) Una vez que se ha determinado la cuantía

¹⁵⁹ Marín García de Leonardo, Teresa: La Temporalidad de la Pensión Compensatoria, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Pág. 90.

de la indemnización es indiferente que su cumplimiento se realice en un solo acto o en distintos actos como consecuencia de haberse fraccionado el pago, lo cual es incompatible con el carácter de deuda duradera y de carácter periódico que, por lo general, tiene la pensión compensatoria. C) Tampoco es asimilable a una indemnización, la modificación de la pensión, atendiendo a las alteraciones de la fortuna de uno y otro cónyuge d) la forma de extinguirse la pensión, es por nuevo matrimonio o la vida marital con otra persona, circunstancia que nunca puede servir de extinción para una indemnización.

4.3. La pensión compensatoria tiene una naturaleza compensatoria

Esta tesis nace del precepto jurídico establecido en el artículo 97 del Código Civil Español, que define a la pensión compensatoria como aquella que sirve para compensar un perjuicio que un cónyuge sufre a consecuencia de la ruptura matrimonial, utilizando el termino compensar en lugar de indemnizar pero con un objetivo común. La diferencia entre indemnizar y compensar, reside en la extensión de la reparación. Indemnizar pretende dejar indemne al sujeto pasivo e indemne es libre o exento de daño. O dicho de otra manera, la indemnización tiene como objetivo, neutralizar la totalidad del daño causado, con identidad, en la medida de lo posible, entre el perjuicio y la reparación. En contraposición compensar, tiene un significado aritméticamente menos obligatorio, aunque su origen semántica sea el mismo. Por su parte Aparicio Auñón ¹⁶⁰ señala que la pensión compensatoria “En el sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta directamente por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo en parte una desigualdad económica peyorativa producida de forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos de forma voluntaria o incidentalmente.” La naturaleza compensatoria de la pensión tiene la finalidad de compensar al cónyuge por la pérdida del nivel de vida, que gozaba durante la convivencia conyugal¹⁶¹ pero no proporcionarle uno idéntico, o, como se ha visto ya, igualar rentas o patrimonios. Lalana del Castillo, entiende que en algunos casos es clara la naturaleza compensatoria de la pensión, no puede predicarse que tenga carácter exclusivo, ya que en tal caso, sobrarían algunas alusiones del artículo 97 del Código Civil Español

¹⁶⁰ Aparicio Auñón, Eusebio: “La pensión compensatoria” Revista de Derecho de Familia, núm. 5, octubre 1999, Pág. 42, nota 37.”

¹⁶¹ Pérez Martín Antonio, Javier: Derecho de Familia. El procedimiento contencioso de separación y divorcio. Ed. Lex Nova, Valladolid 1997, Pág. 552.

a las necesidades de los cónyuges, o valoraciones que el Juez puede realizar respecto del comportamiento de un cónyuge respecto del otro y de los hijos al analizar la dedicación a la familia. La pensión compensatoria tal y como esta regulada en el ordenamiento sustantivo español tiene una naturaleza compensatoria, siendo otra cuestión distinta el destino que se le dé a ésta el cónyuge beneficiario de la pensión: Así tenemos: que en todos aquellos supuestos en los que los ingresos provenían exclusivamente del trabajo personal de uno de los cónyuges y máxime si estos eran reducidos, el destino de la pensión no será otro que atender las necesidades alimenticias básicas del cónyuge beneficiario de la pensión. Así tenemos, que la pensión compensatoria en este caso, tiene una finalidad asistencial para este cónyuge, pues aun manteniendo el mismo nivel de vida anterior, la pensión sólo servirá para cubrir estrictamente los alimentos necesarios para su subsistencia. Por otro lado, cuando el cónyuge beneficiario de la pensión tiene ya cubiertas sus necesidades como consecuencia, de percibir algún tipo de ingresos o contar con un patrimonio significativo y el nivel de vida gozado en el matrimonio era superior al normal, el destino de la pensión por desequilibrio será compensar a este cónyuge para que la separación o el divorcio no le impida dentro de lo posible, seguir manteniendo el aceptable nivel de vida que tenía anteriormente.

4.4. La pensión compensatoria tiene una naturaleza mixta

Varios doctrinarios y además bastas resoluciones de Audiencias Provinciales, estiman que la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria es mixta, y no participa con exclusividad de un carácter concreto, debido a que posee elementos compensatorios, asistenciales, indemnizatorios, sin que pueda distinguirse el porcentaje de cada uno de estos componentes. Debiendo tenerse presente que el punto de partida de la pensión compensatoria es el desequilibrio, luego podemos concluir que en principio la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, es como su nombre lo indica compensatoria, ya que el desequilibrio económico es la condición indispensable para que nazca la pensión, en segundo termino el carácter indemnizatorio de la pensión sirve para compensar al cónyuge al que la separación o divorcio produzca un perjuicio que afecte a su jerarquización de nivel de vida en relación con la del otro. Finalmente, diremos que el componente asistencial o alimentario se encuentra cuando para señalar la cuantía, hay que tener en cuenta los

medios y las necesidades de uno y otro cónyuge, elemento esencial para la cuantificación del derecho de alimentos. La tesis de que la pensión compensatoria tiene una naturaleza mixta permite de mejor manera en cada uno de los casos concretos fundamentar el nacimiento del derecho a ella o por el contrario su no concesión, debiendo tenerse presente que el desconocer esta tesis, atendiendo a que la pensión es únicamente compensatoria nos llevaría a conclusiones de justicia ciega donde la simple celebración del matrimonio daría opción a los cónyuges a solicitar un derecho de nivelación de patrimonios una vez producida la separación, lo que indudablemente, y dado el carácter primordialmente objetivo con que se ha concebido dicha pensión, sería una fuente de uniones matrimoniales guiadas por el interés material del económicamente débil.

5. PRESUPUESTOS

5.1. La existencia de una resolución firme de separación o divorcio

El primer presupuesto para la existencia de una pensión compensatoria es que las partes estén o hayan estado unidas por un matrimonio válido, luego el artículo 97 del Código Civil Español exige para la fijación de la pensión compensatoria que el desequilibrio que constituye el presupuesto básico, lo haya producido la separación o el divorcio y además que la misma deberá fijarse en la sentencia, en la cual, incluso han de señalarse las bases de actualización y las garantías para su efectividad, sin que sea dable conceder una pensión compensatoria en medidas provisionales. En ese sentido, la nulidad del matrimonio, determina la imposibilidad de mantener la pensión determinada en un proceso de separación o divorcio. Debiendo quedar en claro que la pensión compensatoria únicamente procede en los casos de disolución de matrimonio por divorcio o en los demás (muerte o declaración de fallecimiento).

5.2. Desequilibrio económico

De conformidad con el artículo 97 del Código Civil Español, el primer presupuesto para la existencia del derecho a pensión es el desequilibrio¹⁶² que es un concepto

¹⁶² APÁG.8, Valencia 4 de febrero de 1995 (RGD, 1995 PÁG. 3986) y 3 de febrero de 1996, Pág.4327)

circunstancial. Como expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, Sección 1 del 23 de enero de 1997 “Para la constatación del desequilibrio legitimador de la pensión debe contemplarse la situación particularizada de cada cónyuge antes y después de la ruptura matrimonial, como estaban y como quedan, para luego compararlas a fin de verificar si la cesación de convivencia ha significado un efectivo desequilibrio económico en perjuicio suyo¹⁶³...”

El desequilibrio económico puede ser entendido desde dos interpretaciones:

- a) Objetiva.- En virtud de la cual por desequilibrio económico hay que entender el mero hecho objetivo de la disminución patrimonial experimentada por uno de los esposos con posterioridad a la separación o divorcio, siempre que esta disminución lo sea en relación con la posición del otro cónyuge y con la situación gozada durante el matrimonio.
- b) Subjetiva.- La expresión desequilibrio económico abarcaría un concepto más amplio, englobando no solo el hecho objetivo de ser el patrimonio de uno de los esposos inferior al del otro, sino también otra serie de factores subjetivos, personales de los cónyuges y conformadores de la vida matrimonial: dedicación a la familia, pérdida de expectativas futuras, estado de salud, cualificación profesional, edad, etc. Estas circunstancias unidas a la desfavorable situación económica en que como consecuencia de ellas puede quedar alguno de los miembros de la relación conyugal, son las que van a determinar la aparición del desequilibrio económico patrimonial capaz de originar un derecho a pensión.

Podemos concluir señalando que el desequilibrio económico es un concepto complejo donde convergen no solamente criterios patrimoniales de presente, sino también expectativas de futuro que influyen en las condiciones de vida material que después de la separación o el divorcio tendrán cada uno de los cónyuges, o lo que es lo mismo, la diferencia de oportunidades que es factible gozaran en sus vidas independientes. Siendo de importancia indicar que el desequilibrio económico entre los cónyuges para determinar el derecho a una pensión en favor del más perjudicado debe tener como causa directa la separación o el divorcio. Se exige una relación de

¹⁶³ (PTE, Domínguez Domínguez) (ACAud. Núm. 8, 16, 30 de abril de 1997, Pág.888)

causa a efecto¹⁶⁴ entre la separación o el divorcio y el desequilibrio como requisito indispensable derivado del artículo 97 del Código Civil Español. Es más, tanto el desequilibrio, como el empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio, deben derivarse de la separación o el divorcio. Ambas circunstancias no pueden ser consecuencia ni del matrimonio, ni de la ruptura cuando no ha existido vida en común.¹⁶⁵ El desequilibrio económico debe apreciarse en el momento en que se produce la ruptura de la convivencia. Por ello, y aunque la demanda de separación o divorcio se presente bastante tiempo después, el juez debe valorar la situación de desequilibrio que existía cuando cesó la convivencia. Así, si con la separación de hecho no se produce desequilibrio en menoscabo de ninguno de los cónyuges, la mala fortuna o la adversidad que acaso padezca posteriormente alguno de los cónyuges, o el aumento de fortuna del otro, no otorgan ulterior vida al derecho a la pensión. La pensión compensatoria tiene la función de equilibrar la situación que los cónyuges tenían cuando decidieron iniciar sus vidas independientes o sencillamente cuando uno de ellos impuso esta situación. No obstante, coincidimos con Campuzano Tomé, en que ninguna solución que se adopte sobre este extremo puede ser aplicable con carácter de absoluto o inflexible, ya que se llegaría a situaciones injustas. No debemos olvidar de que estamos trabajando con situaciones reales de la vida, las cuales muchas veces escapan de la norma prevista por el legislador, en consecuencia, es muy difícil sentar un principio general aplicable a la totalidad de supuestos que pueden plantearse en la práctica.

En general el análisis del desequilibrio económico obliga a ponderar los siguientes parámetros¹⁶⁶:

- a) La situación del matrimonio durante la convivencia.
- b) La situación alimentaria y social del solicitante de pensión tras la separación o divorcio.
- c) El estatus social y económico de ambos.
- d) Los niveles de vida, económicos y adquisitivos.

¹⁶⁴ AP, 1, Murcia 4 de julio de 1992 (ACAud. Núm. 11 de noviembre de 1992); AP Cáceres 21 de noviembre de 1998; AP 1º, Las Palmas de Gran Canaria 8 de julio de 1996 (PTE: Rodríguez Rosales) (ACAud, núm. 71-15 de abril de 1997, Pág. 771); AP BURGOS, 3º 13 de marzo de 1992 (RGD 592-3Pág.983); APA Asturias 27 de mayo de 1993 (Pérez Martín Antonio: Procedimiento Contencioso Lex Nova 1997, Pág.634) AP, 21León 15 de enero de 1997 (PTE: Álvarez Rodríguez) ACAud, núm. 23,11-15 de diciembre de 1997)

¹⁶⁵ APÁG. 22º Madrid 26 de noviembre de 1992 (HIJAS: Derecho de Familia, Pág.264)

¹⁶⁶ APÁG. 1º, Barcelona, 26 de mayo de 1993 (ACAud. núm. 19 1/15 de octubre de 1993)

- e) Las expectativas de bienestar económico que la situación patrimonial pudiera haber ido creando, aunque, si bien algunos derechos incluso se perpetúan después de la disolución, no hay que exigir la condición de indiscutibles respecto a cualquier adquisición de derechos para el futuro.
- f) La pérdida real del bienestar que se disfrutaba antes de la ruptura.
- g) Si el empeoramiento objetivo es superior al natural por la ruptura, ya que, habitualmente la quiebra de la convivencia produce a los esposos –ambos- una pérdida en su nivel de vida, al incrementarse los gastos, pero normalmente no los ingresos de la pareja, al menos con carácter inmediato.

No obstante, la jurisprudencia española estima que no existe desequilibrio a los efectos de la pensión compensatoria en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la diferencia de ingresos no implica desequilibrio.
- b) Si ambos tienen bienes propios o ingresos suficientes para continuar con un nivel de vida similar al que disfrutaban en el matrimonio, aunque exista notable diferencia entre los patrimonios.
- c) Cuando los esposos tienen capacidad económica equivalente.
- d) Si el solicitante ha alcanzado por sí mismo un nivel de vida superior al que tuvo dentro del matrimonio.
- e) En caso de que, en la distribución de los bienes adquiridos durante el matrimonio, no haya prueba de que un lote es de superior valor al otro.
- f) Se ha considerado también improcedente, en los casos en que por la brevedad del matrimonio haya una mínima incidencia en la situación patrimonial de los cónyuges.
- g) Cuando la desigualdad se debe a aptitud y esfuerzo o desidia personal de cada uno, so pena de romper los estímulos innatos en la persona y transgredir el principio de igualdad y obligación de trabajar, en la medida de la capacidad laboral de cada uno de los cónyuges.

5.3. Empeoramiento

El empeoramiento tiene relación directa con la situación anterior en el matrimonio, de tal modo que no basta con probar la existencia de un desequilibrio económico para entender que concurre el empeoramiento, pues el empeoramiento matiza el desequilibrio otorgándole una impronta de graduación, de forma que un desequilibrio de escasa entidad o que no cambie la cotidianidad económica, resultaría insuficiente para producir el crédito. Es decir, que puede haber un desequilibrio económico de un cónyuge en relación con el otro, pero los medios con los que cuenta el primero le permiten seguir manteniendo un nivel de vida similar al que gozaba cuando estaba constante la convivencia matrimonial, siendo necesarios tres elementos para determinar la posición de un cónyuge empeora con la disolución del vínculo matrimonial:

a) Conocer la situación económica de los cónyuges cuando estaba constante la convivencia; el punto de partida será, pues, conocer las condiciones económicas que ha conformado la convivencia matrimonial, esto es el nivel de vida gozado por los cónyuges. Así, pues será necesario conocer que ingresos se obtenían, cuales eran sus costumbres, que lujos se permitían, a que destinaban el dinero, que patrimonios adquirieron, etc.

b) Definir el nuevo status que el cónyuge que reclama la pensión va a tener tras la separación o el divorcio. Habrá que atender a las necesidades alimenticias, personales y sociales del cónyuge que solicita la pensión, acordes con el nivel de vida familiar anterior. En este punto resulta importante conocer cual ha sido el resultado de las operaciones liquidadoras, puesto que es posible que como consecuencia de las adjudicaciones de bienes cada cónyuge con su lote, pueda mantener perfectamente un nivel de vida similar al que gozaba constante el matrimonio, esto es, se puede anular o aminorar el posible desequilibrio económico.

c) Deducir si existe empeoramiento objetivo en la situación económica, mas allá del inevitable y no compensable desajuste que la destrucción del núcleo familiar va a imponer a ambos litigantes. Desde luego, la exigencia de que el beneficiario obtenga con la pensión los ingresos para mantener el mismo nivel de vida debe ponderarse con la inevitable pérdida del tren de vida que la separación o el divorcio

va a suponer para los dos miembros de la pareja, es decir, que en ningún caso será ya posible mantener el mismo nivel de vida gozado durante el matrimonio, sino que habría que intentar que en lo posible sea lo más parecido.



CONCLUSIONES

PRIMERA: De una visión histórica transversal, podemos ver que el Sistema del Divorcio en nuestra legislación se ha flexibilizado favoreciendo el Divorcio. Así vemos que ha discurrido de un reconocimiento sólo del Matrimonio Religioso y el Divorcio Relativo, en nuestras primeras legislaciones, a un reconocimiento exclusivamente del Matrimonio Civil y la plenitud del Divorcio Absoluto, optando dentro de este por un Sistema Mixto, es decir, donde coexista un *Divorcio Sanción* y un *Divorcio Remedio*.

SEGUNDA: Si bien es cierto que el Matrimonio ya no goza de una protección, sino de una promoción; sin embargo la legislación se ha preocupado por sancionar las conductas dañosas en que se incurrió al quebrantar los deberes matrimoniales; me estoy refiriendo a la Reparación de los Daños en el Divorcio Sanción, conducta ilícita que incluso tiene repercusiones en cuanto al goce de bienes gananciales del otro cónyuge o la patria potestad de los hijos.

TERCERA: De acuerdo a la tendencia del Derecho Comparado, se ha incorporado el *Divorcio Remedio*, como una solución para las parejas ya descompuestas, quienes se veían obligados a estar ligados en un vínculo, que en los hechos era inexistente, lo cual repercutía no solo en su espera social, sino hasta legal, como con la presunción de paternidad o adquisición de bienes.

CUARTA: Hubo la buena intención de Tutelar la Estabilidad Económica del Cónyuge Perjudicado, como lo hacen desde hace mucho años, no solo los países desarrollados, sino también en Latinoamérica, como vemos que se viene introduciendo lentamente esta protección. Sin embargo, legislativamente, por pretender tutelar más ampliamente y no permitir que algún cónyuge salga beneficiado con el Divorcio, se transgredió la protección y se reguló como una

indemnización, la cual ya gozaba de regulación y se aplica a supuestos de culpabilidad.

QUINTA: En el Perú se ha introducido el Divorcio ya hace ochenta años, sin embargo, no se ha advertido adecuadamente que hemos venido desprotegiendo al cónyuge que se ha dedicado a las labores del hogar, cuidado de los niños o ha colaborado en el sustento económico y que queda desamparado para después del divorcio, e incluso dentro del mismo se la ubica en una *de dependencia económica* que la posiciona en un estado de vulnerabilidad y de riesgo de violencia o soporte situaciones injustas.



Finalmente, como resultado de toda esta investigación proponemos que se regule la Figura Jurídica del Cónyuge Perjudicado en su real dimensión, para lo cual proponemos el siguiente aporte legislativo

APORTE JURÍDICO
PROYECTO DE REFORMA

CÓDIGO CIVIL DE 1984 (1)

LIBRO III

Derecho de Familia

TÍTULO IV

Decaimiento y Disolución del Vínculo

Capítulo Primero

Separación de cuerpos

“Artículo 333.- Son causales de la separación de Cuerpos

Inciso 11.- - La separación de hecho de los cónyuges durante un período mayor a cuatro años ininterrumpidos, si la pareja tuviere hijos menores de edad, y dos años si no los tuviere. La sentencia expedida no considerará a ninguno de los cónyuges inocentes ni culpables.”

“Artículo 345-A Para invocar el supuesto del inciso 12) del artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que se hayan pactado por los cónyuges de común acuerdo.

El cónyuge al que el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.***
- 2. La edad y el estado de salud.***
- 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.***
- 4. La dedicación pasada y futura al hogar.***
- 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.***
- 6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.***
- 7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.***
- 8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.***
- 9. Cualquier otra circunstancia relevante.***

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.



ANEXO I

Proyectos de Ley - Periodo 1995-2000.

Proyectos de Ley Periodo 2000-2001. LEY 27495

ANEXO I

Proyectos de Ley - Periodo 1995-2000.

RESUMEN

<i>Proyecto</i>	<i>Auto r</i>	<i>Fecha / Legisl atura</i>	<i>Resumen</i>	<i>Propuesta legal</i>
1716/96-CR	Daniel Estrada Pérez	3 set. 1996/ Segunda	Son causa de separación de cuerpos: separación de hecho, no menor de dos años continuos. En caso de separación convencional o separación de hecho, el juez fija régimen concerniente al ejercicio de patria potestad. Se tramitan en proceso sumarísimo la separación convencional, separación de hecho y divorcio ulterior.	Adiciona inciso al Artículo 333° y modifica texto de los artículos 335, 345, 349 y 354 del Código Civil.
1729/96-CR	Roger Cáceres Velásquez	3 set. 1996/ Segunda	Configura injuria grave: ofensa o ultraje verbal o por escrito que un cónyuge infiere hacia la dignidad o sentimientos del otro. La separación convencional después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio o la de hecho, por igual término cuando sólo hubiere vínculo civil.	Modifica incisos 4) y 11) del Artículo 333° del Código Civil, y Artículo 480° del Código Procesal Civil.
2107/96-CR	Roger Cáceres Velásquez	3 oct. 1996/ Segunda	Se tendrá como separación convencional, el hecho de que ambos cónyuges vivan y pernocten permanentemente por separado, sin relación material entre ellos, en distintos domicilios, o en distinta habitación, en el mismo domicilio.	Artículo Único. Adiciónese un párrafo adicional al inciso 11) del Artículo 333 del Código Civil
2552/96-CR	Aldo Estrada Choque	6 marzo 1997 / Primera	Son causas de separación de cuerpos: conducta deshonrosa u otra grave que haga imposible la vida en común, las enfermedades de transmisión sexual. Puede demandarse divorcio cuando los cónyuges están separados por más de	Modifica Artículo 333° del Código Civil, incisos 6 y 8. Modifica artículos 337°, 349° y 350° del Código Civil.

<i>Proyecto</i>	<i>Auto r</i>	<i>Fecha / Legisl atura</i>	<i>Resumen</i>	<i>Propuesta legal</i>
			cuatro años continuos y a solicitud de cualquiera de ellos.	
3096/97-CR	Javier Alva Olandini	14 Octubre 1997/ Segunda	Son causas de separación de cuerpos: infidelidad, violencia física o psicológica, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o el abandono de la casa conyugal por más de cinco años.	Modifica Artículo 333° del Código Civil
3155/97-CR	Susana Díaz Díaz	30 octubre 1997/ Segunda	Son causales de separación de cuerpos, la separación de hecho por más de cinco años continuos cuando no se hubiera hecho vida en común ni se haya procreado hijos. Ninguno de los cónyuges puede fundar demanda por hecho propio, salvo que se invoque causal, según inciso 12) del Artículo 333.	Se incorpora un inciso al Artículo 333° del Código Civil y se modifica Artículo 335° del Código Civil
3195/97-CR	Harold Forsyth	10 nov 1997/ Segunda	Son causas de separación de cuerpos: el mutuo disenso, después de dos años de celebración del matrimonio; la separación de hecho de ambos cónyuges por más de cinco años.	Modifica Artículos N° 333 y 349 del Código Civil
3434/97-CR	Antonio Llerena Marotti	4 de marzo 1998/ Primera	Son causales de separación de cuerpos la separación de hecho por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de separación exceda este plazo. Puede demandarse el divorcio si los cónyuges se encuentran separados de hecho por más de dos años continuos.	Adiciona inciso 12) al Artículo 333° del Código Civil y modifica Artículos 335° y 349°
3644/97-CR	Rigoberto Esquerri	14 mayo 1998/ Primera	Cuando los cónyuges, transcurridos cinco años de producida la separación de hecho por la cual dejaron de cohabitar y hacer vida común, suspendiéndose así los deberes relativos al lecho y habitación; conforman otros hogares, sobreviniendo posteriormente, en ambos casos,	Se adiciona inciso al Artículo 333° del Código Civil. Se modifican artículos 345°, 348°, 354° del C.C. y artículo 546°

<i>Proyecto</i>	<i>Autor</i>	<i>Fecha / Legislatura</i>	<i>Resumen</i>	<i>Propuesta legal</i>
			obligaciones de maternidad y/o paternidad extramatrimonial. En caso de separación convencional, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad.	y 547° del Código Procesal Civil.
4662/98-CR	Daniel Estrada Pérez	7 abril 1999 Primer a	Son causas de separación de cuerpos, la separación de hecho cuya duración haya sido menor de dos años continuos. Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto la causal prevista en el inciso 12) del Artículo 333°.	Adiciona un inciso al Artículo 333° y modifica artículos 335°, 349° y 354° del Código Civil. Modifica inciso 2) de los artículos 546° y 573° del Código Procesal Civil.
5046/99-CR	Alva Orla ndini Javier	13 agosto 1999 Primer a	Propone aumentar la infidelidad como causal de separación. La separación de ambos cónyuges por más de cuatro años continuos, ninguno es inocente ni culpable, no rige lo dispuesto en el artículo 335.	Modifica los artículos 333°, 337°, 339° y 354° del Código Civil.

Fuente: La Gaceta del Congreso de la República. Setiembre 1999.

Proyectos de Ley Periodo 2000-2001. LEY 27495
RESUMEN

#	Proyecto	Autor	Fecha presenta/ Legislatura	Resumen	Propuesta legal
1	154/00-CR	Samalvides Don go Hel bert	10/08/2000 Primer a Ord.	Incorpora la Separación de Hecho por más de cinco años como causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio. Modifica los alcances a toda enfermedad sexual, se amplíe el término de la condena de dos a cuatro años. Que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333 (1-12)	Modifica el artículo 333° y 335°, adecúa el artículo 349° del Código Civil. Modifica el artículo 573° del Código Procesal Civil.
2	171/00-CR	Ernesto Ga mar ra Oliv ares	14/08/2000 Primer a Ord.	Régimen de patria potestad, plazo de conversión, tramitación, aplicación supletoria. Propone un plazo mayor de tres años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.	Modifica el artículo 333°, 345°, 354° del Código Civil; y 480° y 573° del Código Procesal Civil, relativos a la separación de cuerpos y divorcio.
3	278/00-CR	Daniel Estrada Pérez	29/08/2000 Primer a Ord.	Propone el plazo mayor a dos años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.	Modifica el artículo 333°, 345°, 354° del Código Civil; y 480° y el 573° del Código Procesal Civil, relativos a la separación de cuerpos y divorcio.
4	555/00-CR	José Luis Elías Avalos	06/10/2000 Primer a Ord.	Adecúa la enfermedad de transmisión sexual como causal de separación de cuerpos. Propone el plazo de un año desde la celebración del matrimonio en la separación convencional como causal de separación de cuerpos.	Modifica los incisos 9) y 11) del artículo 333° del Código Civil.
5	565/00-CR	Miriam Sch	10/10/2000	Incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos por un	Modifica los artículos 333°, 319° y 354°,

#	Proyecto	Autor	Fecha presenta/ Legislatura	Resumen	Propuesta legal
		enone Ordinola	Primera Ord.	periodo ininterrumpido de dos años. Será de cuatro si hubiera hijos menores. Modifica el artículo 319°, fenece la sociedad de gananciales en los casos de separación de hecho al momento en que se produce la separación de hecho. Posibilidad que el cónyuge que fue abandonado solicite una compensación económica al juez. Propone el trámite en el proceso abreviado.	incorpora el artículo 435°A al Código Civil. Modifica el artículo 480° del Código Procesal Civil.
6	655/00-CR	Fernan Altuve Febrés Lores	24/10/2000 Primera Ord.	Propone que tenga efecto de matrimonio civil, uno de conciencia inscrito en registros públicos, y delegación de facultad para celebración del matrimonio. Separación de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos como causal de separación de cuerpos.	Modifica el Libro III del Código Civil, Familia artículos 259, 260, 268, 281, 333, 360; y el Código Procesal Civil artículos 480 y 573.
7	795/00-CR	Patricia Donayre Pasquel, otros	16/11/2000 Segunda Ord.	Aumenta la causal de Separación de cónyuges por un periodo de dos años ininterrumpidos, no se considerará a ninguno inocente o culpable. Agrega la causal en el artículo 349. Se tramita vía conocimiento, artículo 480.	Modifica el artículo 333 y 349 del Código Civil

PROYECTO DE LEY
Documento de Seguimiento
CONGRESO DE LA REPUBLICA

565

Periodo:	Periodo de gobierno 2000 - 2001.
Legislatura:	Primera Legislatura Ordinaria 2000
Número:	00565
Fecha Presentación:	10/10/2000
Proponente:	Congreso
Grupo Parlamentario:	Perú 2000
Título:	CODIGO CIVIL:SEPARACION DE HECHO, CAUSAL SEP.CUERPOS
Sumilla:	Modifica los artículos 333°, 319° y 354° e incorpora el artículo 435°A al Código Civil. Modifica el artículo 480° del Código Procesal Civil. Incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos.
Autores(*):	Schenone Ordinola Miriam Esperanza
Seguimiento:	11/10/2000 A comisión Reforma de Códigos 11/10/2000 A comisión Justicia 13/10/2000 En comisión Reforma de Códigos 13/10/2000 En comisión Justicia 28/12/2000 Dictamen Favorable Sustitutorio Justicia Mayoría 29/12/2000 Dictamen Favorable Sustitutorio Reforma de Códigos Mayoría 17/01/2001 Orden del Día 24/01/2001 Dictamen Favorable Sustitutorio Justicia Minoría Flores-Araoz Esparza, Antero 07/06/2001 Aprobado 11/06/2001 Autógrafa Sobre N°: 173 04/07/2001 Promulgado por el Congreso 07/07/2001 Publicado Ley N°: 27495
Iniciativas Agrupadas:	0154, 0171, 0278, 0555, 0655, 0795
Número de Ley:	Ley N°: 27495 07/07/2001 LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SUBSECUENTE DIVORCIO
Título de la Ley:	LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SUBSECUENTE DIVORCIO
Sumilla de la Ley	Modifica el artículo 319° del Código Civil y otros incorporando la Separación de Hecho como causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio.

(*) Proyectos presentados por el Congresista

(**) Proyectos de otros Congresistas a los que se ha adherido, son independientes de los Proyectos presentados por cada Congresista

Proyecto de Ley Nro : 00565

Exposición Motivos

Fundamentos

La Constitución del Estado promueve el matrimonio y protege a la familia, pues los reconoce como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Nuestra Carta Fundamental, en su afán de proteger a la familia, y en especial a la niñez, al adolescente y a la madre, encarga que por Ley se regulen las causas de separación de cuerpos y de divorcio, mandato que encontramos desarrollado en nuestro Código Civil.

Dentro de las causales de separación de cuerpos y de disolución del matrimonio, la legislación comparada contempla la separación de hecho después de transcurrido un plazo razonable, que es fijado por la norma. En efecto, la mencionada causal la encontramos en los códigos de Bolivia, Brasil, México, Venezuela, España, y Francia, entre otros. Esta causal no está prevista en nuestro Código Civil.

La no inclusión de la separación de hecho, como causal de separación de cuerpos y de ulterior divorcio, ha dado como resultado que muchas familias o parejas vivan en situación irregular, debido a que una de las partes se encuentra atada a un cónyuge con el que desde muchos años atrás, ya no hace vida en común. Sin embargo, tampoco puede demandar la separación de cuerpos o el divorcio ya que ambas instituciones están legisladas en nuestro Código Civil como una sanción al cónyuge culpable.

Por lo tanto, tenemos familias formalmente constituidas, que en realidad no cumplen con los deberes que nacen del matrimonio, como son la vida en común, la asistencia mutua entre los cónyuges, la cohabitación y la fidelidad. Por otro lado están las familias constituidas fuera del marco de nuestra legislación, con hijos extramatrimoniales, que actúan como una familia funcional, pero sin embargo no pueden formalizar su situación.

Vemos que la no inclusión de la causal de separación de hecho en nuestra legislación trae como consecuencia un mayor índice de parejas convivientes, que además están desprotegidas legalmente, pues al no cumplir con los requisitos legales para ser considerados concubinos, no se constituye entre ellos una sociedad de gananciales; la o el concubino, tampoco tiene derecho, en caso de ser abandonado, a optar entre una indemnización o una pensión de alimentos; tampoco tiene derechos sucesorios. En efecto, si el hombre muere, la mujer con quien él vivió y con quien formó una familia, no tendrá derecho a heredarlo; este derecho le corresponde a la cónyuge.

La inseguridad jurídica, emocional y patrimonial es el signo de estas familias. La mujer, al no casarse asume el hecho de ser catalogada por la sociedad como madre soltera o conviviente. Los hijos sufren conflictos emocionales durante su crecimiento y proceso de socialización. Los hijos extramatrimoniales deberán enfrentar y luego entender que sus padres no están casados porque uno de ellos tiene un matrimonio latente, aprehendiendo o reproduciendo posteriormente esta conducta.

Ahora bien, es menester reconocer que algunas personas se aferran al matrimonio, en un principio, quizá, con la esperanza de una futura recomposición familiar, pero pasado unos años, cuando esta reconciliación es imposible, la razón de continuar con el matrimonio, es una oportunidad o ventaja competitiva para negociar o afianzar aspectos patrimoniales y derechos expectaticios y quizás hasta una forma de expiación a la otra familia. En estos casos la institución del matrimonio pierde su sentido, privilegiándose tan sólo su aspecto contractual. Bajo ninguna circunstancia podemos afirmar que estas familias disfuncionales, que sólo se pueden seguirse llamando “familia” en lo formal, son las que protegen y promueve la Constitución. Hay que tener presente que el matrimonio persigue una doble función: la procreación y subsiguiente educación de la prole por una parte, y el mutuo auxilio de los cónyuges a través de una plena comunidad de vida.

La ley al regular las relaciones humanas, debe también poner orden, confiriendo seguridad jurídica y la debida protección a las personas. Por esta razón proponemos la causal de separación de hecho, cómo causal de separación de cuerpos.

El proyecto de ley propone como causal de separación de cuerpos, la separación de hecho por un período ininterrumpido de dos años; sin embargo, teniendo en cuenta el interés superior de la niñez y la adolescencia, se propone que en los casos que existan hijos menores de edad, dicho período de separación deberá ser de cuatro años.

En efecto, la pareja con hijos menores de edad, debe tener un tiempo mayor, un tiempo de reflexión, en el que puedan analizar la posibilidad de reconciliarse, ya que la separación y el ulterior divorcio de los cónyuges, afecta directamente a los hijos menores de edad. Esta causal de separación de cuerpos no debe dar lugar a decisiones ligeras e impensadas. Sin embargo, después de más de cuatro años de separación ininterrumpida de los cónyuges, no cabe la esperanza que se vuelvan a reunir. Bajo estos términos, el Proyecto de Ley no es contrario al texto constitucional que establece que la comunidad y el Estado protegen y promueven a la familia y especialmente al niño, al adolescente y a la madre.

La separación de los cónyuges que no tienen hijos, o que éstos son mayores de edad, sólo afecta directamente a los esposos, personas adultas, dueñas de sus actos y responsables de las consecuencias de los mismos.

Esta causal podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges, sin que sea necesario expresar motivos, sino únicamente probar el cumplimiento del período establecido en la norma.

La separación de hecho de los cónyuges, al tener consecuencias jurídicas, acarrea también problemas económicos. El matrimonio sujeto al régimen de sociedad de gananciales y que se encuentra separado de hecho podrá enfrentar los siguientes problemas: los bienes que cada uno de los cónyuges adquiera con posterioridad a la separación, con su sueldo, serán bienes comunes, ya que el sueldo es un bien común; para vender los bienes comunes van a necesitar la firma de ambos y lograr el acuerdo para una venta entre cónyuges separados y en conflicto es muy difícil; la adquisición de un bien mueble, efectuada por cualquiera de los cónyuges, va a comprometer el patrimonio social, es decir el patrimonio de ambos.

En consecuencia, por la seguridad jurídica, orden y justicia es recomendable que al producirse la separación de hecho fenezca la sociedad de gananciales. Si los cónyuges poseen patrimonio social, éste será repartido en partes iguales entre los esposos, después de haber cancelado las deudas sociales. Si el matrimonio no posee bienes, la norma es intrascendente. Hay que tener en cuenta que la liquidación de la sociedad de gananciales no afecta el derecho de alimentos que pudiera tener cualquiera de ellos.

Si los cónyuges, después de haberse separado, se reconcilian, podrán, si así lo desean, volver al régimen de sociedad de gananciales. Recordemos que el Código Civil permite que los cónyuges cambien del régimen de sociedad de gananciales al de separación de patrimonios, o viceversa, cuantas veces lo consideren necesario; para esto, sólo deben cumplir con las formalidades exigidas por la ley.

Esta iniciativa legislativa también propone que, en el caso de separación de cuerpos por decisión unilateral, el juez podrá conceder, a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente al derecho a la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Esta compensación se fundamenta en reconocer el aporte que realiza la mujer durante el matrimonio, contribución que se ve reflejada en el cuidado del hogar, la crianza de los hijos, y ahora, con más frecuencia, en la ayuda a conseguir el sustento del hogar.

En cuanto a la vía procedimental, se considera conveniente establecer el procedimiento abreviado para la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos; ya que el único hecho que se debe probar, es la separación efectiva e ininterrumpida por el plazo que establece la Ley.

Efecto de la Vigencia de la Norma sobre la Legislación Nacional

Se incorpora el inciso 12 al artículo 333 del Código Civil, en el que se establece como causal de separación de cuerpos la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo deberá ser de cuatro años si la pareja hubiera procreado o adoptado hijos, y éstos sean menores de edad.

Asimismo, se establece que en los casos bajo estudio, se puede alegar hecho propio para demandar la separación de cuerpos. Esto significa que el que abandonó el hogar conyugal, transcurrido el tiempo que fija la norma, podrá

demandar la separación de cuerpos. Este dispositivo establece una excepción a lo que señala el artículo 335° del Código Civil.

Se modifica el artículo 319° del Código Civil, en el sentido que fenece la sociedad de gananciales en los casos de separación de hecho previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333° del mismo cuerpo legal.

La iniciativa propone incorporar el artículo 345° A al Código Civil, que establece la posibilidad que el cónyuge que fue abandonado solicite una compensación económica al juez. Este derecho es independiente al derecho a los alimentos que pudiera tener.

La presente iniciativa propone también, que la norma se aplique a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En estos casos especiales, la sociedad de gananciales fenece a partir de la fecha que entra en vigencia la ley.

Asimismo, se modifica el artículo 480° del Código Procesal Civil, para establecer que la separación de hecho, causal de separación de cuerpos, se sujetará al trámite del Proceso Abreviado.

Análisis Costo Beneficio

De aprobarse esta iniciativa legal, no generaría costo económico alguno al Estado.

Desde el punto de vista social sería de gran beneficio, ya que los matrimonios, que estuviesen separados de hecho y que cumplan con los plazos que establece el Proyecto de Ley, podrán divorciarse, y así formalizar su situación civil. Si han formado otra familia, podrán casarse. Asimismo, si fuese el caso, podrán regularizar su situación económica.

Formula Legal

Texto del Proyecto

La Congresista de la República que suscribe, presenta el siguiente proyecto de ley, de conformidad con el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y en concordancia con el artículo 75° del Texto Único Ordenado del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de Ley:

FORMULA LEGAL:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA:

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1°.- Modificase el artículo 333° del Código Civil con el siguiente texto:

“Artículo 333°.- Son causas de separación de cuerpos:

1. El Adulterio
2. La violencia, físico o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si la pareja tuviese hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°.”

Artículo 2°.- Modificase el artículo 319° del Código Civil, con el siguiente texto:

“Artículo 319°.- Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.

En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.”

Artículo 3°.- Incorporase el artículo 345°-A en el Código Civil, con el siguiente texto:

“Artículo 345-A.- Tratándose de separación de cuerpos por decisión unilateral, el Juez puede conceder a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.”

Artículo 4°.- Modificase el artículo 354° del Código Civil, con el siguiente texto:

“Artículo 354.- Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional **o de separación de cuerpos por separación de hecho**, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.”

Artículo 5°.- Modificase el artículo 480° del Código Procesal Civil, con el siguiente texto:

“Artículo 480°.- Tramitación

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 10 del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. **La separación de cuerpos a la que se refiere el inciso 12) del artículo 333° del Código Civil se tramita en la vía del Proceso Abreviado.**

Estos procesos sólo se impulsaran a pedido de parte.”

Disposiciones Complementarias y Transitorias

Primera.- La presente ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta ley.

Segunda.- En los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causales establecidas en los incisos 1 al 10 del artículo 333° del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando la causal de separación de hecho prevista en el inciso 12 del mismo artículo, en un plazo no mayor de treinta días, contado a partir de la vigencia de la presente ley, no siendo aplicable, por excepción, lo dispuesto en el artículo 428° del Código Procesal Civil. El Juez adecuará el trámite de la demanda según la vía procedimental correspondiente.

Lima, 10 de octubre de 2000.

Dra. MIRIAM SCHENONE ORDINOLA
Congresista de la República





Acuerdo o Dictamen de Comisiones

Dictamen de Proyectos de Ley N°: 00154; 00171; 00278; 00555; 00565; 00655; 00795
Comisión Dictaminadora: Justicia
Tipo de acuerdo: Favorable Sustitutorio
Característica:
Congresistas:
Observaciones:

Texto:

Dictamen de la Comisión de Justicia, recaído en los Proyectos de Ley No. 154/2000; 171/2000; 278/2000; 555/2000; 565/2000; 655/2000; y 795/2000 en virtud del cual se propone incluir la separación de hecho como causal de separación de cuerpos.

1

Señor Presidente:

Han venido para dictamen de la Comisión de Justicia, los Proyectos de Ley No. 154/2000; 171/2000; 278/2000; 555/2000; 565/2000; 655/2000 y 795/2000; cuya autoría corresponde a los Congresistas Helbert Samalvides Dongo; Ernesto Gamarra Olivares; Daniel Estrada Pérez; José Luis Elías Ávalos; Miriam Schenone Ordinola; Fernán Altuve-Febres Lores; Patricia Donayre Pasquel, Carlos Cuaresma Sánchez y Manuel Vásquez Valera.

CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS:

Proyecto de Ley No. 154/2000.- La iniciativa Legislativa propuesta por el Congresista Helbert Samalvides Dongo, modifica los artículos 333°, 335° y 349° del Código Civil, referidos a las causales de separación de cuerpos, a la improcedencia de la acción por hecho propio y a las causales del divorcio. Propone un plazo mayor de 5 años continuos para solicitar la separación de hecho como causal de separación de cuerpos.

Proyecto de Ley No. 171/2000.- La iniciativa Legislativa propuesta por el Congresista Ernesto Gamarra Olivares, modifica los artículos 333°, 345° y 354° del Código Civil, referidos al régimen de la patria potestad y al plazo de

conversión; asimismo modifica los artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil, en cuanto a la tramitación y a la aplicación supletoria. Propone un plazo mayor de tres años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.

Proyecto de Ley No. 278/2000.- La iniciativa Legislativa propuesta por el Congresista Daniel Estrada, propone modificar los artículos 333°, 345° y 354° del Código Civil, así como los artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil. Propone un plazo mayor a dos años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.

Proyecto de Ley No. 555/2000.- La iniciativa Legislativa propuesta por el Congresista José Luis Elías Ávalos, modifica el artículo 333°, del Código Civil, referidos a las causales de separación de cuerpos.

Proyecto de Ley No. 565/2000.- La iniciativa Legislativa propuesta por la Congresista Miriam Schenone Ordinola, propone modificar los artículos 319° del Código Civil referido al fin de la sociedad de gananciales, el artículo 333°, 345° y 354° del Código Civil; y el artículo 480° del Código Procesal Civil. Propone un plazo de dos años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.

Proyecto de Ley No. 655/2000.- La iniciativa Legislativa propuesta por el Congresista Fernán Altuve Febres Lores, modifica los artículos 259°, 260°, 268°, 281°, 333°, y 360° del Código Civil referidos a la formalidad de la celebración del matrimonio, a la delegación para celebrar el matrimonio, al matrimonio por inminente peligro de muerte, al procedimiento de invalidez del matrimonio, a las causales de separación de cuerpos y a los deberes religiosos. También se propone modificar los artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil. Propone un plazo mayor a cuatro años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.

Proyecto de Ley No. 795/200.- La iniciativa Legislativa propuesta por los congresistas Patricia Donayre Pasquel, Carlos Cuaresma Sánchez y Manuel Vásquez Valera, modifica los artículos 333° y 349° del Código Civil y el artículo 480° del Código Procesal Civil. Propone un plazo mayor de dos años ininterrumpidos para solicitar la separación de hecho.

ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS.-

Marco Constitucional.-

La Constitución Política de 1993 establece en su artículo 4° que la Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Asimismo señala que la forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

El artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

El artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

De igual manera lo establecen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23°, el artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

La Constitución Política de 1979 establecía en el artículo 5° que el Estado protege al matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

A diferencia de nuestra actual Carta Magna, la Constitución de 1979 protegía además de la familia al matrimonio, mientras que ahora el Estado lo promueve.

La Constitución de 1933 establecía en su artículo 51° que el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.

En cuanto a las Constituciones de 1867 y 1920 no establecían el rol protector del Estado en cuanto a la familia o al matrimonio.

Por otro lado, debemos considerar que la Constitución Política de 1933 también establece en su acápite b) inciso 24) artículo 2° que toda persona tiene derecho a la libertad personal, por lo tanto no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal.

La libertad, tal como se la considera actualmente, es una condición de la vida humana individual privada y consiste en la atribución de decidir qué se hace o no, sin más límites que los que la ley imponga.

Evidentemente, la libertad no sólo tiene que ser ejercitada dentro de los límites expresos de la ley.

La historia jurídica de los dos últimos siglos ha mostrado que la conducta humana tiene que ser siempre acomodada a ciertos patrones de conducta

social en los cuales se respete a los demás. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Constitución de 1993, Pág. 168

Por ello, no hay que olvidar que el artículo 103° de la Constitución en su último párrafo establece: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”. Desde luego, uno de los derechos de los que es más fácil abusar es precisamente la libertad, porque suele ocurrir que por realizar nuestra voluntad, violentamos los derechos de los demás. En este caso, el ejercicio de la libertad no quedará amparado. La existencia del abuso no puede ser determinada exclusivamente por las partes. Tendrá que haber intervención jurisdiccional. IDEM

Código Civil Peruano.-

En el Perú, el Derecho Común en la forma del ordenamiento indiano rigió desde 1532 hasta la promulgación del primer Código Civil peruano de 1852, el cual en su artículo 156° contenía una norma que daba efectos jurídicos al matrimonio religioso mientras que los registros parroquiales eran los equivalentes a los del estado civil, situación que se modificó recién en 1936 con la promulgación del segundo Código Civil peruano, gracias al cual, el matrimonio y los registros civiles quedaron instituidos y ratificados; y finalmente el tercer Código Civil de 1984, vigente hasta la actualidad, ratifica este status jurídico.

En el país, la introducción del matrimonio civil, así como su disolución vincular fueron temas enormemente polémicos debido a las costumbres sociales de credo católico. Es así que se dio la Ley del 23 de diciembre de 1897, en la cual se regula el matrimonio para personas no católicas, mientras que las personas católicas tenían como sustento al Concilio de Trento.

Frente a la dación de esta ley, el Ministro de Justicia, Manuel Pablo Olaechea, renunció a su cargo.

Es con la Ley 6890 del 08 de octubre de 1930, que se establece que para que el matrimonio produzca efectos civiles – para todos, católicos o no católicos- debe celebrarse en la forma fijada por la ley del 23 de diciembre de 1897, para lo cual los párrocos, pastores y sacerdotes que hagan sus veces, debían exigir antes de celebrar el matrimonio religioso, el certificado del matrimonio civil, bajo pena de prisión de uno a seis meses, en caso de incumplimiento.

Bajo este esquema, “la ceremonia religiosa no produce efectos civiles para la ley, ni significa matrimonio. Sólo la ceremonia civil legaliza la unión del hombre y la mujer. Un matrimonio celebrado religiosamente, no es matrimonio. Por eso, la ley exige a los sacerdotes que celebren matrimonio religioso, que previamente recaben de los contrayentes el certificado del matrimonio civil”. Diario “El Comercio”. La Nueva Forma de Celebración de Matrimonio en el Perú. Martes, 14.10, 1930. Pág. 7.

En cuanto al divorcio, apasionadas discusiones y encontrados sentimientos, se ha producido siempre. Forman legión quienes han tratado el punto en pro y en

contra. Los divorcistas y antidivorcistas de la época han formulado teorías variadas y diversas al respecto.

Sin embargo, antes de la dación de la Ley 6890, que establece el matrimonio civil obligatorio y el divorcio absoluto, existía el divorcio “como una separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial “ (art. 191º del Código Civil de 1852) y lo conocían los tribunales eclesiásticos. Muchos de los juicios, nunca terminaron. Un procedimiento sutil, lento, de varias instancias y que terminaba en Roma, hacía del divorcio un mito.

Con la Ley 6890, se dispuso en el artículo 3º que el divorcio cuando tiene por causa los motivos consignados en los incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 10º, 12º y 13º del artículo 192º del Código Civil de 1852, producirá los mismos efectos que la nulidad. Las causas del divorcio absoluto eran: el adulterio; el concubinato o incontinencia pública del marido; la sevicia o trato cruel; atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro; injuria grave; conducta deshonrosa; abandono malicioso del hogar por más de dos años; una enfermedad crónica contagiosa; la condenación de uno de los cónyuges a pena infamante; y la locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación. Para ello el procedimiento se encargó a los tribunales civiles.

Sin embargo, al igual que la introducción del matrimonio civil, el divorcio absoluto causó mucha polémica y discrepancias, y con su confirmación definitiva en el Código Civil de 1936, el Primer Ministro, José de la Riva Agüero y Osma renunció.

Hay quienes señalan que el divorcio tiene su origen en la más remota antigüedad. En el Perú durante el Derecho pre - colonial el divorcio fue permitido y reconocido y se afirma que durante el Incanato también existió el divorcio por causal de adulterio. FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán. Código Civil 1936. Pág. 58

El Código Civil de 1936 considera el divorcio con expresión de causa (divorcio absoluto y separación de cuerpos) y divorcio sin expresión de causa (como sucede en el mutuo acuerdo). Por el divorcio absoluto, declarado por fallo, el vínculo matrimonial queda disuelto definitivamente.

En la separación de cuerpos permanece en cambio subsistente el vínculo del matrimonio, pero se pone término a los deberes de lecho y habitación; y se liquida la sociedad. Después de transcurrido un año desde la sentencia, cualquiera de los cónyuges puede solicitar que se disuelva el vínculo.

La Familia.-

La familia es la institución histórica y jurídica de más profundo arraigo a lo largo de las distintas etapas de la civilización, y su origen se remonta a los albores de la humanidad. El clan fue la primera manifestación, la forma más primitiva de unión destinada a lograr una posibilidad de defensa. Diccionario Enciclopédico OMEBA. Pág. 978

La familia es la célula biológica y social de la humanidad desde siempre y para siempre. Es obra de la naturaleza humana y se dirige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social. El derecho sólo la regula. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico. Pág. 23

Según Sánchez Román es la institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo en todas las esferas de la vida, de la especie humana. IDEM.

Etimológicamente, aún no ha podido ser establecido su origen. Para algunos deriva de la voz latina *fames*, que significa hambre, aludiendo que es en el seno familiar donde el hombre satisface sus necesidades primarias. Para otros deriva de la voz *famulus* o siervo, de la concepción romana de la familia que incluía a los siervos, esclavos, clientes; o a que los miembros de ella estaban sometidos servilmente a la autoridad del pater.

Para el ser humano, la familia funciona como el lugar de refugio contra las agresiones externas, el sitio en el que se satisfacen el hambre, la sed y la enfermedad: el frío y el calor; donde se adquieren los primeros conocimientos útiles para la vida: donde se expresa vitalmente el amor y la compañía de los seres queridos. Es la escuela primaria de la vida y la depositaria y reflejo de la cultura propia.

La vida moderna ha afectado notoriamente el núcleo familiar, haciendo variar y en muchos casos cambiar sus características fundamentales. La calle, el trabajo, la escuela son factores que han determinado el cambio de esta unidad básica.

Sin embargo, esta institución, imprescindible para la formación del hombre en todos los planos de la vida, no tiene una definición jurídica.

El derecho se niega a dársela con el objeto que la flexibilidad del concepto le permita adaptarse a diversas circunstancias, como en realidad ocurre actualmente.

El Matrimonio.-

Etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris* y *munium*, que significan carga o gravamen para la madre, expresándose de ese modo que es la mujer quien lleva el peso mayor tanto antes como después del parto. No reconocen en cambio la misma raíz etimológica los sinónimos de matrimonio en Francia, Italia e Inglaterra por ejemplo, donde se habla de *mariage*, *maritaggio* y *marriage*, respectivamente, palabras todas derivadas de marido. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Pág. 147

En el derecho romano, el “*jus connubium*”, es el derecho de contraer las *justae neptiae* (matrimonio). El *Justae Neptiae*, es el matrimonio legítimo

realizado de acuerdo a las leyes civiles. El derecho romano presenta la particularidad de legislar dos clases de matrimonios: *cum manu* (en el cual la mujer pasa en calidad de hija a la familia del marido) y *sine manu* (la mujer queda en su familia de origen, teniendo el marido una autoridad sobre la mujer, igual a la que tiene el padre sobre los hijos).

Según Ossorio y Gallardo “el matrimonio es la unión legal y permanente de marido y mujer por motivos de amor, y si es posible, para perpetuar la especie” Idem. Pág. 158.

Para Portalis, el matrimonio “es una sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente para llevar el peso de la vida y compartir su común destino”.

Prayones dice que “es una institución social mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad”. Idem.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff “es la unión de un hombre y una mujer reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas” ENNECCERUS, L. KIPP, T. WOLFF, M. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, vol. I, Bs. Aires

El matrimonio desde el punto de vista de la ley y de los fines perseguidos por el Estado, es la institución social fundada en la unión entre el hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole.

Como acto, es decir, contemplado el matrimonio desde el ángulo de los contrayentes, diremos que es el contrato de Derecho de Familia en virtud del cual un hombre y una mujer formalizan una unión reconocida por la ley como base de la familia legítima.

Para Planiol, fiel al concepto civilista, el matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico. Pág. 339.

Según la Academia de la Lengua Española, el matrimonio civil es la unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales.

El matrimonio también es definido 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. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales. Art. 234° del Código Civil de 1984

La primera sociedad a la que ingresa el ser humano es la familia, la misma que se constituye como un complejo de intrincadas implicancias, donde

confluyen y se interrelacionan factores étnicos - culturales, morales y religiosos, económico - sociales, psicológicos y educativos.

Estos conceptos están fuera del dominio de la ley jurídica; sin embargo, el derecho se ve obligado a penetrar en este campo. Así, por ejemplo, cuando la ley impone a los cónyuges los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia, lo hace a través de fórmulas mas bien morales que de preceptos típicamente jurídicos: existe la posibilidad de sancionar al cónyuge al incumplimiento del deber de dar una cantidad de dinero en calidad de alimentos, pero no la de obligar coercitivamente a que cumpla en espíritu de amor su deber de asistencia en todas las circunstancias. Ello, porque más que obligaciones jurídicas se trata de deberes morales. Casi nunca es posible la sanción legal de la infracción, pero casi siempre lo que ella puede producir es algo mucho más grave: el fracaso del matrimonio. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. "Derecho Familiar Peruano". Tomo I, 5ta. Edición. Pág. 19-21

Para algunos tratadistas, el matrimonio crea una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas, pero su objeto esencial, es la creación de la familia.

En el fondo no es otra cosa que la unión sexual reconocida por la ley, puesto que la procreación de los hijos crea deberes a los padres. PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.

Otros autores, en cambio definen el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, reconocida por la ley, investida de ciertas consecuencias jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de bienes. ENNECERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil.

Entre los efectos del matrimonio se encuentra la obligación de vida en común de los cónyuges, que deben ayudarse, respetarse y guardarse fidelidad y el establecimiento de un régimen patrimonial. Para contraer matrimonio se establecen requisitos de capacidad, libre consentimiento y ausencia de impedimentos legales. Las Constituciones avanzadas establecen plena igualdad jurídica del hombre y la mujer para contraer matrimonio. Se contempla la posibilidad también de separación, anulación y divorcio.

Los fines del matrimonio pueden ser considerados desde el punto de vista sociológico, como del derecho de la siguiente manera:

a) Sociológicamente, la teoría Kantiana enfatiza como finalidad del matrimonio la satisfacción del instinto sexual. El apetito amoroso queda elevado así a la categoría de fundamento principal de la unión conyugal; y esta resulta, en cuanto a su finalidad, colocada al nivel del concubinato, de la unión sexual esporádica.

Fenómenos todos que persiguen también la satisfacción del instinto sexual.

Para Montaigne y Schopenhauer, el fin del matrimonio se ubica en el bienestar de la prole, concepción cuya aparente generosidad no inutiliza el argumento de que la dignidad del ser humano se resiste a admitir que una

persona se convierta, sin voluntad o contra ella, en instrumento al servicio de otra.

Las teorías de Aristóteles y Tomás de Aquino, atribuyen al matrimonio un doble propósito: de un lado la procreación y subsiguiente educación de la prole, y de otro, el mutuo auxilio entre los cónyuges.

Por último, el Codex Iuris Canonici de 1984 fija como fines del matrimonio el bien común de los cónyuges y la generación y educación de los hijos.

b) Paralelamente a la sociología, el Derecho expresa ideas semejantes y así, mientras un sector de la doctrina llama la atención hacia el fin sexual del matrimonio, otro recalca como finalidad del mismo la mutua ayuda de los casados a través de una plena comunidad de vida y la procreación y educación de la prole.

En el fondo, no existe discrepancia entre ambos sectores de la doctrina jurídica, pues expresa o implícitamente todos los autores aluden a los dos grandes fines del matrimonio: uno específico, que es la procreación y educación de la prole; y otro individual, o sea el mutuo auxilio en una plena comunidad de vida.

Para Héctor Cornejo Chávez CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo I. Sociedad Conyugal, 1998. Pág. 279 y sgtes.

, las obligaciones recíprocas de los cónyuges son:

Ø Deber de Fidelidad.- (art. 288° C.C) consagrada la monogamia como sistema matrimonial de los pueblos civilizados, la fidelidad como primer deber de los cónyuges no sólo condena el adulterio, sino todo otro comportamiento que sin llegar al trato sexual con tercera persona, entrañe sin embargo una deslealtad conyugal.

Ø Deber de cohabitación.- (art. 289° C.C) o vida en común de marido y mujer, que implica que cada esposo está obligado a cumplir con respecto al otro el débito conyugal.

Ø Deber de asistencia.- (art. 288° C.C) compenetración integral que, haciendo partícipes a los cónyuges de los mismos afanes e ideales, los alía frente a las ocurrencias adversas o venturosas de la vida cotidiana. Sin esta característica fundamental, el matrimonio perdería su carácter ético y quedaría reducido a una asociación sexual poco más que zoológica y la comunidad visible o material no sería, sin el contenido de una plena comunión espiritual, otra cosa que una mera apariencia hueca e inútil.

En tal sentido, se puede afirmar que mediante el matrimonio, el hombre y la mujer, asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se completan recíprocamente y cumpliendo con los fines de la especie se perpetúan al traer hijos a la vida.

Ahora bien, la consecución de estos fines puede verse seriamente

obstaculizada en la práctica por una serie de factores adversos, provenientes unas veces de causas ajenas a la voluntad de los cónyuges y derivadas otras de la conducta de uno de ellos.

En el primer caso, difícilmente podría justificarse el decaimiento y menos aún la ruptura de un vínculo libremente creado entre el varón y la mujer por su propia voluntad; pero en el segundo, esto es, cuando los graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines del matrimonio reconocen su origen en las pasiones y debilidades de uno de los cónyuges, se puede llegar a una desarticulación tan profunda de la vida conyugal que no sólo pueda ser lícita una supresión de la misma, sino que incluso llegue a ser necesaria y obligatoria. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Tomo I, 5ta. Ed. Págs. 321-323

Para afrontar semejante posibilidad, existe en el Derecho la figura de la separación de cuerpos, en virtud de la cual cesa en los cónyuges la obligación de hacer vida en común (es decir se suspenden los deberes de mesa, lecho y habitación) y se pone fin en su caso, a la sociedad legal de gananciales o de comunidad universal de patrimonios; pero queda subsistente el vínculo matrimonial (lo que impide a los cónyuges contraer nuevas nupcias con distinta persona) y se instaure, también en su caso, un régimen patrimonial de separación.

Separación de Cuerpos y Divorcio.-

El Código Civil regula sobre la separación de cuerpos, el divorcio y sus causas, cuya naturaleza jurídica ha sido analizada por varios tratadistas. Entre ellos, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Pág. 114, quienes señalan que la separación de cuerpos se justifica en el surgimiento de una causa legítima, sobre la base de determinados hechos a los cuales el ordenamiento jurídico liga el nacimiento de la facultad de reclamar la separación.

Por otra parte, el profesor Guillermo Borda CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Tomo I, 5ta. Ed

sostiene que la institución de la separación de cuerpos se funda en el surgimiento de graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines del matrimonio, que no sólo pueden tener un origen lícito, sino que inclusive pueden ser necesarias y obligatorias, posición ésta que vienen adoptando la mayoría de las legislaciones modernas.

En relación al divorcio, el derecho romano señalaba que esta una causa voluntaria de disolución del matrimonio. La disolución del matrimonio se efectúa unilateralmente por repudiación o por consentimiento mutuo. Para evitar la confusión de parte, la mujer divorciada no podía volverse a casar antes de la expiración de un plazo: si se cree embarazada puede dentro de los 30 días anunciar su embarazo al marido.

Nuestro Código Civil señala que el divorcio es la ruptura total y definitiva del

vínculo matrimonial por decisión judicial y causas establecidas en la ley (art. 333° del Código Civil), cuya naturaleza jurídica ha sido discutida doctrinariamente por los tratadistas, habiendo surgido la corriente denominada “divorcio remedio” en contraposición a aquélla otra de “divorcio sanción” adoptada por nuestro Código Civil.

La doctrina considera diversas formas de divorcio:

a) Divorcio repudio: mediante esta forma bastaba la voluntad de uno sólo de los cónyuges para disolver el vínculo. Esta es la forma más primitiva de divorcio. Hoy en día en desuso.

b) Divorcio por voluntad unilateral: basta la decisión de una de las partes y llenando ciertas exigencias se puede decretar el divorcio por la autoridad correspondiente.

c) Divorcio por mutuo consentimiento: en este caso se manifiesta la voluntad de ambos cónyuges, pero aceptada y ratificada por la autoridad para decretar la disolución del vínculo.

d) Divorcio sanción: en el que se consideran como causal de disolución los hechos que sólo se imputan a uno de los cónyuges y que esgrime el cónyuge inocente a fin de castigar con la disolución al responsable.

e) Divorcio remedio: causada por la propia realidad social, familiar, económica y política que vive nuestra sociedad, toda vez que se vienen dando situaciones irregulares y muchas de ellas ilegales que afectan la institución del matrimonio negando su propia esencia que es la de hacer una vida en común.

La realidad legal no considera aquélla situación en que debido a la falta de intención de una de las partes, o de ambas, la vida en común no puede continuar. Así, el Código Civil ha adoptado la teoría del “divorcio sanción” para el caso del abandono, el adulterio o la injuria grave, mas no ha considerado la teoría del “divorcio remedio” para aquél caso en el que ya sea por mutuo acuerdo o por voluntad unilateral cesa la convivencia conyugal en forma indefinida.

Tal situación de indefinición ha permitido la existencia de situaciones de parejas irregulares que afectan a la propia institución del matrimonio y que impiden, a su vez, la tan deseada protección a la “nueva familia”

La no inclusión de la causal de separación de hecho en nuestra legislación trae como consecuencia un mayor índice de parejas convivientes, que además están desprotegidas legalmente, pues al no cumplir con los requisitos legales para ser considerados concubinos, no se constituye entre ellos una sociedad de gananciales; el concubino que no cumple con los requisitos legales tampoco tiene derecho, en caso de ser abandonado, a optar entre una indemnización o una pensión de alimentos; tampoco tiene derechos sucesorios. En efecto, si el hombre o la mujer muere, el otro con quien él

vivió y con quien formó una familia, no tendrá derecho a heredarlo; este derecho le corresponde a la cónyuge.

La inseguridad jurídica, emocional y patrimonial es el signo de estas familias. La mujer, al no casarse asume el hecho de ser catalogada por la sociedad como madre soltera o conviviente. Los hijos sufren conflictos emocionales durante su crecimiento y proceso de socialización. Los hijos extramatrimoniales deberán enfrentar y luego entender que sus padres no están casados porque uno de ellos tiene un matrimonio latente, aprehendiendo o reproduciendo posteriormente esta conducta.

Ahora bien, es menester reconocer que algunas personas se aferran al matrimonio, en un principio, quizá, con la esperanza de una futura recomposición familiar, pero pasado unos años, cuando esta reconciliación es imposible, la razón de continuar con el matrimonio, es una oportunidad o ventaja competitiva para negociar o afianzar aspectos patrimoniales y derechos expectaticios y quizás hasta una forma de expiación a la otra familia. En estos casos la institución del matrimonio pierde su sentido, privilegiándose tan sólo su aspecto contractual. Bajo ninguna circunstancia podemos afirmar que estas familias disfuncionales, que sólo se pueden seguir llamando “familia” en lo formal, son las que protege y promueve la Constitución. Hay que tener presente que el matrimonio persigue una doble función: la procreación y subsiguiente educación de la prole por una parte y el mutuo auxilio de los cónyuges a través de una plena comunidad de vida.

Reconociendo un criterio mayoritario de la legislación comparada, el divorcio (o la separación), se desprenden de la idea de la culpabilidad de uno o ambos cónyuges, tanto en sus motivos como en sus efectos. En tal sentido, se ha superado la teoría del “divorcio sanción”, siendo sustituida por la teoría del “divorcio remedio”, por la propia realidad social, familiar, económica y política que vive nuestra sociedad, toda vez que se vienen dando situaciones irregulares y muchas de ellas ilegales que afectan la institución del matrimonio, negando su propia esencia que es la de hacer una vida en común.

El Código Civil de 1984 al haber adoptado la tesis del “divorcio sanción”, ha limitado las causales de separación de cuerpos y divorcio a las establecidas en el artículo 333°, haciéndose necesario incorporar la teoría del “divorcio remedio”, por la propia realidad social, familiar, económica y política que vive nuestro país, toda vez que se vienen dando situaciones irregulares y muchas de ellas ilegales que afectan la institución del matrimonio, negando su propia esencia que es la de hacer una vida en común.

Es justamente el carácter de institución del matrimonio el que permite su recomposición, su fin, cuando resulta carente de sentido la comunidad de vida entre los cónyuges. Una institución es tal, en tanto cumple con sus fines, no cuando se le pretende perpetuar aun en contra de su notoria descomposición.

Uno de los argumentos expresados por los opositores a la regulación de esta figura, es el de que “nadie puede invocar hecho propio”. Pero ¿qué hecho debe invocar el que solicita el divorcio por decisión unilateral? Ninguno.

Es cierto, que algún motivo debe tener el cónyuge para solicitar el divorcio y lo que hace la ley en este caso es presumir su existencia. Sin embargo, no se tiene que manifestar ninguno. Además el hecho propio supone una actuación culposa y el legislador no tiene razón alguna para presumir que el cónyuge que solicita el divorcio ha tenido la culpa de algo.

Se cree comúnmente, que de esta manera, es decir, cerrando las puertas a la separación por decisión unilateral, se protege al cónyuge “*inocente*” del cónyuge “*pecador*”. Esto no es cierto, porque el no otorgamiento del divorcio no hace desaparecer la crisis existente en el matrimonio a la que Díez- Picazo ha definido como toda situación “en la cual se pone de manifiesto la imposibilidad, o la extraordinaria dificultad, de alcanzar las funciones sociales de la institución y a la situación que impone unos niveles de sacrificio superiores a los que son razonablemente exigibles, de acuerdo con las concepciones sociales imperantes”. Díez PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, volumen IV. Pág. 114 En suma se trata de un hecho que no puede desconocer el derecho.

Al respecto, se hará opinión nuestra, lo dicho por Cruzado Balcázar, en el sentido que “*cuando la justicia interviene para romper los lazos de un matrimonio ya aniquilado por los mismos cónyuges, cuando después de un serio examen de su situación y con absoluta imparcialidad, declara el divorcio, o autoriza la separación de cuerpos, no produce la desunión de los casados: se limita a constatarla; no es la mano de la ley la que rompe el matrimonio, es la justicia la que sanciona una ruptura ya consumada: sustituye la realidad a la ficción, declara la verdad para evitar el engaño*”. CRUZADO BALCÁZAR, Alejandro. Tradicional Polémica entre los impugnadores y los partidos del Divorcio, en Revista Jurídica del Perú, año XXIX. No. 1

Separación de Hecho.-

Así como la separación convencional es causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, 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 en común.

Además, 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 la disolución del matrimonio, legalizando de este modo el estado civil de los cónyuges.

En esta nueva causal, existen dos elementos configurantes de la separación de hecho: uno objetivo y material, que es la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad de la convivencia; y, otro subjetivo o psíquico, que es la ausencia de la voluntad de unirse. Ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o estado mayor.

En tal sentido, no existe ninguna razón para poner obstáculos a la separación judicial basada en la separación de hecho, sino que más bien, debe estimarse esta causal de interés público, ya que el Derecho otorgará el instrumento legal para que una situación irregular retorne a los cauces del derecho.

La separación personal, a diferencia del divorcio vincular, no disuelve el vínculo matrimonial, y en consecuencia, no restituye la aptitud nupcial, aunque admite su posterior conversión en divorcio por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, luego de transcurrido un plazo legal. STILERMAN DE, León. Divorcio: Causales Objetivas. Buenos Aires, 1994.

En tal sentido, la interrupción de la cohabitación por un plazo determinado se presenta como causal de carácter objetivo.

Así pues, al establecer una causal objetiva cual es el simple transcurso del tiempo, se da un mayor respeto por la privacidad y por la preservación de los sentimientos más íntimos.

La decisión madura de recurrir al divorcio implica siempre el reconocimiento de un desquiamiento de la unión y por ello debe ser apoyada con un procedimiento sencillo y sin escándalos que sólo exige que se explique al juez cuáles son las razones de la decisión tomada. MARTINEZ COCO, Elvira. El Divorcio por Decisión Unilateral en Ensayos de Derecho Civil, Lima, 1997.

Son cuatro los requisitos que configuran la separación de hecho:

a) Cese efectivo de la convivencia conyugal.- es decir el incumplimiento del deber de cohabitación. Es el elemento objetivo que normalmente se configura con el retiro del domicilio conyugal por parte de uno de los esposos, basta con el alejamiento de uno de los esposos. Ello implica también el no compartir la mesa y la suspensión de los deberes conyugales.

b) La voluntad de separarse de los cónyuges.- ya sea por acuerdo expreso o basado en una decisión unilateral. Este elemento subjetivo es el fundamental ya que no basta la simple separación física sino que debe haber la intención de interrumpir la convivencia. Así lo entiende el Código Civil Español que en el artículo 87º dice “.... la interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga”.

c) Separación en forma indefinida.- ya que los cónyuges si bien es cierto, tienen la intención de separarse de manera permanente, no pueden saber de antemano si éste va a ser temporal o definitiva.

d) No intervención de la autoridad jurisdiccional.- ya que se trata de una situación fáctica y no legal.

Para que la separación de hecho pueda ser considerada causal de separación de cuerpos y/o divorcio, como se ve, es imprescindible que se haya producido un cese efectivo de la relación matrimonial expresada en la unión sexual y la

intención de ayuda recíproca: indudable voluntad cancelatoria de la relación legal del matrimonio sin ánimo de rectificación, ausencia de intervención jurisdiccional y básicamente continuidad en el tiempo: dicho de otro modo, renuencia a retomar la vida de hogar conyugal, que por sí misma ya es suficiente para dar carácter definitorio a la ruptura del vínculo conyugal protegido por la ley.

Por tanto, debe ser exigible un razonable lapso de tiempo que se propone sea no menor de cuatro años. Cuatro años es un plazo suficiente para saber con certeza la validez y solidez de la decisión para poner fin al matrimonio, así como para prever las consecuencias del mismo y proyectar el futuro personal de cada cónyuge y de los hijos, si los hubiere. Aunque el plazo legal es decisión exclusiva del legislador.

Legislación comparada.-

España:

El Código Civil señala como causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal (separación de hecho). Fija diversos plazos de acuerdo a circunstancias específicas, como la previa separación judicialmente confirmada, la aceptación mutua de la separación, etc.

“Artículo 86º.- Son causas de divorcio:

(...)

3.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos:

- a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.
- b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación”.

Francia: Código Civil Francés. Petit Code Dalloz. 79 Ed. París, 1979-80

El Código Civil de Francia modificado por la Ley 75-617 (1975) incorpora la separación de hecho en los términos siguientes:

“Artículo 229º.- El divorcio puede ser pronunciado en caso:

- a) Consentimiento mutuo;
- b) Ruptura de la vida en común;
- c) Culpa”.

“Artículo 237º.- Un esposo puede demandar el divorcio, en razón de una

ruptura prolongada de la vida en común, cuando los esposos vivan separados de hecho desde hace seis años”.

“Artículo 239°.- El esposo que solicita el divorcio por ruptura de la vida en común, corre con todos los cargos. En su demanda debe precisar los medios por los cuales ejecutará sus obligaciones respecto de su cónyuge y de sus hijos”.

“Artículo 240°.- Si el otro esposo demuestra que el divorcio tendría, ya sea para el, tomando notablemente en cuenta su edad y duración del matrimonio, ya sea para los hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez denegara la demanda. Puede incluso denegarla de oficio en el caso previsto en el artículo 238°”.

“Artículo 259°.- Los hechos invocados en tanto que causa el divorcio o como defensa de una demanda pueden ser establecidos por todo medio de prueba, inclusive la confesión”.

“Artículo 260°.- Cuando el divorcio es pronunciado en razón de la ruptura de la vida en común aquel que ha tomado la iniciativa del divorcio pierde de pleno derecho las donaciones y ventajas que su cónyuge lo había consentido. El otro cónyuge conserva las suyas”.

México.-

Código Civil del Distrito Federal de México

“Artículo 267°.- son causales de divorcio:

(...)

18.- La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos”.

Argentina.-

Código Civil

“Artículo 204°.- Podrá decretarse la separación personal a petición de cualquiera de los cónyuges cuando estos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente”.

“Artículo 213°.- El vínculo matrimonial se disuelve:

(...)

3.- Por sentencia de divorcio vincular”.

“Artículo 214°.- Son causas de divorcio vincular:

(...)

2.- La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo, mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204°”.

Venezuela.-

El artículo 185° A del Código Civil de Venezuela señala que cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio alegando ruptura prolongada de la vida en común.

Uruguay.-

El Código Civil establece que la separación de cuerpos tiene lugar solamente cuando existe separación de hecho ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de 3 años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.

Chile.-

El artículo 21° de la Ley del Matrimonio Civil establece que una de las causales del divorcio es la ausencia sin justa causa por más de tres años.

Brasil.-

La Ley 6515 de diciembre de 1997, establece en su artículo 40° que puede promoverse la acción de divorcio cuando hayan transcurrido dos años de separación de hecho debidamente comprobados.

Bolivia.-

El Código de Familia estipula en su artículo 131° que puede demandarse el divorcio por separación de hecho continuada por más de dos años, cualquiera sea el motivo para ella.

Puerto Rico.-

Código Civil

“Artículo 96°.- Las causas de divorcio son:

(...)

9.- La separación de ambos cónyuges por un período de tiempo sin interrupción de más de dos años. Probada satisfactoriamente la separación por

el expresado tiempo de más de dos años, al dictarse sentencia no se considerará a ninguno de los cónyuges inocente ni culpable”.

ESTADÍSTICAS.-

Perú: Población de 12 años y más

Por estado civil

Fuente: INEI Encuesta Nacional de Hogares IV Trimestre 1999

	Conviviente	Casado	Viudo	Divorciado	Separado	Soltero	Total
Personas	2'815,	6'195,	887,	26,	942,	7'737,	18'604
%	15.1	33.3	4.8	0.1	5.1	41.6	100

Perú: Población de 12 años y más

Por estado civil, según sexo

Fuente: INEI Encuesta Nacional de Hogares IV Trimestre 1999 (en miles)

Grupos de edad	Conviviente	Casado	Viudo	Divorciado	Separado	Soltero	total
Total	2'815,	6'195,	887.8	26,1	942,	7'737,	18'604
Hombre	1'415,	3'113,	223,4	6,	242,	4'068,	9'068,
Mujer	1'399,	3'082,	664,5	19,9	699,	3'669,	9'535,

Perú: Población de 12 años y más

Por estado civil, según sexo

Fuente: INEI Encuesta Nacional de Hogares IV Trimestre 1999 (en %)

Grupos de edad	Conviviente	Casado	Viudo	Divorciado	Separado	Soltero	total
Total	100	100	100	100	100	100	100
Hombre	50.3	50.2	25.2	23.7	25.7	52.6	48.7
Mujer	49.7	49.8	74.8	76.3	74.3	47.4	51.3

Perú: Población de 12 años y más
Por estado civil, según área
Fuente: INEI Encuesta Nacional de Hogares IV Trimestre 1999 (en miles)

Area	Conviviente	Casado	Viudo	Divorciado	Separado	Soltero	Total
Total	2'815,	6'195,	887,	26,	942,	7'737,	18'604,
Urbana	1'840,	4'174,	567,	22,	760,	5'347,	12'713
Rural	974,	2'020,	320,	3,3	182,	2'390,	5'891,

Perú: Población de 12 años y más
Por estado civil, según área
Fuente: INEI Encuesta Nacional de Hogares IV Trimestre 1999 (en %)

Area	Conviviente	Casado	Viudo	Divorciado	Separado	Soltero	Total
Total	100	100	100	100	100	100	100
Urbana	65.4	67.4	63.9	87.4	80.7	69.1	68.3
Rural	34.6	32.6	36.1	12.6	19.3	30.9	31.7

CONCLUSIONES.-

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con el artículo 70° inciso b) del Reglamento del Congreso, la Comisión de Justicia acuerda y recomienda al Pleno del Congreso, la Aprobación de los Proyectos de Ley con el correspondiente texto sustitutorio:

TEXTO SUSTITUTORIO

Ley que Incorpora la Separación de Hecho como causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio

Artículo 1°.- Modifica los artículos 333°, 345° y 354° del Código Civil
Modifícanse los artículos 333°, 345° y 354° del Código Civil en los términos siguientes:

“**Artículo 333°.-** son causas de separación de cuerpos:

(...)

11.- La separación de hecho de los cónyuges durante un período mayor a cuatro años ininterrumpidos, si la pareja tuviere hijos menores de edad, y dos años si no los tuviere. En estos casos, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°. La sentencia expedida no considerará a ninguno de los cónyuges inocentes ni culpables.

“**Artículo 345°.-** En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340° último párrafo y 341°”.

“**Artículo 345°-A.-** Tratándose de separación de cuerpos por separación de hecho, el juez puede conceder a petición del cónyuge que permaneció en el hogar, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

Son aplicables a favor del cónyuge que permaneció en el hogar y que invoca el inciso 11) del artículo 333°, las disposiciones contenidas en los artículos 323°, 324°, 342° y 352°, en cuanto sean pertinentes.

“**Artículo 354°.-** Transcurridos dos meses desde la notificación de la sentencia de separación convencional o separación de cuerpos por separación de hecho, a que se refiere el inciso 11) del artículo 333° de este Código, 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”.

Artículo 2°.- Modifica los artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil
Modifícanse los artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil en los términos siguientes:

“**Artículo 480°.-** Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1) al 10) del artículo 333° del Código Civil, se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este subcapítulo.

Se tramita en esta misma vía la separación de cuerpos a la que se refiere el inciso 11) del artículo 333° del Código Civil.

Estos procesos sólo se impulsarán a pedido a parte”.

“**Artículo 573° .-** 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 el inciso 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”.

Artículo 3°.- Deroga normas legales

Deróganse o modifícanse, en su caso, todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA Y TRANSITORIA

Única.- La presente ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia, para lo cual los accionantes deberán cumplir con demostrar el plazo legal de separación.

Daniel Estrada Pérez	Presidente	
Italo Marsano Chúmbez	Vicepresidente	
Exequiel Chiroque Paico	Secretario	
Jorge Del Castillo Gálvez	Luis Delgado Aparicio	
Patricia Donayre Pasquel	Antero Flores-Aráoz	Esparza
Carlos Lau Chufón	Ricardo Marcenaro	Frers
Daniel Núñez Castillo	Anselmo Revilla	Jurado
Helbert Samalvides Dongo	Miriam Schenone	Ordinola
Ana Elena Townsend	Diez-Canseco	





Acuerdo o Dictamen de Comisiones

Dictamen de Proyectos de Ley N°: 00154; 00171; 00278; 00555; 00565; 00655; 00795
Comisión Dictaminadora: <u>Reforma de Códigos</u>
Tipo de acuerdo: Favorable Sustitutorio
Característica:
Congresistas:
Observaciones:

Texto:

**Dict. Proys. N°s. 154, 171, 278, 555, 565,
655, y, 795/2000-CR.**

25

**DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE REFORMA DE CÓDIGOS
RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY N°S 154, 171, 278, 555, 565,
655 Y 795/2000-CR QUE PROPONEN MODIFICAR LOS ARTÍCULOS
DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL, SOBRE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y
DIVORCIO ULTERIOR.**

Señor Presidente:

Han ingresado a la Comisión de Reforma de Códigos los Proyectos de Ley N°s 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR de los congresistas Samalvides Dongo, Gamarra Olivares, Estrada Pérez, Elías Ávalos, Schenone Ordinola, Altuve-Febres Lores y Donayre Pasquel, respectivamente, que proponen modificar los artículos del Código Civil y los artículos del Código Procesal Civil, sobre separación de cuerpos y divorcio ulterior.

I. PROPUESTAS

1. Proyecto de Ley N° 154/2000-CR, del Congresista Helbert Samalvides Dongo.

“Artículo 1°.- De las Modificaciones del Código Civil.-

Artículo 333°.- Son causales de separación de cuerpos:

(...)

6. Separación de hecho por más de cinco años continuos por cualquiera de los cónyuges.

(...)

9. La enfermedad sexual grave contraída después de la celebración del matrimonio.

11. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

(...)

Artículo 335°.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, salvo en la causal de separación de cuerpos prevista en el inciso 6 del artículo 333°.

Artículo 349°.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333°, incisos 1 a 11.

Artículo 2°.- De la modificación del Código Procesal Civil:- Modifícase el artículo 573° del Código Procesal Civil, en los términos siguientes:

Artículo 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 el inciso 12 del artículo 333° y artículo 354° del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.”

2. Proyecto de Ley N°171/2000-CR, del Congresista Ernesto Gamarra Olivares.

“Artículo Primero.- Modifica el artículo 333° del Código Civil

Modifíquese el artículo 333° del Código, con el siguiente texto:

(...)

11. La separación de hecho de los cónyuges durante un período mayor a tres años ininterrumpidos. En este caso, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°.

(...)

“Artículo Segundo.- Modificación de los artículos 345° y 354° del Código Civil

Modifíquense los artículos 345° y 354° del Código Civil, en los términos siguientes:

Artículo 345°.- En el caso de separación convencional o de separación de hecho, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses del niño y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación de cuerpos por separación de hecho, se

observará en cuanto sea aplicable, lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 326° y el artículo 731°.

Artículo 354°.- Transcurrido seis meses desde la notificación de la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.”

“Artículo Tercero.- Modificación de los artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil.

Modifíquense los artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil, en los términos siguientes:

Artículo 480°.- Tramitación.- Las pretensiones de separación de cuerpos y divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 10 del artículo 333° del Código Civil, se sujetarán al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

Se tramita en esta misma vía la pretensión de separación de cuerpos a que se refiere el inciso 11 del artículo 333° del Código Civil. En este caso, transcurridos seis meses de notificada la sentencia de separación, cualquiera de las partes puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial. El Juez expedirá sentencia luego de tres días de notificada la otra parte.

Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte.

Artículo 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 el inciso 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.”

3. Proyecto de Ley N° 278/2000-CR, del Congresista Daniel Estrada Pérez.

“Artículo 1°. Modificación del Código Civil

Modifícase los Artículos 333°, 345° y 354° del Código Civil, los cuales quedarán redactados con el siguiente texto:

**Artículo 333°.- Son causas de separación de cuerpos:
(...)**

11. La separación de hecho de los cónyuges durante un período mayor a dos años ininterrumpidos. En este caso no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°.

Artículo 345°. Patria Potestad y alimentos en separación convencional y en 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, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones relativas al derecho de familia y en especial las contenidas en los artículos 340° último párrafo y 341° y 351°.

Artículo 354°. Plazo de conversión

Transcurridos seis meses la notificación de la sentencia de separación convencional o separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. El juez expedirá sentencia en el término de diez días.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

“Artículo 2°.- Modificación del Código Procesal Civil

Modifícase los Artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil, que quedarán redactados el siguiente texto:

Artículo 480°. Tramitación

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 10 del artículo 333° del Código Civil, se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en el Subcapítulo. Se tramitan en esta misma vía la separación de cuerpos a la que se refiere el inciso 11) del artículo 333° del Código Civil.

Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte.

Artículo 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 el inciso 12 del artículo 333° del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.”

“Disposición Final

Artículo Único. Implicancias de la ley

Derógase o modifícase, en su caso, todas las disposiciones que se opongan a la presente ley”.

4. Proyecto de Ley N° 555/2000-CR, del Congresista José Elías Ávalos

“Artículo 1°.- De la modificación de las causales de separación de cuerpos del Código Civil

Modifícanse los incisos 8 y 11 del Artículo 333° del Código Civil en los siguientes términos:

“Artículo 333°.- Son causales de separación de cuerpos:

(...)

8. La enfermedad de transmisión sexual contraída después de celebración del matrimonio.

(...)

11. Separación convencional, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio”.

5. Proyecto de Ley N° 565/2000-CR, de la Congresista Miriam Schenone Ordinola.

“Artículo 1°.- Modificase el artículo 333° del Código Civil con el siguiente texto:

Artículo 333°.- Son causales de separación de separación de cuerpos:

(...)

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

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si la pareja tuviese hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°.”

“Artículo 2°.- Modificase el artículo 319° del Código Civil, con el siguiente texto:

Artículo 319°.- Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.
En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333 de la sociedad de gananciales fenecce desde el momento en que se produce la separación de hecho.
Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.”

“Artículo 3°.- Incorporase el artículo 345°-A en el Código Civil, con el siguiente texto:

Artículo 345-A.- Tratándose de separación de cuerpos por decisión unilateral, el juez puede conceder a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.”

“Artículo 4°.- Modificase el artículo 354° en el Código Civil, con el siguiente texto:

Artículo 354.- Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.”

“Artículo 5°.- Modificase el artículo 480° del Código Procesal Civil, con el siguiente texto:

Artículo 480°.- Tramitación

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 10 del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. La separación de cuerpos a la que se refiere el inciso 12) del artículo 333° del Código Civil se tramita en al vía del Proceso Abreviado.

Estos procesos sólo se impulsan a pedido de parte”

“Disposiciones Complementarias y Transitorias

Primera.- La presente ley se aplica inclusive a la separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta ley.

Segunda.- En los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causales establecidas en los incisos 1 al 10 del artículo 333° del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando la causal de separación de hecho prevista en el inciso 12 del mismo artículo, en un plazo no mayor de treinta días, contado a partir de la vigencia de la presente ley, no siendo aplicable, por excepción, lo dispuesto en al artículo 428° del Código Procesal Civil. El Juez adecuará el trámite de la demanda según la vía procedimental correspondiente”

6. Proyecto de Ley N° 655/ 2000, del Congresista Fernán Altuve-Febres Lores

“Artículo 1. Modifíquese el artículo 259° del Código Civil, el que queda redactado con el texto siguiente:

“Artículo 259. Formalidad de la celebración del Matrimonio

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

ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.

“También surte los efectos del matrimonio civil celebrado conforme al párrafo precedente, el matrimonio de conciencia celebrado por una confesión religiosa que tenga convenio con el Estado, a partir de la fecha de la inscripción mutua del respectivo certificado matrimonial en el Registro de Estado Civil.”

“**Artículo 2.** Modifíquese el artículo 260° del Código Civil, el que queda redactado con el texto siguiente:

Artículo 260. Delegación de facultad para officiar el Matrimonio

El alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio civil a otros regidores, y a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o representantes de establecimientos análogos.”

“**Artículo 3.** Modifíquese el artículo 268° del Código Civil, el que queda redactado con el texto siguiente:

Artículo 268. Inscripción del matrimonio por inminente peligro de muerte

El matrimonio de conciencia celebrado en inminente peligro de muerte deberá inscribirse dentro del año siguiente al fallecimiento del contrayente en peligro bajo sanción de nulidad. La inscripción de la certificación matrimonial surte efectos legales desde la fecha de la celebración del matrimonio de conciencia.”

“**Artículo 4.** Modifíquese el artículo 281° del Código Civil, el que queda redactado con el texto siguiente:

Artículo 281. Procedimiento de la invalidez del Matrimonio

La pretensión de invalidez del matrimonio civil se tramita como proceso abreviado, y le son aplicables, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones establecidas para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal.

En el caso de los matrimonios de conciencia celebrados de acuerdo al segundo párrafo del artículo 259°, el certificado de su invalidez expedido por la misma confesión que lo haya celebrado, se inscribirá en el Registro de Estado Civil y surtirá efectos los legales que corresponda.”

“**Artículo 5.** Modifíquese el artículo 333° del Código Civil, el que queda redactado con el texto siguiente:

Artículo 333. Causales

Son causales de Separación de cuerpos:

(...)

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

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo mayor a cuatro años ininterrumpidos.”

“**Artículo 6.** Modifíquese el artículo 360° del Código Civil, el que queda redactado con el texto siguiente:

Artículo 360. Disolución de Matrimonios de Conciencia

Las disposiciones de este código sobre el divorcio y la separación de cuerpo no se aplicarán a los matrimonios de conciencia celebrados con arreglo al segundo párrafo del artículo 259°.

La disolución del matrimonio de conciencia surtirá efectos a partir de la inscripción en el Registro de Estado Civil del certificado expedido por la misma confesión que lo haya celebrado.”

“**Artículo 7.** Modifíquese el artículo 480° Código Procesal Civil, el que queda redactado con el texto siguiente:

Artículo 480. Tramitación de la Separación de Cuerpos y del Divorcio

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcios por las causales señaladas en los incisos 1) a 10) del artículo 333° del Código Civil, se sujetarán al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este subcapítulo. Se tramita en esta misma vía la separación de cuerpos a las que se refiere el inciso 11) del artículo 333° del Código Civil. Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte.”

“**Artículo 8.** Modifíquese el artículo 573° Código Procesal Civil, el que queda redactado con el texto siguiente:

Artículo 573. Tramitación de la Extinción del Régimen Patrimonial

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 el inciso 12) del artículo 333° del Código Civil, respectivamente, se sujetarán al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este subcapítulo.”

“**Artículo 9.** Es requisito formal para la inscripción de un matrimonio de conciencia en el Registro de Estado Civil adjuntar al certificado matrimonial expedido por una confesión religiosa que tenga convenio con el Estado, la constancia de haber abonado todos los derechos municipales equivalentes a los que sean exigibles para el matrimonio civil en la Municipalidad respectiva.”

7. Proyecto de Ley N° 795/2000-CR, de la Congresista Patricia Donayre Pasquel.

“**Artículo Primero:** Modifíquese el artículo 333 y 349 del Código Civil por los siguientes textos :

Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

(...)

12. La separación de ambos cónyuges por un período de tiempo sin interrupción de más de dos años. Probado satisfactoriamente la separación por el expresado tiempo de más de dos años, al dictarse sentencia no se considerará a ninguno de los cónyuges inocentes ni culpables.

Artículo 349.- Causales

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, inciso 1 al 10 e inciso 12.”

“**Artículo Segundo:** Modifíquese el artículo 480 del Código Procesal Civil, por el siguiente texto:

Artículo 480.- Tramitación

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 10 del artículo 333 del código Civil, se sujeta al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. Se tramita en esta misma vía la causal sea por separación de hecho.”

II. LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política del Perú

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho :

(...)

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. (...)

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

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

Código Civil

Artículo 259.- Formalidad de la celebración del matrimonio

El matrimonio se celebra en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde, después de

leer los artículos 287, 288, 289, 290, 418 y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persiste en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.

Artículo 260.- Delegación de la facultad para celebrar el matrimonio

El alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio a otros regidores, a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos.

El matrimonio puede celebrarse también ante el párroco o el Ordinario del lugar por delegación del alcalde respectivo.

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

Artículo 268.- Matrimonio por inminente peligro de muerte

Si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, el matrimonio puede celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz.

La inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada de la partida parroquial.

Dicha inscripción, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.

Artículo 281.- Procedimiento de la invalidez del matrimonio

La pretensión de invalidez del matrimonio se tramita como proceso de conocimiento, y le son aplicables, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones establecidas para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal.

Artículo 319.- Fecha del fenecimiento de la sociedad

Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.

Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

1.- El adulterio.

- 2.- La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
- 3.- El atentado contra la vida del cónyuge.
- 4.- La injuria grave.
- 5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
- 6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- 7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
- 8.- La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
- 9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- 10.- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- 11.- Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Artículo 335.- Hecho propio

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.

Artículo 345.- Patria potestad y alimentos en la separación convencional

En caso de separación convencional, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341.

Artículo 349.- Causales

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 a 10.

Artículo 354.- Plazo para convertir la separación en divorcio

Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Artículo 360.- Subsistencia de los deberes religiosos

Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.

Código Procesal Civil

Artículo 480.- Tramitación.-

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1. al 10. del Artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte.

Artículo 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 el inciso 11. del Artículo 333 y Artículo 354 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Los países latinoamericanos, en su mayoría, recogen la separación de hecho como causal de divorcio.

Argentina

El Código Civil argentino establece en su artículo 213° que el vínculo matrimonial se disuelve por sentencia de divorcio vincular. Y, en el artículo 214° señala como causal de divorcio, entre otras, la separación de hecho de los cónyuges, que no tienen voluntad de unirse por un tiempo continuo de tres años.

Bolivia

El Código de Familia boliviano señala, de manera escueta, en el artículo 131° que puede demandarse el divorcio por separación de hecho continuada por más de dos años, cualquiera sea el motivo para ella.

Brasil

La Ley N° 6515, de diciembre de 1997, que norma la materia, establece en su artículo 40° que puede promoverse la acción de divorcio cuando hayan transcurrido dos años de separación de hecho debidamente probados.

Chile

Aun cuando la legislación chilena fue muy rígida respecto de la normatividad sobre el divorcio, admitiendo sólo la nulidad del matrimonio, la Ley del Matrimonio Civil establece en su artículo 21° la ausencia sin justa causa por más de tres años de alguno de los cónyuges como causal de el divorcio.

México

El Código Civil del Distrito Federal establece en su artículo 267° como causal de divorcio, entre otras, la de separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, que puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges.

Puerto Rico

El Código Civil de Puerto Rico establece en su artículo 96°, inciso 9), que una de las causales del divorcio es la separación de ambos cónyuges por un periodo de tiempo sin interrupción de más de dos años.

Uruguay

El Código Civil uruguayo establece en sus artículos 148°, 167° y 187° que la separación de cuerpos tiene lugar solamente cuando existe separación de hecho ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años cualquiera fuere el motivo que la haya ocasionado.

Venezuela

El Código Civil venezolano establece en su artículo 185°A que cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio alegando ruptura prolongada de la vida en común.

Respecto del reconocimiento legal del matrimonio religioso inscrito en el Registro Civil, la legislación española ha sentado un precedente fundamental con la vigencia del Código Civil español, desde 1889 hasta la actualidad.

España

El Código Civil español establece en su artículo 59° que el consentimiento matrimonial podrá presentarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o autorizados por la legislación. Y, en el artículo 60° señala que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en la norma anteriormente citada produce efectos civiles. Asimismo el artículo 63° de dicho Código dispone que la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que deberá expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

IV. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA

1. La Comisión ha solicitado, mediante los oficios N°s. 0016, 0017-00-CRC-CR del 21 de agosto de 2000, opinión sobre los proyectos de ley, materia del presente dictamen, al Ministro de Justicia, mediante los oficios N°s. 050 y 051-00-CRC, ambos del 14 de setiembre de 2000, al Instituto de Derecho Eclesiástico y a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, respectivamente; y, mediante Oficio N°108-00-CRC, del 30 de noviembre, a la Academia Peruana de Derecho; sin que hasta la fecha se haya remitido a la Comisión las opiniones solicitadas.

2. La Comisión, después del estudio y análisis correspondientes, ha llegado a las conclusiones siguientes:

2.1. Las propuestas legislativas contenidas en los Proyectos de Ley N°s 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR,

565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR pretenden incluir en nuestro ordenamiento jurídico la causal de separación de hecho para la disolución del vínculo matrimonial y, una de ellas, propone además incluir el matrimonio de conciencia como un régimen alternativo al matrimonio civil. Esta última propuesta, contenida en el Proyecto de Ley N° 795/2000-CR, plantea reconocer en el Código Civil dos regímenes matrimoniales para efectos de su celebración, invalidez y disolución: uno civil y otro de conciencia. Y, para ello, propone dar valor legal al matrimonio de conciencia con la inscripción de éste en los registros civiles, en virtud de un convenio previo entre la confesión religiosa y el Estado.

2.2. Es sabido que, la separación de hecho no ha sido legislada en el Perú como causal específica de divorcio y por tanto no puede ser invocada. Los proyectos de ley en estudio coinciden en señalar que la separación de hecho viene a ser la conclusión de origen unilateral o de voluntad común de los cónyuges, de uno de los elementos constitutivos del matrimonio: la vida en común. Asimismo, casi todos ellos establecen que dicha situación es el reflejo de un incumplimiento voluntario y sostenido del deber de cohabitación de los cónyuges, que impone una situación contraria a las relaciones que surgen del matrimonio, tales como la asistencia mutua, la fidelidad y la educación y formación de los hijos.

2.3. De los conceptos recogidos en las propuestas legislativas, que son materia del presente análisis, se desprende que la separación de hecho se produce por decisión unilateral o conjunta de los cónyuges. En el caso de abandono la ley asume un criterio proteccionista del cónyuge abandonado, a quien le da la opción de solicitar la separación de cuerpos o de divorcio por causal. En este supuesto el cónyuge culpable pierde las gananciales en proporción a la duración de la separación. Se producen, asimismo, consecuencias respecto del ejercicio de la patria potestad de los hijos, de los derechos hereditarios que le correspondieran y, de considerarlo el juez, la obligación de una reparación por daño moral. Y, cuando la separación es convencional, los cónyuges acuden al juez para solicitar la dispensa de los deberes de lecho y habitación, paso previo a la disolución del vínculo matrimonial.

2.4. Los proyectos de ley en estudio plantean la inclusión de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio posterior por considerar que ello abre la posibilidad al cónyuge, que actualmente la doctrina denomina “culpable”, de solicitar el divorcio incurriendo en un supuesto prohibido por el ordenamiento jurídico vigente: el fundar la demanda en hecho propio. Y, en este sentido, se propone que, cuando se produzca la separación de hecho por abandono, se permita al cónyuge culpable solicitar el divorcio luego de un plazo determinado que evidencie la intención de separación de la pareja. En efecto, se plantea dejar de lado los calificativos de “culpable” e “inocente”, que son propios de la teoría del divorcio sanción, en la medida en que ellos agudizan la idea de

conflicto entre las parejas desavenidas, resquebrajando aun más la relación.

2.5. Respecto del período de separación de cuerpos, casi todos los proyectos coinciden en que éste debe ser uno ininterrumpido de dos años. El Proyecto de Ley N° 565/2000-CR plantea, como excepción, que en caso de existir hijos menores de edad dicho período de separación deberá ser de cuatro años, debido a que una decisión de esa naturaleza afecta directamente a los niños y adolescentes. Ello encuentra asidero jurídico en el interés superior de la niñez y la adolescencia, recogido en la Constitución vigente, que establece que la comunidad y el Estado protegen y promueven a la familia y especialmente al niño, al adolescente y a la madre.

2.6. El Proyecto de Ley N° 565/2000-CR propone, asimismo, establecer el fenecimiento de la sociedad de gananciales al momento en que se produce la separación de hecho. Y, plantea establecer que, en el caso de separación de cuerpos por decisión unilateral, el cónyuge abandonado pueda solicitar al juez una compensación económica, que sea independiente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Esta compensación se fundamenta en el reconocimiento del aporte que realiza la mujer, que es generalmente la cónyuge abandonada, durante el matrimonio, contribución que se refleja en el cuidado del hogar y la crianza de los hijos.

2.7. La inclusión de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio ulterior supone introducir la figura del divorcio remedio en nuestro ordenamiento jurídico. Y, ello implica la alteración de la institución del divorcio y un nuevo concepto del matrimonio y la familia. Quienes apoyan esta tesis se basan en la necesidad de lograr superar la anormal situación de los matrimonios nominales y formalizar la situación irregular de las uniones de hecho. Sin embargo hay quienes sostienen que la inclusión de dicha figura jurídica podría propiciar la inestabilidad de la institución del matrimonio, alentar el divorcio basado en hecho propio y facilitar la comisión de fraude a la ley. Y, por esa razón se debe considerar la propuesta que recoge el Proyecto de Ley N° 655/2000-CR de introducir en nuestro ordenamiento jurídico la figura del matrimonio de conciencia como otra opción para quienes así lo deseen.

2.8. Es evidente que, en la actualidad, existe una fuerte corriente de opinión que se pronuncia en favor de instituir en el Derecho de Familia la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior. Los argumentos que sustentan dicha postura se basan esencialmente en el derecho a la libertad individual que recoge nuestro ordenamiento constitucional. Esta posición es comprensible en la medida en que ella expresa el anhelo de un segmento importante de la población que considera el matrimonio sólo como un vínculo legal entre un hombre y una mujer. Sin embargo, existen otros puntos de vista que deben ser considerados al realizar una reforma del Código Civil en este tema. Y, en ese sentido el Proyecto de Ley N° 655/2000-

CR, propone que, sin desconocer la disolución de un vínculo legal, el Derecho reconozca a todo ciudadano la opción de comprometerse libremente mediante un vínculo de conciencia.

2.9. A este respecto, cabe señalar que, en nuestro país, el Código Civil de 1852 recogía, en el artículo 156°, una norma que daba efectos jurídicos al matrimonio religioso, considerando los registros parroquiales equivalentes a los del Estado Civil. El Código Civil de 1936 modificó dicha situación, instituyendo el matrimonio y los registros civiles, y el Código de 1984, ratifica esta situación jurídica. Entre 1930, fecha de la introducción del matrimonio civil y el divorcio vincular, y el 2000, el Estado y la Iglesia aceptaron un sistema basado en la concepción de un divorcio restringido, como medio de sanción a una falta conyugal, o una convención bilateral de los cónyuges. Las nuevas costumbres sociales introdujeron entre 1979 y 1984 la unión de hecho o concubinato, con lo cual se abrió otro escenario legal de relaciones entre un varón y una mujer. Luego de 70 años de consenso sobre un tema, que es tanto legal como de conciencia, sectores laicos han considerado replantear el referido sistema en el tema específico de las causales de matrimonio civil buscando introducir la separación de hecho como causa de la disolución del vínculo matrimonial.

2.10. Frente a esta nueva realidad, el matrimonio puede ser entendido por los sectores involucrados de maneras diversas. Algunos podrán aceptarlo como una unión meramente legal y otros como una unión de conciencia que responde a las creencias de cada pareja. Y, por ello, resulta contrario al respeto a la libertad individual imponer, a los ciudadanos que creen en la concepción legal del matrimonio, una disolución conyugal rígida, más allá de los imperativos familiares que se pretenda proteger. En ese sentido, la inclusión de una causal sobre la separación de hecho es entendible desde una óptica laica siempre que ello no implique un abandono de la profesión religiosa de los ciudadanos. Y, asimismo, resulta contrario a la libertad religiosa de los ciudadanos el hecho que el ordenamiento legal instituya una sola forma de celebración obligatoria para el matrimonio negando efectos civiles a los actos religiosos que las parejas realicen, en ejercicio de sus creencias.

2.11. Por último, el Proyecto N° 655/2000-CR propone modificar el Código Civil con el propósito de establecer la posibilidad de que la manifestación de voluntad pueda ser homologada a un acto jurídico con su sola inscripción en los registros de Estado Civil. Dicha posibilidad ha sido contemplada, como una excepción, en el caso del matrimonio en *Artículo Mortis*, que recoge el artículo 268°. Esta posibilidad debe ser generalizada a todos los casos en que las parejas, de mutuo acuerdo, deseen dar fuerza legal a su unión religiosa, como ocurre en otras legislaciones del mundo. Ello, responde al derecho de los ciudadanos a la pluralidad de uniones entre varón y mujer, que es esencial y exige que se agregue a la unión legal (matrimonio civil) y a la unión de hecho (concubinato) el matrimonio de conciencia.

Por lo expuesto, la Comisión de Reforma de Códigos recomienda la **APROBACIÓN** de los Proyectos de Ley N°s 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR con el siguiente **TEXTO SUSTITUTORIO**:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL, DERECHO DE FAMILIA, Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 259° del Código Civil con el texto siguiente:

“**Artículo 259°.** El matrimonio civil se celebra en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los dos contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde, después de leer los artículos 287°, 288°, 290°, 418° y 419°, preguntará a cada uno de los pretendientes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.

También surte los efectos del matrimonio civil celebrado conforme al párrafo precedente, el matrimonio de conciencia celebrado por una confesión religiosa que tenga convenio con el Estado, a partir de la fecha de la inscripción mutua del respectivo certificado matrimonial en el Registro de Estado Civil.”

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 260° del Código Civil con el texto siguiente:

“**Artículo 260°.** El alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio civil a otros regidores, y a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o representantes de establecimientos análogos.”

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 268° del Código Civil con el texto siguiente:

“**Artículo 268°.** El matrimonio de conciencia celebrado en inminente peligro de muerte deberá inscribirse dentro del año siguiente al fallecimiento del contrayente en peligro bajo sanción de nulidad. La inscripción de la certificación matrimonial surte efectos legales desde la fecha de la celebración del matrimonio de conciencia.”

Artículo 4°. Modifíquese el artículo 281° del Código Civil con el texto siguiente:

“**Artículo 281°.** La pretensión de invalidez del matrimonio se tramita como proceso abreviado, y le son aplicables, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones establecidas para los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal.

En el caso de los matrimonios de conciencia celebrados de acuerdo al segundo párrafo del artículo 259°, el certificado de su invalidez expedido por la misma confesión que lo haya celebrado, se inscribirá en el Registro de Estado Civil y surtirá los efectos legales que corresponda.”

Artículo 5°. Modifíquese el artículo 319° del Código Civil con el texto siguiente:

“**Artículo 319°.** Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la

muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; y en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.

En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333°, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.”

Artículo 6°. Modifíquese el artículo 333° del Código Civil con el texto siguiente:

“Artículo 333°. Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347°.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si la pareja tuviese hijos menores de edad, En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°.

Artículo 7°. Incorpórese el artículo 345° A en el Código Civil con el texto siguiente:

“Artículo 345° A . Tratándose de separación de cuerpos por decisión unilateral, el Juez puede conceder a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.”

Artículo 8°. Modifíquese el artículo 349° del Código Civil con el texto siguiente:

“Artículo 349°. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333°, incisos 1 al 10 e inciso 12.”

Artículo 9°. Modifíquese el artículo 354° del Código Civil con el texto siguiente:

“Artículo 354°. Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.”

Artículo 10°. Modifíquese el artículo 360° del Código Civil con el texto siguiente:

“Artículo 360°. Las disposiciones de este Código sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se aplicarán a los matrimonios de conciencia celebrados con arreglo al segundo párrafo del artículo 259°.

La disolución del matrimonio de conciencia surtirá efectos a partir de la inscripción en el Registro de Estado Civil del certificado expedido por la misma confesión que lo haya celebrado.”

Artículo 11°. Modifíquese el artículo 480° del Código Procesal Civil, con el texto siguiente:

“Artículo 480°. Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 10 del artículo 333° del Código Civil, se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo. La separación de cuerpos a la que se refiere el inciso 12 del artículo 333° del Código Civil se tramita en la vía del Proceso Abreviado.

Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte.”

Disposiciones Complementarias y Transitorias

Primera. Es requisito formal para la inscripción de un matrimonio de conciencia en el Registro de Estado Civil adjuntar al certificado matrimonial expedido por una confesión religiosa que tenga convenio con el Estado, la constancia de haber abonado todos los derechos municipales equivalentes a los que sean exigibles para el matrimonio civil en la Municipalidad respectiva.

Segunda. La presente ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta ley.

Tercera. En los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causales establecidas en los incisos 1 al 10 del artículo 333° del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando la causal de separación de hecho prevista en el inciso 12 del referido artículo, en un plazo no mayor de treinta días, contado a partir de la vigencia de la presente ley, no siendo aplicable, por excepción, lo dispuesto en el artículo 428° del Código Procesal Civil. El Juez adecuará el trámite de la demanda según la vía procedimental correspondiente.

Salvo mejor parecer
Dése cuenta
Sala de la Comisión
Lima, de diciembre de 2000

Fernán Altuve-Febres Lores
Presidente

Aníbal Del Carpio Farfán
Vicepresidente

Miriam Schenone Ordinola
Secretaria

Juan Carlos Lam Alvarez

Ricardo Marcenaro Frers

Carlos Enrique Lau Chufón

Luis Solari de la Fuente

Patricia Elizabeth Donayre Pasquel



ANEXO II

ANÁLISIS DE EXPEDIENTES JUDICIALES SOBRE REPARACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO



ANEXO II

**ANÁLISIS DE EXPEDIENTES JUDICIALES SOBRE REPARACIÓN AL
CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE
HECHO****1. PREMISA**

En el presente capítulo demostraremos el análisis cuantitativo y cualitativo realizado en los expedientes sobre divorcio por separación de hecho materia de análisis en el presente trabajo investigativo. Tomamos como unidades de estudio el Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Ello en razón de que, el Distrito Judicial de Arequipa cuenta en la actualidad con cuatro (4) Juzgados de Familia, en donde tres de ellos están encargados de tramitar y resolver procesos judiciales sobre divorcio por separación de hecho, y el último Juzgado (Cuarto Juzgado de Familia) no tramita ésta clase de procesos. En tal sentido la muestra utilizada recae sobre las tres cuartas partes del universo total de Juzgados de Familia del Distrito Judicial de Arequipa, es decir, el 66.6 % del universo total de Juzgados de Familia.

Como muestra hemos tomado en cuenta las sentencias sobre divorcio por separación de hecho, entre julio de 2001 a junio de 2005. Debido a que la causal de separación de hecho para obtener el divorcio vincular entró en vigencia a partir de julio de 2001, en tal sentido, hemos abarcado el total de sentencias emitidas por dicha causal desde que entró en vigencia hasta junio de 2005, representando el total del universo de sentencias en razón del tiempo tomado en cuenta, para fijar la muestra de la presente investigación. Seguidamente realizamos el análisis de las Audiencias de Conciliación, fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de procesos judiciales sobre divorcio por separación de hecho, entre enero de 2004 a junio de 2005. Para finalizar, realizamos el análisis a las Audiencias de Pruebas de procesos sobre divorcio por separación de hecho, entre enero de 2004 a junio de 2005.

Luego de realizados los análisis arriba mencionados, procederemos a fijar los resultados generales de las unidades de estudio antes descritas. Para poder discutirlos con mayor objetividad en la etapa precedente del trabajo, todo ello con la finalidad

de contrastar en la realidad los alcances dogmáticos realizados en capítulos precedentes. Veremos si el derecho vivo, es decir los procesos judiciales, han seguido la orientación dogmática, o han existido desorientaciones o cambios de paradigmas en la forma de aplicar la ley al caso concreto. Éste último paso en la labor investigativa, nos permitirá arribar a nuestras conceptualizaciones finales, es decir, nuestras conclusiones y sugerencias de la presente investigación.



2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO, JULIO 2001 A JUNIO 2005

2.1. Sentencias sobre divorcio por separación de hecho del Segundo y Tercer Juzgado de Familia, entre julio 2001 a junio 2005

NUMERO DE SENTENCIAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO JULIO 2001 A JUNIO 2005

Tabla N° 1

Año	2JF	%	3JF	%	Total	%
Julio 2004	0	0	0	0	0	0
2005	15	14.02	3	2.8	18	16.82
2006	21	19.63	5	4.67	26	24.30
2007	19	17.76	25	23.36	44	41.12
Junio 2008	17	15.89	2	1.87	19	17.76
Total	72	67.29	35	32.71	107	100.00

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadotes de sentencias del Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2009.

A manera de ilustración y corolario sobre el número de sentencias sobre divorcio por separación de hecho que serán materia de análisis en el presente trabajo investigativo entre el periodo de julio de 2001 a junio de 2005. Tenemos que, de un total de 107 sentencias sobre divorcio por separación de hecho en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, 72 pertenecen al Segundo Juzgado de Familia y 35 al Tercer Juzgado de Familia.

2.2. Sentencias que declaran fundada la demanda de divorcio por la causal de separación hecho en el Segundo Juzgado de Familia

SENTENCIAS QUE DECLARAN FUNDADA LA SEPARACIÓN DE HECHO JULIO 2001 A JUNIO 2005

Tabla N° 2

Sentencia	Total	%
1. Fundada	59	81.94
2. Infundada	6	8.33
3. Improcedente	7	9.72
Total	72	100%

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Segundo Juzgado de Familia 59 (81.94%) sentencias han declarado fundado el divorcio por separación de hecho, 6 (8.33%) infundado, y 7 (9.72%) improcedente el divorcio por separación de hecho. Observamos, que la nueva causal de divorcio por separación de hecho, de muestra eficacia, siendo un instrumento jurídico de gran utilidad social, significando que el citado instrumento jurídico es socialmente relevante por ser altamente eficaz en el objetivo propuesto, es decir, obtener el divorcio absoluto.

2.3. Sentencias que declaran fundada la demanda de divorcio por la causal de separación hecho en el Tercer Juzgado de Familia

SENTENCIAS QUE DECLARAN FUNDADA LA SEPARACIÓN DE HECHO JULIO 2001 A JUNIO 2005

Tabla N° 3

Declaran	N° de Sentencias	%
1. Fundada	30	85.71
2. Infundada	2	5.71
3. Improcedente	3	8.57
Total	35	100%

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Tercer Juzgado de Familia 30 (85.71%) sentencias han declarado fundado el divorcio por separación de hecho, 2 (5.71%) infundado, y 3 (8.57%) improcedente el divorcio por separación de hecho. Observamos el mismo grado de eficacia de la nueva causal de divorcio por separación de hecho, que corrobora su relevancia social por ser un instrumento jurídico que ofrece obtener el divorcio con más un grado elevado de fundabilidad de la causal. En la realidad social serán relevantemente útiles instrumentos jurídicos que tengan un alto grado de eficacia, como el caso de la causal de divorcio por separación de hecho.

2.4. Sentencias fundadas que otorgan una indemnización o adjudicación preferente de bienes al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia

SENTENCIAS QUE OTORGAN INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN PREFERENTE DE BIENES

Tabla N° 4

Otorgan	N° de Sentencias	%
1. Indemnización por daños	12	20.34
2. Adjudicación preferente de bienes	1	1.69
3. No otorgan nada	46	77.97
Total	59	100%

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Segundo Juzgado de Familia, de las 59 sentencias fundadas, 12 (20.34%) sentencias otorgan una indemnización por daños al cónyuge perjudicado, 1 (1.69%) sentencia otorga adjudicación preferente de bien inmueble, y 46 (77.97%) no otorgan ninguna prestación. Observamos que no el hecho de demandar divorcio por separación de hecho no necesariamente apareja una indemnización por daños al cónyuge perjudicado. Argumento en contra, frente a la posición doctrinaria, que señala que la prestación a favor del cónyuge perjudicado debe ser ordenada de oficio para tutelar la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por el divorcio por separación de hecho.

2.5. Sentencias fundadas que otorgan una indemnización o adjudicación preferente de bienes al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia

SENTENCIAS QUE OTORGAN INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN PREFERENTE DE BIENES

Tabla N° 5

Otorgan	N° de Sentencias	%
1. Indemnización por daños	19	63.33
2. Adjudicación preferente de bienes	0	0
3. No otorgan nada	11	36.67
Total	30	100%

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Tercer Juzgado de Familia, de las 30 sentencias fundadas, 19 (63.33%) sentencias otorgan una indemnización por daños al cónyuge perjudicado, 0 (0%) sentencias otorgan adjudicación preferente de bien inmueble, y 11 (36.67%) no otorgan ninguna prestación. Observamos que, aquí existe el mismo criterio de no aparejar al divorcio una prestación a modo de indemnización al cónyuge perjudicado por el divorcio por separación de hecho.

2.6. Fundamentos por los cuales se otorga indemnización al cónyuge perjudicado con el divorcio por separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia

FUNDAMENTOS PARA OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 6

Años	Fundamentos
2001	
2002	
2003	1. Separación de hecho, contraer matrimonio civil ó religioso con tercera persona, mantener una relación convivencial y procrear hijos extramatrimoniales. 2. Por dejar el hogar conyugal, y destruir el mismo.
2004	1. Abandonar sin consentimiento de su cónyuge el hogar conyugal.
2005	1. Proteger la estabilidad económica, no contar con bienes sociales, y haber producido daño moral. 2. Tener una relación impropia con tercera persona durante el matrimonio, y tener que solicitar judicialmente alimentos. 3. Por retirarse del hogar conyugal.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Segundo Juzgado de Familia, se han considerado como fundamentos para otorgar una indemnización por daños al cónyuge perjudicado por el divorcio por separación de hecho: a) Separación de hecho; b) matrimonio civil o religioso con tercera persona; c) mantener una relación convivencial con tercera persona; d) Procrear hijos extramatrimoniales; e) destrucción del hogar conyugal; f) Proteger la estabilidad económica, no contar con bienes sociales, y haber producido daño moral; g) Tener una relación impropia con tercera persona. Todos ellos, elementos causantes de la separación de hecho y la separación de hecho en si misma, sin embargo, no se han analizado circunstancias como el grado de menoscabo en el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, es decir, se ha realizado la indemnización con criterios del derecho de familia, con cierta prescindencia de los elementos de la responsabilidad civil, que pertenecen al derecho civil. Se ha atemperado los elementos mínimos exigidos para obtener una reparación de daños y perjuicios.

2.7. Fundamentos por los cuales se otorga indemnización al cónyuge perjudicado con el divorcio por separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia

FUNDAMENTOS PARA OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 7

Años	Fundamentos
2001	
2002	
2003	1. Mayoría de edad de los hijos, edad del cónyuge perjudicado, ingresos económicos del cónyuge culpable, el monto ofrecido en la Audiencia de Conciliación. 2. Mayoría de edad de los hijos, edad del cónyuge culpable, ingresos y cargas del cónyuge culpable, estado de salud del cónyuge perjudicado. 3. Ser responsable de la separación, tener una relación convivencial, e incumplir deberes matrimoniales.
2004	1. Separación de hecho, relación convivencial, procrear hijos extramatrimoniales, estado de salud del cónyuge perjudicado (trastorno de ansiedad y depresión). 2. Separación de hecho y procrear hijo con tercera persona. 3. Separación de hecho e incumplimiento de prestación alimentaria del demandado. 4. Por retirarse del hogar conyugal. 5. Separación de hecho y contraer matrimonio religioso con tercera persona. 6. Separación de hecho y procrear hijos extramatrimoniales. 7. Actos de violencia familiar y separación de hecho. 8. Separación de hecho y afrontar sola la conducción del hogar y manutención de los hijos. 9. Separación de hecho y mantener una relación convivencial. 10. Separación de hecho, llevar adelante un hogar disgregado, y por conducta impropia del cónyuge culpable con tercera persona.
2005	

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Tercer Juzgado de Familia, se han considerado como fundamentos para otorgar una indemnización por daños al cónyuge perjudicado por el divorcio por separación de hecho:

a) Edad del cónyuge perjudicado; b) mayoría de edad de los hijos; c) ingresos económicos del cónyuge culpable; d) Responsable de la separación; e) mantener una relación convivencial con tercera persona; f) Procrear hijos extramatrimoniales; g) estado de salud del cónyuge perjudicado; h) incumplimiento de la prestación alimentaria; i) contraer matrimonio religioso con tercera persona; j) actos de violencia familiar; k) Afrontar sólo la conducción del hogar conyugal y manutención de los hijos; l) Llevar adelante un hogar disgregado; ll) conducta impropia con tercera persona por parte del cónyuge responsable de la separación.

Estos elementos constitutivos de la reparación al cónyuge perjudicado, corroboran que existe un atemperamiento de los elementos mínimos exigidos para obtener una reparación de daños y perjuicios, así como no se ha tomado en cuenta la magnitud del daño ni el menoscabo sufrido en la víctima, sólo se ha verificado la existencia del elemento constitutivo de daño y se ha procedido a fijar discrecionalmente una prestación a modo de reparación al cónyuge perjudicado por la separación de hecho.

2.8. Fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado con la separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia

FUNDAMENTOS PARA NO OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 8

Años	Fundamentos
2001	
2002	1. No ha acreditado la demandada la existencia de necesidad de resarcimiento. 2. Demandada hizo abandono de hogar.
2003	1. Demandado motivo la separación. 2. No esta acreditado los daños personales: daño moral y daño psicológico. 3. No procede de oficio, el cónyuge inocente debe solicitarla. 4. Demandante no ha acreditado que el abandono se deba a causas imputables al demandado, no existe elemento probatorio que determine la generación de daños, específicamente de daño moral y/o personal. 5. Demandante se encuentra protegida patrimonialmente, no es necesario velar por su estabilidad económica.
2004	1. Mantener la pensión de alimentos como protección a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado. 2. Demandante no ha sido perjudicada con la separación de hecho. 3. Haberse retirado del hogar conyugal por agresiones físicas de la demandada. 4. Separación de mutuo acuerdo. 5. Nunca hubo vida en común, no hubo cónyuge perjudicado. 6. Por haber renunciado a la indemnización. 7. No hay cónyuge perjudicado, por no probado e improbable. 8. Por rehacer sus vidas, no hay cónyuge culpable. 9. Por existir bienes a partir. 10. No poder determinar la causa y el responsable de la separación. 11. Separación hecha para obtener y mantener una convivencia pacífica.
2005	1. No esta acreditado que haya sufrido daño alguno, no demostrándose el estado de indigencia. 2. Separación de mutuo acuerdo, no presentó medios probatorios sobre la existencia de daños. 3. Renuncia a la indemnización. 4. Demandante es quien hace el abandono de hogar conyugal.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Segundo Juzgado de Familia, los fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho son: a) No esta acreditada la necesidad de resarcimiento; b) La demandada hizo el abandono de hogar; c) demandado motivó la separación; d) No esta acreditado daños personales: daño moral y daño psicológico; e) No procede de oficio; f) El demandante se encuentra protegida patrimonialmente; g) Por mantener vigente la pensión de alimentos; h) No haber sido perjudicada con la separación; i) Haberse retirado del hogar conyugal por agresiones físicas; j) Mutuo acuerdo; k) Nunca hubo vida en común; l) Renuncia a la indemnización; ll) Por rehacer sus vidas; m) Por existir bienes a partir; n) Separación de hecho para mantener una convivencia pacífica. Observamos que las razones para denegar una prestación a manera de indemnización al cónyuge que lo solicita son múltiples, casi siempre por una conducta negativa del cónyuge a cumplir con sus obligaciones matrimoniales ó porque existió consentimiento, o finalmente porque no se ha llegado a probar el daño.



2.9 Fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado con la separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia

FUNDAMENTOS PARA NO OTORGAR INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 9

Año	Fundamento
2001	
2002	1. No se ha determinado la causa de la separación, ni el causante.
2003	
2004	1. No corresponde fijar indemnización porque demandado fue el causante de la separación de hecho. 2. No han invocado ni acreditado daños personales, por ambas partes. 3. Demandante no ha acreditado daños personales.
2005	1. No se ha acreditado la existencia de daño moral.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En el Tercer Juzgado de Familia, los fundamentos para no otorgar indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho son: a) No se ha determinado la causa de la separación, ni el causante; b) demandado fue causante de separación; c) no están acreditados los daños personales; d) no está acreditado el daño moral. Observamos que no se ordenan prestaciones por no quedar acreditado el daño o por indeterminación de la calidad de cónyuge perjudicado. Hechos que encuentran su fundamento en disposiciones de orden procesal, como son la improbanza de la prestación, y la falta de certeza de los medios probatorios que lleven al juez a validar una pretensión indemnizatoria. Presupuestos que tiene la finalidad de otorgar seguridad al ordenamiento jurídico.

2.10. Clases de daños reparables al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia

CLASES DE DAÑOS REPARABLES

Tabla N° 10

Años	Clase de daños reparables
2001	
2002	
2003	1. Daños personales: daño moral, frustración al proyecto de vida matrimonial. Que producen sufrimiento en la persona del cónyuge perjudicado. 2. Daños personales: daño moral, frustración al proyecto de vida matrimonial, daño psicológico. 3. Daños personales: daño moral y daño psicológico. 4. Daño, con valoración equitativa del daño por el Juez, 1322 del C. Civil. 5. Daño moral o daño personal. 6. Daño por la destrucción del hogar conyugal. 7. Daño moral.
2004	1. Medida de protección económica. 2. Daño. 3. Daño valorado equitativamente por el Juez.
2005	1. Daño. 2. Daño valorado equitativamente por el Juez.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

La Clase de daños reparables al cónyuge perjudicado en el Segundo Juzgado de Familia son: a) daños personales: daño moral, frustración al proyecto de vida matrimonial, daño psicológico; b) daños personales: daño moral y daño psicológico; c) daño moral o personal; d) daño por destrucción del hogar conyugal; e) daño con valoración equitativa artículo 1322 del Código Civil; f) daño moral; g) medida de protección económica; h) daño. Observamos que la mayoría de clases de daños ocasionados, corresponden a la categoría jurídica de daños no patrimoniales, lo que justifica la excesiva discrecionalidad al momento de fijar una prestación a manera de indemnización al cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

2.11. Clases de daños reparables al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia

CLASES DE DAÑOS REPARABLES

Tabla N° 11

Año	Clase de daños reparables
2001	
2002	1. Daño.
2003	1. Daño. 2. Daño personal y moral.
2004	1. Daños personales: daño moral y psicológico. 2. Daños personales: daño moral, frustración del proyecto de vida matrimonial, daño psicológico.
2005	1. Daño moral

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

Las clases de daños reparables al cónyuge perjudicado en el Tercer Juzgado de Familia son: a) daño; b) daño personal y moral; c) daños personales: daño moral y psicológico; d) daños personales: daño moral, frustración del proyecto de vida matrimonial, daño psicológico; e) daño moral. Observamos la misma clase de daños que en el anterior juzgado, que corrobora la predominancia de los daños no patrimoniales en este tipo de litigios pertenecientes al derecho de familia.

2.12. Calidad del cónyuge que demanda y obtiene el divorcio por separación de hecho en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia

CALIDAD DEL CÓNYPUGE QUE DEMANDA EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Tabla N° 12

Juzgados	Cónyuge Culpable	%	Cónyuge Inocente	%	Mutuo Acuerdo	%	Total	%
2 JF	25	39.68	12	19.05	5	7.94	42	66.67
3 JF	14	22.22	7	11.11	0	0	21	33.33
	39	61.90	19	30.16	5	7.94	63	100

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

La calidad del cónyuge (inocente o culpable) que solicita el divorcio y lo obtiene, en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia, tenemos: Que 25 sentencias en el Segundo Juzgado y 14 sentencias en el Tercer Juzgado, fueron promovidas por el cónyuge culpable, haciendo 39 (61.9%); 12 sentencias en el Segundo Juzgado y 7 sentencias en el Tercer Juzgado, fueron promovidas por el cónyuge inocente, haciendo 19 (30.16%); 5 sentencias en el Segundo Juzgado y 0 sentencias en el Tercer Juzgado, no hubo una determinación de cónyuge culpable, haciendo 5 (7.94%). Observamos que el cónyuge culpable de la separación de hecho es quien mayormente promueve el divorcio, lo que demuestra que el divorcio por separación de hecho, si bien regulariza la situación jurídica de las familias disueltas de hecho, es un instrumento que facilita la ruptura del vínculo matrimonial por quien fue voluntariamente responsable de las obligaciones asumidas en el matrimonio.

2.13. Montos en dinero por reparación de daños al cónyuge perjudicado, en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia

MONTO POR REPARACIÓN DE DAÑOS AL CÓNYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 13

Monto	2 JF	%	3 JF	%	Total	%
1. De 100 a 500 nuevos soles.	2	6.45	0	0	2	6.45
2. De 501 a 1500 nuevos soles.	2	6.45	8	25.81	10	32.26
3. De 1501 a 5000 nuevos soles.	6	19.35	10	32.26	16	51.61
4. De 5001 a 10000 nuevos soles.	1	3.23	2	6.45	3	9.68
5. De 10001 a más nuevos soles	0	0	0	0	0	0
	11	35.48	20	64.52	31	100

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En los juzgados bajo análisis, 2 sentencias en el Segundo y ninguna sentencia en el Tercero otorgaron una indemnización entre 100 a 500 nuevos soles; 2 sentencia en el Segundo y 8 sentencias en el Tercero otorgaron una indemnización entre 501 a 1500 nuevos soles; 6 sentencias en el Segundo y 10 sentencias en el Tercero otorgaron una indemnización entre 1501 a 5000 nuevos soles; 1 sentencia en el Segundo y 2 sentencias en el Tercero otorgaron una indemnización entre 5001 a 10000 nuevos soles, y ninguna sentencia en el Segundo y Tercero otorgaron indemnización entre 10001 a más nuevos soles. Observamos, que existe disimilitud al momento de establecer montos por concepto de reparación al cónyuge inocente, ya que como se tiene dicho con anterioridad, son diversas las causas que constituyen el evento del daño, y tratándose de reparación de un daño generalmente no patrimonial, la discrecionalidad judicial marca la pauta en la determinación de *quantum* indemnizatorio.

2.14. Tiempo que duró la separación de hecho al momento de interposición de la demanda, en el Segundo y Tercer Juzgado de Familia

TIEMPO DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

Tabla N° 14

Tiempo	2 JF	%	3 JF	%	Total	%
1. De 2 a 3 años.	4	4.71	4	4.71	8	9.41
2. De 4 a 8 años.	18	21.18	14	16.47	32	37.65
3. De 9 a 15 años.	20	23.53	6	7.06	26	30.59
4. De 16 a más años	14	16.47	5	5.88	19	22.35
	56	65.88	29	34.12	85	100

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

En relación al tiempo de la separación de hecho, tenemos que de 2 a 3 años existen cuatro sentencia en el Segundo Juzgado y 4 sentencias en el Tercer Juzgado; de 4 a 8 años tenemos 18 sentencias en el Segundo Juzgado y 14 sentencias en el Tercer Juzgado; de 9 a 15 años tenemos 20 sentencias en el Segundo Juzgado y 6 sentencias en el Tercer Juzgado; de 16 a más años tenemos 14 sentencias en el Segundo Juzgado y 5 en el Tercer Juzgado. Observamos que la causal de separación de hecho está siendo utilizada para sanear situaciones de hecho de familias ya disueltas de facto, cumpliendo la finalidad para cual fue creada, sin embargo, podemos notar que ya existen precedentes de personas que utilizan la causal para obtener de una manera fácil el divorcio, convirtiéndose ahora en una causal que ya no este dirigida a sanear situaciones de hecho, sino más bien a convertirse en un instrumento de fácil acceso para destruir el vínculo familiar, en ese sentido, podría eventualmente ser mal utilizada, atentando contra la institución jurídico social del matrimonio.

2.15. Existencia de hijos menores de edad al momento de interposición de la demanda de divorcio por separación de hecho, en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia

HIJOS MENORES AL MOMENTO DE DEMANDAR DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Tabla N° 15

Hijos		2 JF	%	3 JF	%	Total	%
1. Mayores de edad.		37	41.57	23	25.84	60	67.42
		22	24.72	7	7.87	29	32.58
2. Menores de edad							
		59	66.29	30	33.71	89	100

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

Sobre la existencia de menores de edad a la fecha de interposición de la demanda de divorcio por separación de hecho, tenemos 37 sentencias del Segundo Juzgado y 23 del Tercer juzgado existen hijos mayores de edad; y 22 sentencias en el Segundo Juzgado y 7 en el Tercer Juzgado existen hijos menores de edad al momento de demandar el divorcio por separación de hecho. Observamos que la existencia o no de menores de edad al momento de interponer la demanda de divorcio por separación de hecho, no resulta ser un hecho relevante, ni un impedimento para iniciar la acción.

2.16. Reparación de daños a hijos menores de edad en el divorcio por separación de hecho

REPARACIÓN A LOS HIJOS MENORES POR EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Tabla N° 16

Juzgados	Se otorgó reparación
1. Segundo Juzgado de Familia.	Ninguna
2. Tercer Juzgado de Familia	Ninguna

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

Respecto a la indemnización por daños a los hijos por el divorcio por el divorcio por separación de hecho, no existe ninguna sentencia fundada que otorgue una indemnización por tal concepto.

2.17. Pronunciamiento sobre la reparación al cónyuge perjudicado la separación de hecho, en el Segundo y Tercer Juzgados de Familia

PRONUNCIAMIENTO DE OFICIO O A PEDIDO DE PARTE RESPECTO DE LA REPARACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO

Tabla N° 17

Juzgados	De oficio	%	A pedido de parte	%	Total	%
1. Segundo Juzgado de Familia.	20	32.26	17	27.42	37	59.68
2. Tercer Juzgado de Familia.	18	29.03	7	11.29	25	40.32
Total	38	61.29	24	38.71	62	100

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de sentencias del Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en julio – agosto de 2005.

Tenemos que 20 sentencias dieron indemnización de oficio en el Segundo Juzgado y 18 sentencias en el Tercer Juzgado, que representa el 61.29% de las sentencias que otorgan indemnización al cónyuge perjudicado. De otro lado 17 sentencias en el Segundo Juzgado y 7 sentencias en el Tercer Juzgado otorgaron indemnización a pedido de parte, que representa el 38.71% de las sentencias que otorgaron indemnización al cónyuge perjudicado. Observamos que no existe uniformidad de criterios para determinar si la reparación al cónyuge perjudicado debe proceder de oficio ó a pedido de parte, aquí advertimos una laguna legal que la ley o la jurisprudencia debe llenar con la finalidad de garantizar igualdad a todas las personas que se sometan a esta clase de procedimientos judiciales.

3. ANÁLISIS DE AUDIENCIAS DE CONCILIACIÓN DE PROCESOS JUDICIALES DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO, ENERO DE 2004 A JUNIO 2005

3.1. Audiencias de Conciliación del Segundo y Tercer Juzgados de Familia, de enero de 2004 a junio de 2005

NUMERO DE AUDIENCIAS DE CONCILIACIÓN ENERO DE 2004 A JUNIO 2005

Tabla N° 1

Año	2JF	3JF	Total
De 2007	42	29	71
A junio 2008	22	18	40
	64	47	111

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de audiencias de conciliación del Segundo y Tercer Juzgados de Familia, en agosto de 2005.

Respecto a las audiencias de conciliación, fueron analizadas 42 en el 2004 y 22 en el 2005 en el Segundo Juzgado de Familia, que dieron un total de 64. Y 29 en el 2004 y 18 en el 2005 en el Tercer Juzgado de Familia, que dieron un total de 47. Sumadas las totalidades de audiencias analizadas sumaron 111.

3.2. Fijación de Puntos controvertidos en las audiencias de conciliación sobre divorcio por separación de hecho, en el Segundo Juzgado de Familia

PUNTOS CONTROVERTIDOS ENERO 2004 A JUNIO 2005

Tabla N° 2

Años	Puntos Controvertidos	N° de Audiencias
2004	1. Determinar constitución de hogar conyugal ó el último domicilio conyugal. 2. Determinar la separación de hecho. 3. Determinar la fecha en que se produjo la separación de hecho. 4. Determinar la existencia de obligaciones alimentarias. 5. Determinar indemnización de daño moral.	39
	1. Determinar constitución de hogar conyugal con determinación del último domicilio conyugal. 2. Determinar las circunstancias que motivaron la separación a efecto de determinar indemnización y demás efectos jurídicos del artículo 345 – A. 3. Determinar capacidad económica de las partes, y situaciones personales. 4. Determinar el tiempo de la separación.	3
2005	1. Determinar constitución de hogar conyugal ó el último domicilio conyugal. 2. Determinar la separación de hecho. 3. Determinar la fecha en que se produjo la separación de hecho. 4. Determinar la existencia de obligaciones alimentarias. 5. Determinar indemnización de daño moral. 6. Determinar actos que configuren violencia psicológica. 7. Determinar si demandante ha mantenido relaciones sexuales con tercera persona.	1 1 (22)
Total		64

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de audiencias de conciliación del Segundo Juzgado de Familia, en agosto de 2005.

Los puntos controvertidos en procesos de divorcio por separación de hecho en el Segundo Juzgado de Familia son: a) Determinación de constitución de hogar conyugal ó último domicilio conyugal; b) Determinar la separación de hecho; c) Determinar la fecha de la separación de hecho; d) Determinar la existencia de obligaciones alimentarias; e) Determinar indemnización de daño moral; f) Determinar las circunstancias que motivaron la separación a efecto de determinar indemnización y demás efectos jurídicos del artículo 345 – A del Código Civil; g) Determinar la capacidad económica de las partes, y situaciones personales; h) Determinar actos que configuren violencia familiar; i) Determinar si el demandante ha mantenido relaciones sexuales con tercera persona. Observamos que los puntos controvertidos están dirigidos a probar la existencia de la causal y determinar la existencia de elementos constitutivos del daño.



3.3. Fijación de Puntos controvertidos en las audiencias de conciliación sobre divorcio por separación de hecho, en el Tercer Juzgado de Familia

PUNTOS CONTROVERTIDOS

ENERO 2004 A JUNIO 2005

Tabla N° 3

Años	Puntos controvertidos	N° de Audiencias
2004	1. Existencia de separación de hecho. 2. Determinar el tiempo transcurrido de la separación. 3. Determinar cónyuge culpable (responsable). 4. Determinar existencia de obligaciones alimentarias. 5. Determinar el monto de la indemnización. 6. Determinar si se ha producido daño moral y personal. 7. Determinar si existe daños y perjuicios en la forma de daño personal, y el monto del mismo. 8. Determinar si corresponde fijarse una indemnización y el quantum de la misma. 9. Determinar si a consecuencia de la separación de hecho se ha ocasionado daño moral y el quantum del mismo	29
2005	1. Determinar existencia de separación de hecho. 2. Determinar el tiempo transcurrido de la separación. 3. Determinar existencia de daño moral y su monto. 4. Determinar existencia de obligaciones alimentarias. 5. Determinar existencia de cónyuge responsable a efecto de establecer una indemnización si hubiere lugar.	18
Total		47

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de audiencias de conciliación del Tercer Juzgado de Familia, en agosto de 2005.

Los puntos controvertidos en procesos de divorcio por separación de hecho en el Tercer Juzgado de Familia son: a) Existencia de separación de hecho; b) Determinar tiempo de separación de hecho; c) Determinar cónyuge culpable o responsable de la separación; d) Determinar existencia de obligación alimentaría; e) Determinar el monto de la indemnización; f) Determinar si se ha producido daño moral y personal; g) Determinar si existe daños y perjuicios en la forma de daño personal, y el monto del mismo; h) Determinar si corresponde fijarse una indemnización y el quantum de la misma; i) Determinar si ha consecuencia de la separación de hecho se ha ocasionado daño moral y el quantum del mismo; j) Determinar la existencia de daño moral y su monto. Observamos que los puntos controvertidos están dirigidos a probar la existencia de la causal y determinar la existencia de elementos constitutivos del daño.

3.4. Medios probatorios admitidos destinados a probar el daño al cónyuge perjudicado, en el Segundo Juzgado de Familia.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Tabla N° 4

Año	Medio Probatorio
2004	1. Declaración de parte. 2. Constancia o denuncia policial de abandono hogar conyugal. 3. Declaraciones testimoniales. 4. Certificado de supervivencia. 5. Certificado médico. 6. Expediente de divorcio. 7. Informe médico. 8. Peritaje médico. 9. Acta de conciliación extrajudicial. 10. Copia certificada de nulidad de matrimonio religioso. 11. Expediente de violencia familiar y solicitud de garantías personales. 12. Copias certificadas de actas de nacimiento de hijos extramatrimoniales. 13. Informe psicológico.
2005	1. Declaración de parte. 2. Declaraciones testimoniales. 3. Expedientes sobre violencia familiar y solicitud de garantías. 4. Certificados médicos. 5. Certificación policial. 6. Certificado psicológico. 7. Expediente sobre divorcio. 8. Acta de separación.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadores de audiencias de conciliación del Segundo Juzgado de Familia, en agosto de 2005.

Medios probatorios admitidos en el Segundo Juzgado de Familia: a) Declaración de parte; b) Constancia o denuncia policial; c) Declaración testimonial; d) certificado de supervivencia; e) Certificado médico; f) Expediente de divorcio; g) Informe médico; h) peritaje médico; i) Acta de conciliación extrajudicial; j) copia certificada de nulidad de matrimonio religioso; k) expediente sobre violencia familiar y solicitud de garantías personales; l) partidas de nacimientos de hijos extramatrimoniales; ll) informe psicológico; m) Acta de separación. Observamos que los medios probatorios están destinados a producir certeza sobre el evento de la separación y su duración, y la existencia de daños. Sobre el tema indemnizatorio, observamos que las partes demuestran conocimiento de la norma, y buscan probar la existencia del daño para obtener una prestación que les asegure bienestar económico, colaborando con la administración de justicia.

3.5 Medios probatorios admitidos destinados a probar el daño al cónyuge perjudicado, en el Tercer Juzgado de Familia.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Tabla N° 5

Años	Medios Probatorios
2004	1. Denuncias por maltrato psicológico. 2. Informe social respecto del cónyuge inocente. 3. Informe psicológico de la menor y el cónyuge perjudicado. 4. Declaración de parte. 5. Certificado médico legal. 6. Denuncia por maltratos físicos y solicitud de garantías personales.
2005	1. Declaración de parte. 2. Declaraciones testimoniales. 3. Pericia ginecológica a la demandante embarazada. 4. Examen médico para determinar salud de cónyuge perjudicado. 5. Informes de los Registros Públicos. 6. Informe social en el domicilio de los hijos menores de edad.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de audiencias de conciliación del Tercer Juzgado de Familia, en agosto de 2005.

Medios probatorios admitidos en el Tercer Juzgado de Familia: a) Denuncias por maltrato psicológico; b) Informe social al domicilio del cónyuge perjudicado; c) informe psicológico a hijos menores y cónyuge perjudicado; d) declaración de parte; e) certificado médico legal; f) denuncia por maltrato físico; g) declaraciones testimoniales; h) pericia ginecológica la cónyuge embarazada; i) examen médico; j) Informe social en el domicilio de los hijos menores de edad; k) informe de los Registros Públicos. Observamos que los medios probatorios están destinados a probar el evento de la separación y la existencia de daños.

4. ANÁLISIS DE AUDIENCIAS DE PRUEBAS EN PROCESOS JUDICIALES DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO, ENERO DE 2007 A JUNIO DE 2005

4.1. Audiencias de Pruebas del Segundo y Tercer Juzgados de Familia, de enero de 2004 a junio de 2005

NÚMERO DE AUDIENCIAS DE PRUEBAS ENERO 2004 A JUNIO 2005

Tabla N° 1

Año	2JF	3JF	Total
De 2007	28	17	45
A junio 2008	20	16	36
	48	33	81

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de audiencias de pruebas del Segundo y Tercer Juzgados de Familia, en agosto de 2005.

Respecto al análisis de las audiencias de pruebas, hemos analizado 28 audiencias en el 2004 y 20 en el 2005 en el Segundo Juzgado de Familia; y 17 audiencias en el 2004 y 16 en el 2005 en el Tercer Juzgado de Familia.

4.2 Actuación de medios probatorios, en el Segundo Juzgado de Familia

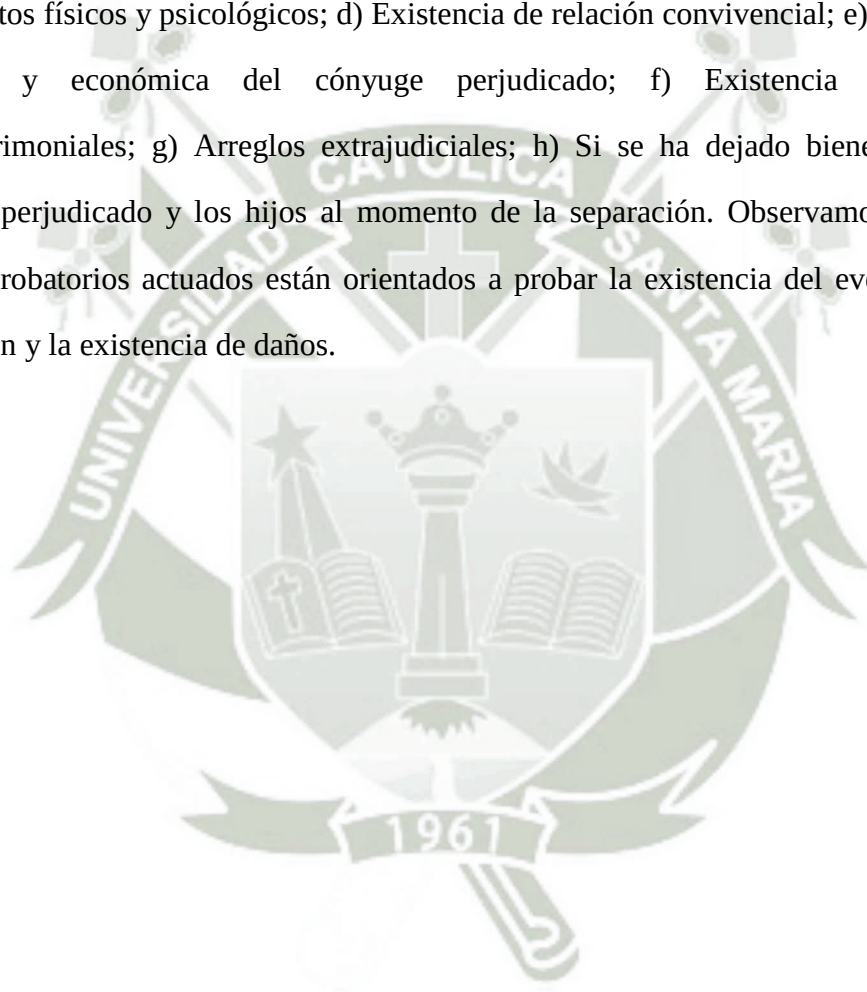
ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Tabla N° 2

Años	Hechos probados
2004	1. Declaraciones testimoniales: a) Quien efectuó el abandono, b) La relación convivencial del cónyuge culpable con tercera persona, c) La existencia de hijos extramatrimoniales. d) Cumple con sus obligaciones alimentarias. e) Situación personal y económica del cónyuge perjudicado con la separación. 2. Declaración de parte: a) Quien efectuó el abandono, b) La existencia de bienes inmuebles. c) Maltratos físicos y psicológicos. d) Existencia de relación convivencial del cónyuge culpable, o de ambos consortes. e) Situación personal y económica del cónyuge perjudicado. f) Existencia de hijos extramatrimoniales del cónyuge culpable, o de ambos cónyuges. g) Arreglos extrajudiciales arribados por ambos consortes. h) Si ha dejado bienes a consorte perjudicada e hijos en el momento de la separación.
2005	1. Declaraciones testimoniales: a) Existencia de relación convivencial del cónyuge responsable de la separación, o de ambos consortes. b) Que cónyuge hizo el abandono de hogar conyugal. 2. Declaración de parte: a) Existencia de relación convivencial del cónyuge responsable de la separación. b) Situación personal y económica del cónyuge perjudicado en la separación de hecho. c) Existencia de hijos extramatrimoniales del cónyuge responsable de la separación.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de audiencias de pruebas del Segundo Juzgado de Familia, en agosto de 2005.

Actuación de medios probatorios en el Segundo Juzgado de Familia: Declaración testimonial: a) Quien efectuó el abandono del hogar conyugal; b) Existencia de relación convivencial; c) Existencia de hijos extramatrimoniales; d) Cumplimiento de obligaciones alimentarias; e) Situación personal y económica del cónyuge perjudicado. Declaración de parte: a) Quien efectuó el abandono; b) Existencia de bienes inmuebles; c) Maltratos físicos y psicológicos; d) Existencia de relación convivencial; e) Situación personal y económica del cónyuge perjudicado; f) Existencia de hijos extramatrimoniales; g) Arreglos extrajudiciales; h) Si se ha dejado bienes para el cónyuge perjudicado y los hijos al momento de la separación. Observamos que los medios probatorios actuados están orientados a probar la existencia del evento de la separación y la existencia de daños.



4.3 Actuación de medios probatorios, en el Tercer Juzgado de Familia

ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Tabla N° 3

Años	Hechos probados
2004	1. Declaraciones testimoniales: a) Cual de los cónyuges efectuó el abandono del hogar conyugal. b) Existencia de maltratos físicos y psicológicos. c) Adulterio. 2. Declaración de parte: a) Existencia de agresiones físicas y psicológicas. b) Existencia de hijos extramatrimoniales. c) Existencia de daños, en su entorno social, depresión que influyó en su rendimiento laboral.
2005	1. Declaraciones testimoniales: a) Cónyuge responsable de la separación no cumple sus obligaciones alimentarias. b) Violencia física y psicológica. 2. Declaración de parte: a) Existencia de relación con vivencial del cónyuge demandado, y poseer ingresos suficientes para su sostenimiento. b) Existencia de violencia familiar. c) Existencia de hijos extramatrimoniales del cónyuge responsable de la separación. d) Existencia de daño moral al cónyuge perjudicado y a sus hijos. e) Existencia de enfermedad producto de la separación.

Fuente: Investigación personal realizada en los copiadore de audiencias de pruebas del Segundo Juzgado de Familia, en agosto de 2005.

Actuación de medios probatorios en el Tercer Juzgado de Familia: a) Declaración testimonial: a) Quien efectuó el abandono; b) existencia de maltratos físicos y psicológicos; c) Adulterio. Declaración de parte: a) Existencia de agresiones físicas y psicológicas; b) existencia de hijos extramatrimoniales; c) existencia de daños, en el entorno social, depresión que influya en el rendimiento laboral; d) existencia de relación con vivencial; e) existencia de daño moral; f) existencia de enfermedad producto de la separación de hecho. Observamos que los medios probatorios actuados están orientados a probar la existencia del evento de la separación y la existencia de daños.

5. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Luego de haber expuesto la información obtenida del análisis de expedientes judiciales en los Juzgados de Familia del distrito Judicial de Arequipa, es conveniente realizar un breve análisis jurídicos de los elementos que conforman el problema de investigación, es decir, de las particularidades encontradas sobre la reparación al cónyuge perjudicado en los expedientes judiciales, es decir el derecho activo o vivo.

Así tenemos:

- a) De la utilidad socialmente relevante de la causal de separación de hecho para obtener el divorcio en el distrito judicial de Arequipa, como pude apreciarse de los datos obtenidos de los expedientes judiciales, está nueva causal resulta ser de fácil acceso para el cónyuge que solicita el divorcio, obteniendo en más de 80% resultados óptimos, es decir, fundado su pedido de divorcio. Lo que no ocurre con las otras causales de divorcio, que por su naturaleza jurídica necesariamente implican la obtener medios probatorios suficientes e idóneos para probar la causal. En cambio, con está nueva causal de divorcio, el hecho determinante, será probar el evento de la separación de hecho, el cual puede ser incluso demostrado con un sólo documento o un declaración de parte, las ventajas probatorias de está causal permiten su mayor utilidad social, así como que para invocarla se goza del beneficio, de poder accionarla inclusive cuando se ha sido responsable del evento de la separación de hecho, quiere decir, que hoy por hoy, las calidades de cónyuge culpable o inocente se convierten en inoperantes al momento de solicitar el divorcio. En ese sentido, las garantías al cónyuge inocente y/o familia supérstite al divorcio deben ser precisadas de manera clara y concreta, afianzarlas y convertirlas en seguros o controles para la utilización de esta causal, para garantizar que la misma no se convierta en el futuro en el instrumento que socave la institución social jurídica más importante de la sociedad, la familia.
- b) De la tutela a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, al respecto de las dos posibilidades o alternativas que tiene el juzgador para tutelar por la estabilidad del cónyuge perjudicado por la separación de

hecho, la primacía de la prestación pecuniaria a manera de indemnización es contundente, la segunda alternativa sobre adjudicación preferente de bien inmueble es prácticamente inutilizada. Las razones provienen desde el inicio del procedimiento, con la declaración de no poseer bienes sociales, lo que a su vez tiene un origen más remoto, el evento de la separación de hecho, en el cual la gran mayoría de veces, de facto o en acuerdo se decide el destino de los bienes sociales del matrimonio. Es decir, las personas prefieren resolver los temas patrimoniales del matrimonio fuera de la esfera de la administración de justicia.

- c) De los fundamentos para otorgar una indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, en la mayoría son elementos relacionados al evento de la separación de hecho y el incumplimiento deberes matrimoniales, es decir, obligaciones preexistentes que son incumplidas deliberadamente por el cónyuge culpable. Sin embargo, tratándose de un daño no patrimonial, el ordenamiento jurídico prescribe que en la valoración de este tipo de daños, debe necesariamente evaluarse la magnitud del daño y el menoscabo sufrido en la víctima, pero del análisis de expedientes puede advertirse que la evaluación del daño sólo se realiza a partir de la verificación del elemento constitutivo del daño (separación o incumplimiento de deberes matrimoniales), es decir, es una valoración del daño no patrimonial imperfecta, en ese sentido, la discrecionalidad del juez es arbitraria, porque no toma en cuenta los criterios preestablecidos para determinar el quantum indemnizatorio, y sólo se dirige a través de su leal saber y entender. Está es un punto que debe ser investigado a profundidad, con la finalidad de dar justicia a las personas, más la justicia no puede formarse en un ambiente ligero e impreciso.
- d) De la finalidad de la causal de separación de hecho, la misma fue establecida para sanear situaciones de hecho, es decir, matrimonios disueltos de hecho, sin embargo, la permanencia de la ley en el tiempo, no tardará en convertirse en un instrumento por el cual un cónyuge culpable pueda fácilmente desobligarse de su deberes matrimoniales, con la ventaja de que el criterio sobre la reparación del daño, es uno dirigido a probar la existencia del daño, y como casi siempre el tiempo es un elemento disipador de los efectos del daño, al momento de iniciar el procedimiento de divorcio por separación de hecho, el daño producido a la

víctima habrá desaparecido o por lo menos se habrá atenuado. Este hecho, que está siendo verificado en el análisis de los expedientes requiere un análisis especializado, para determinar una adecuada tutela de la estabilidad del cónyuge perjudicado.

- e) De la tutela a la estabilidad económica de los hijos menores de edad afectados por la separación de hecho, sobre el particular, tenemos que existen en casi una gran mayoría de casos, la existencia de hijos menores de edad al momento de interponer el divorcio por separación de hecho, sin embargo, en ninguno de los casos se ha otorgado una prestación a manera de indemnización para resarcirlos o tutelarlos por el evento de la separación de hecho. Consideramos los juzgadores al momento de determinar una prestación indemnizatoria favor del cónyuge inocente, deben también evaluar la magnitud del dolo y sus efectos en los hijos menores de edad, siendo personas humanas con derechos iguales a todos, merecen ser tutelados adecuadamente, la prestación a favor del cónyuge perjudicado no puede presumirse como prestación igualmente dada a los hijos menores de edad, son individualidades diferentes que merecen un análisis individual de las consecuencias del daño en su integridad sicosomática.
- f) De la prestación a manera de indemnización al cónyuge perjudicado de oficio o a pedido de parte, sobre el particular, no existe uniformidad de criterios, lo que lleva consigo inestabilidad del ordenamiento y desigualdad entre las personas que se someten a la administración de justicia. Si se tratase de una tutela la al estabilidad económica del cónyuge perjudicado, consideramos que la prestación debe ser ordenada de oficio, así debe declararse en la ley , para que las partes y sus abogados en la etapa procesal correspondiente puedan hacer probar el daño sufrido y así poder obtener una prestación a su favor, que como ya lo venimos diciendo con anterioridad debe convertirse en el filtro para la utilidad de esta causal, Pero si se tratase de una indemnización por daños, debe considerarse a pedido de parte, ya que es una facultad de quien sufre daños poder peticionar o no la misma en la vía judicial, en ese sentido, si lo considera conveniente peticionará la indemnización le sea conveniente o no respetando su autonomía de la voluntad.

- g) De los puntos controvertidos en los procesos judiciales sobre divorcio por separación de hecho, sobre el particular y en relación al tema que es de nuestro interés, los citados puntos controvertidos están dirigidos a determinar el evento de la separación como generador de daños y la existencia de un cónyuge perjudicado. Es decir, como lo venimos señalando existe interés sea peticionado o no por determinar si el evento de la separación produjo o no daños al cónyuge perjudicado. Punto a favor al tema de la reparación de oficio, es decir, el juzgador siempre emitirá un pronunciamiento sobre el tema de la reparación porque previamente lo incluyo en sus cuestiones a dilucidar con los medios probatorios y la ley.





ANEXO III

PROYECTO DE TESIS

UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRIA EN DERECHO CIVIL

TEMA:

**“COEXISTENCIA DE LAS FIGURAS JURIDICAS DEL CONYUGE
DAÑADO Y CONYUGE PERJUDICADO EN EL SISTEMA DEL DIVORCIO
PERUANO Y LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA REGULACIÓN”**

**Borrador de tesis presentado por el Bachiller
JAVIER EDUARDO FERNÁNDEZ DÁVILA MERCADO
Para optar el grado académico de
Magíster en Derecho Civil**

AREQUIPA - PERU
2010

I. PLANTEAMIENTO TEORICO

1. Problema de investigación

1.1 Enunciado del problema

“COEXISTENCIA DE LAS FIGURAS JURIDICAS DEL CONYUGE DAÑADO Y CONYUGE PERJUDICADO EN EL SISTEMA DEL DIVORCIO PERUANO Y LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA REGULACIÓN”

1.2 Descripción del Problema

El problema de investigación está ubicado en el Derecho de Familia, que a su vez forma parte integrante del Derecho Civil; así vemos que con la entrada en vigencia de la Ley N° 27495 que incorpora la Separación de Hecho como causal de Separación de Cuerpos o Divorcio absoluto, se ha introduciendo la **Teoría del Divorcio Remedio** en nuestro ordenamiento jurídico y la novísima figura del **Cónyuge Perjudicado**.

Nuestro Sistema de Divorcio se ha convertido en uno de tipo mixto, es decir, en el cual se presentan: Un *Divorcio Sanción*, donde se examinarán las condiciones personales que dieron origen a la ruptura matrimonial, se identificó un cónyuge culpable y el consecuente derecho reparatorio del Cónyuge Dañado, si el mismo no ha caducado. Por otro lado, el *Divorcio Remedio*, que se produce prescindiendo de las causas de la ruptura matrimonial, cuyo objetivo es enfrentar una situación conflictiva ya dada y solucionarla.

La falta de un análisis adecuado para la coexistencia de estos sistemas disímiles entre sí, y el erróneo entendimiento de la figura del Cónyuge Perjudicado, ha provocado, conforme se ha regulado el artículo 345-A de nuestro Código Civil, una confusión en la aplicación del Sistema del Divorcio Remedio y en segundo lugar que la figura del Cónyuge Perjudicado carezca de una naturaleza jurídica adecuada. Produciendo de esta manera que en el proceso de Divorcio Remedio, que por esencia es inculpatario y objetivo; se examinen las conductas o autorías a fin de descubrir el elemento de la culpa, para -en aplicación objetiva de la norma- establecer una reparación, situación que debería ser inexistente en este proceso; además de ello se identifica erróneamente la figura del “Cónyuge Perjudicado” con la figura ya pre-existente del “Cónyuge Dañado”, restándole contenido a la primera.

Consideramos que la diferenciación entre el Cónyuge Dañado y el Cónyuge Perjudicado es de vital importancia, no solo para tender a la efectividad procesal del nuevo Sistema del Divorcio Remedio, sino para que el derecho a través de la figura del Cónyuge Perjudicado pueda velar situaciones de injusticia que nacen a consecuencia del divorcio, como efectos y consecuencias, que hasta la fecha no merecían respuesta jurídica alguna. Así vemos que la disparidad en las nuevas condiciones de vida entre los cónyuges, creadas por el divorcio, a consecuencia del diferente rol asumido dentro del matrimonio (la función de la ama de casa, por ejemplo), que conlleva a que ambos no se encuentre en igualdad de capacidades, en poder de la fuente de ingresos o la existencia de una ostensible diferencia, es necesario que a través de la figura jurídica del “Cónyuge Perjudicado” se incorpore un *Elemento de Equidad* que permita corregir ese resultado lacerante que de otra forma no tendría tutela en nuestra legislación, como ya así lo contempla la legislación comparada desde hace muchos años, mostrando sensibilidad a estos actos injustos, justamente con la figura del Cónyuge Perjudicado e incluso van más allá con las figuras de Indemnización del trabajo en el hogar, indemnización por la contribución al trabajo del otro. Etc.

Debemos hacer notar que los proyectos de ley que dieron origen a la norma en mención, pretendían introducir esta tutela, tal como se advierte de los mismos, así como de la presentación en el debate parlamentario; sin embargo en la redacción final se dio origen al confuso artículo 345-A, donde encontramos una función oficiosa, una “tutela a la estabilidad económica”, la presencia de un “Cónyuge Perjudicado”, la posibilidad de una “Adjudicación Preferente”, en confusión con una indemnización, que responde a otros principios.

En estas circunstancias se circunscribe el problema de investigación propuesto, el cual pretendemos analizar y resolver.

1.2.1 Campo: Derecho.

1.2.2 Área de conocimiento: Derecho de Familia.

1.2.3 Línea:

1.2.4 Tipo de investigación: Jurídico Propositiva¹⁶⁷

¹⁶⁷ En este tipo de investigación “(...) Se trata de cuestionar una ley o institución jurídica vigente para, luego de evaluar sus fallas, proponer cambios o reformas legislativas en concreto”. WITKER, Jorge. *La Investigación Jurídica*. México: McGRAW – HILL, 1995, p. 11

1.3 Variables e indicadores

1.3.1 Primera Variable independiente

- “Cónyuge Dañado”

Segunda Variable Independiente

- “Cónyuge Perjudicado”

1.3.2 Indicadores

Variables	Indicadores
a) Cónyuge Dañado	Naturaleza: - Contractual - Extracontractual Presupuestos: - Antijuridicidad. - Daño - Relación de Causalidad - Factor de Atribución Temporalidad del daño (permanencia en el tiempo).
b) Cónyuge Perjudicado	Naturaleza - Alimenticia - Indemnizatoria - Compensatoria - Mixta Presupuestos - Resolución de separación o divorcio - Empeoramiento - Desequilibrio. - Temporalidad de la pensión

1.4 Interrogantes Básicas

1.4 Interrogantes Básicas

1.- ¿La regulación del Divorcio en nuestra Sistema Jurídica, responde al tipo denominado como Sistema Mixto, con un Divorcio Sanción y Un divorcio Remedio?

2.- ¿Se identifica correctamente el Divorcio Sanción y su correlato en la Reparación del Cónyuge Dañado?

3.- ¿Se identifica correctamente el Divorcio Remedio y su correlato en la Reparación al Cónyuge Perjudicado?

4.- ¿La figura jurídica del Cónyuge Dañado es igual a la del Cónyuge Perjudicado producto del divorcio?

5.- ¿Se pueden identificar situaciones de injusticia que surgen por el divorcio que no son tuteladas en nuestra legislación?

1.5 Justificación del Problema

El conocimiento del Sistema Mixto para el divorcio en nuestra legislación, es esencial para una aplicación efectiva de la norma que nos permitirá conocer los aciertos y desaciertos que tiene la normatividad vigente. De ésta manera, dilucidados de manera clara y precisa los problemas suscitados podremos darle una solución justa que traiga consigo el perfeccionamiento del Derecho, y el cumplimiento de la finalidad abstracta del mismo, es decir, la justicia en paz social.

Asimismo, la ausencia de investigaciones que tengan como unidades de estudio resoluciones judiciales en el ámbito local no ha permitido conocer adecuadamente la dinámica de la teoría del Divorcio Remedio, ni la figura del Cónyuge Perjudicado, hasta el momento no contamos con estudios dogmáticos suficientes que tomen en cuenta al derecho vivo, es decir, a los fallos de los jueces. Nuestra investigación ofrecerá al investigador jurídico, docente, estudiante, o institución pública o privada, los elementos dogmáticos y fácticos necesarios para el perfeccionamiento de una materia que reúne una gran importancia para la sociedad, es decir, la protección del ser humano y de la familia supérstite al divorcio. Son éstos últimos elementos fundamentales para el desarrollo de la sociedad, en ello radica la relevancia y el aporte de la investigación que pretendemos llevar a buen término.

2. Marco Conceptual

2.1.- Matrimonio

“El matrimonio es la institución social jurídica más antigua, socio lógicamente es la institucionalización de las relaciones cuya fundamento es la unión intersexual sancionada por Ley”¹⁶⁸

¹⁶⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSO, Enrique, Filiación y Patria Potestad. Lima. GRIJLEY, 2004 P.6NRIQUE

Ludwing ENNECERUS, define el Matrimonio como “La unión de un hombre y una mujer reconocido por la Ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges”¹⁶⁹ Unión

2.2.- Divorcio.

Etimológicamente deriva del Término latino *divortio* que a su vez proviene del verbo *libertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado.¹⁷⁰ Otros, aseveran a su vez, que procede de *Divorto* o *divertis* que equivale a separarse, disgregarse.

2.3.- Sistemas de Divorcio

2.4.- Divorcio Sanción.

“Llamado también divorcio por culpa, se considera que es el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivo para el divorcio. Se fundamenta en el incumplimiento grave de los deberes conyugales imputables a uno o ambos cónyuges”¹⁷¹

2.3.- Divorcio Remedio

“Llamado también objetivo, ésta doctrina tiene como iniciador al jurista alemán KHAL, quien propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, el determinar su la perturbación de la relación matrimonial que ya no puede esperarse que en la vida en común continúe de acuerdo a la esencia del matrimonio”

3. Objetivos

3.1.- Determinar la existencia de dos sistemas diferentes para el Divorcio de acuerdo a nuestra legislación

3.2.- Precisar los diferentes presupuestos y consecuencias de cada uno y los efectos similares

3.3.- Descubrir situaciones que no vienen siendo reguladas por el derecho.

4. Análisis de Antecedentes Investigativos en la UCSM

- 4.1.- Año 2005, tesis para optar el grado de Magíster, denominada “EFECTOS SOCIALES Y JURIDICOS DE LA NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO SOBRE SEPARACION DE HECHO INCORPORADA POR LA LEY NÚMERO 27495 EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA ENTRE JUNIO DEL 2001 A JUNIO DEL 2004”, presentada por la Dr. Miriam Aurora Fernández Gárate.

¹⁶⁹ ennecerus, Ludwing. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. Barcelona Bosh 1967

¹⁷⁰ PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil. 3ra Edición. Lima IDEMSA. 2002. p.593

¹⁷¹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Ob.Cit. Pag.256

- **4.2.-** Año 2007, tesis para optar el grado de Doctor, denominada *“EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE HECHO Y SUS EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DEL CONYUGE AGRAVIADO”*, presentado por el doctor Martín Valdivia Dueñas
- **4.3.-** Año 2009, Tesis para optar el grado profesional de derecho, denominada *“APLICABILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO: ENTRE REMEDIOS Y SANCIONES, 2008”*, presentado por el bachiller Joel P.L. Rodríguez Paz

5. Hipótesis

DADO QUE :

Si analizamos, entendemos y diferenciamos correctamente el Sistema Mixto de divorcio y la figura jurídica del Cónyuge Perjudicado

ES PROBABLE QUE:

- 1.- Se determine correctamente el Divorcio Sanción, identificándose una conducta antijurídica y un cónyuge culpable y un derecho reparatorio
- 2.- Exista una adecuada y efectiva aplicación del Divorcio Remedio
- 3.- El derecho tutele situaciones desventajosas y perjudiciales en que se encuentra uno de los cónyuges, por roles asumidos dentro del matrimonio y que merecen una respuesta jurídica

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Método, técnicas y instrumentos

a) Método

El método empleado para la presente investigación reúne elementos del método funcional de investigación jurídica y el método dogmático de investigación jurídica. Es

decir, comenzaremos el inicio de la investigación con la búsqueda documental de la dogmática jurídica en torno al tema de investigación propuesto. Haremos una búsqueda en las bibliotecas de la ciudad de Arequipa con la finalidad de tener un marco teórico suficiente que refuerce nuestras argumentaciones. Consultaremos obras de autores nacionales y extranjeros que abordan la temática, con la finalidad de reforzar nuestros propios argumentos.

Junto con ello realizaremos el estudio de resoluciones judiciales de los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con la finalidad de conocer la funcionalidad de la reparación por daños al cónyuge perjudicado, advirtiendo errores, características y demás fundamentos de cómo se entiende en el derecho vivo el tema de investigación planteado. Sin embargo, el estudio de resoluciones judiciales y expedientes no se gota en ello, también analizaremos las razones o fundamentos utilizados para determinar el monto para la reparación por daños. Luego de efectuado los análisis preliminares en los instrumentos pertinentes, realizaremos la redacción del informe de investigación.

b) Técnicas e instrumentos

1) La Primera Técnica de recolección de datos será la del Fichaje, mediante la cual se recolectará y ordenará la información jurídica - documental necesaria para la defensa de la tesis, como por ejemplo se recolectaran y ordenaran las diferentes teorías de los juristas nacionales y extranjeros que han tratado la institución jurídica del divorcio y de la teoría de la responsabilidad civil.

Para lo cual se usarán de instrumentos las diferentes clases de Fichas: Bibliográficas y de Trabajo: Textuales, Resumen, Paráfrasis, Mixtas, para así poder lograr de una manera ordenada y sistemática el mejor análisis crítico de la información obtenida a fin de presentar una tesis objetiva, facilitando la mejor utilización de la información. Por ser una investigación eminentemente documental, la técnica y los instrumentos elegidos son los idóneos para esta investigación jurídica.

Seguidamente mostramos los formatos de fichas que utilizaremos en la presente investigación jurídica:

Ficha Bibliográfica:

Formato Autor/Obra

16 cm. x 10 cm.

Autor

Título de la obra

Ciudad, Editorial, Número de Edición y Año de Edición
Número de páginas

Biblioteca (Institución/Personal)
Cod.:



Fichas de trabajo:

Formato Nro. 1

20 cm. x 12 cm.	
Ficha (Textual/Resumen/Paráfrasis)	Nro.
Título Contenido Autor, Título de la Obra, Páginas	

Formato Nro. 2

20 cm. x 12 cm.	
Ficha de Jurisprudencia	Nro.
Clase de Resolución (Casación, etc.) Número de Expediente (fecha de publicación) Contenido Fecha de la resolución Autores, Nombre de la publicación, Páginas	

2) En segundo lugar se usará el “Cuaderno de Investigación” o “Libreta de Anotaciones”, en donde a lo largo de la etapa de recolección de datos y análisis de la información recolectada, se anotarán las posturas propias del investigador y los argumentos necesarios para la sustentación de la “tesis” propuesta, en el trabajo de investigación. Para lo cual se empleara como instrumento un cuaderno cuadriculado de 96 hojas para dicho fin.

Para una mejor ilustración de las técnicas e instrumentos utilizados, mostramos a continuación un cuadro con las variables e indicadores y sus respectivas técnicas e instrumentos de recolección y análisis de la información que se obtendrá:

Variable Única	Indicadores	Técnica	Instrumentos
a) Cónyuge Dañado	Naturaleza: - Contractual - Extracontractual Presupuestos: - Antijuridicidad. - Daño - Relación de Causalidad - Factor de Atribución Temporalidad del daño (permanencia en el tiempo).	Fichaje	- Fichas Bibliográficas - Fichas de Trabajo
b) Cónyuge Perjudicado	Naturaleza - Alimenticia - Indemnizatoria - Compensatoria - Mixta Presupuestos - Resolución de separación o divorcio - Empeoramiento - Desequilibrio. - Temporalidad de la pensión	Cuaderno de Investigación	Cuaderno Cuadrulado de 96 hojas

2. Campo de Verificación

2.1 Ubicación Temporal.- El problema de investigación se presenta desde la vigencia de la Ley N° 27495 – Ley que incorpora la causal de separación de hecho para obtener la separación de cuerpos o el divorcio absoluto (07/07/2001).

2.2 Ubicación Espacial.- El problema de investigación se presenta en el ámbito nacional. Sin embargo, debido a las unidades de estudio empleadas debemos señalar como ubicación espacial el Distrito Judicial de Arequipa.

2.3 Unidades de Estudio.-

2.3.1. Doctrina Jurídica, Jurisprudencia Nacional y Extranjera sobre Divorcio por Separación de Hecho en las cuales se disponga la reparación al cónyuge perjudicado, para ello se recurrirá a las Bibliotecas Públicas y/o Privadas de la localidad, así como búsqueda a través de Internet

2.3.2. Resoluciones judiciales y expedientes del Segundo y Tercer Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa de julio de 2001 a julio de 2005, revisando dentro de este periodo 107 expedientes sobre Divorcio por Separación de Hecho, 72 pertenecen al 2do. Juzgado y 35 al Primer

Juzgado, consistiendo la revisión en la Audiencia de Fijación de Puntos controvertidos, La Admisión de Medios Probatorios y Las Sentencias

2.3.3. Los Proyectos de Ley que dieron origen a Ley N° 27495

- 1.- Proyecto de Ley 154-2000-CR
Autor: Congresista Helbert Samalvides Dongo
- 2.- Proyecto de Ley 171-2000-CR
Autor: Congresista Ernesto Gamarra Olivares
- 3.- Proyecto de Ley 278-2000-CR
Autor: Congresista Daniel Estrada Pérez
- 4.- Proyecto de Ley 555-2000-CR
Autor: Congresista José Elías Ävalos
- 5.- Proyecto de Ley N° 565/2000-CR,
Autor: Congresista Miriam Schenone Ordinola.
6. - Proyecto de Ley 655-2000-CR
Autor: Congresista Fernán Altuve-Febres Lores
- 7 - Proyecto de Ley 795-2000-CR
Autor: Congresista Patricia Donayre Pasquel

2.3.4. Dictámenes y diario de debates del congreso de la República del Perú:

1. Dictamen de Comisión de Reforma de Códigos (1)
2. Dictamen de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano (2)
3. Dictamen de la Comisión de Justicia (2)
4. Diario de Debates del Congreso de la República del Perú

III. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo 2010 Quincenas	Enero. 1°	Ener 2°	Ener 3°	Enero 4°	Febr. 1°	Febr. 2°	Febr. 3°	Febrer 4°	
Actividades									
1.- Revisión de la bibliografía	X	X							
2.- Elaboración de fichas de estudio	X	X							
3.- Formulación de Planteamiento Teórico		X							
4.- Formulación del Planteamiento Operacional		X							
5.- Recolección de Datos		X	X	X	X	X			
6.- Estructuración de Resultados				X	X	X	X		
7.- Redacción de Informe Final					X	X	X	X	

IV. BIBLIOGRAFÍA INICIAL

- **ALBALADEJO**, Manuel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia. T. IV. 8ª Edición. Barcelona: 1997.
- **ALPA**, Guido. Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones. Traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2001.
- **BARBERO**, Omar V. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1977.
- **BORDA**, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot, 1964.
- **CABANELLAS**, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T II C-D, 12ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979.
- **CABELLO MATAMALA**, Carmen Julia. *Cincuenta Años de Divorcio en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987.
- **CORRAL TALCIANI**, Hernán. *Derecho y Derechos de la Familia*. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY, 2005.
- **GARCÍA TOMA**, Víctor. “La Técnica de Integración de las Normas”. IUS ET PRAXIS, N° 23, Lima: Universidad de Lima – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1994.
- **GIRALDO ÁNGEL**, Jaime: Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica, Editorial TEMIS Librería, Bogotá, 1980.
- **PERALTA ANDÍA**, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. 3ª Edición. Lima: IDEMSA, 2002.
- **PLACIDO VILCACHAGUA**, Alex F. *Divorcio. Reforma del Régimen de Decaimiento y Disolución del matrimonio. Cuestiones sustantivas y aspectos procesales de la Ley 27495*. Lima: Gaceta Jurídica S. A., 2001.
- **PLACIDO VILCACHAGUA**, Alex F. *Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia*. 2ª Edición. Lima: Gaceta Jurídica S. A., 2002.
- **PLACIDO VILCACHAGUA**, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*. 2ª Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2002.
- **PRADO P.**, Alfredo: Presencia y Acción Universitarias, Edición Cofinanciada por la Universidad Católica de Santa María, Asociación de Docentes de la UCSM (ADUCA) y el aporte personal de varios profesores de esta Universidad, Arequipa, 1999.
- **RAMOS NUÑEZ**, Carlos: Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento, 2da Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2002.
- **RAMOS NUÑEZ**, Carlos Augusto. *Acerca del Divorcio*. Lima: Carlos Augusto Ramos Núñez, 1990.
- **RUBIO CORREA**, Marcial. Título Preliminar. Biblioteca para leer el Código Civil Vol. III. 7ª. Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
- **TAMAYO HERRERA**, José: Como hacer la tesis en Derecho (Manual para los aspirantes al grado de Bachiller en Derecho), Centro de Estudios País y Región, Lima, 1990.
- **TARAMONA**, José. *Manual del Juicio de Divorcio*. Lima: Editores del Centro, 1983.
- **TUESTA SILVA**, Wilder: Código Civil Comentado, Editora Jurídica GRIJLEY EIRL, Lima 2000.

- **VALDIVIA CANO**, Juan Carlos: La Caja de Herramientas (Introducción a la Investigación Jurídica), Edición financiada por la Universidad católica de Santa María, Arequipa, 1998.
- **VARSÍ ROSPLIGLIOSI**, Enrique. *Divorcio, filiación y Patria Potestad*. Lima: GRIJLEY, 2004.
- **WITKER**, Jorge. *La Investigación Jurídica*. México: MCGRAW – HILL, 1995.

Arequipa, 12 de Enero de 2010.

Javier Eduardo Fernández Dávila Mercado



BIBLIOGRAFIA:

1. **APARICIO AUÑON, Eusebio**, *“La pensión Compensatoria”*, Revista de Derecho de Familia, número 5, Octubre 1999.
2. **APUD TARAMONA, José**, *“Manual del Juicio de Divorcio”*, Lima: Editores del Centro, 1983.
3. **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max**, *“Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”*, Derecho de Familia, Sociedad Conyugal, El matrimonio como acto, relaciones personales entre los cónyuges, Régimen patrimonial, Decaimiento y disolución del vínculo, Tomo VII, Gaceta Jurídica Editores S. R. L., Lima, 1997.
4. **BARBERO, Omar U.**, *“Daños y Perjuicios derivados del Divorcio”*, Editorial ASTREA, 1977, Buenos Aires.
5. **BOFANTE, Pedro**, *“Instituciones de Derecho Romano”*, Octava Edición Italiana por L. Bacci y A. Larrosa, Editorial REUS, Madrid.
6. **BORDA, Guillermo**, *“Manual de Derecho de Familia”*, Buenos Aires: Perrot, 1964.
7. **BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A.**, *“Manual de Derecho de Familia”*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, Cuarta edición, 1996.
8. **BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo**, *“Manual de Derecho de Familia”*, Editores ASTREA, Buenos Aires, 1989.
9. **CABANELLAS, Guillermo**, *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*, Tomo IV, 26ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1998.
10. **CABELLO MATAMALA, Carmen Julia**, *“Código Civil Comentado”*, Tomo II., Lima, Gaceta Jurídica S. A., 2003.
11. **Casaciones citadas por MEDINA, Graciela**, *“Daños en el Derecho de Familia”*, Rubilsal -Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
12. **CASTILLO FREYRE, Mario**, *“Responsabilidad Civil Derivada del Divorcio”*.
13. **CIFUENTES, Santos**, *“El Divorcio y la Responsabilidad por Daños”*, Revista Jus et Praxis de la Universidad de Lima, Número 15, Junio de 1990, Lima.
14. **CÓDIGO CIVIL COMENTADO**, Por los 100 mejores especialistas.
15. Código Civil Peruano de 1984.
16. **COLOMBO, A.**, *“Indemnización de Daños Producidos por el Adulterio de la Esposa”*, Tomo 89, Buenos Aires.

Conyugal”, Sociedad Paterno Filial, Amparo Familiar del Incapaz, 10ª Edición, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1999.

17. **CORNEJO CHAVEZ, Héctor**, *“Derecho Familiar Peruano, Sociedad*
18. **CORNEJO CHÁVEZ, Héctor**, *“Derecho Familiar Peruano”*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998.
19. **CORRAL TALCIANI, Hernán**, *“Derecho y Deberes de la Familia”*, Editorial Grijley, Primera Edición Febrero, 2005.
20. **DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio**, *“El Sistema de Derecho Civil”*, Editorial Tecnos, Volumen IV, Sétima Edición, Reimpresión 1998.
21. **DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio**, *“El Sistema del Derecho Civil”*, Volumen IV, Madrid: Tecnos, 1983.
22. **ENNECCERUS, Ludwing**, *“Tratado de Derecho Civil”*, Tomo IV, Barcelona: Bosh, 1967.
23. **FERNANDEZ GARATE, Miriam Aurora.**, Tesis “ Efectos Sociales y Jurídicos de la Nueva Causal de Divorcio sobre Separación de Hecho incorporada en los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre Junio del 2001 a Junio del 2004” UCSM, Escuela de Posgrado, Arequipa 2005
24. **FERRER, Francisco**, *“La prueba del daño en el divorcio culpable”*, En Revista de Derecho de Daños, N° 5, La prueba del daño II, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
25. **FUKUYAMA, Francis**, *“La gran ruptura”*. Buenos Aires: Atlántida, 1999.
26. **HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo**, *“Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho”*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1999.
27. **HIGHTON, Elena**, *“Responsabilidad Médica ¿contractual o extracontractual?”*.
28. **MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa**, *“La Temporalidad de la Pensión Compensatoria”*, Valencia, 1997.
29. **MAZEAUD, Henri, León y Jean**, *“Lecciones de Derecho Civil. La familia, constitución de la familia”*, Primera Parte Volumen III. Traducción Luís Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1976.
30. **MEDINA, Graciela**, *“Daños en el Derecho de Familia”*, Rubilsal -Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
31. **ORGAZ, Alfredo**, *“La culpa - Actos Ilícitos”*, Editorial Lerner, Córdoba, 1970.

32. **PERALTA ANDÍA, Javier Rolando**, *“Derecho de Familia en el Código Civil”*, Editores IDEMSA, Lima, 2002.
33. **PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.**, *“Manual de Derecho de Familia”*, 2ª Edición, Lima, Gaceta Jurídica S. A., 2002.
34. **PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F.**, *“Divorcio, Reforma del Régimen de Decaimiento y disolución del Matrimonio”*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
35. **RAMOS NUÑEZ, Carlos**, *“Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX”*, PUCP, Tomo I.
36. **RIVERA, Julio César**, *“Instituciones de Derecho Civil”*, Parte general, Buenos Aires, 1995.
37. **RODRIGUEZ ITURRI, Roger**, *“La Familia en el Derecho Peruano”*, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.
38. **RUBIO CORREA, Marcial**, *“Estudio de la Constitución Política de 1993”*.
39. **SANCHEZ EZNARRIAGA, LUIS ZARRALUQUI**, en *“La Pensión Compensatoria de la Separación Conyugal y El Divorcio”*.
40. **VALDIVIA DUEÑAS, Martín Teodorico**, Tesis: *“El Divorcio por la causal de separación de hecho y sus efectos en la protección del cónyuge agraviado”*, Arequipa-Perú, 2007.
41. **VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique**, *“Divorcio, Filiación y Patria Potestad”*, Lima, GRIJLEY, 2004.
42. **VIDAURRE, Manuel Lorenzo**, *“Proyecto del Código Civil Peruano, Primera Parte de las Personas”*, Imprenta del Constitucional, Lima, 1834.

