

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

DOCTORADO EN DERECHO



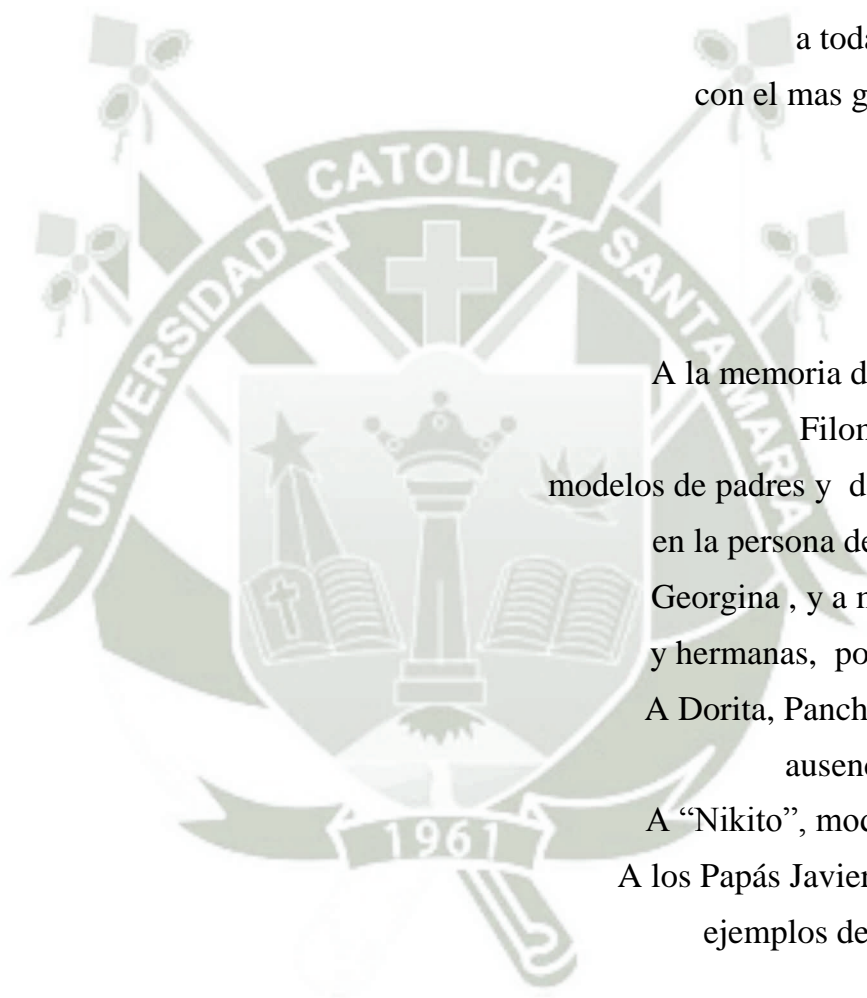
EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO Y SUS EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE AGRAVIADO

Tesis presentada por el Magíster
MARTÍN TEODORICO VALDIVIA DUEÑAS
para optar el grado académico de
Doctor.

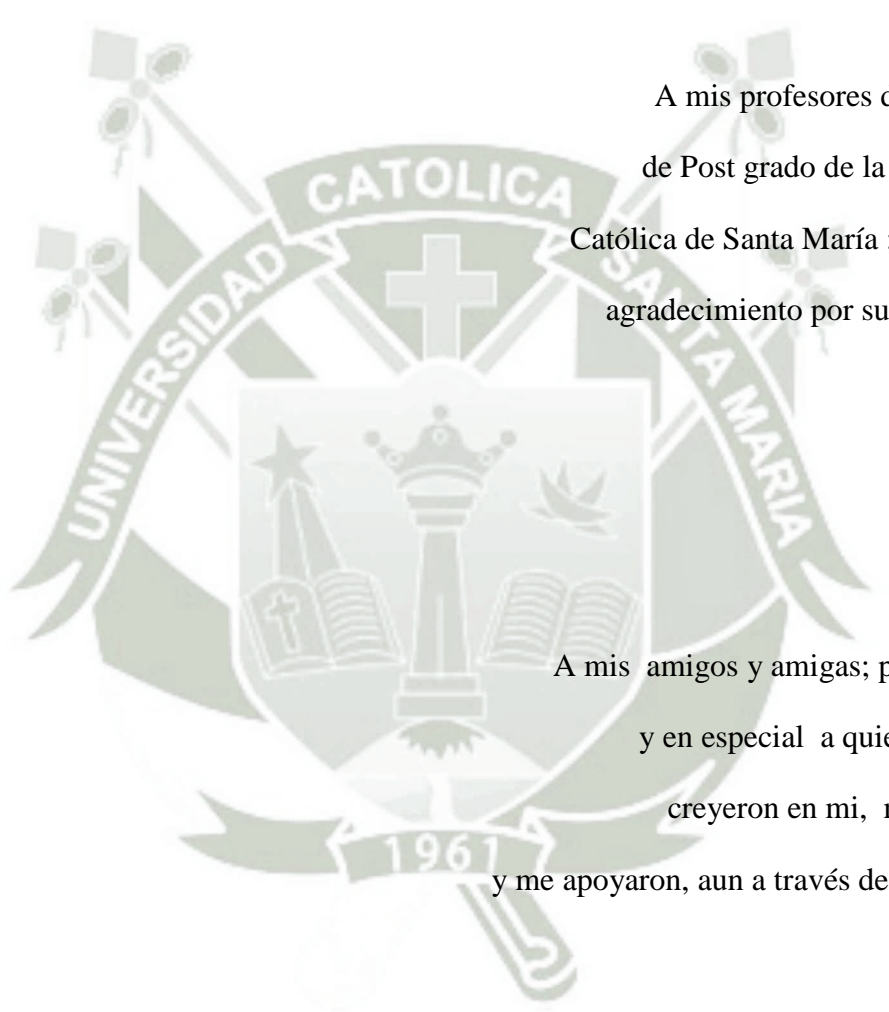
Arequipa- Perú

2007

A mi esposa Hilda , a mis hijos:
Martín, Liliana, Nadielka, Lars,
Alejandro y ... ,
a toda mi familia :
con el mas grande cariño



A la memoria de mis padres,
Filomeno y María
modelos de padres y de honestidad,
en la persona de mi hermana
Georgina , y a mis hermanos
y hermanas, por su ejemplo.
A Dorita, Panchito y Pedrito:
ausencias añoradas
A “Nikito”, modelo de valor.
A los Papás Javier y Fortunata:
ejemplos de laboriosidad



A mis profesores de la Escuela
de Post grado de la Universidad
Católica de Santa María ; con sincero
agradecimiento por su enseñanzas.

A mis amigos y amigas; por su ayuda,
y en especial a quienes siempre
creyeron en mí, me alentaron
y me apoyaron, aun a través de la distancia.

RESÚMEN

La presente investigación está referida a un tema de trascendental importancia y actualidad en nuestros días cual es, los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en el cónyuge perjudicado con ella. Esta situación, tiene especial trascendencia en nuestra sociedad habida cuenta, que con fecha 7 de julio del 2001, se promulgó la ley 27495 que introdujo en nuestro ordenamiento civil la doctrina del divorcio remedio que se concretó en el inciso 12 del artículo 333 del CC.

En el primer capítulo nos ocupamos de la institución jurídica del divorcio como una consecuencia del fracaso matrimonial. Para su mayor comprensión nos ocupamos en primer término de la familia como institución fundamental de la sociedad, su naturaleza jurídica para luego ver como ha tratado a la familia nuestra legislación y como se considera en la legislación internacional. En la segunda parte de este capítulo de este capítulo desarrollamos el tema referente al matrimonio, que es precisamente el que es disuelto por el divorcio, luego de presentar una visión histórica de esta institución y de consignar el tratamiento que le han dado sucesivamente nuestras legislaciones, hacemos un resumen de su concepción en la legislación internacional y finalmente nos ocupamos de como trata la legislación actual al matrimonio, puntualizando los deberes y derechos que nacen del matrimonio. Finalmente, nos ocupamos de las uniones de hecho *more uxori*, las mismas que además de ser la unión natural del ser humano, hoy por hoy son un gran número y por lo tanto resulta necesario que nuestra legislación proteja a sus integrantes, habida cuenta que también tienen el mismo derecho que los conformantes de las uniones matrimoniales como es el caso de los hijos.

En el segundo capítulo desarrollamos conceptos referentes al divorcio, sus antecedentes históricos en el mundo y en nuestra sociedad, precisamos el contenido de las diferentes doctrinas sobre el divorcio que han inspirado ordenamientos legales, precisando cual es la que actualmente rige en nuestro país. Realizamos también, precisiones sobre la naturaleza, los elementos y requisitos para que se configure cada una de las causales de divorcio previstas en el artículo 333 del Código Civil Finalizando con una breve puntualización sobre la causal de separación de hecho, las mismas que por ser el tema central del trabajo de investigación es abordada en detalle en el siguiente capítulo.

En el tercer capítulo nos ocupamos de el divorcio por la causal de separación de hecho introducida en nuestra legislación el 7 de julio del 2001 y teniendo en cuenta que en otros países ya se introdujo con anterioridad, nos ocupamos de tales antecedentes históricos tanto en países de América como de Europa y respecto de nuestro país hacemos un recuento de las oportunidades en las que el legislador pretendió introducir, sin éxito, esta causal. Un punto importante de la investigación está constituida por los proyectos de Ley que antecedieron a la ley 27495. Luego nos ocupamos de examinar en concreto la forma como está regulada actualmente esta causal, sus elementos, la legitimidad activa para invocar la causal, la determinación de la culpa como supuesto fundamental para el otorgamiento de medidas que permitan velar por la protección del cónyuge perjudicado. Seguidamente examinamos cada una de las medidas de protección que la ley señala como posibles de otorgarse al cónyuge perjudicado, tanto la pensión alimenticia como la asignación preferente de bienes y la reparación de los daños tanto morales, personales como síquicos. Finalizamos el capítulo con la consignación de la jurisprudencia sobre esta causal.

En el cuarto capítulo, en base a un análisis estadístico, exponemos estadística y gráficamente los resultados de nuestra investigación con la correspondiente interpretación, verificando que la mayoría de personas que recurren a la causal de separación de hecho para disolver el matrimonio, son hombres que mayormente no han cumplido con su obligación alimenticia respecto del otro cónyuge, que gran número de cónyuges perjudicados con la separación de hecho, ni siquiera solicitan una medida de protección que las ley les posibilita y que en las pocas oportunidades que lo ha solicitado, el juez no lo ha concedido. Finalmente comprobamos como el cónyuge perjudicado con la separación de hecho pierde todos los derechos que normalmente pertenecen a un cónyuge por el hecho de serlo, lo que acentúa su desamparo y lo injusto que por tanto resulta esta ley para el cónyuge perjudicado.

Precisamente esta investigación nos ha permitido constatar que el trato que se viene dando al cónyuge agraviado con la separación de hecho en los procesos de divorcio, no es el que corresponde a la importancia y jerarquía que el Estado da al matrimonio, lo que resulta preocupante.

SUMMARY

The present investigation is referred to a topic of transcendental and current importance, which is: the effects of divorce for the grounds of separation of fact in the spouse harmed with it.

This situation has special transcendence in our society taking in consideration that with date July 7, 2001, the law 27495 was promulgated. The one that introduced in our civil classification the doctrine of the remedy divorce that is concentered in the clause 12 of the article 333 of the civil code.

In the first chapter we deal with the juridical institution of the divorce as a consequence of the marital breakdown. For a better comprehension, I will first write about the family as a fundamental institution of society, its juridical nature and then to see how our legislation has treated family and how it is considered by international legislation. In the second part of this chapter I will develop the topic referred to marriage, which is precisely the one that is broken by divorce, after doing a historical vision of this situation and recording the treatment that our legislations have given to it, I will do a resume of its concepts in international legislation and finally I will write about how our current legislation treat marriage, specifying the rights and duties that born with marriage. Finally, I will deal with the unions of fact *more uxorio*, the ones that beside being the natural union of the human being, nowadays are a lot and that's why is necessary that our legislation protect their members, because they have the same rights as regular marriages (children).

In the second chapter I develop concepts relating to the divorce, its historical precedents in the world and in society, adding the content of different doctrines related to divorce that have inspired different legal classifications, determining which is the one that nowadays applies in our country. I make also precisions about the nature, elements and requirements so that every clause of divorce establish in the article 333 of the civil code is met. And finishing with a brief summary of the one that is referred to the separation of fact, the same that for being the central topic of the research is study deeply in the following chapter.

In the third chapter I will deal with the divorce for the ground of separation of fact, introduced in our legislation in July 7, 2001 and bearing in mind that in other countries it has been introduced before, I deal with such historical precedents in countries from

America and Europe and respect of our country I do an inventory of the opportunities that the legislator tried to introduce, without success these grounds. An important point of the research is constituted by the Law projects that preceded the Law 27495. Then I will examine the current way this ground is regulated, its elements, the active legitimacy to invoke this ground, the determination of the fault as a fundamental supposition for the grant of measures that will protect the harmed spouse. Immediately afterwards I will examine each of the measures of protection that the law indicates like possible of be granting to the harmed spouse, both the nursing pension and the preferent assignment of goods and the repair of moral, personal and psychological harm. I finish the chapter with the consignment of the jurisprudence on the grounds.



INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos mas importantes del ser humano, es el derecho a formar una familia y contraer matrimonio , así lo reconoce nuestra Constitución en el artículo 4º y así también lo reconocen diversos tratados internacionales suscritos por el Perú . Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos , en su artículo 16 establece el derecho de la persona a casarse y fundar una familia ; eL Pacto Internacional de Derechos Económicos , Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su artículo 10, declara que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y garantiza luego, la libertad del consentimiento matrimonial para la persona; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en su artículo 23, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio .

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

Nuestro ordenamiento constitucional y civil tradicionalmente han protegido al matrimonio y aunque también han reconocido el divorcio, no facilitaban la concreción de este , prohibiendo basarlo en hecho propio por lo que muchos matrimonios fracasados pasaron a una situación irregular en la cual seguía existiendo el vínculo matrimonial , pero sus conformantes no hacían vida en común ni cumplían los deberes inherentes al matrimonio, pero quienes mas sufrían con esta situación irregular eran los hijos o las familias de hecho constituidas con posterioridad a esa separación de hecho.

Los serios problemas que provocaron estos matrimonios sin vigencia real, determinó que el legislador intentara dar solución al problema en varias oportunidades, hasta que el 7 de julio del 2001, se promulgó la ley 27495 bajo cuyas disposiciones muchos conformantes de las uniones matrimoniales afectadas con la separación de hecho han conseguido la disolución del vínculo matrimonial sin mayor dificultad, pese a ser culpables.

Si bien el legislador trató de solucionar una problemática real, las sentencias expedidas en los procesos que han sido materia de esta investigación, muestran que no se ha protegido adecuadamente al cónyuge agraviado, el mismo que finalmente resultaba perjudicado en su proyecto de vida con la separación de otro cónyuge y a menudo económicamente postrado y con carga familiar; luego tiene que asumir la condición de demandado sin mayores posibilidades de defensa por su postración económica y por la presencia de una situación objetiva de separación, y, finalmente resulta desprotegido por la sentencia. En tanto el abandonante tiene una situación contraria.

La evidente afectación al cónyuge abandonado que a menudo es la mujer en un país que declara constitucionalmente la protección al matrimonio, y lo que en realidad sucede en los procesos de divorcio por la causal por separación de hecho en los cuales el culpable prácticamente resulta premiado por decirlo de alguna manera, constituyen la motivación fundamental para la realización de este trabajo de investigación

Al ser el matrimonio una institución fundamental de la sociedad, reconocida nacional e internacionalmente, creemos que las leyes respecto al divorcio deben ser acordes también con dicha importancia, pues la permisividad en el caso de las últimas, terminarían por afectar la institución del matrimonio.

En este trabajo exponemos la tanto la naturaleza e importancia de la familia y del matrimonio, como el derecho que tienen las personas de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, y, hemos hecho un estudio en una muestra representativa de expedientes tramitados en la Corte de Arequipa, de los efectos de la causal de divorcio por separación de hecho en el cónyuge perjudicado con ella, encontrando resultados que nos muestran la necesidad de una modificación en los requisitos de esta causal

Así pues, ponemos a consideración no solo del Jurado sino de la comunidad académica los resultados a los que hemos arribado en esta investigación, abrigando la esperanza de contribuir, de alguna forma, a que se mejore la legislación respecto de la causal de divorcio por separación de hecho.

El autor.

ÍNDICE

CAPÍTULO I

EL DIVORCIO, CONSECUENCIA DEL FRACASO MATRIMONIAL

1. La Familia	16
1.1. Orígenes	16
1.2. Concepto	19
1.3. Naturaleza Jurídica	21
1.4. Importancia	23
1.5. La Familia en el ordenamiento legal nacional	25
a. Teoría que la ubica dentro de Derecho Público	25
b. Teoría que la señala como distinta al Derecho Publico y al privado	26
c. Teoría que la ubica como parte integral del Derecho Social	26
1.6.- La Familia y su Reconocimiento Internacional	29
a.- En Europa.....	30
b.- En nuestro Continente	30
2. EL Matrimonio	31
2.1.-Concepto.....	31
2.2.-Aspecto Históricos.....	33
2.2.1.-El matrimonio en diferentes pueblos	33
2.2.2.- El matrimonio en nuestra legislación	36
a. El Proyecto Vidaurre.....	36
b. El Código Civil de Santa Cruz.....	38
c.- El Código Civil de 1952	38
d.- El Código Civil de 1936	41
e. El Código Civil de 1984.....	43
2.2.3.- El matrimonio en la Legislación internacional	46
2.3. Naturaleza del Matrimonio	47
a. Tesis Contractualista	47
a.1.- Concepción Contractualista Canónica.....	48
a.2. – Concepción Tradicional	48
a.-3. Concepción del acto jurídico y del contrato	48
b.- Teoría del matrimonio como institución	50

c.-Teoría Mixta	51
2.4. Deberes que nacen del matrimonio	52
a.- Deber de Fidelidad.....	52
b. Deber de Alimentos	54
c.- Deber del Asistencia	55
e.- Deber de hacer vida en común.....	55
2.5.- Deberes y Derechos ejercidos de consuno	57
a. Dirección y gobierno del hogar conyugal	57
b. Fijación y cambio de domicilio	57
c. Sostenimiento del hogar conyugal	58
d. Representación de la sociedad conyugal	59
e.- Ejercicio de las actividades económicas de los cónyuges	61
3. La Familia en las uniones de hecho	61
3.1. Las Uniones de Hecho en Nuestra Legislación	63
3.2.- Las Uniones de hecho en la legislación Internacional.....	66
3.4.- LA Uniones de hecho y los efectos en sus conformantes	68

CAPITULO II

EI DIVORCIO EN LA LEGISLACION PERUANA

1.- Generalidades	71
1.1. Antecedentes históricos	72
a.-A nivel internacional	72
b.-En nuestro país	75
1.2. Definición	82
2. Sistemas de divorcio vincular	83
2.1. Doctrina del divorcio repudio	84
2.2. Doctrina del divorcio sanción	85
2.3. Doctrina del divorcio remedio	87
2.4. Doctrina Mixta	89
3. Las Causales de divorcio en el Perú	90

3.1. El Adulterio	90
3.2. LA violencia física y psicológica.....	95
3.3. El atentado contra la vida del cónyuge.	99
3.4. La injuria grave.....	102
3.5. El abandono injustificado de la casa conyugal.....	105
3.6. La conducta deshonrosa.....	107
3.7. EL uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas.....	110
3.8. La enfermedad grave de transmisión sexual.....	113
3.9. La homosexualidad sobreviviente al matrimonio.....	115
3.10.La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad.....	117
3.11. La Imposibilidad de hacer vida en común.....	119
3.12. La separación de hecho.....	122

CAPITULO III

EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

1.- Antecedentes.....	124
1.1. A nivel internacional.	124
a. Argentina.....	124
b. Brasil	125
c. Bolivia.	125
d. Estados Unidos.....	126
e. Inglaterra.....	126
f. España.....	128
g. Italia	128
h. Alemania.....	129
i. Francia.....	130
1.2. A Nivel Nacional	131
2.- Los Proyectos de Ley en el Poder Legislativo.....	135
2.1. Proyecto 1716/96-CR.....	135
2.2. Proyecto 1729/96-CR.....	138
2.3. Proyecto 2107/96- CR.....	143

2.4. Proyecto 2117/96.....	144
2..5. Proyecto 3096/97°-CR.....	156
3. La Ley 27495.....	158
4. La regulación de la causal de separación de hecho.....	164
4.1. Elementos.....	166
4.2. Legitimación activa	173
4.3. La determinación de la culpabilidad.....	173
4.4. La inadmisibilidad de la demanda.....	174
4.5. Los aspecto a probar en la demanda.....	177
5. Los efectos del Divorcio por la causal de separación de hecho	179
5.1. La pensión alimenticia.....	175
5.2. La asignación preferente de bienes.....	181
5.3.La reparación del daño.....	184
a. Daño moral.....	185
b. Daño personal.....	187
c. Daño síquico.....	189
5.4. La jurisprudencia en los procesos de divorcio por separación de hecho.....	190

CAPITULO IV

INVESTIGACION DE EXPEDIENTES

CUADRO DE PROCESOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN.....	198
CUADRO Y GRAFICA 1 ¿quién interpone la demanda?	201
CUADRO Y GRÁFICA 2 ¿ Quien es el causante del abandono?	203
CUADRO Y GRAFICA 3 El cumplimiento de la obligación alimenticia	205
CUADRO Y GRAFICA 4 Duración del matrimonio de las partes del proceso.....	207
CUADRO Y GRAFICA 5 Número de hijos de la partes del proceso	209
CUADRO Y GRAFICA 6 Tiempo de separación de los cónyuges.....	211
CUADRO Y GRAFICA 7 Medida de Protección solicitada	213
CUADRO Y GRAFICA 8 Medida de protección concedida.....	215

CUADRO Y GRAFICA 9 Sentido de las sentencias.....	217
CUADRO Y GRAFICA 10 Apelación y consulta.....	219
CUADRO Y GRAFICA 11 Sentido de las sentencias en Sala Superior.....	221
CUADRO Y GRAFICA 12 Pérdida de derechos del cónyuge perjudicado	223
CONCLUSIONES	225
CONCLUSIONES Y PROYECTO DE LEY.....	229
BIBLIOGRAFIA	231
ANEXOS	236
- Casaciones en la jurisprudencia.....	237
- La separación de hecho por razones laborales	237
- La obligación del juez de velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado	240
- Indemnización por daños y alimentos	245
- Cambio de criterio en cómputo del plazo.....	249
- La indemnización debe ser fijada de oficio?	256
- Indemnización y alimentos para el perjudicado.	259
- La subsistencia de los alimentos después del divorcio.....	263
- La Prueba en la separación de hecho.....	266
- La prueba en la indemnización.....	270
- Separación de hecho, ¿culpa o remedio?.....	274
- El cómputo del plazo en la separación de hecho ¿retroactivo?	278
- CONVENIOS INTERNACIONALES	
- Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales	282
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.	292
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos	310
- Declaración Universal de los Derechos Humanos	331
- Plan de Tesis.....	339

CAPITULO I

EL DIVORCIO, CONSECUENCIA DE UN FRACASO MATRIMONIAL

1.- LA FAMILIA

1.1.- ORÍGENES.-

Se admite en forma unánime que la familia es la organización vital de la sociedad . Su origen se remonta a los primeros tiempos de la humanidad La familia pues, es una institución que ha acompañado al hombre desde sus orígenes , es una sociedad que surge de la misma naturaleza humana, y anterior a la organización política de las sociedades

Como organización social “la familia ha perdurado a lo largo de toda la historia de la humanidad “¹ . Sin embargo su permanencia ha estado sujeta a cambios según la etapa de desarrollo de la humanidad, cambios que se seguirán produciendo , pero la esencia de la familia , se seguirá manteniendo pues resulta ser consustancial a ser humano. A respecto Engels cita a Morgan, quien sostiene que “ la familia es el elemento activo, nunca permanece estacionada sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado mas bajo a otro mas alto” ² . Aunque esto no es rigurosamente cierto en el sentido de ir de un grado mas alto a otro, sin embargo es cierto que la familia no es estacionaria .

Los estudios de Engels en su obra “ EL Origen de la Familia , la Propiedad Privada y el Estado” , sostiene que la familia fue una creación del ser humano , según las diferentes etapas de la humanidad :

Así la llamada Comunidad Primitiva sería una etapa referida a la época en la que el ser humano recién se configuró como tal , se separó de las otras especies

¹ VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique , Divorcio, Filiación y Patria Potestad, Pág. 5, Grijley, Lima 2004

² ENGELS , Federico, El Origen de la Familia, Pág. 18, Ediciones Cultura Peruana, Arequipa, 2004

animales pero aun vivían en forma promiscua . La horda primitiva no conocía la familia en la forma como se conoció posteriormente ni como la conocemos hoy, y el ser humano se sentía integrante de la manada. Siendo un grupo desordenado, ignorante de la reproducción, las relaciones íntimas se llevaban a cabo en forma promiscua para satisfacer un instinto natural . Se desconocía igualmente las relaciones de parentesco.

La evolución cultural nos conducirá al matriarcado, época que se caracteriza por el predominio de la mujer en el grupo, que determino el surgimiento del parentesco entre los hijos que nacen de una misma madre, conocido como parentesco uterino. Nace así la familia matriarcal .

El desarrollo cultural y económico de la sociedad determinará la aparición del Patriarcado, época que se caracteriza por el predominio y supremacía del varón en el grupo social . En el Patriarcado , la mujer pasa a ser propiedad del hombre y por ello los hijos habidos con ella son hijos del hombre y conforman la familia patriarcal unidos por vinculo paterno y materno. La practica de la poligamia resulta común de tal forma que es completamente aceptado que el hombre tenga varias mujeres viviendo en la misma casa .

Esta concepción de Engels fue ávidamente asumida por los socialistas marxistas, debido a la similitud con sus teorías de la propiedad común primitiva y del determinismo económico. Según esta última hipótesis, todas las demás instituciones sociales están, y lo han sido siempre, determinadas por las instituciones económicas subyacentes; por ello, en la situación original de la propiedad común, las esposas y maridos deben de haber sido igualmente comunes. De hecho, la moda temporal que disfrutó la teoría de la promiscuidad se debió, en mayor grado, a teorías a priori como las que hemos mencionado, y a su deseo de creer en ello, que a evidencias positivas.

Como dijimos , la familia es una sociedad natural , regida por los principios que fluyen de la naturaleza del ser humano , pero por ello resulta apresurado concluir que la procreación y que la unión de los sexos , se dará siempre de acuerdo a los impulsos de la naturaleza del hombre determinados por una evolución cultural, pues la misma naturaleza del ser humano conlleva la idea de libertad, la misma, que

siempre, ha determinado su opción de escoger su compañera . Muchos Antropólogos están de acuerdo en que en tiempos históricos la promiscuidad era inexistente o que se daba sólo en pequeños grupos, pero ello no es razón de generalización, igualmente , el parentesco por vía materna o paterna solo son formas, que no pueden ser tomadas como una manifestación de promiscuidad sexual que se generalice a todo el género humano ..

Si bien en algunas sociedades se dieron practicas de poliandria o poligamia, ello se dio sólo en una pequeña proporción de cada sociedad por diferentes factores sociales y económicos y aun en estos casos la tendencia siempre era tener un consorte principal , lo que puede ser tomado como una orientación a la monogamia .En culturas del llamado mundo antiguo se dio la práctica de la poligamia, así la encontramos en el pueblo hebreo, en los griegos, los germanos, aunque con posterioridad evoluciona hacia la monogamia o unión entre un solo hombre y una mujer que es el cimiento de la familia .

La familia monogámica aceptada en nuestra sociedad, es objeto de las legislaciones de los diferentes países que regulan su conformación . En base a ella se ha establecido el parentesco, los deberes y derechos entre sus miembros. Todas las legislaciones coinciden en reconocer a la familia como la célula básica de la sociedad y el Estado .

Pero el reconocimiento de la familia como una realidad exigida por la propia naturaleza del ser humano , no puede llevarnos a negar toda competencia de la Ley positiva para definir esta institución, pues el mismo derecho natural exige al legislador organizar y regular jurídicamente a la familia . En este sentido el legislador establece la concepción jurídica de familia que no necesariamente coincidirá con la concepción sociológica o biológica, sin embargo tomará estas concepciones para establecer la concepción jurídica .

1.2.- CONCEPTO.-

No hay concepto sobre la acepción etimológica de familia . El nombre se habría derivado de *fames* que significa hambre. Para Cornejo Chávez esta voz “alude al hecho de que es en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias”³. También se acepta que derivaría del vocablo *famulus* que significa , siervo, esclavo, este término se habría usado en Roma debido a la conformación del grupo familiar también por esclavos. Todos los miembros del grupo estaban sujetos a la autoridad de un jefe .

También algunos tratadista señalan que la palabra familia deriva del sánscrito del vocablo “*dhaman* que significa asiento, morada, casa, así pues originalmente este vocablo se refería a la casa doméstica y al patrimonio”.⁴

Las explicaciones etimológicas pues, no son determinantes y todo parece indicar que el vocablo familia, se acuñó teniendo como base la casa o sede física donde vivían ciertas personas, ampliándose luego para comprender otros elementos como los bienes patrimoniales, los esclavos y finalmente las personas que habitaban en la casa .

Sin embargo la concepción etimológica , resulta insuficiente para llegar al concepto de familia, por lo que resulta necesario buscar su concepto “en la esencia sociológica y jurídica”⁵. Desde el punto de vista sociológico , la familia resulta ser una organización de personas determinada por la propia naturaleza humana para llevar a cabo actos de la vida diaria consustanciales a los seres humanos. En cambio desde el punto de vista jurídico el concepto de familia tiene un sentido amplio y un sentido restringido.

La mas importante finalidad de la familia es de carácter natural y está unida a la reproducción . Por ello desde este punto de vista la familia presenta las siguientes características :

- Es una comunidad de personas , en la medida en que supone una organización .

³ CORNEJO CHAVEZ ,Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo 1 ,Pág. 17, Gaceta Jurídica ,Lima 1998

⁴ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español Pág. 10, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938

⁵ CORNEJO CHAVEZ ,Héctor, Op. Cit. Pág. 18

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

Desde la perspectiva jurídica amplia, la familia es un círculo vasto de personas unidas por vínculos que pueden derivar del matrimonio, del parentesco o de la afinidad. Este grupo por gran su amplitud, no puede ser objeto de una legislación precisa. Desde el punto de vista restringido (familia nuclear) es el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación: este círculo reducido está conformado por los Padres, los hijos. Este grupo es el objeto de la normatividad jurídica. En sentido restringido, la familia es un núcleo de la organización social que constituye el centro de la preocupación del legislador y es el que “ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección”⁶

Varsi señala que “ la familia es una institución reconocida por el Derecho como un requerimiento social del hombre, en la que se satisface sus necesidades a través de la convivencia “⁷. También se habla de familia en un sentido técnico jurídico para referirse a todas las relaciones de familia a las que las leyes atribuyen un efecto jurídico.

Finalmente, también se considera a la familia como un organismo, pues si bien la familia no alcanza personalidad, constituye un organismo jurídico, puesto que sus miembros no tienen propiamente derechos individuales, sino que existe entre ellos una vinculación recíproca e interdependencia, una subordinación a un fin superior y una asignación de funciones dispuesta por la ley. Así pues la familia sería un organismo muy similar al Estado.

⁶ PLACIDO VILCACHAHUA, Alex, Manual de Derecho de Familia, PÁG 17, Gaceta Jurídica, Lima 2001

⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique, Op. Cit, Pág. 4, Grijley, Lima 2004

Como se desprende de lo expuesto, no es posible tener un concepto preciso de familia por las diversas significaciones jurídicas. Sin embargo, la familia es una eje importante en el Derecho Privado, en la moral pública y una base insustituible para una organización estable de la sociedad y bien podría considerarse como un organismo estatal, con una estructura jurídica en tanto grupo organizado y regulado por normas de derecho que consagran las reglas de interdependencia orientadas a la consecución de un objetivo común. Podría decirse pues, que la familia es una institución y que, al mismo tiempo, cada familia en particular constituye un especial organismo jurídico.

1.3.- NATURALEZA JURÍDICA .

La familia es objeto de protección constitucional y también legal por ello, resulta necesario regular las relaciones entre sus miembros. Sin embargo no se puede prescindir de su naturaleza sociológica constituida por las relaciones que se dan entre sus miembros que constituyen un sistema integrado en la estructura social. El Derecho trata de regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar, imponiendo deberes y obligaciones entre sus miembros, sin embargo a esta regulación escapan las costumbres y las tradiciones relacionadas con las concepciones éticas y morales de los conformantes de la familia. La familia es pues, una institución jurídico social .

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

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

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

La concepción de familia que se infiere del Código de 1984 es el resultado del desarrollo de los postulados de la Constitución de 1979 en la misma que se contemplaron los principios de protección del matrimonio y de la familia como institución natural y fundamental. Se contempla también el principio de amparo a las uniones de hecho al reconocerles que dan lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de las sociedades de gananciales en cuanto les sea aplicables, siempre que sus conformantes tengan una unión estable, libre de impedimentos matrimoniales. También se observa el principio de igualdad de derechos entre los hijos sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Además están presentes los principios de protección y asistencia a la madre, al niño al adolescente y al anciano que se encuentren en abandono moral o económico.

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

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

1.4.- IMPORTANCIA.-

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

Para Cornejo Chávez, desde un enfoque individual, la familia “ funciona primariamente, como un mecanismo de defensa frente a todas las agresiones, las biológicas: el hambre, la sed, la enfermedad; las físicas: el frío, el calor la intemperie; las del medio social: el abuso de los mas fuertes ”⁸.

Además la familia tiene, también, una dimensión social, siendo así el primer entorno social del que dispone el ser humano, y dentro de este entorno es objeto de la socialización mediante la cual se, le transmite aprendizajes de conocimientos, de valores, de virtudes, creencias religiosas, y en general la cultura de la sociedad a la que pertenece. “ La familia es la mas antigua de las instituciones sociales y sigue siendo un complejo vivo actuante y fundamental ”⁹.

Además, la familia tiene otros roles y funciones trascendentes como es la reproducción y por tanto la perpetuación de la especie. Jossierand, citado por Peralta Andía sostiene que “la familia tiene como razón de ser la propagación de la especie humana y la permanencia de la raza ”¹⁰. También tiene una función económica, pues la familia procura incrementar el patrimonio económico y luego conservarlo asignándolo a sus miembros.

La familia también, viene a llenar las necesidades emotivas y psicológicas del ser humano, pues es una comunidad de amor que comparte diariamente con los otros miembros, es el refugio último ante la adversidad, el ámbito en el que se comparten

⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Op. Cit., Pág. 21.

⁹ CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Op. Cit. Pág. 21

¹⁰ PERALTA ANDIA Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Pág. 44, Idemsa, Lima 2002

alegrías, penas, proyectos realizaciones el entorno dentro del cual el ser humano acabará sus días.

Para las naciones y los estados la familia resulta trascendente puesto que las sociedades más desarrolladas y sólidas son aquellas en las que la familia ha jugado un rol trascendente. Al respecto Jossierand, ha señalado que “ la Historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos donde la Familia estaba más sólidamente constituida” ¹¹.

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

El reconocimiento de la importancia de la familia, también ha sido realizada en eventos internacionales como el que nos cita el ilustre maestro Héctor Cornejo Chávez al referirse a la Conferencia Internacional de Población llevada a cabo en México en el año de 1984 y el Plan de Acción Mundial de Bucarest el cual reconoce a “ la familia como la unidad básica de la sociedad y recomienda a los gobiernos que se le de protección jurídica , adoptando medidas para proteger derechos de los cónyuges y de los hijos”, añade que “ la familia está experimentando cambios fundamentales en su estructura y función, y sin embargo sigue siendo el marco adecuado para la compañía, el amor, y el apoyo mutuo de los cónyuges, el principal factor determinante de la supervivencia de los hijos nacidos en ella, el principal agente de socialización de generaciones futuras, y en muchas sociedades, la única institución de apoyo a los ancianos” ¹².

1.5.- LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO LEGAL NACIONAL.-

Por la importancia de la familia, expuesta en el punto anterior, el Estado la protege de manera especial, dando por ello a los estados de familia, el carácter de

¹¹ JOSSERAND , Louis. Derecho Civil, Tomo I, Pág. 24 Editorial Bosch Buenos Aires 1950

¹² CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit. Pág. 22

orden Público y por ello las relaciones familiares no pueden ser alteradas a voluntad de las personas, de acuerdo a su autonomía privada sino que están enmarcadas dentro del orden público y el interés de la sociedad. En los derechos relacionados con los Estados de Familia, la autonomía privada es mas restringida.

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

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

a.- Teoría que Ubica al Derecho familiar dentro del Derecho Público .- Jellinek, es el abanderado de esta posición y según ella, el Estado tiene legítimo interés en que sus súbditos cumplan con los deberes y derechos que nacen la relación familiar. Así pues las normas del Derecho de Familia se movilizan primeramente en un ámbito de orden doméstico y de allí se desplazan a otro ámbito que corresponde al derecho Privado, para luego pasar al Orden Público en que está interesado el Estado.

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

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

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

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

c.- Teoría del Derecho de Familia Como Parte Integrante del Derecho Social .-

Para esta Teoría los principios generales del Derecho Civil, no son aplicables al Derecho de Familia en razón a que está ubicado dentro del denominado Derecho Social .

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

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

El Código de Rusia legisló los asuntos de familia independientemente del Código Civil por primera vez en la historia introduciendo así un criterio distinto al del Código de Napoleón, sin embargo, probablemente por el estado de convulsión en que vivió el mundo, los demás países no adoptaron el mismo criterio y prácticamente fue a consecuencia de la segunda guerra mundial que se implantó en los países dominados por la Unión Soviética como Alemania Democrática, Yugoslavia, Checoslovaquia, mas por imposición política que por decisión autónoma, ello sucedió después de 1948.

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

En nuestro país sin embargo, el Derecho de familia ha estado siempre ubicado dentro de uno de los libros del Código Civil. Así en el Proyecto Vidaurre de 1834 lo

encontramos en el Libro de las Personas y la Servidumbre. Dentro de este Libro existen títulos referentes a instituciones familiares como los Esponsales, el matrimonio, la Dote, la Condición de la Mujer y el Divorcio, instituciones estas concebidas en una sociedad de trato asimétrico hacia la mujer así podemos encontrar textos como los siguientes: El Marido es el administrador de los bienes de la mujer de cualquier clase que sean. La mujer no puede celebrar contratos ni ratificar los celebrados por el marido”, “de cien testamentos de las mujeres casadas, noventaiocho contienen la voluntad del marido la que se escribe”, “en las sociedades civiles que han sido formadas por los hombres y no por las mujeres, el contrato de matrimonio comenzando ordinariamente por él, tiene mas autoridad sobre los hijos que la mujer, de manera que aunque los hijos deban sin contradicción honrar a su madre y testificarle su reconocimiento por los beneficios que han recibido de ella, no son obligados por ello a obedecerla, cuando el padre manda lo contrario, en cosas en que no hay nada de injusto”¹³.

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

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

¹³ NUÑEZ RAMOS, Carlos, Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX, Pág. 266,267 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2003.

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

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

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

Las posiciones doctrinarias respecto de la ubicación de los temas familiares dentro del Derecho Público, Privado o social , para Cornejo Chávez no son Obstáculo para que las normas relativas al Derecho de Familia “ integren un Código independiente”¹⁴

1.6.- LA FAMILIA Y SU RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

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

a.- En Europa

- Constitución española en su artículo 38 señala que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia .

¹⁴ CORNEJO CHAVEZ , Héctor, Op cit. Pág. 39.

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

b.- En Nuestro Continente

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

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

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

2.- EL MATRIMONIO

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

Peralta Andía señala que el término matrimonio , deriva de maritus o marido. Otros aseveran que procede de matrimonium a su vez de matris y munium, oficio o cargo de madre”¹⁵.

También se emplea el término *nupcias* como sinónimo al matrimonio y dicho vocablo proviene a su vez del término latino *justa nuptiae*, a su vez deriva de

¹⁵ PERALTA Andía, Javier, Op.Cit, Pág. 103.

“nubere” que significa cubrir, expresando así el efecto del velo que cubría a la novia durante la ceremonia del matrimonio.

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

Para Diez-Picazo y Gullón el matrimonio es una plena comunidad de vida, formada de acuerdo a ley y reconocida por la misma. Al respecto precisa 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 existencia"¹⁶. En esta misma línea de pensamiento, Ennecerus¹⁷ afirma que el matrimonio tiene por finalidad una plena comunidad de vida.

Sin embargo hay posiciones como la de Planiol y Rippert¹⁸ que afirman que el objeto esencial del matrimonio no es sino, la procreación de la familia por lo que en el fondo o sería mas que la unión sexual reconocida por Ley. Estos autores siguen la teoría Kantiana que conceptúa el matrimonio como una consagración del apetito amoroso .

El maestro Cornejo Chávez¹⁹ unificará estas posiciones conceptuando que “el matrimonio es una institución mediante la cual se persigue la procreación y educación de los hijos y también el mutuo auxilio entre los cónyuges en una plena comunidad de vida”

¹⁶ DIEZ PICAZO, Luis- GULLON, Antonio , El Sistema del Derecho Civil. Tecnos . Madrid1983 Pág. 65,

¹⁷ ENNECERUS Ludwid Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Pág. 35 Ed. Bosch Barcelona 1967.

¹⁸ PLANIOL, Marcel Y RIPPERT, George , Tratado Elemental de Derecho Civil , Albatros, Bs. Aires 1978

¹⁹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor Op. cit. Pág. 51

2.2.- ASPECTOS HISTÓRICOS .-

2.2.1.- EL MATRIMONIO EN DIFERENTES PUEBLOS.- Teorías como la de Engels introdujeron la idea de que al inicio de la humanidad predominó una situación de desorden que denominó promiscuidad sexual, sostiene que éste era el tipo de relación se daba casi entre todas las personas. Esta teoría ganó con tal rapidez gran número de adeptos, que llegó a ser considerada por muchos escritores como una verdad demostrada. Se consideró que paralelas a la evolución cultural, las costumbres sociales del hombre primitivo, incluso las relaciones sexuales, deben de haber diferido muy poco de los usos correspondientes entre los animales, fue asumida también ávidamente por los Socialistas Marxistas, debido a la similitud con sus teorías de la propiedad común primitiva y del determinismo económico.

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

No obstante con el correr de los tiempos, en diferentes momentos de la historia y en diferentes pueblos, se dieron algunas formas de unión entre los seres humanos que se han considerado como algo sui géneris, pero que de ninguna forma se puede generalizar a toda la humanidad .

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

Sin embargo aun en estas uniones, la poliandria, estaba orientada en dirección a la monogamia; la esposa no pertenecía a varios hombres totalmente independientes,

sino a un grupo unido por los lazos más íntimos de la sangre; ella se casaba con una familia en vez de con una persona. Y el hecho de que uno de sus consortes poseía mayores privilegios matrimoniales, muestra que ella tenía sólo un marido en el sentido pleno de la palabra

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

Sin embargo hay algunas razones que explican la existencia de la poliandria. Las causas principales de poliandria eran la escasez de mujeres, debido al infanticidio de las mismas y a la apropiación de muchas mujeres por parte de muchos jefes polígamos y los poderosos de la tribu, y a la escasez de comida que hacía imposible que cada miembro masculino de una familia mantenga a una esposa. Incluso hoy la poliandria no es totalmente desconocida. Se encuentra en alguna magnitud en el Tíbet, en las Islas Aleutianas, entre los hotentotes, y los cosacos de Zaporogian.

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

Hoy en día, esta costumbre se sigue dando especialmente entre quienes están bajo la influencia del mahometismo, como por ejemplo, en Arabia, Turquía, y algunos en la India. Entre los primitivos, se da principalmente en el África. Sin embargo, la poligamia se ha extendido sólo de manera territorial, y nunca ha sido practicada por más que una pequeña minoría. Incluso en los lugares que ha sido prohibida por la costumbre

o el derecho civil, la inmensa mayoría de la población era monógama. Las razones son obvias: no hay suficientes mujeres para que cada hombre tenga varias esposas, ni la mayoría de hombres están en capacidad de mantener más de una. Por ello, los matrimonios polígamos se dan mayormente entre los reyes, jefes, los poderosos, y los ricos de la comunidad; y parece que normalmente se daba bajo la forma de bigamia. Es más, las uniones polígamas son, como regla, modificadas en la dirección de la monogamia, ya que una de las esposas, normalmente la primera, ocupa un lugar más elevado en la casa que las otras, o una de ellas es la favorita, y tiene grandes privilegios en sus relaciones y trato con el marido común.

Entre las causas principales de la poligamia tenemos:

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

Con el tiempo y paralelo al progreso de la civilización se fue implantando y generalizando la unión de un solo hombre con una sola mujer. La sociedad humana ha aprobado la monogamia por la simple razón que la monogamia está en armonía con los elementos esenciales e inmutables de la naturaleza humana. Tomando la palabra natural en su sentido pleno, podemos afirmar que la monogamia es la única forma natural de matrimonio, mientras que las otras formas de unión a las que hemos hecho referencia, responden a ciertas pasiones elementales y satisfacen temporalmente ciertas necesidades superficiales, se oponen a nuestro instinto paternal, el bienestar de los niños y de la especie,

Es indudable que el progreso de la humanidad hacia la monogamia durante los últimos dos mil años, se debe más a la influencia del cristianismo. El cristianismo no sólo ha abolido o disminuido la poliandria y la poligamia entre los pueblos salvajes y bárbaros que ha convertido a su religión, sino que también ha preservado a Europa y en general a la cultura occidental de la práctica polígama del mahometismo, ha protegido

el ideal de la monogamia ante la mirada de los personajes más ilustrados, y ha dado al mundo la concepción más plena de la igualdad que debe existir entre el varón y la mujer que conforman una pareja matrimonial.

2.2.2.-EL MATRIMONIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

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

a.- En el Proyecto Vidaurre de 1834.- En este proyecto se consideraba al matrimonio como un contrato natural y civil que la iglesia considera como un sacramento, “ para ello los cónyuges se obligan a vivir juntos por siempre, a guardarse fidelidad y a prestarse recíprocos auxilios “²⁰.

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

Respecto del consentimiento de los cónyuges, este elemento aparece en el resto de texto, así hará énfasis en el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, sin embargo hace algunas precisiones, así hasta los 21 años el hombre y la mujer no pueden casarse sin el consentimiento expreso del padre, madre o tutor bajo sanción de desheredación. Del los 21 a los 25 años se ha de contar con el consentimiento paterno bajo sanción de ser privados de la cuarta parte de la herencia. De los 25 años para adelante los hijos darán un simple aviso a los padres bajo sanción de privarles de la décima parte de la herencia. Los funcionarios que autoricen el matrimonio sin la observancia de las normas del Código, serán destituidos. En caso de ausencia de padre, madre o tutor el juez debería nombrar al pariente mas cercano.

Prosiguiendo con el tema del consentimiento, encontramos en este proyecto que el padre puede y debe oponerse al matrimonio del hijo con mujer que practique la prostitución. Igualmente puede oponerse al matrimonio de la hija cuando pretenda casarse con persona absolutamente pobre “sin ciencia, arte o empleo, con el ebrio o

²⁰ RAMOS NUÑEZ Carlos, Op Cit. Tomo I, Pág. 257.

jugador, con el delincuente”²¹. En caso de la ausencia del padre, esta misma atribución concede el Proyecto a la madre, los abuelos y los tutores.

También precisará los impedimentos para contraerlo entre los cuales considera la falta de discernimiento, el parentesco, hasta el tercer grado, sin embargo acepta el matrimonio entre colaterales en el cuarto grado, de esa forma podían contraer matrimonio los primos hermanos. También fija impedimentos derivados de la edad de los contrayentes, así “los hombres pueden contraer matrimonio entre los 18 y 65 años, las mujeres entre los 15 y 55 “ salvo dispensa judicial por motivo racional y probado”²². La impotencia absoluta también es considerada como impedimento.

Dentro del Proyecto Vidaurre no se reconoce a la mujer los mismos derechos que tiene el hombre. Así se considera al cónyuge como el jefe de la familia, mientras que la mujer está bajo la potestad del marido y debe obedecerlo siempre que no sea contrario a la ley o a la religión. El marido tiene la facultad de corregir a la mujer a quien su debilidad le obliga a someterse al marido pero “con este pequeño sacrificio de su albedrío, logra la seguridad y las comodidades que proporciona un gobierno doméstico bien ordenado”²³.

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

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

²¹ VIDAURRE, Manuel Lorenzo Proyecto del Código Civil Peruano Págs 12 y sigs. Primera Parte, de las personas, Imprenta del Constitucional, Lima 1834,

²² RAMOS NUÑEZ Carlos Op.Cit.Tomo I, Pág. 258

²³ RAMOS NUÑEZ Carlos Op.Cit. Tomo I, Pág. 262

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

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

c.- En el Código Civil de 1852.- Es este Código volvió a consagrarse la posición conservadora que reconocía a los tribunales eclesiásticos como competentes para asuntos del matrimonio. En el Título Segundo, Reglas Generales Sobre el Matrimonio se ubica el artículo 132 que señala por el matrimonio, se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo así a la conservación de la especie humana. Como se ve del texto de este artículo se desprende, la imposibilidad de disolución pues es una unión perpetua; sin embargo reconoce que la finalidad es de compartir la vida entre los cónyuges sin descuidar el aspecto sexual que se traduce en la procreación. El artículo 134 del mismo código ratifica la postura de que el matrimonio es indisoluble al precisar que: el matrimonio legalmente establecido, es indisoluble: acabase solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo, y se tiene por no puesto.

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

Respecto de la competencia para asuntos de matrimonio, considera que corresponde tanto al fuero eclesiástico como al civil pero en determinados casos. Al respecto, el artículo 138 señala que: los tribunales eclesiásticos, conocerán de las causas relativas al matrimonio y al divorcio y los jueces seculares de las de los

esponsales, alimentos, cuidado de los hijos liquidación y devolución de bienes, asuntos criminales sobre adulterio y en general de todas las causas sobre los efectos civiles del matrimonio y del divorcio.

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

1º.- Los que son parientes consanguíneos en línea recta de ascendientes y descendientes sin limitación alguna , ni distinción de legítimos o ilegítimos

2º.- Los afines en la misma línea de ascendientes y descendientes .

3º.- Los hermanos entre sí , sean o no legítimos.

4º.- El adoptante con la persona adoptada y ninguno de ellos con el cónyuge viudo del otro

5º.- El casado mientras vive su cónyuge

6º .- El que ha recibido órdenes mayores en el estado eclesiástico

7º .- Los que han profesado en orden monástica haciendo votos solemnes de castidad, si no han alcanzado la nulidad o la relajación de sus votos.

8º .- La persona que mató a uno de los cónyuges o fue cómplice en su homicidio , con el cónyuge sobreviviente.

9º.- El impotente.

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

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

Este Código también reglamenta la situación de la mujer dentro de una relación asimétrica así el artículo 175 señala que el marido debe proteger a la mujer, mientras que ésta tiene la obligación de obedecerle estando obligada a habitar con el marido y a seguirlo a donde el tenga por conveniente residir , así lo establece el artículo 176. EL Código también precisa que la mujer no puede presentarse en juicio sin

autorización del marido, ni puede enajenar, hipotecar ni adquirir a título oneroso o gratuito sin la intervención del marido.

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

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

La lucha por implantar el matrimonio civil en el Perú, prosiguió sobre todo a nivel de tesis universitarias. Carlos Ramos nos cita el caso del Dr. José Santos Chiriboga quien en su tesis para optar el grado de doctor sostiene que “El matrimonio no es un acto puramente espiritual fundado en el sentimiento religioso que solo se refiere a Dios y establece vínculo exclusivamente de conciencia; anterior a todos los cultos y legislaciones positivas, es un acto humano, la satisfacción de una necesidad racional, fundada en la naturaleza de los seres que llamados a unirse por invencible atractivo y dulce simpatía, se asocian por mutuo consentimiento para completar su personalidad”, agrega, “Al Estado le incumbe estatuir las reglas referentes al matrimonio civil estableciendo una norma general, independiente mente de toda creencia religiosa”²⁴.

La secularización el matrimonio siguió adelante i ante la numerosa presencia de extranjeros que profesaban fe distinta a la católica, se permitió que puedan contraer matrimonio civil por ante los funcionarios que el Estado autorice en las

²⁴ RAMOS NUÑEZ, Carlos, Op.Cit., tomo V Pág 284, Lima, 2006

Municipalidades, ya que se veían obligados a contraer matrimonio por ante sus Consulados.

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

d.- En el Código de 1936.- Este Código a diferencia del anterior, no contiene una definición de matrimonio y se ocupa de él en el Libro Segundo, a partir del Título Primero, artículo 75. En lugar de dar una definición del matrimonio, el legislador se ocupa primeramente de los esponsales, luego de los impedimentos, del consentimiento para el matrimonio de menores, de la celebración del matrimonio, de la prueba del matrimonio, de la nulidad del matrimonio y finalmente de los deberes y derechos que nacen del matrimonio.

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

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

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

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

e.- En el Código Civil de 1984.- Primeramente haremos referencia a la Constitución actual , la de 1993 ya que por su categoría de norma fundamental orienta la aplicación de las normas del Código Civil y al efecto puntualizamos que nuestra Carta Magna se refiere en su artículo 4° a la familia y dentro de ella al matrimonio , conjuntamente con el divorcio en los siguientes términos: “ La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos dos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, la forma de matrimonio y las causales de separación y de disolución, son reguladas por Ley”.²⁵

A diferencia de la Constitución de 1979 que consagró el principio de protección al matrimonio, y por tanto no protegía en la misma forma a otro tipo de unión, al Constición actual consagra el principio de promoción del matrimonio por el cual “ la familia es una sola sin considerar su origen legal o de hecho. Este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación .”²⁶

²⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Constitución Política del Perú , Edición Oficial , Editora Perú, Lima 1988.

²⁶ PLACIDO VILCAHUAHUA, Alex, Los principios Constitucionales de la Regulación Jurídica de la Familia Pág. , Academia de la Magistratura, Lima 2006.

El principio de promoción del matrimonio contiene las siguientes precisiones :

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

El Código Civil de 1984, en su artículo 234, precisa que El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, y luego precisa que el marido y la mujer, tienen en el hogar, autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

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

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

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

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

Respecto de la formas de matrimonio, es necesario que nuestra normatividad legal, si bien reconoce el matrimonio conforme a ley como la única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la legislación. Ello no impide que en la ley se contemple diversas maneras de contraer matrimonio, por cuanto al final siempre se lo celebrará *secundum legem*²⁷. Dentro de estas formas tenemos, el matrimonio celebrado *in extremis*, el matrimonio civil comunitario, también tenemos a los matrimonios denominados religiosos y que pueden celebrarse conforme a las formas y ritos de las diferentes confesiones. Todo ello dentro del marco de la libertad de cultos que reconoce la propia Carta Magna, pero el Estado impone un régimen general y exclusivo que reconoce jurídico solo al matrimonio celebrado ante la autoridad designada por Ley. El Divorcio y sus causales, también son reservados a la Ley.

EL Código Civil de 1984, tiene un esquema similar al que describimos respecto del Código de 1936, sin embargo introduce una sección de Disposiciones Generales en la que precisa que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con os principio y normas

²⁷ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex, Op. Cit. Pág. 51.

proclamadas por la Constitución Política del Perú (Artículo 233) y además define el matrimonio como ya lo hemos expuesto respecto del cual tiene tanto la orientación de Ennecerus como la de Planiol y Ripper, al considerar al matrimonio como una institución mediante la cual se perpetua la especie pero también es una comunidad plena de vida entre los cónyuges, además consagra el principio de igualdad entre los Cónyuges a los que se refiere la Constitución en el artículo 4. Así el artículo 290 señala que ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al desenvolvimiento del mismo, agrega que a ambos compete igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar. El artículo 292 establece que la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges y el artículo 293 señala que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitido por ley y realizar trabajo fuera del hogar

2.2.3.- El Matrimonio en la Legislación Internacional

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

- La Constitución Italiana , artículo 29 : La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio.
- La constitución Alemana, artículo 6.1. señala: el matrimonio y la familia gozarán de especial protección del ordenamiento estatal .
- La Constitución de Irlanda, Art. 41, en el que señala que el Estado se compromete a preservar con especial solicitud la institución del matrimonio, en la que se basa la familia , y a protegerla de todo ataque .
- La Constitución del Salvador precisa en el artículo 32, que el Estado fomentará el matrimonio .
- La Constitución de Guatemala en su artículo 47, señala que el Estado proveya la organización legal de la familia sobre la base legal del matrimonio.

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

2.3.- NATURALEZA DEL MATRIMONIO

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

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

Respecto de esta concepción se dan a su vez otras orientaciones como la canónica, la civil tradicional y la que distingue el acto jurídico de la disciplina normativa del contrato.

a.1.-La concepción Contractualista Canónica.- Considera que si bien el matrimonio es un contrato, su primera consecuencia es que da lugar a un sacramento el cual ya está dentro del campo de la religión mas aun cuando por la concepción canónica misma consagra su máxima “ lo que Dios ha Unido que no lo separe el hombre . Así pues conforme a esta concepción , formado el sacramento, la unión es indisoluble

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

Además, esta concepción responde a la clásica idea del contrato dentro del Derecho privado, que se cristaliza en las enseñanzas.

a.3.- Concepción que distingue el acto jurídico del matrimonio , de la normativa del contrato.- . Una de las primera puntualizaciones de esta teoría, es la referente a si el matrimonio considerado como un contrato, está regido por la autonomía privada de la de las partes y respecto de ello precisa que no es así, que además no puede resolverse, que no puede estar sujeto a modalidades de tiempo modo o condición, pues su regulación y efectos los establece la ley. La regulación y disolución del matrimonio así como el cumplimiento de deberes y obligaciones resultan indisponibles para las partes

pues sus efectos, los deberes y derechos que nacen de él, están regulados por ley . Por ello “ se habla de matrimonio como un acto de poder estatal o de un acto jurídico complejo.

Si bien durante mucho tiempo estuvo vigente esta teoría , sin embargo desde los comienzos del siglo XX se fue imponiendo otra teoría , la que considera al matrimonio como institución. En la actualidad, estas concepciones han sido fuertemente criticadas, porque definitivamente no se puede equiparar la institución matrimonial a un contrato. La técnica jurídica impugna la consideración del matrimonio como contrato con los siguientes argumentos:

a.3.1.- Los elementos como la voluntad de las partes para contraer matrimonio, el libre consentimiento como requisito esencial del contrato, no resulta suficiente para sostener que el matrimonio es un contrato, porque aun cuando tengan la voluntad de contraer matrimonio , no podrán hacerlo si es que se encuentran dentro de algún impedimento a los que hacen referencia los artículo 241, 142 y 243 del Código Civil, es este caso la voluntad se encuentra limitada y su campo de acción es bastante reducido .

a.3.2.- Por otro lado la regulación de las relaciones dentro del matrimonio, no depende de la voluntad y acuerdo de los esposos sino de lo establecido por la Ley, los cónyuges no pueden regular las relaciones de modo contrario a ella porque tal facultad resulta indisponible para ellos ya que las relaciones que nacen por el hecho del matrimonio están señaladas por ley.

a.3.3.-Las normas sobre ineficacia del acto jurídico referidas a la rescisión y resolución no resultan de aplicables en el matrimonio en razón a que en los contratos las partes pueden decidir sobre tales supuestos . En el caso del matrimonio , la forma de disolución está fijada por ley , así lo señala el artículo 5 de la Constitución concordante con el artículo 333 y siguientes del CC. No pueden pues libremente los conyuges dar por finalizado el matrimonio y declararlo así, por ejemplo por ante el Registro Civil donde lo contrajeron, sino que tienen que hacerlo mediante un proceso judicial y por las causales previstas por ley . No obstante la esencia del acto nulo y a pesar del defecto estructural

sustancial insubsanable, el inciso 3 del artículo 274 del CC reconoce una posible convalidación futura.

a.3.4.-Si bien se dan relaciones patrimoniales dentro del matrimonio que podrían considerarse inmersas dentro de los contratos, hay aspectos como, las relaciones personales, familiares, sexuales, la mutua entrega de los cuerpos que no pueden ser materia de un contrato. A este respecto el maestro Jorge Alberto Beltrán Pacheco señala “el matrimonio no constituye un acto contractual a pesar de sustentarse en un consentimiento, dado que las consecuencias que se generan no son de orden patrimonial, en tanto, no pueden intercambiarse libremente dentro de una operación pecuniaria”²⁸

a.3.5.- EL contrato es fuente de las obligaciones, por tanto si concebimos al matrimonio como un contrato, le resultaría aplicable el artículo 1219 sobre los efectos de las obligaciones en caso de incumplimiento de una de los deberes u obligaciones matrimoniales y por tanto, podría procurarse la prestación o hacerla procurar por otro a costa del deudor. Ello no podría aplicarse el caso del incumplimiento de la obligación de mantener relaciones sexuales con el cónyuge.

Así pues, por todo lo puntualizado, no podría considerarse el matrimonio como un contrato

b.-Teoría del Matrimonio Como Institución .- Como ya lo hemos expuesto el matrimonio no es un contrato privado, es más bien una institución de orden público puesto que para su celebración está sujeto a una serie de requisitos y condiciones y luego, es celebrado ante el funcionario público competente, y en sus consecuencias está sujeto a lo que establece la ley. En este sentido, si bien los contrayentes son libres de prestar su consentimiento para el matrimonio, una vez celebrado, no pueden substraerse a los efectos de la institución matrimonial, porque está regido por un

²⁸ BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto, “La nulidad del Matrimonio del Bigamo: ¡ La Casada Caso Quiere! En Diálogo con la Jurisprudencia N° 41, Pág. 78, Lima 2002.

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

El acto jurídico matrimonial si bien es un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento de los contrayentes, este consentimiento tiene un fuerte contenido afectivo que une a los contrayentes y que en doctrina se denomina “*afectio maritalis*”. El matrimonio no es pues, el resultado de un cálculo frío de ventajas sino que “es la respuesta del ser humano a una imperiosa exigencia de su propia naturaleza, que echa a cada sexo en los brazos del otro”²⁹

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

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

Aunque la doctrina explica suficientemente la naturaleza institucional del matrimonio, no puede obviarse que en él existen elementos de carácter contractual, por ello se afirma que el matrimonio "como acto es un contrato y, como estado, una institución"³⁰.

Planiol y Ripert señalan que “las dos concepciones no son incompatibles y que cada una de ellas contiene elementos de verdad, así el matrimonio tiene doble sentido, pues, designa a la vez el acto creador de la unión conyugal y el estado matrimonial

²⁹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op Cit., pág. 61

³⁰ PERALTA ANDIA, Rolando, Op. Cit. Pág. 106

establecido por ese acto”³¹. En ese sentido, el acto creador vendría a ser el contrato y, el estado matrimonial, la institución.

Aunque no hay una norma expresa, nuestro Código Civil, adhiere a la doctrina del matrimonio-institución que como lo hemos señalado es la que más condice con la naturaleza jurídica del matrimonio y por ello contiene una serie de artículo que norman al matrimonio para su constitución, su vigencia y su disolución.

Solo considerando al matrimonio como un contrato y como una institución, aparecen todas sus características. Como contrato explica la importancia del consentimiento, al extremo que podemos afirmar que no hay matrimonio, si no hay consentimiento en igual sentido se considera las precisiones sobre vicios del consentimiento, las causales de nulidad o anulabilidad y el hecho de que a consecuencia del consentimiento nacen obligaciones entre los cónyuges. Sin embargo el matrimonio también es una institución que es obra del Estado y por tanto éste, fija las condiciones y requisitos para contraerlo y restringe la autonomía privada respecto del cumplimiento de las obligaciones y de la forma de ponerle fin.

2.4.- DEBERES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

Como ya hemos señalado, al ser el matrimonio una institución, cuando se conforma nacen para los cónyuges una serie de deberes que son fijados por Ley y que resultan indisponibles para la autonomía privada de los cónyuges. A continuación puntualizaremos los principales :

a.- Deber de Fidelidad.- Aunque del análisis de algunas normas como el artículo 274 algunos autores afirman que es posible que en el Perú se de la poligamia, debemos afirmar categóricamente nuestro ordenamiento jurídico consagra la monogamia como sistema matrimonial. De esta concepción nace el deber de fidelidad impuesto por al artículo 288 del Código Civil.

Como consecuencia del matrimonio, nace para los cónyuges la obligación del débito sexual por el cual están obligados a mantener relaciones que el otro cónyuge, pero nace también el deberes de continencia sexual que implica que el

³¹ PLANIOL, Marcel y RIPPERT, George. op. cit Pág. 201.

cónyuge sólo debe tener relaciones con el otro, debiendo de abstenerse de sostener relaciones íntimas con personas distintas a él. El deber de fidelidad pues, implica la existencia del débito y de la continencia sexual

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

En doctrina, se ha dado en llamar la fidelidad formal y material. En la primera, el deber resulta violado por conductas que, sin llegar a la relación sexual del cónyuge con un tercero, implican, o permiten presumir, una relación que excede de la meramente amistosa o propia del trato social; en la segunda, el deber de fidelidad resulta violada por el hecho del adulterio. En el primer caso, no se configura el adulterio, pero sí la injuria grave que da motivo para el divorcio o la separación de cuerpos.

El deber de fidelidad implica un aspecto positivo, el derecho del cónyuge a que el otro mantenga con él relaciones sexuales (débito sexual) y, un aspecto negativo, el deber del cónyuge de abstenerse de dichas relaciones con terceros (continencia sexual). Entonces, el débito conyugal deriva del deber de fidelidad y no de la cohabitación.

Además, de acuerdo con la doctrina francesa se considera de mayor gravedad el adulterio de la mujer que el del varón. En el primer caso se perturba la organización de la familia al falsear el funcionamiento de la presunción de paternidad, lo que no ocurre tratándose del segundo supuesto. En cambio, la doctrina más actualizada, basada en la monogamia como sistema matrimonial de los pueblos civilizados y la igualdad de los sexos frente a la ley, considera que el adulterio está vedado tanto para el varón como para la mujer.

Conviene destacar también que el deber de fidelidad es recíproco, indispensable y permanente. Lo primero, porque éste se exige por igual a ambos cónyuges, luego, en razón de que la infidelidad de uno de ellos no autoriza al otro a

infringirla y, finalmente, porque subsiste dicho deber hasta la disolución definitiva del matrimonio.

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

Tratándose de mujer casada, los supuestos de lesbianismo y de inseminación artificial no constituyen propiamente violación del deber de fidelidad ni adulterio; sin embargo, se consideran actos que importan injuria grave que es causa para el divorcio. Con respecto al marido, el acto secreto y ocasional, con varones, animales, cosas o la propia masturbación tampoco constituye adulterio, pero esos mismos actos en forma continua y reiterada se reputan conducta deshonrosa que genera también la disolución del vínculo matrimonial, vía divorcio o separación de cuerpos.

b.- Deber Alimentario.- Esta es una obligación común que tienen ambos cónyuges establecida en el artículo 187 del Código Civil según la cual, éstos se obligan por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a los hijos. Este deber es de orden económico y moral que proviene del derecho a la vida de los hijos y de: su formación espiritual, por consiguiente, es un deber impuesto por la naturaleza y regulado por la ley. Se conoce también como el deber de los padres de proveer a la manutención y educación de los hijos.

Esta obligación que los padres tienen respecto de sus hijos comienza con la concepción y termina generalmente con la mayoría de edad, por presumirse que éstos a esa edad ya pueden proveer a su propia subsistencia, no obstante, por excepción, puede durar inclusive más allá de dicha mayoría. Se hace hincapié en el hecho de que por la declaratoria de invalidez o de disolución del vínculo matrimonial no se considera terminada la obligación.

El fundamento se encuentra en la necesidad de asegurar el derecho a la vida de los hijos y en la subsistencia de los mismos para garantizar el mejor desarrollo bio-

psíquico espiritual de los descendientes. El segundo párrafo del artículo 6° de la Constitución vigente señala que es deber y derecho de los padres alimentar, educar, y dar seguridad a los hijos, los que han sido regulados en el Código Civil actual, aunque omitiendo lo concerniente a la seguridad.

c.- Deber de asistencia.- Son los auxilios y socorros mutuos que se prestan los cónyuges en todos los órdenes de la vida real. La ayuda o cooperación entre los esposos, los cuidados personales y materiales que se deben en casos de enfermedad, desgracias o de invalidez tienen que ver con esta obligación, pero también el apoyo moral que nace de la íntima comprensión y del amor desinteresados. La asistencia 'lato sensu' no comprende sólo la prestación de recursos económicos, dinerarios o en especie, sino la mutua ayuda, solidaridad efectiva, cuidados recíprocos.

La obligación alimentaria entre los cónyuges está dentro del deber de asistencia y tiene como supuesto, el estado de necesidad del cónyuge

El artículo 288 del actual Código dispone que los cónyuges se deben recíproca asistencia. Esta noción asistencia, al igual que la fidelidad, recoge una serie de presupuestos éticos que sustancialmente podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal y más allá todavía, solidaridad familiar. La unión matrimonial no representa tan sólo un medio para lograr la perpetuación de la especie humana, sino también implica una comunidad de vida material y espiritual entre marido y mujer.

El descuido de ésta obligación ha sido juzgada no sólo en cuanto revela el incumplimiento de la prestación alimentaria, sino en todos los casos en que la conducta desaprensiva de un cónyuge, priva al otro de los cuidados o el apoyo en la relación permanente. Luego, su inobservancia puede ser considerada como injuria grave que es causa de separación de cuerpos o de divorcio.

d.- Deber de hacer vida común.- Llamado también deber de cohabitación, significa vivir o habitar juntos o, simplemente, compartir el techo, la mesa y el lecho. Más estrictamente la acepción jurídica corresponde a la vida marital entre un varón y una mujer entendida como una obligación que deriva del matrimonio.

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

Al respecto, el artículo 289 del texto sustantivo establece que es deber de los cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal; sin embargo, el juez puede suspender este deber en los siguientes casos:

c.1.- Cuando su cumplimiento pone en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los esposos, tal el caso, de quien contrae alguna enfermedad contagiosa, una dolencia mental grave o por razones de conveniencia familiar, o.

c.2.- Cuando su cumplimiento pone en peligro la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia como el caso del consorte que debe apartarse por períodos largos a lugares a los que no puede llevar al otro cónyuge.

En ese sentido, la corriente que sostiene que el deber de cohabitación se extiende al deber de lecho va perdiendo fuerza en atención a la radical modificación que se advierte en los últimos tiempos, donde se recusa el dominio omnipotente o absoluto del marido en las cuestiones íntimas que denigran la libertad personal.

En la práctica el consorte que se niega a cohabitar con su pareja, no puede ser compelido por ninguna autoridad a hacerlo, porque sería denigrante y atentatorio contra los derechos humanos más elementales; no obstante, algunos autores consideran que esta negativa es suficiente fundamento para invocar una causal de divorcio, porque en el fondo se trata de una injuria grave. Nosotros consideramos que el trato sexual de los cónyuges es siempre libre y voluntario.

2.5.- DEBERES Y DERECHOS EJERCIDOS DE CONSUNO

a.- Dirección y Gobierno del Hogar Conyugal.- Afirman Planiol y Ripert que en la sociedad conyugal, como en toda sociedad, es necesario que haya unidad de dirección. Indudablemente, la doctrina tradicional quiso que esta unidad de dirección fuera encargada exclusivamente al marido, a través de la suma de facultades que se conoce como 'potestad marital; mientras que, la doctrina más reciente quiere, que esta unidad y gobierno se realicen por el acuerdo mutuo de ambos cónyuges en las cuestiones que haya que decidir y ejecutar.

Sin embargo y no obstante lo mencionado, por excepción, uno de los cónyuges puede asumir la dirección y representación de la sociedad, en los siguientes casos:

- a.1.-Si el otro está impedido por interdicción u otra causa.
- a.2.-Si ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto.
- a.3.-Si el otro ha abandonado el hogar conyugal (artículos 290 y 294).

b.- Fijación y Cambio de Domicilio.- El domicilio conyugal es aquél en el cual viven los cónyuges durante el matrimonio.

De acuerdo con la doctrina tradicional la facultad de fijar y cambiar domicilio de la familia le corresponde al marido, y la mujer, estaba obligada a habitar con su marido donde quiera que éste fije su domicilio. Este principio fue enunciado en términos absolutos y su aplicación ciertamente fue también severa. La doctrina moderna, en cambio, dispone que a ambos cónyuges, de consuno, les corresponde fijar y mudar el domicilio conyugal, lo que quiere decir, que si no está de acuerdo la mujer o el varón, no podrá determinarse la fijación ni el cambio de domicilio conyugal.

El artículo 162 del Código de 1936 determinaba que al marido le compete fijar y mudar el domicilio de la familia. En tanto que la segunda parte del artículo 290 del Código actual preceptúa que a ambos cónyuges compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal, deber-derecho que tiene su fundamento en el principio de la igualdad jurídica de los esposos.

Acerca de las decisiones que toma la mujer en la economía doméstica se plantean algunas teorías como las siguientes:

b.1.-Mandato doméstico.- Según la cual, la mujer recibe del marido una autorización tácita o sobreentendida.

b.2.- Presunción del consentimiento del marido para distribuir los gastos domésticos.- Esta justifica la prerrogativa de la mujer para decidir sobre la economía del hogar.

b.3.- Teoría de la decisión compartida.- En virtud de la cual, a ambos cónyuges les corresponde de consuno decidir sobre las cuestiones referentes a la economía doméstica.

Pues bien, el artículo 162 del Código anterior establecía que al marido le corresponde decidir lo referente a la economía familiar. En cambio, la segunda parte del artículo 290 del Código actual, dispone que a ambos cónyuges les compete decidir sobre las cuestiones referentes a la economía del hogar. Este precepto, consagra entonces la teoría de la decisión compartida.

c.- Sosténimiento del Hogar Conyugal.- Se entiende por hogar conyugal al conjunto de relaciones que surge entre los cónyuges como consecuencia de la convivencia y que se realiza dentro del espacio físico donde se estableció el domicilio conyugal. El artículo 167 del Código derogado imponía al marido la obligación de suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus necesidades y facultades, lo que se justificaba porque el marido gozaba de una serie de derechos que le permitían un mejor desenvolvimiento en la actividad para recaudar medios dinerarios a fin de sostener el hogar; pero, ahora, debido a la profesionalización de la mujer, su incorporación en la actividad económica y a la igualdad de derechos para el hombre y la mujer, ya no se justifica que sea sólo el varón quien asuma esta obligación.

No obstante, la igualdad de derechos y obligaciones el varón y la mujer frente a la ley y, particularmente, teniendo en cuenta la realidad, el artículo 291 del Código vigente, señala que si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y la colaboración que ambos se deben en uno y otro campo.

d.- Representación de la Sociedad Conyugal.- La representación es una figura en virtud del cual una persona llamada representante celebra uno o más actos jurídicos en cautela de los intereses de otra denominada representada, sin embargo este concepto está desligado de las instituciones del derecho familiar que tiene connotaciones especiales.

Así los artículos 168 y 169 del Código derogado establecían que el marido es el representante de la sociedad conyugal, pero para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad conyugal estaba representada indistintamente por el marido o por la mujer. Sin embargo, se presentaron una serie de problemas relacionados con los tópicos siguientes:

d.1.-Naturaleza del poder de representación.- Unos, consideran que la fuente es la voluntad expresa o tácita del marido y, otros, que esa fuente es la ley.

d.2.-Extensión del poder.- Que pretende establecer hasta qué punto los gastos efectuados por la mujer sobrepasan los límites permitidos y, también, hasta qué punto pueden resultar perjudicados los terceros por el excesivo uso de la representación de la mujer.

d.3.- Limitación del ejercicio de representación.- Se refiere a que si ésta es una facultad del marido o del órgano jurisdiccional.

d.4.- Forma de hacer conocer la limitación a terceros.- Unos estiman que debe notificarse a éstos a fin de que se abstengan de contratar con la mujer y, otros, que no es necesaria dicha notificación.

d.5.- Extensión del poder de representación en una situación de separación de hecho.- Existen discrepancias pues, para unos, cesa la representación de la mujer por la separación de hecho y, para otros, que subsiste dicha facultad.

El artículo 292, finalmente ha quedado con la siguiente redacción:

- a) La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal

Civil, cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de total o parcial.

- b) En los actos relacionados con las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.
- c) Pero, si cualquiera de los consortes abusa de los derechos a que se refiere este artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselo en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado.

En efecto, la sociedad conyugal puede ser representada por otro cónyuge, en los siguientes casos:

- a) Si el otro está impedido por interdicción u otra causa.
- b) Si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto.
- c) Si el otro ha abandonado el hogar.

e.- Ejercicio de las Actividades Económicas de los Cónyuges

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

Pero esta libertad se ve limitada en razón de los fines del matrimonio y de los deberes y derechos que nacen del mismo.

Por eso, el artículo 173 del Código anterior, señalaba que la mujer podía ejercer cualquier profesión o industria así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar con el consentimiento expreso o tácito del marido; pero, si éste negaba su consentimiento, la mujer podía ser autorizada por el juez siempre que haya probado que esa medida justificaba el interés de la sociedad conyugal o de la familia.

La situación ha cambiado en el código actual pues basta el asentimiento expreso o tácito de cualquiera de los cónyuges para que el otro pueda desempeñar o ejercer un trabajo dentro de una profesión u oficio y si hubiera alguna oposición, el juez puede autorizarlo siempre que estuviera de por medio el interés de la familia. Así lo desprendemos del texto del artículo 293 del Código Civil.

3.- LA FAMILIA Y LAS UNIONES DE HECHO

Lo dinámico de las instituciones familiares, los movimientos sociológicos, las reformas que en materia de familia se hacen en la normatividad jurídica, la igualdad de derechos entre los cónyuges, la equiparación de la situación jurídica de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, el debilitamiento del matrimonio, entre otros, ha determinado que las uniones de hecho aumenten en número y reciban por tanto la protección jurídica. Voces radicales propugnan incluso que el concepto de familia debe ser desligado totalmente del matrimonio y homologar a las familias matrimoniales con las de las uniones de hecho para que tengan idénticos efectos, habida cuenta que en ambas la familia cumple el mismo rol social.

El nombre de uniones de hecho está referida sin duda a la familia de hecho y proviene de la doctrina italiana en la que se acuñó la denominación *familia di facto*, y desde allí se han dado diferentes denominaciones como familia natural, *copules non marries* (en Francia) *informal marriage*, *extra marital cohabitation unmarried partners* (en Inglaterra y Estados Unidos), en España *familias impropias*, *parejas no casadas*, pero de todas estas denominaciones la que parece más apropiada es la de uniones de hecho o grupos familiares de hecho.

Respecto de las uniones de hecho encontramos una especie de desamparo en los ordenamientos legales, que si bien se refieren a ella, no la legislan totalmente ni la protegen en forma integral. Ello deriva de la frase atribuida a Napoleón Bonaparte *les concubnis se pasent de la loi*, *la loi se désintresse d'eu*: que se sustrae de la ley, debe ser ignorado por ella. Sin

embargo ya existen posiciones de vanguardia que equiparan a la familia de hecho con la matrimonial, como es el caso de Italia y Suecia.

Las uniones de hecho, han sido clasificadas atendiendo a su grado de intensidad y afectividad de la siguiente forma ³²:

a.- Simple unión libre.- Que comprende a aquellas situaciones en las cuales el hombre y la mujer mantienen relaciones sexuales de carácter pasajero. Estas uniones por su carácter han sido denominadas *stuprum*.

b.- Concubinato.- Es aquella forma de unión entre hombre y mujer en la que hay una cohabitación con caracteres de permanencia, estabilidad, singularidad y notoriedad. La doctrina ha reconocido a su vez tres tipos de concubinato

:

- Simple.- Es el conformado por hombre y mujer libres de impedimento matrimonial y de parentesco.
- Adulterino.- Es aquella unión de hecho en la cual uno o ambos conformantes tienen vínculo matrimonial con un tercero..
- Incestuoso.- Es el concubinato en el cual las personas tienen impedimento matrimonial por su relación de parentesco.
-

c.- Convivencia *more uxorio*.- Se designan con este nombre a aquellas uniones de hecho en las cuales sus conformantes cumplen con las características de permanencia, estabilidad, singularidad y notoriedad, de tal forma que en la práctica no se diferencian sustancialmente de un matrimonio formal, pues se consideran y viven permanentemente como marido y mujer y son tenidos como tales en el círculo social que los rodea. Por el cumplimiento de las obligaciones por parte de sus conformantes en forma semejante a un matrimonio, la doctrina ha denominado a estas uniones como “matrimonios de hecho”.

³² CORRAL TALCIANI, Hernán, Derecho y Derechos de la Familia, Pág. 63, Grigley, 2005, Lima

Tema aparte pero sin duda importante, es el relacionado con la filiación, los derechos y las relaciones de parentesco entre los miembros de las uniones de hecho, que son vínculos que no tienen su origen en el matrimonio pero que igualmente existen y requieren de regulación y protección jurídica habida cuenta que las uniones de hecho por su número, ya no constituyen excepciones en nuestra realidad social.

3.1.- Las Uniones de Hecho en Nuestra Legislación

Es indudable que la primera forma de unión de la que se derivó la familia en la sociedad humana fue mediante la unión de hecho, podríamos señalar que esta es la forma natural del ser humano de formar familia, pues el matrimonio es una creación cultural de los pueblos. Como ya hemos visto con el correr del tiempo las sociedades fueron implantando el matrimonio y lo protegieron jurídicamente. En nuestra sociedad el matrimonio ha sido objeto de protección mediante las diversas legislaciones como ya hemos visto, por lo que nos queda precisar lo referente a la actual legislación, habida cuenta que la Constitución de 1979 protegía el matrimonio y luego a la familia, en tanto que la actual primero protege a la familia y luego promueve el matrimonio.

Los principios del modelo de familia garantizado por la Constitución de 1993 son:

- a) Principio de Protección de la familia.
- b) Principio de promoción del matrimonio.
- c) Principio de reconocimiento de las uniones de hecho
- d) Principio de igualdad entre los hijos.

De los principios arriba señalados se desprende que nuestra Carta Magna reconoce que en nuestro país la familia, deriva del matrimonio o de las uniones de hecho, por lo cual debe recibir protección sin considerar su origen, habida cuenta que el primer principio es el de protección a la familia sin mención a que sea la

matrimonial o la derivada de la unión de hecho, sin embargo en ambos casos no se producen los mismos efectos, y ello se debe a que por aplicación del principio de promoción del matrimonio no se equipara la una a la otra

En nuestra sociedad existe un elevado número de familias conformadas por personas que no han contraído matrimonio, pero que voluntariamente se han unido, pese a lo cual se desenvuelven igual que una familia matrimonial con el cumplimiento de los deberes propios del matrimonio. Para Alex Plácido “ la unión de hecho es la otra fuente de constitución de una familia y como tal es productora de efectos personales y patrimoniales”³³ Estas uniones de hecho tienen un estado aparente al del matrimonio y por su número han sido objeto de protección de nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, ya desde la Constitución de 1979, las familias fruto de las uniones de hecho fueron objeto de reconocimiento. Así el artículo 9 dicha Carta Magna señalaba que “ La unión estable de un varón y una mujer , libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho por el tiempo y condiciones que señala la Ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable” . El artículo 5 de la Constitución Actual señala que “ La unión estable de un varón y una mujer , libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable” . El artículo 326 del Código Civil, desarrollando la norma constitucional señala que “ La unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial , para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales , en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”.

Conforme al texto del artículo 326 del Código Civil es indudable que la unión de hecho implica convivencia, cohabitación, comunidad de vida, de proyectos

³³ PLACIDO VILCACHAHUA , Alex, Manual de Derecho de Familia , Pág. 249, Gaceta Jurídica , 2001, Lima.

familiares. Al respecto Alex Plácido afirma que “...la unión de hecho consiste en un comunidad de lecho, de habitación y de vida”³⁴.

Sin embargo la unión de hecho para su reconocimiento legal requiere de otros elementos, así por ejemplo, la singularidad, es decir la unión solo entre los convivientes, la misma que además debe ser de carácter permanente y no esporádica o momentánea, a ello se refiere la norma con la expresión “unión estable”.

Existen otros elementos para el reconocimiento legal de las uniones de hecho, como es el del plazo precisado en 2 años por la norma en mención, lo que se explica como la necesidad de que la unión de hecho tenga una vigencia mínima que también se ha señalado para otras instituciones familiares como es el caso del divorcio. Sin embargo este plazo no es el mismo para supuestos de filiación de los hijos habidos en la unión de hecho pues el inciso 3 del artículo 402 de Código Civil señala que tiene que haber una unión de hecho durante los primeros ciento veintidós días de los trescientos que precedieron al nacimiento del hijo extramatrimonial. También en el caso de matrimonio *in extremis* para cuya validez se requiere de que haya existido la unión de hecho 30 días antes del matrimonio.

Otro requisito importante para el reconocimiento legal de las uniones de hecho está constituido por la ausencia de impedimentos matrimoniales entre los sujetos que conforman la unión de hecho, pues de lo contrario su reconocimiento pese a la existencia de impedimento colisionaría con el matrimonio existente respecto de uno de los conformantes de la unión, originando dos instituciones reconocidas por ley en forma paralela. Este elemento ha determinado la distinción entre de unión de hecho propia, que aquella en la que no existe impedimento matrimonial y unión de hecho impropia que es aquella en la existe impedimento matrimonial en uno o en ambos cónyuges, ello para efectos patrimoniales.

Sin embargo los efectos de las uniones de hecho en determinados aspectos pueden darse indistintamente entre los miembros de las uniones de hecho propias o impropias como es el caso de la paternidad extramatrimonial que puede ser invocada, en los

³⁴ PLACIDO VICACHAHUA, Alex, Op.cit. Pág. 250.

casos de uniones de hecho propias o impropias y ya que ello para tal efecto resulta intrascendente al igual que para el caso de determinar la irrepetibilidad de los alimentos ya abonados.

3.2.- Las Uniones de hecho en la Legislación Internacional

La unión de hecho como forma de constituir una familia ha merecido protección de parte de las Constituciones de los países y aun de instrumentos internacionales. Así tenemos:

La Constitución de Italia en su artículo. 29, reconociendo las formaciones sociales en las que el hombre desarrolla su personalidad, se reconoce también a la *familia di facto*. Constitución de Colombia en su artículo 42 señala que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o *por la voluntad de conformarla*.

La Constitución del Salvador en su artículo 32 precisa que el Estado fomentará el matrimonio, pero la falta de éste no afectará a la familia. El Art. 33 dice que el Estado regulará las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un hombre y una mujer.

La Constitución de Nicaragua en su artículo 72 precisa que el Matrimonio y la unión de hecho estable, están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La Ley regulará esta materia.

La Constitución de Haití en su artículo 260 señala que el Estado debe igual protección a todas las familias sean que se hayan constituido o no por los vínculos del matrimonio.

LA constitución del Ecuador en su artículo 25 dice que la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos, patrimonio familiar..

Instrumentos internacionales como la Declaración Universal de derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, El Pacto Internacional

de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, sin bien reconocen el matrimonio, también reconocen a la familia como institución que no solo puede derivar de él.

3.3.- Las Uniones de Hecho y sus Efectos.- La forma como se desarrolla una unión de hecho *more uxorio*, da la impresión o aparenta que se tratara de un matrimonio, parece, aparenta que sus conformantes forman un matrimonio aunque no lo es. Así los terceros podrían realizar actos jurídicos con los conformantes de la unión en la firme creencia que se trata de un matrimonio, ya que en nuestra vida diaria, no es posible solicitar la partida de matrimonio de quienes conocemos y realizamos un contrato, muchas veces nos conformamos con saber que viven en el mismo domicilio, tienen hijos o bienes que usan indistintamente.

Es indudable, también, que las uniones de hecho generan efectos personales entre sus miembros, habida cuenta que tienen una estructura interior semejante a la de un matrimonio, así pues es indudable que existen obligaciones de asistencia protección alimentos, que aunque se cumplen de manera natural y por propia voluntad de sus conformantes, algunos pueden ser exigidos judicialmente como es el caso de los alimentos, la herencia para los hijos y aun para el otro conformante de la unión.

Nuestra legislación, teniendo en cuenta la realidad de la existencia de la uniones de hecho, le ha reconocido efectos siempre y cuando exista un reconocimiento judicial de convivencia. Así en el campo laboral, el artículo 50 del Decreto Legislativo 650 reconoce que el conviviente sobreviviente tiene derecho al 50% del monto total acumulado por compensación de tiempo de servicio así como a sus intereses. El Decreto Legislativo 688, en su artículo 1, reconoce al conviviente el beneficio del seguro de vida que proveyó el empleador respecto del conviviente trabajador.

Aun el Sistema Privado de Pensiones establece que el conviviente tiene derecho a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y tiene también expectativa para el beneficio de la pensión de jubilación de su compañero, así se desprende del texto del artículo 100 del Decreto Supremo 206-92- EF. El sistema de salud en cumplimiento del

artículo 3 del Decreto Legislativo 887 otorga cobertura al conviviente para prestaciones de salud y bienestar social .

Aun en los Códigos Procesal Civil y Penal se reconocen efectos respecto de los conformantes de la unión convivencial . Así el Código Procesal Civil en su artículo 220 precisa que nadie puede ser obligado a declarar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra su conviviente , igualmente los artículo 305 y 307, señalan como uno de los motivos de abstención del juez del proceso el hecho de ser conviviente de una de las partes del proceso, el inciso 3 del artículo 229 precisa el impedimento respecto de un testigo que sea conviviente de una de las partes, excepto en asuntos de familia.

El Código Penal en su artículo 107 tipifica como delito de parricidio el homicidio del conviviente por parte del otro conformante de la unión de hecho . El artículo 179 considera como agravante de la pena en los casos de rufianismo y prostitución, el hecho de que la víctima sea conviviente del autor. El artículo 208 en su inciso 1, precisa que no son reprobables los delitos de apropiaciones defraudaciones o daños que se produzcan entre los convivientes .

Las uniones de hecho también generan beneficios patrimoniales entre sus conformantes, sujetándolos al régimen de gananciales en lo que fuera aplicable, habiéndose establecido en la doctrina que se trata de un régimen único forzoso, se trata de una comunidad de bienes al que se aplica las reglas de la sociedad de gananciales en lo que sea pertinente, ello siempre que se cumpla el plazo de ley, antes de ello las reglas aplicables serán las de copropiedad.

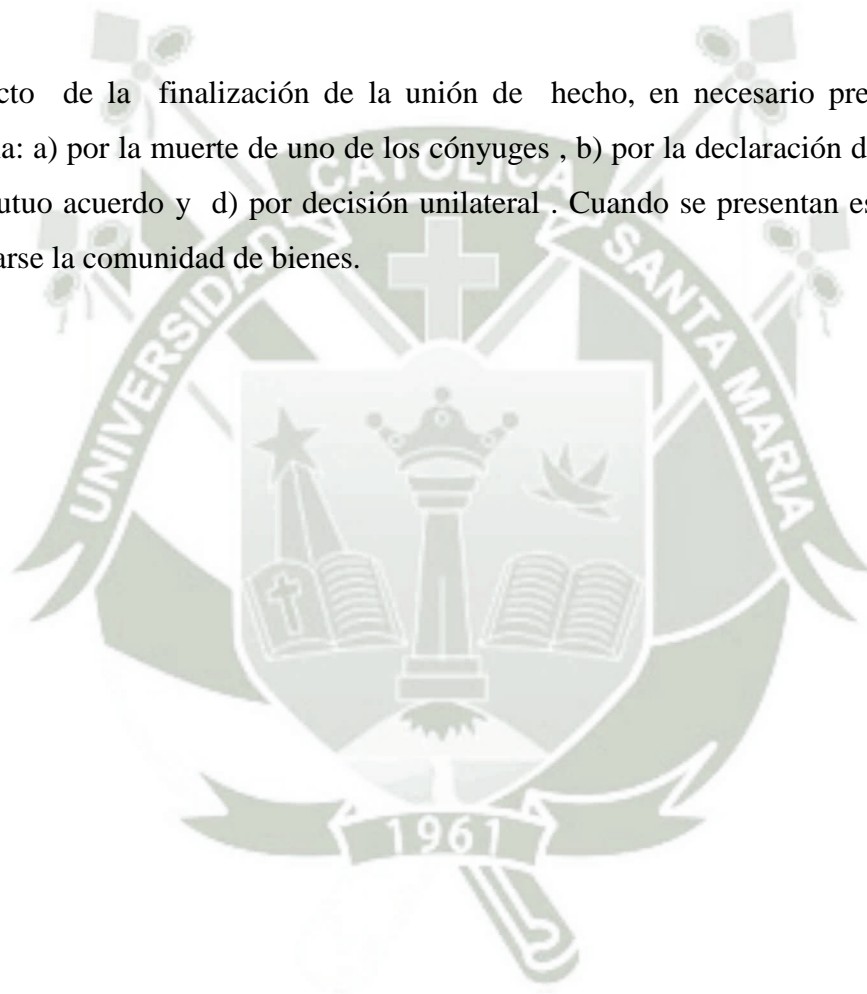
También existen entre los conformantes de la unión la obligación alimenticia que se presta de manera natural , sin embargo existe la posibilidad de fijarla en el caso de que la unión de hecho haya finalizado por decisión unilateral de uno de los cónyuges conforme a lo dispuesto por la penúltima parte del artículo 326 del Código Civil.

Respecto de la obligación de indemnizar por ruptura unilateral de la unión de hecho al cónyuge agraviado, nuestro Código Civil ha previsto tal posibilidad en la penúltima parte del artículo 326 y también la posibilidad de iniciar una acción de enriquecimiento

indebido para le caso de uniones de hecho en las cuales uno de los conformantes tenga impedimento .

En cuanto a los efectos jurídicos relacionados con los hijos es conveniente señalar que si bien no existe la presunción *pater is*, sin embargo la ley ha previsto los mecanismos del reconocimiento, y aun la aceptación de la madre respecto del nombre del padre. La patria potestad es ejercida por ambos padres en caso de reconocimiento por ambos y por el cónyuge que lo haya reconocido en el caso de que uno de ellos no lo haya hecho

Respecto de la finalización de la unión de hecho, en necesario precisar que ella termina: a) por la muerte de uno de los cónyuges , b) por la declaración de ausencia , c) por mutuo acuerdo y d) por decisión unilateral . Cuando se presentan esta causa debe liquidarse la comunidad de bienes.



CAPITULO II

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION PERUANA

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

Si bien la Constitución reconoce al matrimonio como un instituto fundamental de nuestra sociedad, también ampara el derecho a pedir su disolución y precisa que las causales de tal determinación serán señaladas por Ley, así lo prescribe la segunda parte del artículo 4 de nuestra Norma Fundamental.

Estas precisiones de la Constitución, respecto al matrimonio y al divorcio, no implican una contradicción, pues bien podría cuestionarse como es que la Constitución hace mención al divorcio, si es que ampara al matrimonio como una institución fundamental. Ello tiene que entenderse también por el interés que tiene el Estado de que la vigencia del matrimonio se lleve a cabo dentro del marco de la comprensión, tolerancia y amor entre los cónyuges y los miembros de la familia. Si por factores humanos ya no es posible la existencia de una unión matrimonial con los sentimientos que sirvieron de base para su formación, no tiene sentido que se mantenga pues resulta mas bien perjudicial a sus conformantes y aun a la sociedad.

El sistema de divorcio en los diferentes países ponderan tanto la institución del matrimonio como el derecho a la libertad, y depende de la mayor ponderación de uno o de otro la facilidad o la dificultad de obtener el divorcio. Así en los Estados Unidos , se pondera el valor de la libertad y en consecuencia el sistema de divorcio no es tan complicado , mientras que en el Perú se pondera mas la institución del matrimonio. Resulta pertinente precisar que el matrimonio como institución solo se disuelve por la muerte y por el divorcio declarado por el juez.

1.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS .

a.- A Nivel Internacional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Letrán y de Trento, por excepción se permitió la separación de cuerpos para casos de “matrimonios desafortunados”.

En los primeros tiempos de la Edad Moderna y debido a la fuerte influencia de la Iglesia en la Edad Media, se mantuvo el régimen de separación de cuerpos al que hemos hecho mención, pero con el surgimiento de la Reforma Protestante en el siglo XVI se aceptó el divorcio en las legislaciones de los llamados países protestantes como Inglaterra, Dinamarca, Suecia, Holanda, Alemania³⁶ En estos países, y especialmente en el último bajo la influencia Luterana, se admitió el divorcio incluso por causas diversas al adulterio, ello en razón a que no se consideraba el matrimonio como un sacramento.

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

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

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

³⁶ COLIN Y CAPITANT. OP. Cit. Pág. 235.

Revolución Francesa determinó que el divorcio se impusiera en la mayoría de países del mundo.

El Código de Napoleón de 1804, admitió el divorcio absoluto y se generalizó en todos los países donde tuvo influencia El Code. Sin embargo este Código admitió la indivisibilidad del matrimonio como regla general y reglamentó el divorcio para evitar excesos. Las causales admitidas por El Code fueron el adulterio, la condena de uno de los esposos a una pena aflictiva o infamante y los excesos, sevicias o injurias graves. Se admitió el mutuo disenso pero reglamentado y sujeto a un trámite lento y tedioso. Restablecieron también la separación de cuerpos por las mismas causales que el divorcio, no así por el mutuo consentimiento. El Código de Napoleón adoptó una posición conciliadora entre la iglesia y la tesis divorcista.

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

b.- En Nuestro País.-

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

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

Como es sabido entre los Incas existía el llamado “matrimonio de prueba o *“servinacuy”* o *“tincunakuspa”* por el cual los pretendientes se unían en una especie de prueba, conforme a esta costumbre si la mujer respondía a las exigencias del marido, el matrimonio quedaba consumado”³⁷. Por ello no resultaba necesario un divorcio posterior pero se trataba de un divorcio prematuro que tenía la real condición de

³⁷ ALDEN MASON, James, Las Antiguas Culturas del Perú, Fondo de Cultura Económica, México, 1981

separación de hecho y que se producía por causas que pudieron ser, la incompatibilidad de caracteres, el poco apego de la mujer a la vida hogareña, el incumplimiento por parte de la mujer de los deberes conyugales, las injurias. Luego de consumado el matrimonio sólo el adulterio era la causal de esta separación de hecho.

A Partir de la Época de la Conquista y hasta la proclamación de la Independencia y aun hasta el año de 1852, rigió en el Perú el Derecho Español influenciado por el Derecho Romano, Derecho Germano y Derecho Canónico. Sin embargo en los grupos nativos se mantuvo latente el derecho consuetudinario del Imperio Inca.

El Proyecto de Código de Manuel Lorenzo Viduarre de 1834 y 1835³⁶ consideraba varias causales de divorcio reducidas a “causas muy graves morales o físicas”³⁷, entre ellas figuran :

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

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

³⁶ VIDAUARRE, Lorenzo, Proyecto del Código Civil Peruano, Imprenta del Constitucional, 1834, Lima.

³⁷ RAMOS NUÑEZ, Carlos, Historia del Derecho Civil Peruano, Tomo I, Pág. 272, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica, Lima 2003

El Código de Santa Cruz de 1836³⁸, rechazó el divorcio vincular que habilitaba contraer nuevo matrimonio mientras viviese el ex cónyuge matrimonio, expresando una gran devoción católica, se señaló que el matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los esposos. Sin embargo admitió la separación de cuerpos y se señaló como causales:

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

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

En efecto del Código Civil de 1852³⁹ en su artículo 132 señalaba que por el matrimonio se unen **perpetuamente** el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común concurriendo a la conservación de la especie humana, agrega el artículo 134 que el matrimonio legalmente contraído es **indisoluble**: acábase solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo y se tiene por no puesto. El artículo 156 señala que el matrimonio se celebrará en toda la Republica con las formalidades del Concilio de Trento, que estableció que el matrimonio es indisoluble. En su artículo 191 señalaba que el divorcio es la separación de los casados quedando subsistente el vínculo matrimonial. El artículo 192 conceptúa que el divorcio es la separación de los casados y señalaba que las causales del divorcio relativo, eran las siguientes:

- a.- El adulterio de la mujer.
- b.- El concubinato o la incontinencia pública del marido.
- c.-La sevicia o trato cruel.

³⁸ OFICIAL, Código Civil Santa Cruz, Edición oficial, Imprenta de José Masías, 1936, Lima.

³⁹ OFICAL, Código Civil del Perú, Imprenta del Gobierno, 1852, Lima.

- d.- Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- e.- El odio capital del alguno de ellos manifestado por las frecuentes riñas graves o graves injurias repetidas.
- f.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez disipación o prodigalidad
- g.- Negar el marido los alimentos a la mujer.
- h.- Negarse la mujer, sin graves y justas causas a seguir al marido.
- i.- Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.
- j.- La ausencia sin justa causa por mas de cinco años.
- k.- La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación.
- l.- Una enfermedad crónica contagiosa.
- ll.- La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

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

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

Respecto del divorcio, el proyecto de 1890 tuvo una postura aparentemente mas amplia que el código de 1852, pues al definir el matrimonio eliminó la frase “perpetuamente” que aparecía en el artículo 132 de dicho código, lo que daba la impresión de que daba paso al divorcio, sin embargo el texto del artículo 287 aparecía claramente que este cuerpo de leyes tampoco aceptó el divorcio vincular pues precisa que “el divorcio es la separación de los casados quedando subsistente el vínculo matrimonial”⁴⁰ con lo que quedaba subsistente el texto del artículo 191 del Código Civil de 1852 pues el divorcio ponía término a los deberes de lecho y habitación y ponía a fin a la sociedad de bienes.

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

- a.- El Adulterio de la mujer,
- b.- El concubinato o la incontinencia pública del marido.

⁴⁰ OFICIAL, Proyecto de Código civil de 1890, Imprenta Francisco Solís, 1890, Lima

- c.- La tentativa contra la vida del cónyuge .
- d.- La sevicia o trato cruel .
- e.- El odio capital respecto del cónyuge manifestado por frecuentes riñas o por graves injurias repetidas.
- f.- El juego o la embriaguez habituales.
- g.- El abandono del hogar conyugal sin justa causa .
- h.- La ausencia inmotivada por mas de dos años.
- i.- La locura o furor permanente que hiciese peligrosa la vida en común..
- j.- La enfermedad crónica que impidiese la cohabitación.
- k.- La condena a pena privativa de la libertad .
- l.- La negativa a la obligación de alimentos .
- ll.- La negativa de uno de los cónyuges a cumplir con sus obligaciones conyugales.
- m.- La negativa de la mujer de seguir al marido.

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

EL Código de 1936⁴¹ en su artículo 247 señala, son causas de divorcio

- 1° El adulterio.
- 2° La sevicia.
- 3° El atentado contra la vida del Cónyuge.
- 4° La injuria grave.
- 5° El abandono malicioso de la casa conyugal siempre que hubiera durado mas de dos años.
- 6° La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- 7° El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes.
- 8° La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.

⁴¹ OFICIAL.- Código Civil de 1936, Editorial Universo , 1936, Lima

9° La condena por delito a una pena privativa de la libertad mayor de 2 años impuesta después de la celebración del matrimonio.

10° El mutuo disenso.

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

- 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 mas de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono excedan ese plazo.
- 6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- 7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
- 8.- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después del matrimonio.
- 9.- La homosexualidad sobreviviente al matrimonio.
- 10.- La condena por delito doloso a la pena privativa de la libertad mayor de 2 años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- 11.- La imposibilidad de hacer vida común debidamente probada en proceso judicial.
- 12.- La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.
.En estos casos no será de aplicación lo dispuesto por el artículo 335
- 13.- La separación convencional después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

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

El artículo 349 del Código Civil señala que puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

Como se aprecia en el código de 1984 sigue vigente la corriente divorcista, apreciándose incluso mayor facilidad para obtener el divorcio con evidente peligro para

la estabilidad de la institución. Así se desprende de la causal por separación de hecho que puede ser invocada aun por el cónyuge culpable pese a que no tendría legítimo interés moral.

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

1.2.- DEFINICIÓN.-

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

Para Planiol y Rippert “ EL divorcio es la disolución, en vida de los esposos, de un matrimonio válido”⁴²

Para Cornejo Chávez, el divorcio “ consiste en que los cónyuges, después de un trámite mas o menos lato, obtiene la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden contraer otro “⁴³.

Ripert y Boulanger, citados por Peralta Andía, señalan que “ el divorcio es el decaimiento absoluto del vínculo matrimonial . Es pues la ruptura de un matrimonio válido en la vida de los esposos ”⁴⁴.

⁴² PIANIOL Marcel , y RIPPERT George . Op. Cit Pág. 218.

⁴³ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op.Cit. Pág. 58

⁴⁴ PERALTA ANDIA , Op.Cit. Pág. 68

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

2.- Sistemas de Divorcio Vincular :

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

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

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

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

La realidad demuestra lo contrario, las parejas jóvenes suelen contraer matrimonio sin demasiada preparación considerando que si no funciona satisfactoriamente, el divorcio será una solución accesible. Si bien el divorcio en algunos casos se presenta como una solución sus consecuencias sociales y familiares no son del todo claras y en todo caso siempre tiene consecuencias negativas para los hijos.

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

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

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

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

dar lugar al repudio. Así pues esta forma de divorcio se da dentro de una relación asimétrica entre los miembros de la unión matrimonial.

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

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

Los principios de esta doctrina son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

Esta doctrina ha sido adoptada por la mayor parte de los códigos europeos como el de Francia, Italia, Portugal, Suiza, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Finlandia, etc. Igualmente, en los países del Common Law (Inglaterra y Estados Unidos), Canadá, Puerto Rico y la mayor parte de los países latinoamericanos, alguno de los cuales, van tras la doctrina del divorcio-remedio.⁴⁵

Esta doctrina ha sido criticada sobre todo desde en punto de vista psicológico, por cuanto no resulta factible determinar que tal o cual comportamiento de uno de los cónyuges merezca un premio o una sanción, habida cuenta que es la ley la que impone deberes i obligaciones, es nuestro caso en los artículos. 287 y siguientes del Código Civil y porque las razones que determinan el fracaso de una unión matrimonial están marcados por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, y porque sin duda, el alejamiento recíproco entre el marido y la mujer, “es el resultado de un largo proceso de desavenencias, de incompatibilidades, de diferencias de apreciación, de desajustes sexuales y emocionales. Por otro lado, la sentencia que declara el divorcio podría ser hasta un premio para el culpable y una sanción para el inocente”⁴⁶. Ello efectivamente se aprecia en los casos en los que no habiendo bienes, no se puede privar de los gananciales al culpable o cuando no se concede una pensión alimenticia a favor del agraviado porque tiene ingresos.

⁴⁵ PERALTA ANDIA, Javier, Op. Cit. Pág. 69.

⁴⁶ PERALTA ANDIA, Javier , Op.Cit. Pág 71.

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

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

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

Esta Causal se sustenta en los siguientes supuestos

a.- La ruptura de la vida matrimonial como consecuencia de la desavenencia grave, profunda de los cónyuges, evidente y objetivamente verificable, y por tanto, no requiere de la tipificación de conductas culpables por parte de uno o ambos consortes. Evidentemente que ello, no tendría sentido si lo que al fin se observa que el matrimonio ya no está vigente y se manifiesta en hechos como el alejamiento físico de los cónyuges, el abandono de la familia, el incumplimiento de las obligaciones respecto

de los hijos, la conformación de hogares de hecho por parte de uno o de ambos cónyuges por tiempos dilatados.

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

c.- La consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible, el conflicto matrimonial. La concepción de remedio está unida a la petición del demandante que expone la existencia de una situación inviable entre los cónyuges, pese a lo cual, legalmente subsiste el matrimonio e impide la regularización de otras familias o de situaciones económicas existentes. La separación de hecho entre los cónyuges no puede seguir ocasionando consecuencias a otros hijos y a los derechos económicos de los miembros de la familia. La concepción del divorcio como remedio pretende precisamente remediar esta situación.

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

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

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

En nuestro país, el Código Civil de 1984 adoptó la tesis divorcista y con ella la doctrina del divorcio-sanción. Sin embargo con la reforma efectuada por Ley N° 27495 de 07.07.01 se logra introducir la corriente de divorcio remedio. Consecuentemente, el sistema peruano en materia de divorcio contempla, por un lado, causales subjetivas o

inculpatorias propias del sistema del divorcio-sanción en las causales previstas en los incisos 1 a 11 del artículo 333 del Código Civil y, por otro, causales objetivas o no inculpatorias como la separación de hecho y la separación convencional incisos 12 y 13 respectivamente de la misma norma, pertenecientes a la doctrina del divorcio-remedio que sin duda se ajustan a nuestra realidad, por consiguiente, podemos afirmar que en nuestro país se ha adoptado el sistema intermedio.

3.- LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL PERÚ

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

3.1.—Adulterio.-

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

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

El adulterio “se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente”⁴⁷ y no tiene una tipificación distinta para el varón o la mujer, como en nuestro caso lo hacía el Código Civil de 1852 que admitía la causal para la

⁴⁷ ZANONNI, Eduardo, Manual de Derecho de Familia, ASTREA, Buenos Aires, 1989

mujer pero no 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*".

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

3.1.1- Elementos Constitutivos.- Doctrinariamente se ha admitido que los elementos constitutivos del adulterio son:

El Elemento objetivo .- Constituido por la realización del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte en una o varias oportunidades. La precisión de persona distinta a su cónyuge permite suponer que se trata de persona del mismo sexo del cónyuge con el cual se practica el acto sexual. Desde esta perspectiva, "la causal se vincula con un tipo de acto sexual (peneano-vaginal), de ahí que las relaciones mantenidas entre homosexuales o lesbianas no tipifican actos adulterinos, sino conductas deshonorosas"⁴⁸.

B.- El Elemento Subjetivo.- Está relacionado con el aspecto psicológico del cónyuge infractor en cuya conducta se puede apreciar el propósito deliberado de mantener relación sexual con persona distinta a su cónyuge, fuera de matrimonio a

⁴⁸ VARSI ROSPIOGLIOSI, Enrique. OP. Cit. Pág. 72.

sabiendas que quebranta el deber de fidelidad en su manifestación de continencia sexual.

Por ello los actos sexuales en los cuales no existe el propósito deliberado de quebrantamiento del deber de fidelidad, no constituyen adulterio. Tales serían los casos de violación, del acto sexual sostenido en estado hipnótico, el acto sexual mantenido como consecuencia del consumo de drogas o del alcohol.

La procreación por medio de la inseminación artificial ha planteado también algunas situaciones relacionadas con el adulterio. Así la inseminación artificial no consentida por el marido implicaría un adulterio ya que finalmente se ha conseguido una descendencia con persona distinta al marido, aun cuando el donante del espermatozoide fuera anónimo.

Doctrinariamente también se ha establecido que los actos preliminares al coito no configuran adulterio, es el caso de la *innisio penis in os*, la *fellatio in ore*, o el *coitus inter fémora*.. Para la configuración del adulterio, el acto debe ser una relación coital querida por el cónyuge infractor, de tal manera que la conciencia de que se está realizando un acto incorrecto contrario al deber de fidelidad, es lo que configura el elemento subjetivo.

2.1.2.- Requisitos:

Procesalmente, los requisitos para promover una demanda de divorcio por adulterio son:

a.- Que exista un vínculo matrimonial de naturaleza civil que sea afectado por el adulterio. En este supuesto es necesario precisar que el deber de fidelidad nace por imperio de la Ley cuando se contrae matrimonio civil, en nuestro caso así lo establece el artículo 288 del Código Civil. No sucede lo mismo con las uniones de hecho en las que el cumplimiento del deber de fidelidad es natural, puesto que los conformantes mantiene la unión solo por su libre voluntad, por tanto la observancia, no quebranta ningún deber impuesto por la Ley. Igual situación se presenta en el matrimonio religioso en el que la inobservancia del deber de fidelidad es una obligación impuesta

por la fe en Dios, una prohibición del ser supremo, su incumplimiento dará lugar al pecado y a la sanción correspondiente conforme a la doctrina religiosa.

b.- Que el adulterio sea real y consumado, es decir que tiene que haber necesariamente acto sexual coital, peniano-vaginal. A este respecto debemos reiterar que los actos sexuales homosexuales y los actos previos a la relación no configuran la causal.

c.- Que el acto sea susceptible de comprobación, respecto de este requisito debemos precisar que siendo el adulterio un acto reprochable respecto del cual la censura social es muy severa, mayormente se practica en forma oculta por lo que su probanza no resulta fácil a no ser que fruto de dichas relaciones naciera un hijo no obstante que los cónyuges se encuentran separados o es imposible la procreación y de cuya partida se pueda verificar que el padre o la madre son personas distintas al cónyuge. No obstante como ya señalamos por la naturaleza subrepticia de las relaciones también se acepta la prueba indiciaria como sería el caso de una persona que pueda ser sorprendida en la habitación de un hotel yaciendo con persona distinta a su cónyuge. En este sentido se habla de prueba indirecta cuando se trata de indicios y presunciones y de prueba directa cuando se trata de partidas de nacimiento de los hijos que son fruto de esta relación.

d.- Que sea consciente y voluntario. Este requisito está relacionado con el aspecto subjetivo al que ya hicimos mención, es decir un acto voluntario y consciente de que se está quebrantando el deber de fidelidad impuesto por ley.

e.- Que el cónyuge agraviado no consienta ni propicie el acto. Así pues es indispensable que el ofendido no haya provocado el adulterio, consentido, ni perdonado, de ahí que la cohabitación posterior al adulterio impida iniciar o proseguir la acción. Así lo precisa el artículo 336 del Código Civil.

f.- Que no se sustente en hecho propio. Esta prohibición se encuentra contenida en el artículo 335 del Código Civil y está relacionada con la exigencia del artículo VI del Código Civil que señala que para ejercitar una acción es necesario tener legítimo interés moral y económico. Es evidente que quien comete adulterio, no reúne los supuestos a los que hace mención la norma señalada.

g.- Que no haya caducado. La caducidad es una forma de extinción de derechos debido al transcurso del tiempo. El tiempo de caducidad lo fija la ley y determina que el derecho afectado de caducidad carece de existencia. Por tanto, la falta de disposición legal determina que el derecho no pueda ser afectado de caducidad. Nuestro Código Civil en el artículo 2003 señala que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, y respecto al divorcio el artículo 339 del Código Civil señala que la acción basada en el adulterio caduca a los 6 meses de conocida y en todo caso a los cinco años de producida. Tal disposición tiene como fundamento el Orden Público y la conservación del Estado de Familia.

En cuanto al cómputo del plazo de caducidad, existen dos posiciones: una posición que resulta ser mayoritaria, sostiene que la continuidad en el adulterio, a través de una relación permanente, impide que el término de caducidad transcurra; la segunda posición señala que el plazo de cómputo de la caducidad se encuentra sujeto al conocimiento de la relación adulterina por parte del cónyuge agraviado. Nuestro Código suscribe la segunda posición al señalar que la caducidad se encuentra sujeta al conocimiento del tal hecho por parte del cónyuge.

3.2.-La Violencia Física o Psicológica.- Esta causal de divorcio está prevista en el inciso 2 del artículo 333 del Código Civil. La jurisprudencia peruana⁴⁹ ha definido la causal de la siguiente forma: “Se entiende por violencia física o psicológica al trato reiterado y cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho o psicológicamente a su consorte, salvando los límites del recíproco respeto que supone la vida en común”.

El Decreto Legislativo 768 cambió la designación de sevicia que anteriormente tenía esta causal en el Código Civil de 1936 por la de Violencia Física y Psicológica por considerar que el termino sevicia se refería solo al maltrato físico. En efecto la palabra sevicia deriva del vocablo latino “*saevitia*” que significa crueldad, inhumanidad, insensibilidad. De acuerdo con ese significado, se definió la sevicia como el acto de crueldad por el cual uno de los cónyuges dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultraja de hecho al otro y quebranta los límites de recíproco respeto que la ley impone a los cónyuges por medio del artículo 288 del Código Civil. Sin embargo es necesario

⁴⁹ Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia. Casación No. 027-F-97-

precisar que el término sevicia ha evolucionado en su significado y ahora también comprende la esfera síquica y moral de la persona, por lo que el cambio de denominación no era necesario.

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

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

3.2..1.- Elementos : Podemos puntualizar los siguientes:

A.- El Elemento Objetivo.- Está constituido por actos de maltrato que uno de los cónyuges dispensa al otro al otro, que se manifiesta en: daño físico abuso sexual, daño psicológico que se traduce en traumas, temores, frustraciones, depresiones etc. Todo lo que ocasiona sufrimiento físico-psicológico en el cónyuge agraviado.

B.-Elemento Subjetivo.- Está constituido por la intención de provocar sufrimiento y el conocimiento de que los actos que se cometen tiene como necesario efecto el de producir sufrimiento en el cónyuge agraviado, tanto en la esfera física síquica. Los actos deben ser intencionales, innecesarios o injustificados, por tanto los actos que involuntariamente provocan lesiones no constituyen sustento suficiente para esta causal deben ser también reiterados.

El Artículo 337 del Código Civil establece que la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa serán apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, conducta y costumbres del los cónyuges. Sin embargo el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad N° 18-96, publicada en el Diario Oficial “ El Peruano” el 30 de junio de 1997 ha establecido que tales criterios solo se aplicarán en el caso de las injurias graves.

Es evidente que una relación matrimonial en donde se ha implantado una relación asimétrica en la cual el dominante provoca el sufrimiento continuo del dominado, no tiene razón de subsistir, toda vez que el matrimonio tiene como base sentimientos de amor y de respeto que deben mantenerse en tanto subsista la unión. La infracción evidente y consiente de violación del deber de asistencia justifica que el cónyuge agraviado solicite la disolución del vínculo.

3.2.2.- Requisitos .

Esta causal se configura con los siguientes requisitos:

a.- Que existan maltratos físicos o síquicos morales de gravedad .- Los maltratos físicos y psicológicos afectan al derecho fundamental de la integridad psicosomática previsto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, integridad que requiere preservar el ser humano para su realización plena como persona humana es decir para el cumplimiento de su proyecto de vida.

Si el respeto a la integridad psicosomática de la persona resulta obligatoria para los ciudadanos, tal obligación de respeto se potencia en el matrimonio por ser una institución basada en los sentimientos más nobles y por la importancia de la familia para la sociedad, de tal manera que las certificaciones de las denuncias policiales sobre maltratos físicos o psicológicos que no hayan sido impugnadas, los certificados médicos o de salud relacionados con ambos tipos de maltratos resultan idóneos para probar la existencia de la violencia siempre que sean confirmados por otros medios probatorios que determinen la autoría de tales hechos por parte del demandado. Resultan también idóneos para probar la existencia de la violencia los procesos penales por faltas contra la vida, el cuerpo y la salud o por delito de lesiones o por violencia familiar que concluyan con sentencia condenatoria para el agresor.

b.- Que exista ánimo o propósito de hacer sufrir al otro cónyuge .- La intencionalidad del agresor en la comisión de los actos de violencia, conlleva la conciencia de que con ello provocará el sufrimiento del agredido alterando su personalidad, provocando pérdida de autoestima, de autonomía, limitaciones en el

disfrute de la vida. A ello se une también el hecho de que ello resulta innecesario, pues los actos de violencia no corregirán, ni solucionarán ningún problema.

c.- Que sean actos reiterados.- La Jurisprudencia ha establecido que un hecho aislado o único no justifica la disolución del vínculo matrimonial, sin embargo tal criterio tiene que ser modificado habida cuenta que muchas veces una sola agresión puede ser lo suficientemente grave como para declarar fundada la demanda. Se debe pues establecer una relación de proporción entre el acto de violencia y el daño tanto a la integridad física y psicológica del agredido como la repercusión en la vida familiar.

d.- Que hagan insoportable la vida en común.- El concepto de vida en común implica que los cónyuges comparten no solo lecho mesa, habitación sino los proyectos familiares de realización. La vida en común es un hecho de cada día que en el matrimonio se lleva a cabo con participación de los dos cónyuges, implica una relación de igualdad y de respeto. La violencia como ya hemos señalado establece una relación asimétrica y si tal relación determina que la vida en común no sea viable, se habrá configurado la causal.

e- Que no haya caducado.- Conforme al artículo 339 del Código Civil la causal de violencia física o psicológica caduca a los seis meses de producida la causa. La caducidad es una forma de extinción de derechos debido al transcurso del tiempo. El tiempo de caducidad lo fija la ley y determina que el derecho se encuentra afectado de caducidad. Ese será el caso de maltratos graves en cuanto a la violencia si transcurren mas de los 6 meses que señala la Ley y no se ejercita la acción correspondiente.

f.- Que no se fundamente en hecho propio.- Esta prohibición se encuentra contenida el artículo 335 del Código Civil y está relacionada con la exigencia del artículo VI del Código Civil que señala que para ejercitar una acción es necesario tener legítimo interés moral y económico. Es evidente que quien viola el deber de asistencia y maltrata a su cónyuge incurre en la causal de violencia física y psicológica y no tendrá el legítimo interés legal y moral que la ley exige.

3.3.-Atentado Contra la Vida del Cónyuge.

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

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

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

El atentado contra la vida del cónyuge es una causa directa, 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.

3.3.1.- Elementos : Son los siguientes:

A.-Elemento Objetivo.- Está constituido por los actos materiales que ponen en peligro la vida de uno de los cónyuges como son la tentativa de homicidio y las lesiones graves. En la tentativa el agente comienza la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo. Comprende tanto el desistimiento voluntario como el arrepentimiento activo. El autor principal puede ser el cónyuge, el cómplice o el instigador.

B.-Elemento Subjetivo está constituido por la intención o el propósito del agresor de privar de la vida al otro cónyuge, la misma que no se consuma por acto propio o ajeno, pero subsiste la intención del agresor.

Para que pueda establecerse el atentado como causal es menester que el evento haya sido determinado por acción directa y personal del otro cónyuge. La contribución del cómplice debe coadyuvar o prestar asistencia de manera intencional. El instigador también debe actuar intencionalmente determinando en el instigado su conciencia y voluntad.

3.3.2.- Requisitos

La tentativa de homicidio está severamente reprimida por las leyes penales, pero como causal de divorcio se exigen los siguientes requisitos para que se configure:

a.- Que un cónyuge atente contra la vida del otro.- El agente que pretenda victimar al cónyuge, debe ser el otro cónyuge. La autoría puede ser directa o indirecta y los actos deben ser idóneos para victimar al consorte.

b.- Que se ponga en peligro la vida del cónyuge.- Este requisito implica que los actos de tentativa estén dirigidos y sean idóneos para quitar la vida del otro, para victimarlo. Es el valor vida el que se pretende suprimir, por tanto el solo deseo de lesionar, de atemorizar, no configura esta causal. Para Probar el atentado pueden utilizarse todo los medios probatorios que la ley procesal franquea, sin embargo la prueba idónea la constituye la copia certificada de la sentencia condenatoria recaída en el correspondiente proceso pena.

c.- Que constituya una grave ofensa para el agraviado.- Este requisito fluye de la misma naturaleza del atentado que es un acto de por si reprochable. No podría entenderse de ninguna forma que un atentado contra la vida del cónyuge no sea grave.

d.- Que no se fundamente en hecho propio.- Esta prohibición se encuentra contenida en el artículo 335 del Código Civil y está relacionada con la exigencia del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, que señala que para ejercitar una acción es necesario tener legítimo interés moral y económico. Es evidente que quien ha pretendido quitar la vida de su cónyuge, no puede solicitar el divorcio por ello.

e.- Que no haya caducado.- La caducidad es una forma de extinción de derechos debido al transcurso del tiempo. El tiempo de caducidad lo fija la ley y determina que el derecho afectado de caducidad carece de existencia. El artículo 2003 señala que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, y respecto al divorcio, el artículo 339 del Código Civil señala que la acción basada en el atentado contra la vida del cónyuge, caduca a los seis meses de conocida y en todo caso a los cinco años de producida.

3.4.-Injuria grave.-

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

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

El Artículo 337 del CC establece que la sevicia la injuria grave y la conducta deshonrosa serán apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, conducta y costumbres del los cónyuges. Sin embargo el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en la acción de Inconstitucionalidad N° 18-96, publicada en el Diario Oficial “ El Peruano” el 30 de junio de 1997 ha establecido que tales criterios solo se aplicarán en el caso de las injurias graves.

3.4.1.- Elementos

A.-Elemento Objetivo.-Está constituido por un conjunto de hechos ultrajantes a la personalidad y dignidad del otro cónyuge, ofensas inexcusables, con un menosprecio profundo, ultrajes humillantes que imposibiliten la vida en común en ese sentido, constituyen injuria grave: las palabras ofensivas e hirientes (verbales o escritas), el ultraje físico producido en público, la imputación calumniosa de un delito, la negativa injustificada de cumplir con el débito sexual, el incumplimiento de los deberes de asistencia y auxilio, la fecundación o esterilización no consentida, etc. Los actos injuriosos deben afectar la personalidad, dignidad y sentimientos de la persona.

B.-Elemento Subjetivo.- Está constituido por el animus injuriandi del cónyuge agresor o propósito de agraviar ofender o menospreciar profundamente al otro. Es por este efecto que la ley no admite como injurias graves más que aquellas que son expresión de un sentimiento negativo, meditado y permanente y que por lo tanto, hacen insoportable la vida en común. Consecuentemente, las palabras subidas de tono y las inconvenientes que se escapan en un momento de alteración pasajera, excusables por las circunstancias, tampoco constituyen injuria grave, igualmente aquellas que han sido proferidas con animus jocandi (juego).

3.4.2.-Requisitos para promover una acción de esta naturaleza por causal de injuria grave son:

a.- Que exista una ofensa grave causada por un cónyuge contra el otro.- La gravedad de la ofensa debe ser tal que hiera profundamente el honor del cónyuge agraviado. Sin embargo al momento de calificar la gravedad, se tendrá en cuenta la educación y el grado de cultura de los cónyuges, lo que implica prudencia en el juez para meritar los hechos.

b.- No es necesario que las ofensas sean reiteradas o permanentes .- Las injurias graves para que se configuren como causal de divorcio, no requieren de reiterancia, tanto, porque el Código no lo exige y, además, como por que para afectar gravemente el honor de una persona no se requieren ofensas sucesivas.

c.- **Que el ultraje signifique un menosprecio profundo por el otro cónyuge.-** Este requisito está unido a la gravedad de los actos de injuria a los que hemos hecho mención.

d.- **Que la vida en común sea insoportable.-** También es una consecuencia del menosprecio profundo intencional del cónyuge agresor, por lo cual no sería posible una vida en común dentro de los parámetros normales.

e.- **Que no se fundamente en hecho propio.-** Esta prohibición se encuentra contenida en el artículo 335 del Código Civil y está relacionada con la exigencia del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, que señala que para ejercitar una acción es necesario tener legítimo interés moral y económico. Es evidente que quien ha injuriado gravemente a su cónyuge, no puede solicitar el divorcio por ello.

f.- **Que no haya caducado.-** La caducidad es una forma de extinción de derechos debido al transcurso del tiempo. El artículo 2003 señala que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, y respecto al divorcio el artículo 339 del Código Civil señala que la acción basada en la injuria grave, caduca a los 6 meses de producida.

3.5.- Abandono Injustificado de la Casa Conyugal.-

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

Es evidente que el abandono injustificado del hogar conyugal, quebranta el deber de hacer vida en común que nace por imperio de la Ley al contraer matrimonio y que se encuentra previsto en el artículo 289. el abandono también implica que se lleva a cabo

respecto del domicilio conyugal al que se refiere el artículo 290 del Código Civil., quebranta también el deber de cohabitación, de asistencia al cónyuge, de ayuda, colaboración, de participar en el gobierno del hogar y de cooperar en el mejor desenvolvimiento del mismo. Todo ello le da la gravedad que determina que el cónyuge agraviado pueda invocarlo como una causal de divorcio después del plazo que la ley establece.

3.5.1.- Elementos..-

Doctrinariamente se ha establecido que esta causal, se configura con los siguientes elementos:

A.-Elemento Objetivo.- Está constituido por el alejamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio conyugal por el tiempo que la ley prevé, y además la resistencia de retornar a él.

B.- Elemento Subjetivo.- Constituido por la intención deliberada e injustificada del cónyuge abandonante de poner fin a la comunidad de vida. Desde esta perspectiva el abandono debe ser voluntario, sin el consentimiento ni motivación del cónyuge abandonado, y debe llevar además la intención, reprochable, de sustraerse de las obligaciones conyugales, y paterno filiales.

C.- Elemento Temporal.- Constituido por el transcurso de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda de este plazo y el cónyuge abandonante no retorne al hogar conyugal injustificadamente dejado.

3.5.2.- Requisitos

Los requisitos para promover una demanda de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal son los siguientes:

a.-Que uno de los cónyuges haya abandonado unilateralmente, por propia decisión inconsulta, la casa conyugal con la consiguiente violación de los deberes conyugales. La aceptación del alejamiento del abandonante no configuraría este requisito. Igualmente no lo configuraría el hecho de que el cónyuge que queda en

el domicilio conyugal arroje al otro o de lugar a su salida con actos que puedan poner en peligro su integridad física o psicológica.

b.- Que el cónyuge abandonante haya rehusado volver pese al abandono injustificado, y pese a la petición del cónyuge agraviado o pese a su espera, no obstante lo cual se niega a volver al hogar.

c.- Que tal actitud sea injustificada. Lo que determina la existencia del presupuesto de una relación armónica previa, la atención, cuidado y buen trato por parte del otro cónyuge, pese a lo cual se produce el abandono.

d.- Que exista el propósito expreso o tácito de romper la comunidad de vida y de destruir la unidad conyugal. Este requisito puede apreciarse tanto en la intención manifestada por el abandonante como en su actitud indiferente, pues en ambos casos sabe que está quebrantando sus deberes conyugales.

e.- Que el abandono o rehusamiento dure por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono excedan a este plazo. Este es un plazo que razonablemente otorga la Ley, tanto para la posibilidad de reflexión del abandonante y su retorno, como para suponer su negativa inmotivada de volver.

f.- Que no se fundamente en hecho propio. Como en todas las causales subjetivas, esta prohibición se encuentra contenida en el artículo 335 del Código Civil y el sustento se encuentra en la carencia de legítimo interés moral respecto del cónyuge infractor o abandonante al que se refiere el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. Resulta evidente que quien sin razón abandona a su cónyuge, a los hijos, se sustrae a sus obligaciones y que a sabiendas de todo ello rehúsa retornar al hogar, no puede solicitar el divorcio por ello.

3.6.- La Conducta Dishonrosa que Haga Insoportable la Vida en Común.- Es una causal, inculpatória, de divorcio, prevista en el inciso 6 del artículo 333 del Código Civil.

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

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

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

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

3.6.1.- Elementos :

A.-Elemento Objetivo.- Está constituido por el comportamiento impúdico deshonesto, inmoral de uno de los cónyuges que su puede traducir en hechos como: la vida disoluta, la embriaguez habitual, la práctica habitual de juegos de azar, la homosexualidad conocida, la practica de delitos como la trata de blancas o narcotráfico todos los que producen efectos graves en el otro cónyuge ya que constituyen una afrenta y vergüenza permanente que torna intolerable la continuidad de una vida en común.

B.- Elemento Subjetivo.- Este elemento está constituido por el conocimiento que tiene el cónyuge infractor, de su conducta reprochable familiar y socialmente y sin embargo la sigue practicando con total indiferencia respecto de las consecuencias para el otro cónyuge. En este sentido los actos de negligencia y además esporádicos, no configuran conducta deshonrosa”.

3.6.2.- Requisitos.-

Para su configuración esta causal de divorcio debe reunir los siguientes requisitos:

a.-Que uno de los cónyuges haya incurrido en conducta deshonrosa. Es decir en la practica de actos que lo deshonran y deshonran también al otro cónyuge por ser

socialmente reprochable: la vagancia. la ebriedad, la explotación de la prostitución etc.

b.- Que esa conducta sea habitual permanente. Es decir constante , un “*modus vivendi*” que se mantiene pese a saber que es reprochable y censurable, sin interesar las consecuencias que pueda tener en la familia o en el otro cónyuge.

c.- Que haga insoportable la vida en común. Es una situación emocional de cónyuge agraviado, que se deriva precisamente de la conducta impúdica, deshonesta y reprochable del cónyuge infractor. Este supuesto puede producirse, ya sea que los cónyuges vivan juntos o ya sea separados y no pueden hacer vida en común precisamente por la conducta deshonrosa. La apreciación de la conducta por parte del juez debe hacerse prescindiendo del grado de educación y de cultura de los cónyuges como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su sentencia 018.96 sobre Acción de Inconstitucionalidad .

d.- Que no se sustente en hecho propio. Siendo una causal subjetiva concebida dentro del divorcio sanción resulta de aplicación la prohibición contenida en el artículo 335 del Código Civil y consecuentemente también, en la carencia de legítimo interés moral respecto del cónyuge infractor, al que se refiere el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. Resulta evidente que quien persiste en mantener una conducta reprochable que lo deshonra y deshonra a su propia familia, no puede solicitar el divorcio por ello.

La acción de divorcio por esta causal no caduca, está expedita mientras subsistan los hechos que lo motivaron, así lo precisa la última parte del artículo 339 del Código Civil.

3.7.- El Uso Habitual e Injustificado de Drogas Alucinógenas o Sustancias que Puedan Generar Toxicomanía

Esta causal se encuentra prevista en el inciso 7 del artículo 333 del Código Civil. Es una causal inculpatoria del divorcio que consiste en el consumo habitual e injustificado de drogas alucinógenas o sustancias que puedan generar toxicomanía, lo que altera

gravemente la normalidad de la vida conyugal, por los efectos que genera dicho consumo tanto en el cuerpo como en la mente de las personas consumidoras y por tanto en su conducta .

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

. La Ley 27495 ha variado el inciso 7° del artículo 333 del Código Civil, según la cual es causal de divorcio “el uso habitual e injustificado de sustancias alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347 del mismo cuerpo legal. El artículo 347 dispone que en caso de enfermedad mental de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda el deber de hacer vida en común.

Esta modificación, según Alex Plácido⁵⁰, resulta ser , innecesaria, por cuanto “en la calificación legal de la causal ya se descarta la ingestión por razones terapéuticas o por prescripción médica, así se exige que el uso sea habitual e injustificado”

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

3.7.1.- Elementos:

A .- Elemento Objetivo .- Que se encuentra constituido por el consumo de drogas alucinógenas como el opio, la morfina, la heroína y la codeína; la cocaína, la marihuana y otras que causan dependencia como los psicotrópicos los barbitúricos, las anfetamina, los inhalantes volátiles, con el fin de experimentar sensaciones agradables, mundos de ilusión y estados de alucinación. El consumo de estas sustancias, constituye un vicio antes que una necesidad .

⁵⁰ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. Divorcio , Reforma del Régimen de Decaimiento y Disolución del Matrimonio, Pág. 83. Lima. Gaceta Jurídica 2001..

El consumo de drogas y sustancias alucinógenas generan una dependencia crónica que se conoce como vicio .

B .- Elemento Subjetivo..- Se pone de manifiesto en la conciencia de que tal consumo es negativo y que puede causar daño a la descendencia del consumidor, no obstante prefiere los estados de alucinación. El consumo habitual neutraliza la conciencia del consumidor y lo sume en un estado de dependencia, pero en el inicio del consumo hay la conciencia clara de sus efectos negativos.

3.7.2.- Requisitos.-

Para que se configure esta causal se requiere:

a.- Que uno de los cónyuges consuma drogas alucinógenas o sustancias que causen toxicomanía. A ello hemos hecho referencia en líneas anteriores. El consumo de cualquiera de las sustancias precisadas, configurarían este requisito.

b.- Que su uso sea habitual injustificado.- Es decir constante y no por razones médicas o terapéuticas sino con el objeto de obtener placer y sensaciones diversas de alucinación.

c.- Que represente un peligro para el otro cónyuge y la prole. Es evidente que por las consecuencias negativas del consumo en el sistema neuro-vegetativo, el cónyuge que no consume la droga corre un evidente peligro, y también la descendencia a la que pueden transmitirse deformaciones y taras .

d.- Que el consumo de drogas provoque trastornos de conducta en uno de cónyuges que impiden la vida en común. Resulta evidente que el consumo de drogas con el fin de experimentar alucinaciones trastorna la conducta del consumidor

e.-Que no se sustente en hecho propio. Por su carácter de causal subjetiva, resulta de aplicación la prohibición contenida en el artículo 335 del Código Civil y consecuentemente también lo dispuesto el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. Resulta evidente que quien consume drogas que lo destruyen y pueden destruir a su familia carece de legitimidad para solicitar el divorcio por este hecho.

La acción no caduca, por consiguiente, está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

3.8.- La Enfermedad Grave de Transmisión Sexual Contraída Después del Matrimonio.

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

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

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

3.8.1.- Elementos :

A.- Elemento Objetivo.- Está determinado por la enfermedad de transmisión sexual contraída precisamente por esta vía. Sin embargo el solo hecho de presentarse la enfermedad no constituye el elemento objetivo, pues no se daría en el caso de que la enfermedad se haya adquirido por otra vía como es el sida, que puede contraerse en las transfusiones sanguíneas, o de relación sexual no consentida como es el caso de las violaciones.

B.- Elemento Subjetivo.- Esta constituida por la actitud consiente, querida, de uno de los cónyuges de mantener relación sexual con otra persona que no es su cónyuge pese a que ha contraído el matrimonio. No solo viola el deber de fidelidad sino que al contraer la enfermedad pone en peligro la salud del otro cónyuge

3.8.2.- Requisitos

Para petitionar el divorcio por esta causal, se requiere:

a.- Que la enfermedad de transmisión sexual se haya adquirido después del matrimonio. Por tanto la adquisición de esta causal con anterioridad al matrimonio, no configura la causal, podría configurar una causal de anulabilidad de matrimonio por desconocimiento de un defecto sustancial al contraerlo conforme a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 241 concordante con el inciso 5 del artículo 277.

b.- Que se trate de una enfermedad grave de transmisión sexual. Lo que descarta otro tipo de enfermedades por graves que sean. También queda descartada una enfermedad de carácter leve. No obstante este hecho configuraría otra causal.

c.- Que se ponga el peligro la salud de otro cónyuge. Este requisito está implícito en la gravedad de la enfermedad, que siendo así indudablemente ocasionaría graves perjuicios en la salud del otro.

d.- Que no se sustente en hecho propio. Por su carácter de causal subjetiva, inculpatoria resulta de aplicación la prohibición contenida en el artículo 335 del Código Civil y consecuentemente también lo dispuesto el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. Resulta evidente que quien con la violación del deber de fidelidad pone en peligro la salud del otro cónyuge y de sus descendientes carece de legitimidad para solicitar el divorcio.

La acción por esta causal, no caduca y conforme lo dispone la última parte del artículo 339 del código civil y por tanto está expedita mientras subsista el hecho que la motiva.

3.9.- La Homosexualidad Sobrevenida al Matrimonio.

Esta causal se encuentra prevista en el inciso 9 del artículo 333 del Código Civil. La homosexualidad conforme al “prefijo griego homos que significa lo mismo, igualdad o semejanza ... indica a toda persona que tiene relación sexual con otra de su mismo sexo”⁵¹.

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

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

3.9.1.- Elementos.-

A.- Elemento Objetivo .- De acuerdo a doctrina este elemento estaría constituido por la homosexualidad sobreviniente al matrimonio que da lugar a prácticas sexuales con otra persona del mismo sexo. En indiferente que la práctica sea cometida por el hombre o por la mujer. lo que importa es que la relación sea homosexual. Puede pues tratarse, por tanto, de sodomía o lesbianismo, puede tratarse también de homosexualidad activa o pasiva.

B.- Elemento Subjetivo.- Está conformado por la conciencia que tiene el cónyuge infractor de que la comisión del acto homosexual, resulta contrario al deber de fidelidad, a la moral y las buenas costumbres, todo lo cual afecta al matrimonio.

⁵¹ PERALTA ANDIA, Javier.Op.cit. Pág. 87.

3.9.2.- Requisitos.- Para que se configure esta causal, es necesario los siguientes requisitos:

a.- Que uno de los cónyuges sea homosexual. Es decir que mantenga relaciones sexuales con otra persona de su mismo género. Si es entre hombres, la sodomía, si es entre mujeres, el lesbianismo

b.- Que la homosexualidad sea sobreviviente al matrimonio.- Esta situación configura la causal de divorcio, pero de ser anterior a la celebración del matrimonio dejaría expedita una causal de anulabilidad del matrimonio como ya lo hemos señalado.

c.- Que haga insoportable la vida en común. Este requisito se desprende de la naturaleza censurable del acto, tanto por ser considerado socialmente como una perversión como porque significa un menosprecio para el otro cónyuge.

d.- Que no se sustente en hecho propio. Siendo una causal subjetiva, inculpatoria resulta de aplicación la prohibición contenida en el artículo 335 del Código Civil y también lo dispuesto el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. Resulta evidente que quien comete un acto reprochable socialmente y considerado como una perversión carece de legitimidad para solicitar el divorcio por este hecho.

Conforme a lo dispuesto pro el artículo 339 del Código Civil, la causal caduca a los 6 meses de conocida la causa por el ofendido o todo caso a los cinco años de producida. De haber transcurrido estos plazos se habrá producido la extinción del derecho y de la acción conforme lo señala el artículo 2003 del Código Civil.

3.10.- La Condena por Delito Doloso a Pena Privativa de la Libertad Mayor de 2 Años , Impuesta Después de la Celebración del Matrimonio.

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

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

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

3.10.1.- Elementos:

A.- Elemento objetivo .- Está constituido por la comisión dolosa del hecho delictivo sancionado por el ordenamiento penal con pena privativa de la libertad mayor de 2 años .

B.- Elemento subjetivo.- Está constituido por el dolo, la conciencia del que comete el delito de que está realizando un acto reprochable socialmente, cuyas consecuencias para su persona son el descrédito, el deshonor, lo que se hace extensivo a la familia.

3.10.2.- Requisitos.- Para que se configure esta causal y sea invocada como causal de divorcio, son necesarios los siguientes requisitos :

a- Que uno de los cónyuges haya cometido un delito doloso, sancionado por el ordenamiento penal con mas de 2 años de pena privativa de la libertad.

b.- Que la sentencia condenatoria haya quedado consentida y ejecutoriada.

c.- Que la condena haya sido impuesta después de contraído el matrimonio . Si el delito fue cometido antes del matrimonio, pero la sentencia se impuso después, se ha configurado la causal. Si el delito y la condena tuvieron lugar antes de contraer

matrimonio, no constituye la causal pero si puede dar lugar a una acción de anulabilidad de matrimonio.

d.- Que el delito afecte el honor del otro cónyuge y de la familia. El hecho debe causar vergüenza, deshonor en el otro cónyuge y en la familia de tal manera que produzca desaliento y afecte al normal desarrollo de la vida matrimonial.

e.- Que no se sustente en hecho propio. Siendo una causal subjetiva, inculpatoria resulta de aplicación la prohibición contenida en el artículo 335 del Código Civil y también lo dispuesto el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. Es evidente que quien comete un delito, un acto reprochable socialmente, carece de legitimidad para solicitar el divorcio por ese hecho.

Algunas cuestiones que se suelen presentar en la tramitación de los procesos, son las relacionadas con la amnistía y el indulto de los delitos. En el caso de la amnistía el hecho no funciona como causal pues esta institución, suprime legalmente el hecho delictuoso. En tanto que en el indulto si funciona como causal por cuanto solo suprime la represión pero no borra el hecho punible.

Conforme al artículo 339 del Código Civil, la causal caduca a los 6 meses de conocida la causa y en todo caso a los 5 años de producida. De haber transcurrido estos plazos se habrá producido la extinción del derecho y de la acción conforme lo señala el artículo 2003 del Código Civil.

2.11.- La Imposibilidad de Hacer Vida en Común Debidamente Probada en Proceso Judicial .

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

Los actos que imposibilitan la vida en común violan los deberes de cohabitación y de asistencia recíproca que nacen del matrimonio y dada la imprecisión respecto de los hechos que la constituyen se pueden comprender actos como abusos respecto de la persona del cónyuge derivados de la privación de entrar en el hogar, de introducir

clandestinamente al hogar personas ajenas a la familia, de internar al cónyuge innecesariamente en un sanatorio. Acciones judiciales promovidas injustamente o seguidas a espaldas del cónyuge agraviado con animo de mortificar. Actitudes impropias de la condición de casado, salidas o viajes con persona distintas al cónyuge, ausencias periódicas, constantes e injustificadas. Venta de los bienes sociales, apoderamiento, despojo, préstamos realizados a espaldas del otro cónyuge que gravan el patrimonio común. Sometimiento a prácticas sexuales aberrantes, negativa de consumir el matrimonio, negativa al débito sexual. Falta de aseo en grado extremo. Conducta irrespetuosa contra la cónyuge etc. .

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

3.11.1.- Elementos:

A.- Elemento Objetivo .- Está constituido por lo hechos materiales y objetivos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida en común. Estos hechos que los hemos mencionado líneas arriba, deben imposibilitar la realización de vida en común.

B.- Elemento Subjetivo.- Está constituido por la intención de perturbar la realización de la vida en común, por la conciencia de saber que el acto es perturbatorio para la vida común y sin embargo, se comete desquiciando la vida matrimonial .

3.11.2.- Requisitos.- Para que se configure esta causal y sea invocada como una causal de divorcio, deben darse los siguientes requisitos:

- a.-Debe ser un acto grave contrario a los deberes de cohabitación
- b.- Debe ser un acto que imposibilite la vida en común .
- c.- Los actos deben haber generado un desquicio en la vida matrimonial haciendo insostenible la relación conyugal
- d.- Que no se sustente en hecho propio. Siendo una causal subjetiva, inculpatoria es de aplicación la prohibición contenida en el artículo 335 del Código Civil y también lo dispuesto el artículo VI del Título Preliminar del mismo código. Es evidente que

quien comete actos reiterados que desquician y hacen insostenible la unión matrimonial, carece de legitimidad para solicitar el divorcio.

Conforme al artículo 339 del Código Civil, esta causal no caduca y puede ser invocada en tanto existan los hechos que imposibilitan la vida en común.

Para finalizar, dejaremos algunas interrogantes

a.- Habida cuenta que los hechos que tipifican esta causal, también tipifican a otras causales de divorcio, ¿debe modificarse el Código Civil en cuanto a las causales de separación de cuerpos y de divorcio ?

b.- Estamos llegando al uso de la figura del Repudio Unilateral en el divorcio tal como en los países Islámicos, para la cual basta la declaración de uno de los cónyuges que ponga de manifiesto su decisión de poner fin al matrimonio, verbalmente, por escrito o aun por celular como se ha dado últimamente en los países islámicos, y sin explicación ?, ¿ Tendremos en la causal de imposibilidad de hacer vida en común un “Talak o privilegio de uno los cónyuges de poner fin al matrimonio unilateralmente por que considera que los hechos cometidos por el otro perturban la vida en común ?.

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

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

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

del deber de cohabitación voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio”⁵²

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



⁵² VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique, Op.Cit. Pág. 73..

CAPITULO III

EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

En las dos últimas décadas el siglo pasado, surgieron las llamadas corrientes de divorcio remedio, distintas a la doctrina en la que se inspiraba nuestra legislación que concebía al divorcio como una sanción. Por esa razón en nuestro país, en reiteradas oportunidades se presentaron proyectos de Ley en el Poder Legislativo para modificar en concreto, el artículo 333 del Código Civil. Las posiciones conservadoras, postergaron el debate de los proyectos hasta que finalmente el 7 de julio del 2001, se promulgó la Ley 27495, que siguiendo la llamada corriente remedio del divorcio introdujo las causales de imposibilidad de hacer vida en común y de separación de hecho.

La causal de divorcio por separación de hecho, se configura por el incumplimiento por parte de los cónyuges, del deber de hacer vida en común, así pues los cónyuges no comparten, techo, lecho ni mesa lo que configura una causal ajena a los fines del matrimonio.

En esta parte del trabajo, haremos breve referencia a algunos países en los cuales se ha ido introduciendo la causal de separación de hecho, y también citaremos los intentos que se realizaron a nivel nacional para introducir la Doctrina del Divorcio Remedio.

1.- ANTECEDENTES.-

1.1.- A NIVEL INTERNACIONAL

La causal del divorcio por separación de hecho, ya ha sido incorporada a legislaciones de otros países en los cuales tiene plena vigencia aunque con algunas peculiaridades. Entre estos países citaremos:

a.- En Argentina.- La legislación prevé que la separación judicial procede por separación de hecho de los cónyuges por más de dos años inmediatamente anteriores a la petición, no obstante el cónyuge demandado puede rechazar la demanda para el caso de que el divorcio le produzca consecuencias negativas. Cuando la separación se deba a razones de enfermedad de uno de los cónyuges, la demanda puede ser rechazada si el cónyuge afectado de la dolencia puede sufrir consecuencias graves.

También la legislación Argentina, prevé que el juez debe tratar de identificar al cónyuge perjudicado con la separación de hecho a fin de que el culpable contribuya a mantener el nivel económico del perjudicado en el mismo grado del que gozaron

durante su convivencia, pudiendo asignarle una pensión alimenticia o disponer que el culpable le procure los medios necesarios para el tratamiento del cónyuge enfermo.

Esta causal fue introducida por la Ley 23.515 del 12 de julio de 1987 y “tiene tres vertientes, La comprobación de culpa en uno de los cónyuges, la falta de convivencia comprobada y el mutuo acuerdo en el que los cónyuges invoquen razones graves que hacen imposible la convivencia en común”⁵³

b.- En el Brasil .- También se ha establecido el divorcio por la causal de separación de hecho y privilegiándose el derecho a la libertad , el plazo se ha fijado solo en un año . El legislador también ha hecho previsión para la protección del cónyuge perjudicado , fundamentalmente mediante la asignación de una pensión alimenticia..

c.- En Bolivia.- Se ha admitido también el divorcio por la separación de hecho de los cónyuges, por considerar que en una situación así, el matrimonio no cumple los fines para los cuales se contrajo . El tiempo que exige la Ley como requisito para invocar la causal es de dos años (artículo 131 del Código Civil) y también prevé como medida de protección para el cónyuge perjudicado una pensión alimenticia.

d.- En Estados Unidos .- En este país la restricción para el divorcio es casi inexistente, incluso la Suprema Corte ha sancionado como un derecho constitucional de los ciudadanos el derecho a divorciarse y el derecho a casarse sucesivamente con cuantas personas desee, Incluso se ha considerado inconstitucional el imponer el pago de derechos y costas para obtener el divorcio.

El divorcio es entendido en Estados Unidos como un derecho individual , por ello no cabe la posibilidad de restringirlo aun en consideración al perjuicio que puede sufrir el otro cónyuge o los hijos comunes . No existe tampoco ninguna cláusula dura o *hardship clause* o facultad del juez para conservar el matrimonio.

La forma como se da el divorcio en los Estados Unidos determina que se considere que esa sociedad vive una cultura del divorcio que se caracteriza por entender el divorcio no en términos de quiebre de la institución matrimonial, sino “como una experiencia individual de expresión de un deseo de realización psicológica. Mas que el deseable remedio para un matrimonio fracasado, el divorcio es ahora una respuesta psicológicamente terapéutica para la insatisfacción marital”⁵⁴.

e.- En Inglaterra.- Esta nación fue una de las primeras en incorporar a su legislación el divorcio remedio , lo hizo mediante el establecimiento, en 1973, de una causal única

⁵³ CORRAL TALCIANI, Hernán, Op.Cit. Pág.161.

⁵⁴ WHITEHEAD, Bárbara, LA Cultura del Divorcio, Pág 54 , Alfred Ed. New York 1997

de divorcio “*la irrectrivable breakdown of marriage*” que podemos traducir como la ruptura irremediable de la sociedad conyugal .

La ruptura irremediable solo puede enumerarse mediante la acreditación de los hechos que la ley señala.

1º.- El adulterio del demandado y el hecho de que el actor considere intolerable vivir con él.

2º.- La conducta del demandado que hace razonablemente imposible el mantenimiento de la vida conyugal.

3º.-El abandono del actor por el demandado por un periodo mínimo de dos años.

4º.- La separación de hecho por un periodo mínimo de dos años cuando el demandado consiente en el divorcio; y

5º.- La separación de hecho de los cónyuges por una duración superior a cinco años si el demandado se opone al divorcio ⁵⁵

Sin embargo es facultad del tribunal el no declarar el divorcio cuando considera que a pesar de la existencia de las causas ya señaladas, no se ha producido una ruptura irremediable de la vida conyugal..

De las causas examinadas , podemos concluir que las tres primeras obedecen al criterio del divorcio por culpa, que la cuarta es un divorcio consensual con un periodo de separación y la quinta es causal objetiva impuesta

En esta nación se han ido facilitando los trámites para la obtención del divorcio , así los plazos en el caso de la 5ta. causa se ha reducido a un año y aun el mismo procedimiento se ha simplificado . Así “cuando no hay contienda entre las partes , basta al requiriente presentar su demanda bajo la forma de una declaración bajo juramento , si el otro cónyuge no se opone los documentos son examinados por un auxiliar judicial y, no advirtiendo este ningún tipo de irregularidad formal , el juez declarará el divorcio en sesión pública , aun sin que sea necesaria la comparecencia personal de los cónyuges”⁵⁶.

f.- En España.- El divorcio en este país, fue introducido por la Ley 30/1981 de 7 de julio que modificó la regulación del matrimonio civil que conforme a la Constitución de 1978 era indisoluble. En la Ley ya se hace referencia a la concepción del divorcio remedio . Para el Código Civil Español , la quiebra del matrimonio , viene comprobada por un elemento objetivo y susceptible de comprobación judicial : la separación de

⁵⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, Op Cit, Pág. 136..

⁵⁶ CRETNEY, Samuel, Elementos del derecho de Familia Pág. 23, Maxwell Ed. London, 1992.

cuerpos, la misma que el Código conceptualiza como la cesación efectiva e ininterrumpida de la convivencia entre los cónyuges. Sin embargo, la interrupción de la convivencia no implica el cese efectivo si obedece a motivos laborales, profesionales u otros de naturaleza análoga.

El Código Español distingue diversos plazos para admitir y declarar la acción de divorcio por cese efectivo de la convivencia, los plazos van de uno a cinco años, los plazos menores requieren de la aceptación del cónyuge demandado o de la decisión conjunta de ambos cónyuges de solicitar el divorcio, pero siempre debe existir el supuesto de la separación de hecho.

El Artículo 86.4º del Código Civil señala que el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de por lo menos cinco años, faculta a cualquiera de los cónyuges para solicitarlo. La objetivización del divorcio por ruptura irremediable de la vida en común por el tiempo que señala la ley determina que “comprobada la falta de convivencia, el juez sin más debe declarar el divorcio, sin entrar a indagar si realmente la relación conyugal está o no irremediablemente quebrada”⁵⁷.

g.- En Italia.- Aunque en este país, existía una tradición antidivorcista, la fuerte corriente en sentido contrario, determinó que mediante ley 898/70 que fue modificada posteriormente por la ley N° 74 de 1987, el legislador siga a la ley inglesa y contemplara, así, una causa única y genérica y diversos hechos que, como causas específicas, la concretizan.

La causa genérica puede ser enunciada de la siguiente manera: el divorcio será declarado cuando se acredita en forma fehaciente que, la comunión espiritual y material de los cónyuges, no puede ser mantenida o reconstituida. Así pues el legislador italiano introdujo a su legislación el divorcio por falta de convivencia que determina la existencia de un matrimonio que no cumple con las finalidades propias de dicha institución.

El plazo que ha fijado la Ley como requisito de procedencia del divorcio por falta de convivencia, es de dos años anteriores a la vigencia de la ley 878/70, los mismos que deben de ser de carácter ininterrumpido. La interrupción debe ser alegada como excepción por la parte demandada.

La legitimidad para demandar la tiene cualquiera de los cónyuges y en la práctica la causa genérica ha dado lugar a una práctica mecanicista por la cual el juez,

⁵⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia, Aspectos Sustantivos y Procesales de la Nulidad, Separación y Divorcio, Revista General de Jurisprudencia, Pág. 526, Barcelona 1986

comprobada la causa específica descrita en la Ley , podrá sin mas indagaciones dclarar el divorcio . Esto ha determinado que se llega a afirmar que “ el divorcio a la italiana no es mas que una separación de cuerpos con derecho de volver a casarse”⁵⁸

h.- En Alemania.- La legislación alemana actualmente rechaza el antiguo principio de culpabilidad y lo ha reemplazado por el principio de la “desunión profunda “ o ruptura, . Para llegar al convencimiento de que existe esta desunión profunda se sigue la técnica de la causa única implantada en Inglaterra , desglosada en causas específicas. Se admite , de esta forma, el divorcio ante la ruptura del matrimonio “(*scheitern der ehe*): El vínculo matrimonial puede ser disuelto si el vínculo ha fracasado”⁵⁹

Para la ley alemana se entiende que el matrimonio ha fracasado cuando la comunidad de vida entre los esposos no subsiste , ni se puede esperar razonablemente que sea restablecida , Las causas son sumamente simples así :

-Se presume roto el matrimonio cuando los cónyuges han vivido separados por un año, si ambos solicitan el divorcio o la demanda de uno es aceptada por el otro.

-Se presume de derecho roto el matrimonio, cuando los cónyuges viven separados por mas de tres años , si el divorcio lo pide sólo uno de ellos .

Sin embargo se permite el divorcio sin esperar ni siquiera el plazo de un año cuando la continuación del matrimonio constituya una prueba imposible de exigir respecto del demandante derivados de la personalidad del otro cónyuge..

Así pues las causas específicas fundadas en la separación de cuerpos, ya no son presunciones legales que admiten prueba en contrario , sino que tienen la calidad de presunciones de derecho sobre la ruptura de la vida conyugal . Todo ello determina que la quiebra del matrimonio no es en verdad el requisito del divorcio sino que lo es, la simple separación de los cónyuges .

i.- En Francia.- El divorcio fue implantado con amplitud con la ley del 20 de septiembre de 1792, dictada bajo los ideales de la revolución de 1789, no obstante el Código de Napoleón lo acogió pero con algunos reparos , mas recientemente en 1975 mediante la ley 75-617 se introdujeron los principios del divorcio remedio , pero la legislación ha considerado finalmente tres grupos de causas de divorcio: el consentimiento mutuo, la ruptura de la vida en común y el divorcio por culpa. Para efectos de este trabajo haremos breve referencia del segundo.

⁵⁸ TRABUCCHI Alberto “ Un Nuevo Divorcio”, traducido por Luis Martínez, Ed. Revista de Derecho Civil, 1987 Madrid.

⁵⁹ HOLZAHUER, Hans EL Divorcio y sus Consecuencias Pág 123, Centro de Investigación Científica, 1980. Berlín.

Para la ley francesa , el divorcio por ruptura se presente solo en dos casos : separación de cuerpos y enajenación mental. Constatados estos hechos y transcurrido el plazo de seis años , se concluye que se ha roto la vida matrimonial , pues según las previsiones mas razonables no seria posible reconstituir la vida en común .

Para la Ley francesa , el cónyuge que solicita el divorcio debe asumir todas las cargas familiares y en la demanda ha de precisar los medios por los cuales , cumplirá con sus obligaciones respecto de su cónyuge y sus hijos. Esto se ha considerado como un aumento de obstáculos para la obtención del divorcio cuando no era necesario .

Respecto de si en la doctrina francesa prima el elemento objetivo o el subjetivo los tribunales muestran discrepancia , pero “la Corte de Casación se ha inclinado por la tesis objetiva al considerar a la separación como la cesación de toda comunidad de vida, tanto afectiva como material”⁶⁰.

1.2.- ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL

Aunque esta causal resulta reciente , sin embargo la propuesta de incorporar a la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio no es nueva , pues ya fue propuesta en 1931 por el diputado Bustamante de la Fuente con la exigencia de plazo de sólo dos años de separación de hecho. En 1940 , el diputado por Celendín la reactualizó proponiendo un plazo de cinco años. En 1980 los diputados Francia Guevara y Mendiola Martínez, la volvieron a proponer fijando el plazo de abandono en 10 años . En 1981 los señores Valle Riestra, Larco Cox, Santander Estrada , Rodríguez Campos entre otros, proponían como plazo para el divorcio por causal de separación de hecho , 7 años. Aun tratadistas como Angel Gustavo Cornejo también consideró prudente como plazo para ser amparado por la ley , 5 años por considerarlo como prueba de que el matrimonio no era viable

Arduo fue el debate para la incorporación de esta causal a nuestra legislación , pese a que para la reforma legislativa se tomaron en cuenta los datos estadísticos oficiales proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática referentes al Censo Nacional de Población de año 1993 que calculó la población de nuestro país en 15'483,790 personas mayores de 12 años, de los cuales 269,495 tenían la condición de separados de hecho es decir el 1.74 %. También de dicho censo se verificó que el 70% de los separados de hecho tenían edades entre 20 a los 49 años de edad precisamente los años en que se constituye una familia lo que resultaba preocupante.

⁶⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, Op. Cit. Pág 153.

Igualmente se estableció que el 80.38 % de los separados vivían en la ciudad mientras que solo el 19.62 % vivían en el campo . También se verificó que las mujeres eran quienes mas declaraban el estado de separación matrimonial 73.35% mientras que en el caso de los hombres solo se alcanzó el 26.65 %.

La Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano del Congreso de la República en su opinión de octubre de 1995, precisó los argumentos en contra de la incorporación de la causal de separación de hecho como causal de divorcio. Fueron los siguientes :

- a.- La familia es una institución cuya consistencia y permanencia en el tiempo hay que proteger y alentar , sobre todo por su decisiva importancia en la formación de los hijos .
- b.- Una excesiva permisividad en esta materia podría inducir a cónyuges irreflexivos a una fácil ruptura ante la aparición de problemas propios de todo matrimonio en lugar de buscar superarlos a través de la comprensión y el diálogo.
- c.- Las situaciones de separaciones de hecho , no son mayoritarias en nuestra realidad , por lo que resultaría inconveniente legislar en función de esas excepciones .
- d.- Actualmente existen graves factores de disgregación social , por ello resultaría peligroso agregar otro mas precisamente en lo que constituye la cédula básica de la estructura comunitaria .

Los principales argumentos a favor de la incorporación de la separación de hecho como causal de separación de hecho y de divorcio , son:

- a.- Mediante la separación de hecho no se cumple con uno de los elementos constitutivos del matrimonio : la vida en común , razón por la cual el legislador debe contemplarla como un motivo que posibilite a las partes poner fin al vínculo matrimonial.
- b.- Cuando ocurre una separación de hecho , las obligaciones no patrimoniales : fidelidad , cohabitación , asistencia y auxilio mutuo , dejan de cumplirse y el aspecto patrimonial de la relación conyugal termina siendo el principal punto de conflicto.
- c.- Al mantener legalmente unidas a las personas que ya no cumplen legalmente con el matrimonio , se imponen efectos jurídicos que no tienen correlato con la realidad , y que resultan perjudiciales para marido y mujer o para ambos.
- d.- La existencia de matrimonios separados de hecho que no encuentran una solución definitiva a la situación que enfrentan, tiene como consecuencia relaciones conflictivas inconvenientes para la formación equilibrada de los hijos

Finalmente el 7 de julio del año del 2001 se publicó la Ley 27495, que incorporó la separación de hecho como causal de Separación y Hecho y de divorcio, que ha considerada dentro de la corriente del divorcio remedio .

La teoría del divorcio remedio plantea una nueva concepción del divorcio , el mismo que ya no se basa en el incumplimiento de los deberes impuestos por ley por parte de uno de los conformantes de la unión matrimonial, sino en la falta de voluntad de los cónyuges para hacer vida en común y por tanto impide el cumplimiento de los demás deberes y derechos propios del matrimonio , resultando ineficaz cualquier ley para obligar a los cónyuges a seguir compartiendo la vida conyugal por la existencia de evidente fracaso de la unión matrimonial

La causal de separación de hecho se sustenta en la suspensión de la vida en común lo que determina el incumplimiento por parte de los cónyuges del deber de cohabitación o sea el de compartir lecho, techo y mesa . Así la separación de hecho es una clara manifestación de la falta de voluntad de los cónyuges de hacer vida en común , resultando inútil el mantener el vínculo matrimonial

Aunque en un comienzo las iniciativas legislativas presentadas consideraban solo el aspecto objetivo para su configuración o sea el hecho mismo de la separación sin analizar su origen , sin embargo la tercera disposición complementaria y transitoria de la ley 27495 dispone que para efectos de 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. El texto de esta ley confirma que “ el fundamento no es solo objetivo; sino además, y cuando sea alegado, debe analizarse si mediaron causas no imputables (cumplimiento de un deber de función, traslado laboral, enfermedad etc.), a los cónyuges que motivaron la interrupción de la cohabitación en cuyo caso no se configura esta causal”⁶¹

Por ello , nuestra legislación se aparta de los sistemas jurídicos que se refieren solo al aspecto objetivo de la separación de hecho entre los cónyuges. Sin embargo , las iniciativas legislativas presentadas fueron denominadas de “ divorcio automático”

2- LOS PROYECTOS DE LEY EN EL PODER LEGISLATIVO

Estos proyectos fueron publicados el 25 de Octubre de 1,997

⁶¹ PLACIDO VILCACHAHUA, Alex, Divorcio, Reforma del Régimen de Decaimiento y Disolución del Matrimonio , Pág. 94 Gaceta Jurídica, Lima 2001.

2.1.- PROYECTO DE LEY N° 1716/96-CR

El congresista de la republica Daniel Estrada Pérez que suscribe, miembro del grupo parlamentario de UNION POR EL PERU en ejercicio del derecho que le reconoce al artículo 107 de la constitución política, propone al congreso el siguiente proyecto de ley.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política establece en su artículo 4° que la forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley:

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

Que, de acuerdo a lo previsto en la constitución política, la comunidad y el Estado protegen la familia y promueven el matrimonio, por ser “institutos naturales y fundamentales de la sociedad” y en consecuencia, es motivo de su interés la convivencia armónica entre los cónyuges, puesto que de ella depende la manutención del vínculo legal, habiéndose previsto legalmente para el caso contrario y otras cuestiones sobrevivientes, la separación de cuerpos y la disolución del vínculo matrimonial, sin comprenderse dentro de las causales la separación de hecho que viene a ser la ruptura de origen unilateral o de voluntad común de los cónyuges, de uno de los elementos constitutivos del matrimonio: la vida común.

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

Que, la ley establece de manera precisa cuales son las causas que puede ocasionar la declaración judicial una separación de cuerpos y/o de disolución del vínculo

matrimonial (divorcio absoluto), encontrándose para el primer caso, entre otras, la separación convencional o mutuo acuerdo, lo que significa que el estado de matrimonio se sostiene en la decisión libre y voluntaria de los cónyuges y por tanto su finalización, puede también estar librada de la determinación común que adopten;

Que, así como la separación convencional es causa de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, debe serlo también la separación de hecho ocurrida entre los cónyuges, sin que sea necesario expresar motivos si no únicamente la probanza del paso del tiempo en tal situación, pues la separación de hecho es la mas clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida común y por tanto, el contrato legal que es el matrimonio civil, deviene inútil en algunos casos e inconveniente en otros, porque genera efectos jurídicos no deseados y mas bien perjudiciales para marido o mujer o ambos.

Que, la separación de hecho entre cónyuges, mantenida sin animo de reconstitución del estado normal del 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 a través de la devolución de sus status real.

Que, un lapso de dos años continuos de separación de hecho de los cónyuges, es tiempo suficiente para acreditar la carencia de animo para continuar la vida matrimonial y por el contrario, es evidencia del deseo implícito de ponerle fin, sin que ello pueda ocurrir sin la falta de prevision legal;

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;

Ha dado la siguiente ley:

Artículo 1º.- adiciónese un inciso al artículo 333º y codifíquese el texto de los artículos 335º,345º, 349º y 354º del código civil, que quedaran redactados en la siguiente forma:

Artículo 333º.- “causal”

Son causas de separación de cuerpos:

12.- Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos,

Artículo 335°.- “improcedencia de la acción por hecho propio”

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

Artículo 345°.- “patria potestad por separación convencional o por separación de hecho”

En caso de separación convencional o separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y la separación de hecho, 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) y 12).

Artículo 354.- “plazo de conversión”

Transcurridos seis meses de la modificación con la sentencia de la separación convencional o de separación de hecho a que se refieren los incisos 10) y 12) respectivamente, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Artículo 2°.- modifíquese el inciso 2) del artículo 546° y el artículo 573° del código procesal civil, que quedarán redactados en los siguientes términos:

Artículo 546°.- “procedencia”

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos;

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

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 los incisos 11) y 12) del artículo 333° y el artículo 354° del proceso sumarísimo, con la particularidades reguladas en este subcapítulo.

Lima 3 de septiembre de 1996

Daniel Estrada Pérez, Congresista de la Republica

2.2.- PROYECTO DE LEY N° 1729/96-CR

SEÑOR PRESIDENTE:

El congresista de la Republica que suscribe, del “Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos”-FRENATRACA—integrante del grupo “Plural”:

CONSIDERANDO:

Que si bien la Constitución política reconoce al matrimonio como instituto fundamental de la sociedad, a la vez a previsto la posibilidad de separación y disolución del mismo. A tenor de lo dispuesto por el Art. 4°, in fine del texto constitucional;

Que el código civil en su Artículo 333°, establece once causales de separación de cuerpos, las que también son aplicables para el divorcio, con excepción de la separación convencional, antes mutuo disenso;

Que la tendencia del código civil, en líneas generales ha sido regular de modo genérico las causales de separación y divorcio, haciendo simple y llana mención de dichas causales, sin establecer los hechos constitutivos que las configuran, así ocurre, por ejemplo con el adulterio, o la injuria grave, o la sevicia, esta ultima antes de su modificación legal, aprobada con anterioridad a la promulgación del código civil, contenida en las disposiciones modificatorias del derecho legislativo N° 768 (código procesal civil);

Que con la técnica legislativa antes aludida, se ha trasladado al juez la delicada tarea al determinar que hechos son constitutivos, o pueden ser constitutivos de una causal invocada por los recurrentes, facultad discrecional potencialmente cargada de enorme subjetividad, lo que sin duda ha sido factor primordial para que se haya generado una disímil y hasta contradictoria jurisprudencia sobre la materia; que sin embargo, con las últimas modificaciones introducidas por el código procesal civil – Decreto legislativo N° 768 al código civil, específicamente al inciso 2) del artículo 333°, en lo que atañe a la sevicia, se denota el positivo interés del legislador por precisar los hechos y factores que la configuran, ya que la sola mención de “Sevicia”, como causal de separación de cuerpos o divorcio, originalmente consignada en dicho inciso, ha sido así sustituida por la de “violencia física o psicológica”; con lo que no se hizo si no precisar -como es conveniente-, en la ley, los factores esenciales evidentemente con figurativos de la sevicia;

Que al igual criterio es de toda necesidad y convivencia que deba observarse particularmente respecto a la causal de “injuria grave”, prevista en el inciso 4) del citado artículo 333° del código civil, a la luz de la doctrina y de los precedentes jurisprudenciales;

Que destacados juristas en el derecho comparado remiten el concepto de “Injuria Grave” a la ofensa o ultraje verbal o por escrito que un cónyuge infiere hacia la dignidad o sentimientos del otro; haciendo, además, extensivo este concepto a las conductas o los actos ofensivos ; así lo concibe, por ejemplo, Colin y Capitánt al mencionar como injurias graves en adición a los conceptos antes mencionados, los actos de un esposo que aun sin haber pronunciado ninguna palabra o el carácter de una ofensa que ultraja al otro esposo porque constituyen una violación de los deberes que nacen del matrimonio o demuestra la indignidad de autor siendo insoportable la vida en común; o según dice Luis Fernández Clérigo que “la injuria grave no sólo consiste en el ultraje verbal o escrito, sino que es toda actitud, toda conducta y todo hecho, deliberado, hiriente o ultrajante de la dignidad y honor del otro cónyuge”.

Que siguiendo el concepto amplio dado por la doctrina a la injuria grave debe considerarse que determinados actos, en casos distintos de simple faltamiento verbal o

por escrito, por su gravedad pueden y deben ser con figurativos de injuria grave de modo taxativo en el Código Civil;

Así tenemos que el sistemático de incumplimiento de uno de los cónyuges de su elemental obligación — que señala y consagra el artículo 300° del Código Civil— de contribuir al sostenimiento del hogar en forma proporcional a sus ingresos propios, no sólo debe ser superada con la solución que establece el Artículo 305° del Código Civil, esto es otorgando la facultad al otro cónyuge de pedir que pasen tales bienes a su administración, si no que por estar tal conducta cargada de una evidente y reiterada actitud egoísta, para con el otro cónyuge y para el hogar en sí, debe ser calificada como causal de separación de cuerpo o divorcio:

Que así mismo es conveniente agregar al lado de la separación convencional la de hecho por no menos de dos años, cuando copulativamente solo existe vínculo civil y no hayan hijos menores de 14 años:

Que de otro lado, los procesos de divorcio y separación en la legislación anterior, acertadamente, se sujetaban a las reglas del juicio de menor cuantía: es decir con un trámite especial y plazos breves, no existiendo en puridad, justificación valedera para que el actual Código Procesal Civil. Ignorando las mucho mayores contradicciones y complicaciones sociales y el dinamismo de la vida moderna, haya previsto un trámite diferencial, estableciendo distintas vías procesales: la del proceso sumarísimo para la separación convencional (mutuo disenso) y la del proceso del conocimiento, con términos innecesariamente largos y prolongados para la separación de cuerpo y divorcio por causales, tanto mas cuando, ya no hay menores de edad dentro de los hogares afectados:

Que en consecuencia es entonces necesario unificar en una sola vía procedimental, el proceso sumarísimo, las acciones de separación convencional y las de separación de cuerpos o divorcios por causal, para los casos a los que se refiere el considerando precedente, previendo, desde luego, las particularidades que por su naturaleza son propias de esta.

Que con las medidas que se propone habrá de contribuirse a la paz social ya que todas las personas a quienes concierne puedan gozar de derecho a su propio y persona bienestar, contribuyéndose además a la recargada labor que se ocasiona al poder judicial, con el elevado numero de procesos de divorcio y de separación de cuerpos en curso, que prolonga en muchos casos situación de tensión, angustia y en enfrentamientos familiares que pueden y deben ser adecuadamente superados con las medidas que se propone, particularmente para cuando no hay menores de edad cuya subsistencia, formación y condiciones de vida tiene el estado el deber prioritario de prever y cautelar en concordancia con lo previsto en el artículo 2º, inciso 1) y el artículo 4 de la propone a consideración del Congreso de la Republica, el proyecto de ley siguiente:

EL CONGRESO;

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

Artículo primero.- Modifícanse los incisos cuatro y once) y II) del artículo 333º del código civil, cuyos textos definitivos serán los siguientes:

“4) la injuria grave, que se configura con:

a)La ofensa o ultraje verbal o por escrito que un cónyuge infiere a la dignidad o sentimientos de otro incluyendo a las actividades, conductas o actos ofensivos de uno a otro cónyuge, que hagan insoportable la vida en común

b.-El sistemático incumplimiento de uno de los cónyuges ha contribuir al sostenimiento del hogar en forma proporcional a sus ingresos propios:

c.-El disfrute sistemático, para beneficio unilateral o egoísta, por tiempo corrido no menor de un año de un bien de la sociedad conyugal o que es propio del otro cónyuge;

d.-La manifiesta y reiterada deslealtad hacia las principales actividades u objetivos lícitos del otro cónyuge sobre todo cuando fueron suficientemente conocidos con antelación al matrimonio por el cónyuge culpable; y

e.-Los demás hechos constitutivos que a criterio del juez configuren esta causal”

“II) La separación convencional, después de transcurrido dos años de la celebración de matrimonio o la de hecho por igual termino, cuando solo hubiera vinculo civil y no hubiera en el matrimonio hijos menores de 14 años.

Artículo Segundo.- modifíquese el artículo 480° del código procesal civil, cuyo texto definitivo será el siguiente:

“Artículo 480°.- TRAMITACION.- Las pretensiones de separación de cuerpo y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1) al 10) del código civil, en cuanto sea pertinente se sujeta al tramite del proceso sumarísimo, con las particularidades que se indican a continuación:

El Ministerio Público es parte de los procesos a que se refiere este articulo, y, como tal no emite dictamen.

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante puede modificar su pretensión de divorcio a una separación de cuerpos;

Después de interpuesta la demanda son especialmente las medidas cautelares: sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos, tenencia y cuidado de los hijos por una de las partes por ambos o por un tutor o cuidador provisionales; administración y conservación de los bienes comunes; o en aquellas pretensiones que directamente deba o pude afectar, consecuencia de la demanda principal, a la que debe acumularse no siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1) y 3) del articulo 85°;

Las excepciones, defensas previas y reconversión, si las hubiera, se interpone con sus respectivas pruebas al constatarse la demanda y serán absueltas por el demandante en la audiencia conciliadora;

Solo en el caso de existir hijos menores de edad, o cuando surja en el curso de proceso de separación de cuerpos o divorcio, situaciones que no estén acreditadas con pruebas incontrastables en cuanto a las causales invocadas, el Juez remitirá el tramite respectivo al proceso de conocimiento, pudiendo determinar, de ser estrictamente necesario, que se lleve por esta vía lo concerniente a la separación de los bienes sin perjuicio de que se pronuncie previamente sentencia por la vía sumarísima, en cuanto a la disolución, del vínculo.

Artículo Tercero.- Modifícanse o déjense en suspenso las disposiciones que se opongán a la presente Ley.

Lima, 3 de setiembre de 1996

2.3.- PROYECTO DE LEY N° 2107/96-CR

Señor Presidente:

El Congresista de la República que suscribe, del ‘Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos’ —FRENATRACA—integrante del Grupo Parlamentario Plural:

Propone a la consideración del Congreso de la República, el Proyecto de Ley siguiente:

EL CONGRESO, etc.

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

Artículo Único.- Adicionándose al inciso 11) del Artículo 333° del Código Civil un párrafo final, cuyo texto será el siguiente:

“Se tendrá como separación convencional, el hecho de que ambos cónyuges vivan y pernecten permanentemente por separado, sin relación marital entre ellos, en distintos domicilios, o en distinta habitación, en el mismo domicilio”.

Lima, 3 de octubre de 1996.

ROGER CACERES VELASQUEZ Congresista de la Republica.

2.4.-PROYECTO DE LEY N° 2117/96-CR

Proyecto de Ley que propone modificar los Artículos 333°, 337°. 341°; 349° y 350° Del Código Civil.

El Congresista de la República que suscribe. ALDO VLADIMIRO ESTRADA CHOQUE, miembro del grupo Parlamentario UNION POR EL PERU, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política presenta el siguiente.

PROYECTO DE LEY

Considerando:

Que, el matrimonio constituye la unión voluntariamente concertados entre un varón una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil, a fin de hacer una vida en común (Art. 234° del CC). Institución prevista en la Constitución Política del Estado como cédula fundamental de la familia, (Art.4°).

Que, el matrimonio tiene como fundamental objetivo 1ª vida en común de los cónyuges, y por tanto de él derivan una serie de derechos y obligaciones de orden personal y patrimonial, generando una comunidad natural y espiritual entre el hombre y la mujer que se basa es una mutua y reciproca afectividad, que constituye su esencia y razón de ser. Cuya consecuencia inmediata es la igualdad jurídica de éstos, tanto en el aspecto personal como patrimonial, criterio adoptado en nuestro Código Civil, y que concuerda plenamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración sobre la Eliminación Discriminación de la Mujer.

Que, por otra parte, la misma norma sustantiva, regula sobre la separación de cuerpos, el divorcio, y sus causas cuya naturaleza jurídica ha sido analizada por varios tratadistas, y entre ellos Diez Picasso Guyón, quien señala que la separación de cuerpos se justifica en el surgimiento legítima, sobre la base de determinados hechos a los cuales el ordenamiento jurídico liga al nacimiento de la facultad de reclamar la separación. Por su parte el profesor Guillermo Borda sostiene, que la institución se origina en el surgimiento de graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines, del

matrimonio, que no solamente pueden tener un origen lícito, sino que inclusive pueden ser necesarias y obligatorias posición ésta que vienen adoptando la mayoría de las legislaciones modernas.

Que, con relación al Divorcio, se trata de la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial por decisión judicial causas establecidas en la Ley (Art. 333° del C.C.), naturaleza jurídica ha sido discutida doctrinariamente por los tratadistas, habiendo surgido la corriente denominada divorcio remedio en contraposición de aquella otra del divorcio sanción” que ha adoptado nuestro Código Civil. En efecto el jurista alemán Kahl propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia de divorcio la necesidad de establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que no se puede esperar que la vida en común continúe de acuerdo con su esencia, planteando de esta manera una nueva concepción sobre el matrimonio, cuya permanencia no, depende de las infracciones a los deberes matrimoniales, sino a la intención de hacer una vida misma en común la misma que puede debilitarse y hasta destruirse. sin que las leyes puedan obligarlos a mantenerse juntos cuando dicha unión ha fracasado

Que, 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°. siendo por tanto necesario incorporar: la teoría del divorcio, por la propia realidad social, familiar, económica y política que hoy vive nuestro país, toda vez que se viene, dando situaciones irregulares y mucho de ellas ilegales que afectan la institución matrimonial. Negando su propia esencia de hacer una vida en común 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 correspondería todo lo cual que va en directo perjuicio de ellos mismos de los propios hijos y la sociedad.

Es necesario que el Código Civil vigente asimilando la corriente del divorcio remedio, recoja otras casuales de separación de cuerpos y divorcio que posibiliten la solución de conflictos matrimoniales existentes, entre ellos las siguientes:

La presencia de enfermedades de transmisión sexual como el sida y la enfermedad mental permanente que afectan el sistema orgánico e inmunológico

de la persona con consecuencia letales e inclusive inevitables deben constituir una posibilidad de separación de cuerpos ó divorcio, toda vez que no se justifica que por razones familiares o morales se siga manteniendo un vínculo que hace imposible el cumplimiento de las obligaciones y deberes derivados del matrimonio, y que ponen en riesgo la salud de otro cónyuge, así como la de los hijos, más, cuando existe la posibilidad de embarazos con alto grado de riesgo para la prole.

Similar situación se presenta cuando se trata de una enfermedad mental permanente que impide al cónyuge afectado desarrollar dentro de la convivencia una conducta y raciocinio normales, y consiguientemente no se encuentra apto para mantener una relación matrimonial con deberes y obligaciones inherentes a ella.

La incorporación de estas causales, por ninguna razón significa dejar en abandono al cónyuge enfermo, y en todo caso el Juez al momento de resolver tendrá que establecer las previsiones que la misma ley señala para que el cónyuge demandante acuda con los recursos y asistencia del caso a favor del otro.

- a) La conducta deshonrosa u otra de carácter grave que hace imposible la vida en común.- El Código Civil en el Artículo 333° Inc. 6) prevé la causal de la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; no obstante, se dan situaciones que sin ser deshonorosas, son de naturaleza grave que imposibilitan la vida conyugal de los esposos; a saber, por ejemplo: la inseminación artificial Y subsecuente concepción. Sin el consentimiento del otro cónyuge, ya que sería imposible imaginar que un hogar pueda mantenerse con una prole no querida ni admitida por uno de los cónyuges. Luego, el cambio de religión de uno de los esposos posterior al matrimonio, que crea graves divergencias no sólo relacionadas a la fe, sino también a la moral, costumbres, formas de vida y demás. Otro, la grave discrepancia política que igualmente produce profundas brechas entre ambos gestando continuas y permanentes discusiones que deterioran gravemente la relación al punto de no ser posible continuar con ella. El cambio de costumbres y de formas de vida posteriores al matrimonio, como obligar a que uno de los cónyuges no trabaje, la habitualidad al juego, y otras que resulten graves e imposibiliten el seguir permaneciendo juntos, haciendo vida de casados y que finalmente conducen a la separación de hecho.

Estos casos y otros más que se dan, y que deben ser convenientemente analizados por el Juzgador, atendiendo a su gravedad, el grado de cultura de los cónyuges, sus costumbres. Llevan a la convicción de que es imposible seguir manteniendo vida matrimonial porque ésta ha perdido totalmente su esencia y razón de ser, justificando la separación de cuerpo como el divorcio.

- b) La separación de hecho por más de cuatro años continuos y a pedido de cualquiera de los cónyuges. Cuando cualquiera de los cónyuges ha optado por la separación de hecho y han transcurrido más de cuatro años continuos sin que los esposos modifiquen esta situación; entonces se ha perdido el objetivo principal del matrimonio que es la vida en común, caso que hace innecesario seguir manteniendo un vínculo legal que solamente produce graves perjuicios, no solamente a los cónyuges y los hijos, sino también a terceros que se ven afectados por la situación de los esposos al punto que no se pueden realizar contratos, transacciones comerciales, actividades industriales limitando así su normal desempeño en el mercado laboral y comercial o como personas individuales dentro de la comunidad.

Por estas consideraciones, se presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA, en uso de las facultades contenidas en el Art 107° de la Constitución del Estado ha dado la Ley siguiente:

Artículo Primero.- Modifíquese el Artículo 333° del Código Civil en los incisos 6) y 8) en los siguientes términos Art. 333': Son causas de Separación de cuerpos:

Inc. 6) La conducta deshonrosa u otra grave que haga imposible la vida en común,

Inc. 8) las enfermedades de transmisión sexual, o la enfermedad mental permanente, contraídas después de la celebración del matrimonio.

Artículo Segundo.- Modifíquese el Artículo 337° del Código Civil, en los siguientes términos:

La sevicia, la injuria grave, la conducta deshonrosa u otra que haga imposible la vida en común, son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, grado de cultura costumbres, edad, sexo y conducta de ambos cónyuges.

Artículo Tercero.- Modifíquese el Artículo 349° del Código Civil, en los siguientes términos:

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas de los Incs. 1) a 10) del Artículo 333°. además cuando los cónyuges están separados de hecho por mas de cuatro años continuos y a solicitud de cualquiera de ellos.

Artículo Cuarto.- Modifíquese el Artículo 350° del Código Civil, en los siguientes términos:

Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges si el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a su necesidades por otro medio, el Juez asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. si la causal es por padecer enfermedad de transmisión sexual, o enfermedad mental permanente, se asignará además una suma adicional que permita atender el tratamiento del cónyuge enfermo.

El ex cónyuge puede por causas graves pedir la capitalización de la pensión alimenticia o de la suma adicional por tratamiento y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este articulo cesan automáticamente si el beneficiado contrae nuevas nupcias o desaparece el estado de necesidad. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y en su caso el reembolso.

Artículo Quinto. Deróguese las disposiciones que contravengan las presentes disposiciones.

EXPOSICION DE MOTIVOS

El matrimonio es una institución que supone la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella, y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil, a fin de hacer vida en común (Art. 234° del Código Civil). Pues bien, con él se crea la figura básica que da origen a la familia y a una comunidad familiar fuerte, estable y duradera del que derivan una serie de derechos y obligaciones con efectos jurídicos de orden personal y matrimonial, no solamente para los cónyuges y los hijos, sino también para los miembros del grupo social donde se desenvuelven. Constituye pues, una relación de carácter sumamente compleja y como tal, determina un conjunto de deberes y derechos pertinentes a la vida en común y al mismo tiempo otros con proyección y contenido económico moral, religioso, político social respecto de la comunidad y el estado.

La institución matrimonial así concebida necesariamente da origen a una comunidad natural y espiritual entre el hombre y la mujer, todo lo que precisamente hace que la pareja tenga que subsistir debidamente conjuncionada, situación que constituye la verdadera esencia y razón del ser del mismo siendo también este el fundamento para la antigua potestad marital del varón haya cedido paso a la teoría de la autoridad compartida en el hogar consecuencia inmediata de la igualdad jurídica entre los cónyuges en los aspectos personales como patrimoniales criterios adoptado en nuestro código civil y que tiene respuesta en la Declaración de Los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos sobre la eliminación de la Discriminación de la mujer.

Por otro lado la misma norma sustantiva regula la separación de cuerpos y divorcio, la primera significa la cesación de la vida en común de los casados, transformando el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones sin que produzca la disolución del vínculo matrimonial según la correcta interpretación del artículo 232° del Código Civil, por lo que adecuándonos a ella diremos que se trata de una institución de derecho familiar que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión conyugal, que suspende los deberes de lecho y habitación y pone fin al régimen de sociedad de gananciales y dejando subsistente el vínculo matrimonial y abierta la vía hacia el restablecimiento del hogar. Sí los cónyuges después de un periodo de separación liman sus diferencias llegan al convencimiento de que la vida en común

les ofrece ventajas que no habían apreciado suficientemente bajo la influencia de sus incomprensiones; justamente su finalidad es impedir que bajo el pretexto de una supuesta magnificada incompatibilidad de caracteres que no hayan tratado de salvar honesta y lealmente rompan el vínculo conyugal.

Precisamente con respecto de la naturaleza jurídica de la separación de cuerpo se han dado varias posiciones entre los tratadistas.

Así tenemos la de Díez Picasso y Gullón quienes dicen que “la separación de los cuerpos se justifica en el surgimiento de una causa legítima y que son determinados hechos los cuales el ordenamiento jurídico liga el nacimiento de la facultad de reclamar la separación,”⁶² mientras que para otros, como el profesor Guillermo Borda “su origen está en el surgimiento de graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines del matrimonio, que no solo pueden tener un origen lícito sino que inclusive puede ser necesarias y obligatorias”⁶³ situación que también justifica el divorcio posición que justamente ha adoptado la mayoría de las legislaciones modernas.

El divorcio en mi caso, es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial por decisión judicial y por causas establecidas en la ley existiendo un análisis de varios estudios y teorías para explicar su naturaleza, entre ellas últimamente la del jurista Alemán Kahl, quien propone como vector para la procedencia o improcedencia del divorcio el tener que establecer cuán profunda es la perturbación de la relación matrimonial que no puede esperarse que continúe la vida en común de acuerdo con la esencia del matrimonio; denominando esta tesis como el (divorcio remedio) y que se estructura a) En el principio de la desavenencia grave profunda y objetivamente determinable; esto es, que no requiere de la tipificación de las conductas culpables. b) La existencia de una sola causa para el divorcio; el fracaso matrimonial y c) la consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible: el fracaso matrimonial.

⁶² DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN Antonio, Sistema de Derecho Civil IV Tomo, Pág. 236. Tecnos, 1990, Madrid,

⁶³ BORDA, Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Pág. 29, Editorial Perrot, 1984, Buenos Aires

Esta doctrina plantea una nueva concepción sobre el matrimonio cuya permanencia no esta sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales, pues se estima al matrimonio como la unión de un varón y una mujer con intención de hacer vida en común pero que puede dedicarse y hasta destruirse sin que las leyes puedan obligar a mantenerse unidos cuando dicha unión matrimonial a fracasado. En esta forma una pareja puede divorciarse cuando el juez haya comprobado que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, para los hijos y también para la sociedad

El Código Civil vigente a través su normativa relacionada con la separación de cuerpos y el divorcio adopta la tesis del “Divorcio Sanción” y realmente nuestros legisladores de aquel entonces (1984) desperdiciaron la oportunidad en este cuerpo legal la doctrina del “Divorcio Remedio” que por sus propios planeamientos se ajusta mas a nuestra realidad, cuando, ilustres tratadistas a nivel nacional e internacional expresan que desde el punto de vista científico y psicológico los factores que juegan y determinan las actitudes de uno y otro cónyuge capaces de poner en peligro la convivencia, “ están marcados por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, sexuales y emocionales en los cuales es difícil hablar de culpa de uno o de otro, ya que a menudo el alejamiento reciproco del marido y la mujer es resultado de un largo proceso de desavenencias, incompatibilidades diferencias y desajustes de orden sexual y emocional”⁶⁴

Es así como el Código Civil promulgado el año de 1984, no considera entre las causales de separación de cuerpos y divorcio aquellas que necesariamente deben incorporarse precisamente, porque la realidad social y familiar así lo exigen, ya que se vienen dando situaciones completamente irregulares y muchas de éstas inclusive delictivas que afectan la institución matrimonial. Pues, existen casos de matrimonios que solamente se mantienen legalmente, pero no funcionan como tal, esto es, no cobran vigencia al punto que los cónyuges optaron por una separación de hecho a falta de normatividad específica que pueda legalizar el estado civil que les correspondería y todo esto en directo perjuicio de ellos mismos como también de los propios hijos en el caso de que hubiera prole, por lo que es necesario que el cuerpo sustantivo actualmente vigente, asimile la nueva corriente del divorcio remedio y recoja entre las causales de

⁶⁴ **PERALTA ANDÍA, Rolando, Op. Cit. Pág. 257.**

separación de cuerpos y divorcio algunas Otras que posibiliten la solución de conflictos matrimoniales y evite de este modo el deterioro aún mayor de esta institución familiar, toda vez que el solo hecho de negar esa posibilidad genera situaciones de gravísimo conflicto y hasta de inmoralidades que afectan profundamente la personalidad de los cónyuges, y particularmente de los propios hijos y de la misma comunidad. No se trata de mantenerse necesariamente la vigencia del matrimonio que en realidad está deshecho y que inclusive, en un alto porcentaje los esposos han constituido hogares distintos, y que prácticamente están en términos de la ilegalidad, simplemente porque la ley se aferra en negar la posibilidad de que el vínculo según el caso, ponga fin a los deberes inherentes al hecho y habitación y en otros que se disuelva definitivamente.

En efecto, hay situaciones que sin ser deshonrosas hacen imposible la vida en común y en otros casos enfermedades de transmisión sexuales o mentales que exigen que la normativa vigente tenga que incorporarlos como causales de separación ó divorcio, dejando a salvo el derecho de amparo y asistencia que necesariamente deben darse entre los cónyuges. Entre estas:

1.- La difusión de enfermedades de transmisión Sexual y la enfermedad mental permanente; los primeros, como el Sida cuyo virus se trasmite generalmente por relaciones sexuales y afecta el sistema inmunológico del ser humano con consecuencias letales inevitables en la mayoría o en todos los casos, toda vez que por lo menos hasta la fecha no se ha encontrado cura. Consideramos que el cónyuge sano debe tener la posibilidad y el derecho de solicitar la ruptura del vínculo matrimonial, toda vez que no se justificaría que por razones de orden familiar o moral se siga manteniendo una relación matrimonial, cuando en realidad esta hace imposible el cumplimiento de las obligaciones y deberes inherentes a el, y debe protegerse la salud del cónyuge sano, así como la de los propios hijos, cuando de otro lado pueden darse embarazos con alto grado de riesgo para la prole.

Similar situación se presenta tratándose de una enfermedad mental permanente de uno de los cónyuges, que impide al enfermo una conducta y raciocinio mental normales que le permita asumir los derechos y obligaciones matrimoniales.

2.- Dentro del rubro de la causal de conducta deshonrosa, debe adicionarse “a otras graves” que hacen imposible la vida en común, y que justifican desde todo punto de vista la disolución del vínculo matrimonial. Concretamente podemos referirnos a la inseminación artificial y subsecuente concepción sin el consentimiento del otro cónyuge, que parecería ingresar en los términos de la injuria grave, pero analizada convenientemente no es así, y entonces debe necesariamente incorporarse como causal de separación o divorcio, tanto más que actualmente nuestra normativa civil ha asimilado esta institución como parte de su normativa.

Otros casos que se recogen de la vida real y los tantos antecedentes que se dan en los estados judiciales, por sendas demandas que son interpuestas creando causales, que no están previstas pero justificadas; son entre otras, el cambio de religión posterior al matrimonio de uno de los cónyuges, que no sólo incomoda al otro, sino que crea grandes divergencias no sólo en cuanto a la fe y la moral sino a costumbres, formas de vida y demás que deterioran la vida conyugal que no se justifica la permanencia del matrimonio.

La grave discrepancia política generada entre los cónyuges, posterior al matrimonio que impide la consolidación de una vida conjunta con similares ideales y que produce profundas brechas entre ambos con continuas y permanentes discusiones a través de las cuales se llega inclusive a niveles de grave deterioro del matrimonio. La habitualidad al juego, considerando que ésta en algunas de sus modalidades es legal. Pero que implica el abandono de las obligaciones matrimoniales a puntos extremos; el cambio de formas de vida y costumbres muy arraigadas en las parejas que generan incompatibilidades con las del otro, a punto de alterar gravemente estabilidad matrimonial, obligar al otro cónyuge a dejar de trabajar, en fin muchísimos casos más que deben ser convenientemente analizados a cargo del órgano jurisdiccional, entidad con potestad para determinar la gravedad de cada caso tomando en cuenta una serie de factores como la educación, Cultura, edad, sexo, de los esposos.

Seguramente que muchos pensarán que con éstas causales se pretende ingresar a un terreno de liberalidad dirigida a destruir el matrimonio como institución; nada más falso. Lo que se busca es legislar sobre la realidad de los hechos y el matrimonio conlleva relaciones sumamente complejas que determinan una serie de derechos y

obligaciones atinentes a la vida en común de los casos, al mismo tiempo que otro tanto con proyección y contenido económico, moral y social ya no solamente entre éstos y los hijos, sino también frente a terceros y la sociedad y el ordenamiento jurídico de un país no puede ignorar lo que pasa en su comunidad y dejar de gobernar sucesos de la vida íntima y cotidiana del núcleo doméstico por temor a desestabilizar una institución, cuando contrariamente debe mantenerse ésta con bases sólidas, con la libertad de poder mantener una unión libre y voluntaria para hacer una vida en común estable al mismo tiempo que se ajusta a los altos fines persigue esta institución.

COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley no generará ningún costo al Estado en cuanto a inversión económica o material, contrariamente, se prevé una mayor acercamiento a la realidad social y las relaciones matrimoniales, que son importantes para poder definir claras reglas de juego no sólo en la formación personal, especialmente de los jóvenes sino también de los propios cónyuges que no encuentran en la Ley, las previsiones necesarias para superar sus propios conflictos, los cuales generan un grave perjuicio, tanto de ellos, los hijos y la propia comunidad.

La estructura judicial está debidamente organizada para poder atender los posibles demandas, y este hecho no creará desembolsos que puedan postergar la implementación, tanto más que se trata de una norma que tiende a mejorar nuestra sistemática sustantiva, respecto de instituciones fundamentales como el matrimonio de cuerpos y el divorcio sincerando algunas causales, y haciendo que los casados y a la vez separados de su cónyuge puedan legalizar situaciones de hecho que a falta de normativa aparente arrastran por años perjudicando a su nueva familia a sí mismo, y a terceros, lo que igualmente repercute también en el campo patrimonial, limitándose en sus relaciones contractuales, el acceso a mercados laborales y comerciales.

Lima, 6 de marzo de 1997

ALDO VLADIMIRO ESTRADA CHOQUE. Congresista de la República

2.5.- PROYECTO LEY N° 3096/97-CR

El Congresista de Acción Popular que suscribe:

Considerando:

Que, el Art. 4 de la Constitución declara que la comunidad el Estado protegen a la familia y promueven al matrimonio; y que la forma del matrimonio y de disolución son reguladas por la ley;

Que, en efecto, el Código Civil dedica el Libro III al “Derecho de Familiar”;

Que, entre los preceptos relativos a la disolución del matrimonio, el Art. 333° del Código Civil enumera once causas de separación de cuerpos:

Que, los incisos 2) y 11) del Art. 333° del, Código Civil han sido modificados por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, promulgado mediante el decreto legislativo N° 768.

Que de acuerdo a la doctrina, a los comentaristas y a la experiencia, es necesario introducir algunas otras reformas en el mismo Artículo 333° del Código Civil;

Que la causal de adulterio presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona de sexo distinto y la causa de homosexualidad implica la relación del casado con otra persona del mismo sexo;

Que en consecuencia, como lo señala el Dr. Max Arias Schreiber Pezet (“Exégesis” Tomo VII páginas 262, 266 y 267), ambas causales pueden ser resumidas en el causal de infidelidad;

Que, además, el Art. 57 inciso 1), del Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 635 faculta al juez a suspender la ejecución de la pena cuando la condena se refiera o penal privativa de libertad no mayor de cuatro años; y el Art. 61 del mismo Código Penal. dispone que la condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni

infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidos en la sentencia;

Que, por lo tanto, debe ser concordada la causal prevista en el inciso 10) del Art. 333° del Código Civil con la referida norma penal;

Que, desde hace alrededor de veinte años, se ha sugerido introducir en la legislación civil la causal del abandono del hogar conyugal por el accionante, si ha durado más de cinco años:

Que, por tales razones, debe reformularse la redacción del Art. 333° del C.C., con el texto siguiente:

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

- 1.-La infidelidad.
- 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 mas de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda de este plazo.
- 6.-El abandono de la casa conyugal por más de cinco años continuos por cualquiera de los cónyuges.
- 7.-La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- 8.-El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenos o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
- 9.-La enfermedad sexual grave contraída después de la celebración del matrimonio.
- 10.-La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- 11.-La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración de matrimonio”.

“Artículo 335°.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto en el caso del inciso 5) del Artículo 333°”.

JAVIER ALVA ORLANDINI, Congresista de la republica.

3.- LA LEY 27495

Esta Ley es la que incorpora a la causal de separación de hecho como una causal de separación de cuerpos y por tanto de divorcio en nuestra legislación

Ley que Incorpora la Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio

LEY N° 27495

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SUBSECUENTE DIVORCIO

Artículo 1.- Modifica el Artículo 319 del Código Civil Modifícase el Artículo 319 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 319.- Fin de la sociedad

Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del Artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

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

Artículo 2.- Modifica el Artículo 333 del Código Civil Modifícase el Artículo 333 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

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

Artículo 3.- Modifica el Artículo 345 del Código Civil

Modifícase el Artículo 345 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 345.- Patria Potestad por separación convencional

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 4.- Incorpora el Artículo 345-A en el Código Civil

Incorpórase el Artículo 345-A en el Código Civil en los términos siguientes:

“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.”

Artículo 5.- Modifica el Artículo 349 del Código Civil Modifícase el Artículo 349 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 349.- Causales de divorcio

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.”

Artículo 6.- Modifica el Artículo 354 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 354.- Plazo de conversión

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 7.- 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.- Tramitación

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del Artículo 333 del Código Civil se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

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 13 del Artículo 333 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.”

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 del 1 al 13 del Artículo 333 del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando las causales establecidas en los incisos 11 y 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.

Tercera.- Para efectos de la aplicación del inciso 12 del Artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los once días del mes de junio de dos mil uno.

CARLOS FERRERO

Presidente a.i. del Congreso de la República

HENRY PEASE GARCÍA

Segundo Vicepresidente del Congreso
de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los Artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, ordeno que se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento.

En Lima, a los cuatro días del mes de julio de dos mil uno.

4.- LA REGULACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

La Constitución de 1993 que se encuentra vigente, fomenta el matrimonio, así se desprende el texto del artículo 4, pero también hace precisión que las causas de su disolución serán señaladas por Ley. El matrimonio y el divorcio son regulados exclusivamente por la Ley y por tanto estas instituciones, no resultan disponibles para sus conformantes.

La institución del divorcio es un régimen civil exclusivo que reconoce valor jurídico al matrimonio celebrado ante la autoridad designada por ley; dentro de este régimen es totalmente explicable que las causas de separación y disolución del vínculo matrimonial sean también reservadas a la ley.

La vigencia del único y obligatorio régimen civil sobre el matrimonio y el divorcio, no se opone a la libertad religiosa o reconocimiento de la libertad de cultos. Ello concuerda con lo prescrito en el artículo 360 del Código Civil, según el cual “las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extiende más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros de los deberes que la religión impone”.

Es dentro de este marco y en vista de que el Presidente de la República no promulgó la Ley, el Presidente del Congreso promulgó la ley 27495 con la denominación de “Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio”.

Sin embargo esta Ley va mas allá de su denominación, pues en realidad es una reforma del régimen de decaimiento y disolución del vínculo matrimonial

Se ha dado diferentes definiciones de esta causal. Así Trabucchi señala que “ la separación se dice de hecho, cuando los cónyuges sin ningún procedimiento formal, se separan (o se apartan) cada uno por su cuenta”⁶⁵. Para Alterini “ la separación de hecho obedece simplemente a la voluntad de los cónyuges, y deriva del hecho material de no continuar la convivencia”⁶⁶. Para Logomarsino Uriarte, “la separación de hecho es la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión judicial quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, ya sea por voluntad de uno o de ambos”⁶⁷. Para Azula Camacho la causal de separación de hecho “ se presenta cuando ambos cónyuges no convive, así continúen bajo el mismo techo ... se configura cuando entre los cónyuges no existe la natural relación que debe mediar en el aspecto afectivo y físico”⁶⁸

De las definiciones citadas concluimos que en las separaciones de hecho se quebranta el deber de cohabitación por un lapso prolongado, lo que constituye la revelación mas evidente de que el matrimonio ha fracasado. El por ello que muchos tratadistas consideran que en la separación de hecho se erige un presupuesto objetivo con el cual para decretar el divorcio no se requiere del análisis de los hechos o las causas que llevaron a los cónyuges a interrumpir la convivencia.

En la doctrina se ha considerado que la separación de hecho se da por :

Por voluntad de ambos cónyuges .

Por abandono de hecho por parte de uno de los cónyuges.y

Por abandono recíproco.

En todos estos casos se quebranta el deber de cohabitación entre los cónyuges como ya lo hemos señalado .

⁶⁵ TRABUCHI , Alberto, Instituciones de Derecho Civil,Tomo I Pág 292 , Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1967.

⁶⁶ ALTERINI , Atilio, Derecho Privado, Pág 587, Editorial Perrot, 1981, Buenos Aires

⁶⁷ LOGOMARSINO, Carlos, URIARTE, Jorge, Separación Personal y Divorcio, Editorial Universidad ,245 1991, Buenos Aires.

⁶⁸ AZULA CAMACHO , Jaime Manual de Derecho procesal Civil Pág 253 , Editorial Temis, 1995, Santa fe de Bogotá

4.1.- ELEMENTOS DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.-

Consideramos que son dos los elementos que necesariamente se dan en toda separación de hecho : el elemento objetivo o material que consiste en la evidencia del quiebre definitivo de la convivencia y el elemento subjetivo que es la falta de voluntad de unirse de los cónyuges , a ellos la ley ha agregado el elemento temporal .Por ello , aunque esta causal se denominó como solamente objetiva, son tres los elementos que la conforman.

La doctrina referente al divorcio por la causal de separación de hecho admite en forma unánime que “el deber que se incumple en la separación de hecho es el de cohabitación”⁶⁹ impuesto por el artículo 289 del Código Civil.

El deber de cohabitación consiste en la convivencia real entre los conformantes de la unión matrimonial en el domicilio conyugal, o sea en el espacio físico o material en el cual se asiente el domicilio y dentro del que se desarrollen las relaciones de convivencia entre los cónyuges. Pero “este deber no exige que exista en todo momento la convivencia material de los consortes... Se trata de verdaderos casos de estado de necesidad o de fuerza mayor”⁷⁰, la misma norma prevé que se puede suspender el deber de cohabitación cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges, o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

A este respecto debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha establecido que “la causal de divorcio por separación de hecho se configura objetivamente cuando se quiebra el deber de hacer vida en común al que se refiere el artículo 289 del Código Civil”⁷¹

A.- Elemento Objetivo.- Es considerado de naturaleza material y consiste en el quebramiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad, de la convivencia;

⁶⁹ CABELLO MATAMALA, Julia, Divorcio Remedio en el Perú?, en Tercer Curso Especial para Asenso de Magistrados pag. 89, Academia de la Magistratura , Lima 2002

⁷⁰ PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex, ¿Divorcio Culpa o Divorcio Remedio? En Diálogo con la Jurisprudencia N° 55, abril del 2003, Pág. 73, Gacéta Jurídica , Lima , 2003.

⁷¹ CASACION 220-2004- Lima, Diario Oficial “ El Peruano” 1 de junio del 2006.

lo que se expresa en el alejamiento físico de uno de los esposos o de ambos, de la casa conyugal.

Este quebrantamiento del deber de cohabitación, puede producirse por decisión unilateral o por acuerdo de ambos cónyuges:

La decisión unilateral se presenta cuando uno de los cónyuges es el que se aleja del hogar. Sin embargo tal alejamiento puede producirse por una conducta del cónyuge abandonante que quebranta el deber jurídico impuesto por ley, o porque con diversos actos, ejemplo maltratos físicos o psicológicos da lugar, a que el otro cónyuge se aleje del hogar conyugal. Como se ve fácilmente, en esta situación hay un cónyuge culpable, situación que debe tomarse en cuenta para efectos de las medidas de protección que establece el artículo 345-A del Código Civil.

En cambio la decisión con acuerdo de ambos cónyuges o decisión bilateral, implica la aceptación por parte de los mismos de la separación de hecho, sin culpa para ambos y que muchas veces se puede dar en forma simultánea o en forma sucesiva. Es evidente que en este caso, no hay un cónyuge perjudicado a favor del cual el juez pueda disponer una medida de protección.

En este elemento objetivo no se comprenden a las situaciones en las que los cónyuges son dispensados del deber de convivencia, por razones laborales o de salud. A este respecto, la Casación N° 220-2004- Lima ha establecido que *“La causal de separación de hecho se configura de manera objetiva pero no debe obedecer a causas de fuerza mayor relacionadas con las razones laborales, toda vez que la separación se ha producido por una circunstancia de necesidad que origina que no exista nexa causal para que opere la causal”*⁷²

B.- Elemento Subjetivo.- Está constituido por la falta de voluntad de los cónyuges, de unirse, esto es, la intención cierta, definitiva, de uno o de ambos cónyuges de no continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla; ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que

⁷² CASACIÓN N° 220-2004- Lima, Diario Oficial “ El Peruano” 1 de junio del 2006.

no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor, esto es sin que una necesidad jurídica lo imponga, como son los casos de salud o motivos laborales .

Como quiera que el elemento subjetivo tiene una naturaleza psicológica, puede configurarse por diferentes factores , como la incompatibilidad de caracteres, el hastío, el descubrimiento de hábitos o costumbres que no se pueden soportar y que hacen variar el concepto que se tenía del otro cónyuge a tal extremo de producir la negativa interna de uno de los cónyuges de seguir conviviendo; pueden existir también razones sentimentales como la presencia de otra pareja que despierta una nueva pasión y determina la negativa de seguir cohabitando con el otro cónyuge.

La falta de voluntad de unirse se exterioriza en la voluntad de no convivir con el otro cónyuge, no existe en uno o en ambos cónyuges la intención de recomponer la cohabitación y poner fin a la separación. Se dice con razón que hay una falta de voluntad de unirse por parte de los cónyuges, un *ánimus separationis* traducido en la voluntad de los cónyuges de sustraerse a compartir sus existencias , de participar del mismo destino vital, de rehusar toda comunidad de vida .

Como en el caso anterior este elemento puede presentarse en forma unilateral , ante lo cual el juez deberá determinar quien es el responsable, para efectos de dictar medida de protección a favor del agraviado , o puede darse en forma simultanea, caso en el cual no existirá cónyuge perjudicado a favor del cual pueda dictarse una medida de protección, pues el elemento subjetivo o voluntad de no seguir conviviendo se produjo en ambos cónyuges.

C.- Elemento Temporal.- Está constituido por el transcurso ininterrumpido del tiempo en el que los cónyuges permanecen separados, sin hacer vida en común , quebrantando por decisión unilateral o conjunta el deber de cohabitación . La Ley 27495, ha fijado este plazo en dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos o si fueran menores de edad, y, de cuatro años, si son menores de edad .La separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal. Estos términos constituyen una garantía de estabilidad del matrimonio. El Plazo fijado por Ley evidencia que el alejamiento es expresión de una ruptura irremediable de los vínculo

afectivos que constituyen el substrato de una unión matrimonial, ya que a medida que transcurre el tiempo, se van diluyendo las expectativas de un avenimiento.

Respecto del elemento temporal, la primera Disposición Complementaria y transitoria de la Ley 27495 ha establecido que esta ley se aplica a las separaciones de hecho existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley. Aunque este texto es claro, sin embargo existen algunas interpretaciones que a continuación citamos.

La Casación N° 1720-2003- Junín, publicada en el diario “El Peruano” el 30 de noviembre del 2004, recaída en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, seguido entre Martín Ortega Villaverde en contra de Nelly Miriam Peralta Romero estableció que solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 27495, que crea la causal de divorcio por separación de hecho, se puede acumular el plazo de separación, no siendo computable el plazo que transcurra con anterioridad.

Los fundamentos de esta decisión son expuestos en la casación ya mencionada en la que en el fundamento **sétimo** se consigna que “El Código Civil vigente ha asumido como principio general que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, y no tienen fuerza ni efecto retroactivo”, el **octavo** considerando señala que “en el caso de autos, las instancias de mérito han declarado la improcedencia de la demanda basados en que no resulta de aplicación la primera disposición transitoria de la ley N° 27495 debido a que ello se contrapone con lo expresamente normado en la constitución política del Estado, y en aplicación del control difuso del que se encuentran facultados los juzgadores, concluyen que sólo a partir de la entrada en vigencia del mencionado cuerpo normativo se puede acumular el plazo de separación de hecho de dos años que peticiona el actor”. El **noveno** considerando es todavía más concluyente, “que si bien del tenor aludido del mencionado cuerpo normativo, se aprecia que la aplicación inmediata que propugna tiene como esencia dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con la finalidad del matrimonio que prevé el artículo 234 del Código Civil, cuya tendencia es poner fin a un matrimonio ficticio que en su mayoría han formado nuevos núcleos familiares; también lo es, que ello no puede afectar al principio constitucional de irretroactividad de la Ley que es uno de los fundamentos de la seguridad jurídica, y

significa que los derechos creados bajo el amparo de la Ley anterior mantienen, su vigencia, y sobre ellos no tiene efecto la nueva Ley, pues las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos, como ocurre en el caso de autos en que el actor afirma que la separación de hecho se ha producido en el año de 1997, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 27495”⁷³

El sentido de este fallo resultó verdaderamente preocupante puesto que la ley 27495, sólo podría aplicarse, según los casos en los años 2003 cuando no hay hijos o son menores de edad, y 2005 cuando hay hijos menores. Autores como Juan Espinoza Espinoza hicieron críticas verdaderamente fuertes al señalar “ la interpretación que se ha hecho es tan absurda como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante Ley abolió la esclavitud, se hubiese entendido que esta solo era aplicable a los hijos de los esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de la misma. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva”⁷⁴

El criterio anterior fue cambiado en la casación 2263-2004- Junín, publicada en el diario “ El Peruano” el 1 de marzo del 2006, la que estableció que la ley se aplica a las situaciones ya existentes, los argumentos del Colegiado, están expuestos en el considerando **Sexto ...** que el presente proceso es uno de divorcio por la causal de separación de hecho incorporado al artículo 333 del Código Civil a partir de la Ley 27495, siendo evidente que dicha causal tiene por finalidad solucionar un conflicto real, que a diferencia de otras causa de ruptura del vínculo matrimonial, no se orienta a determinar la culpa de uno de los cónyuges para que se declare el divorcio sino que busca regularizar, una situación de hecho ya existente; **Sétimo.-** Que por ello es legítimo que la ley 27495, disponga en su primera disposición complementaria y transitoria su aplicación a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia no solo porque dicha circunstancia no colisiona con el principio de Irretroactividad de la norma previsto en el artículo 103 de la Constitución, pues las leyes reflejan la realidad y no la imponen, sino porque aquello guarda relación con lo

⁷³ CASACIÓN 1720-2003-Junín, Diario “ El Peruano”, 30 de noviembre 2004, Lima 2004.

⁷⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “El cómputo del plazo de la Separación de hecho a Propósito de la Ley 27495, ¿Control Difuso o Control Confuso?”, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 76, enero 2005, Año 10, Gaceta Jurídica, Lima 2005.

dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil al establecer que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”⁷⁵

Este cambio de criterio de la Corte Suprema resulta adecuado, pues los mismos vocales que expedieron el fallo anterior, admiten que se trata de un problema social, por tanto la respuesta debió ser dirigida a darle una solución adecuada y no a complicarlo más, máxime que el plazo que fija la Ley solo resulta un parámetro para determinar si la separación es suficientemente prolongada como para ampararla.

También resulta conveniente precisar que la jurisprudencia en la casación 220-2004, ha establecido que: **Cuarto.-** Que la causal de separación de hecho se configura de manera objetiva cuando se quiebra el deber de hacer vida en común al que se refiere el artículo 289 del Código Civil, **durante el plazo que prevé la ley**, no resultando relevante para ello determinar si la separación resulta imputable a una de las partes. **Quinto.-** que si bien la relación causal de separación de hecho se configura de manera objetiva, sin embargo ello no debe obedecer a causas de fuerza mayor relacionadas con razones laborales, toda vez que en este caso, la separación de hecho ha obedecido a una circunstancia de necesidad que origina que no exista nexo causal para que opere la causal, estableciendo a este respecto la tercera disposición complementaria y transitoria de la ley 27495, que para efectos de aplicación del inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, no se considera separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, precisando la norma acotada que en este caso se requerirá el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”⁷⁶

4.2.-LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INVOCAR LA SEPARACIÓN DE HECHO.

La permanencia en el tiempo de una separación de hecho de los cónyuges por el plazo que señala la ley, es la manifestación de una ruptura irremediable de la vida en común y de un fracaso del matrimonio que queda evidenciado claramente.

⁷⁵ CASACIÓN 2263-2004- Junín, Diario “El Peruano” el 1 de marzo del 2003, Lima

⁷⁶ CASACIÓN 220-2004- Lima, Diario Oficial “ El Peruano”, 1 de junio del 2006.

Por ello, resulta permitido que cualquiera de los cónyuges, aun el culpable, pueda alegar la separación de hecho cuando no quiere permanecer vinculado; lo que constituye la clara exteriorización de que ello es definitivo y desvanece cualquier esperanza de reanudación de la vida conyugal. precisamente, ésta es característica del sistema de divorcio remedio al que pertenece esta causal.

La legitimación activa para cualquiera de los cónyuges deriva también del interés que pueden tener para solucionar una situación conflictiva, como es la separación de hecho que da lugar a que el matrimonio no cumpla con los fines para los que fue contraído, teniéndose en cuenta que no se busca un culpable sino enfrentar y solucionar una situación problemática para ambos cónyuges

Consecuentemente, el legislador ha dispuesto la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 335 del Código Civil y por ello, cualquiera de los cónyuges, aun el culpable, puede invocar esta causal para lograr la disolución del vínculo matrimonial, habida cuenta que se ha concebido esta causal como una respuesta aun problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad ..

4.3.- LA DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD

La determinación de la culpabilidad en la separación de hecho servirá para que el juez pueda cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, conforme lo impone 345-A incorporado por la Ley 27495

Consecuentemente, en el proceso deberá establecerse si alguno de ellos es el culpable de la separación a fin de cautelar los derechos del cónyuge inocente de la separación de hecho, pues resultaría injusto no permitir la invocación de inocencia de uno de los cónyuges que le permita dejar a salvo sus derechos.

La complejidad de la determinación de la culpabilidad ha dado lugar a que se fije la vía de proceso ordinario para la tramitación del proceso

4.4.- LA INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA .-

La inadmisibilidad de la demanda puede producirse por no cumplirse con el requisito legal especial contenido en el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, incorporado por el artículo 4 de la Ley 27495 o por la omisión de algunos de los requisitos fijados por el artículo 424 del Código Procesal Civil, como tener un petitorio incompleto o no referirse a todas las pretensiones conexas que deban ser resueltas en la demanda conforme a lo dispuesto por el artículo 483 del Código Procesal Civil.

4.4.1.-La Inadmisibilidad por no Cumplir con el Requisito Especial.

El artículo 345-A del Código Civil, introducido por el artículo 4 de la Ley 27495, dispone que para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Respecto de lo dispuesto por esta norma se presentan las siguientes situaciones

A.- Respecto de la Obligación Alimenticia.

A.1.- Cuando existe proceso judicial en el que se ha fijado pensión alimenticia por sentencia, conciliación o transacción, la verificación del cumplimiento de este requisito especial es relativamente sencilla en razón a que existe un documento que acredita el monto y la forma de cumplimiento de la pensión de alimentos fijada. Este documento servirá para determinar si el demandante está o no al día en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.

Si el demandante no cumple con acreditar el cumplimiento de la obligación alimentaria, no se admitirá la demanda y en caso de alegar que la cónyuge ya no tiene necesidad deberá previamente, obtener la reducción de la pensión de alimentos o su exoneración

A.2.- Cuando no existe documento en el que aparezca que la pensión alimenticia se haya fijado, existe dificultad para establecer si se ha cumplido o no con

el requisito especial. Por tanto habrá que discernir si el demandante es quien se alejó del domicilio conyugal o se quedó en él; y, en cada caso, si motivó o no la separación de hecho.

Para este discernimiento resulta pertinente tener en cuenta que el artículo 291 del Código Civil se dispone que “cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella” : en este caso no será exigible el cumplimiento del requisito especial

También debe tenerse en cuenta que no le corresponde cumplir con este requisito de admisibilidad, al demandante que acredite la falta de estado de necesidad del otro cónyuge, siempre que no tengan hijos menores de edad. Esto se debe a que el estado de necesidad es el presupuesto que la ley requiere para la vigencia y exigibilidad de la obligación alimentaria.

Puede darse también otras situaciones en las cuales por no haberse fijado con antelación el monto de la pensión alimenticia el demandante puede acreditar su cumplimiento con las constancias de las consignaciones voluntarias o judiciales que haya realizado y que no hayan sido cuestionadas por el otro cónyuge..

Puede ocurrir también que el demandante nunca haya pasado pensión de alimentos en forma voluntaria y solo con ocasión de la demanda de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal, realice una consignación con la sola finalidad de cumplir con el requisito de admisibilidad. En estos casos se debe admitir la demanda y fijar la pensión alimenticia en sentencia teniendo en cuenta los presupuestos exigidos por el artículo 481 del Código Civil

B.- Respecto de Otras Obligaciones

El Artículo 345 –A del Código Civil también dispone acreditar estar “al día en el pago” de otras obligaciones que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Podría tratarse de gastos de sostenimiento del hogar como son los servicios de alquiler de vivienda, energía eléctrica, agua y desagüe, teléfono, pago de deudas etc., que no están comprendidos en el concepto genérico de alimentos al que se refiere el

artículo 472 del Código Civil y que pueden ser asumidos exclusivamente por uno de los cónyuges. La no acreditación del cumplimiento de estas obligaciones, determina la inadmisibilidad de la demanda

4.4.2.- Inadmisibilidad de la Demanda por Tener un Petitorio Incompleto.

La Ley 27495 contempla una serie de aspectos sobre los cuales se exige el pronunciamiento imperioso del juzgador, cuando se invoca la causal de separación de hecho.

A este respecto se tiene en cuenta que no solo se debe precisar las medidas de protección, la adjudicación preferente de bienes, la indemnización por el daño, la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, sino que se deben acumular, si no hay decisión judicial firme, las pretensiones que exige el artículo 483 del Código Procesal Civil esto es alimentos, tenencia, suspensión o privación de la Patria Potestad, separación de bienes gananciales

La falta de acumulación de alguna de ellas, de ser el caso, determina la inadmisibilidad de la demanda por contener un petitorio incompleto y la concesión al interesado de un plazo conveniente para que la subsane.

2.6.-Aspectos a Probar en la Separación de Hecho .

Conforme a lo dispuesto por el artículo 196 del Código Procesal Civil, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. En los procesos de divorcio por separación de hecho, se deberá acreditar:

A.- Que se constituyó domicilio conyugal, en el que se desarrolló la vida en común. La separación de hecho supone la violación del deber de cohabitación; deber que impone a ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. Por tanto, se requiere probar la existencia del domicilio conyugal. Su falta de constitución determina la no configuración de la causal.

Para la probanza de la constitución del domicilio conyugal, se podrá utilizar cualquier medio de prueba admitido en la legislación procesal, que permita al juez adquirir convicción sobre la constitución del domicilio conyugal.

B.- El alejamiento físico del domicilio conyugal.- Esto es el apartamiento material del domicilio conyugal por parte de uno de los cónyuges. En este aspecto, la carga probatoria está destinada a demostrar el hecho objetivo de que él o los cónyuges, dejaron de cohabitar infringiendo el deber que la ley les impone y que, cada cual, continuó la vida separadamente del otro.

Respecto de la prueba del alejamiento físico, no interesa que este sea voluntario o provocado; vale decir, que puede ser determinado por causas imputables o no al cónyuge que se retira, basta el hecho objetivo del alejamiento.

Las consecuencias de esta probanza están relacionadas también: con el fincamiento de la sociedad de gananciales la misma que conforme al artículo 319 fenece al momento que se produjo la separación de hecho. En esta parte, la carga probatoria está destinada a demostrar el hecho objetivo de que dejaron de cohabitar y que, cada cual, continuó la vida separadamente del otro.

Los medios probatorios que se pueden usar, son los previstos por el Código Procesal Civil.

C.- El cumplimiento del plazo legal mínimo de apartamiento del domicilio conyugal. O sea demostrar que la separación ha durado ininterrumpidamente un mínimo de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad o no tuvieran hijos; y de cuatro años, si los tiene. En caso de hijos menores o mayores se deberá acompañar las partidas de nacimiento

Es necesario tener en cuenta también que, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495 el tiempo transcurrido de separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, será considerado para el cómputo del plazo legal mínimo requerido; el mismo que debe estar vencido al momento de interponer la demanda.

D.- El motivo del alejamiento físico del domicilio conyugal.- Que está relacionada con la falta de voluntad de unirse, de no continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común. El motivo del alejamiento físico del domicilio conyugal de uno de los cónyuges, tiene por objeto demostrar que la separación de hecho se ha producido por motivos imputables a uno de los cónyuges ello permitirá también identificar al consorte perjudicado con la separación de hecho y hacer uso de su función tuitiva, para proteger su estabilidad económica y la de sus hijos conforme lo exige el artículo 345-A del Código Civil.

5.- LOS EFECTOS DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN EL CÓNYUGE AGRAVIADO :

Los efectos que produce la separación de hecho en el cónyuge agraviado, son señalados en forma expresa por la Ley 27495 que introdujo a nuestra legislación el artículo 345-A. Esta norma señala que “ el Juez velará por la estabilidad del cónyuge que resulte perjudicado con 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” .

Además, la norma en mención señala que son aplicables a favor del cónyuge que resulte mas perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos, 324, 342,343,351 y 352 en cuanto sean pertinentes.

En este punto precisaremos, los efectos particulares señalados por la Ley 27495 en el cónyuge agraviado.

La intención del legislador es que el cónyuge culpable repare los daños que ocasionó al cónyuge perjudicado con la separación de hecho, por la frustración de su proyecto de vida, por el sufrimiento moral, por el abandono de que fue objeto. También el legislador por medio de esta Ley ha querido contrarrestar la estrechez económica del perjudicado a fin de que cuente con medios necesarios para seguir atendiendo a sus propias necesidades.

5.1.-La Pensión Alimenticia:

La institución Jurídica de los alimentos comprende una serie de normas dirigidas a garantizar el derecho a la subsistencia del ser humano. Mediante esta institución “se fija la relación obligacional determinando el acreedor y el deudor alimentario; se establece las condiciones en que opera el derecho e incluso los criterios para llegar al quantum”⁷⁷

Como ya lo ha establecido la doctrina, la obligación alimentaria, se origina en el parentesco y el matrimonio, resultando evidente que la obligación entre esposos nace por el matrimonio.

Los presupuestos básicos o condiciones para ejercer el derecho alimentario son, el estado de necesidad de quien lo solicita, la posibilidad económica del deudor u obligado y la norma legal que establezca la obligación.

El código Civil en el inciso 1 del artículo 474 señala que se deben alimentos los cónyuges, esta obligación puede subsistir aun en el caso de divorcio vía excepción ya que el artículo 350 del Código Civil señala como cuestión general, que por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer.

En efecto, si se declara el divorcio, el cónyuge inocente tiene derecho a alimentos si es que existe estado de necesidad en él, derivado de la carencia de recursos propios para vivir. Y aun resultaría que siendo el cónyuge culpable del divorcio también puede tener derecho a una pensión alimenticia si que es indigente, siempre que lo haya solicitado. Esta misma norma precisa que cesa la obligación alimentaria, si el cónyuge contrae nuevas nupcias, caso en el cual, el estado de necesidad es satisfecho por el nuevo cónyuge.

En el caso del divorcio por la causal de separación de hecho, rigen estas mismas normas de tal manera que aun el cónyuge inocente o no culpable de la separación de hecho, puede quedar sin pensión alimenticia si es que no se demuestra el

⁷⁷ AGUILAR LLANOS BENJAMÍN, EL Instituto Jurídico de los Alimentos Pág 189, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002.

estado de necesidad. La Ley 27495, no otorga automáticamente este derecho, sino que como ya hemos señalado su sustento radica en el estado de necesidad del cónyuge, y si no se da este estado, no hay derecho a alimentos, así se trate del cónyuge que ha sido víctima de la separación por culpa del otro.

La pensión alimenticia que se pueda disponer a favor del cónyuge agraviado en los casos de divorcio por la causal de separación de hecho, no es diferente pues, a lo que sucede en las otras causales. Por ello esta causal no significa ninguna ventaja para el cónyuge agraviado ni menos una carga para el cónyuge infractor.

5.2.- La Asignación Preferente de Bienes

Previamente precisaremos que, la ley 27495, contempla la fijación de una indemnización o la adjudicación preferente de bienes sociales, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponder al cónyuge agraviado. Entonces pues resulta excluyentes una de la otra, la indemnización y la adjudicación preferente de bienes, si el juez concede una, no debe conceder la otra.

La adjudicación preferente de bienes sociales, tiene como finalidad la de contrarrestar las dificultades económicas del cónyuge perjudicado con la separación de hecho. Implica necesariamente precisar dos cuestiones: que bienes sociales se adjudicarán preferentemente y si la adjudicación se realizará o no, a cargo de los gananciales que le corresponderán en la liquidación al cónyuge perjudicado, con la obligación de reintegrar el exceso del valor con los bienes propios del beneficiado.

La Ley 27495, no contiene precisión alguna al respecto por lo que tiene que aplicarse otras normas a las que hace mención también la mencionada Ley. A este respecto el artículo 323 del Código Civil determina, aunque para los casos de fenecimiento de la sociedad de gananciales por ausencia o muerte del cónyuge, que el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera. Es conveniente precisar que el último párrafo del artículo 345-A señala que se aplicarán las disposiciones del artículo 323 en cuanto resulten pertinentes. Por ello la Separación de hecho o el divorcio por la causal de separación de hecho conforman otros supuestos de adjudicación preferente de bienes sociales, además de los ya previstos por nuestra legislación.

Teniendo en cuenta la obligación del juez de velar por la estabilidad económica del agraviado, el artículo 323 del Código Civil, resulta de aplicación y consecuentemente se procederá a la adjudicación en favor del cónyuge perjudicado, de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal industrial o comercial de carácter familiar, lo que se tendrá en cuenta también en los casos en los que el cónyuge perjudicado haya solicitado en forma expresa la adjudicación de otros bienes. El juez deberá tener en cuenta la finalidad protectora de la Ley.

También resulta claro que por aplicación del artículo 323 del Código Civil la adjudicación preferente de bienes a favor del cónyuge perjudicado se hará con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera.

Como se ve, la adjudicación preferente de bienes no implica una privación del derecho de gananciales del cónyuge culpable de la separación de hecho, pues el cónyuge perjudicado, tiene la obligación de reintegrar el exceso del valor del bien que recibe en adjudicación ello se producirá en ejecución de sentencia en la liquidación de la sociedad de gananciales. Así pues no encontramos mayor protección a favor del cónyuge perjudicado.

Además de lo expuesto es necesario considerar las siguiente interrogantes:

a.- Corresponde al cónyuge perjudicado el menaje del hogar?, a este respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 320 del Código Civil precisa que en caso de ausencia o muerte de un cónyuge, corresponde al otro el menaje del hogar. La ley 27495, no ha hecho modificación alguna de este artículo, tampoco lo ha mencionado para su aplicación extensiva, por lo que el juez en su caso deberá tener en cuenta el deber que tiene, de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por lo que deberá adjudicar el menaje del hogar al perjudicado con la separación de hecho.

b.- Si el cónyuge perjudicado con la separación de hecho solicitara la adjudicación de otros bienes, se debe acceder?. Para ello debe tenerse en cuenta, si ya se le hizo adjudicación preferente del bien que constituye el hogar familiar, no obstante ello, si

la petición se encuadra dentro de la finalidad protectora de la ley, el juez deberá acceder.

c.- Cómo se debe proceder cuando no existen otros bienes gananciales? , consideramos que el juez deberá aplicar los artículo 731 y 732 del Código Civil que regulan los derechos de habitación y de usufructo de la casa familiar a favor del cónyuge supérstite cuyos derechos por gananciales y legítima no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa habitación en la que existió el hogar conyugal. Resulta claro que si no existen otros bienes gananciales para efectos de la adjudicación , esta no podrá realizarse , sin embargo cumpliendo con la finalidad protectora de la ley 27495 , sin bien el juez no la puede adjudicar , en cambio si la puede atribuir, para su uso y disfrute, al cónyuge perjudicado y posibilitarle el completo disfrute a fin de proteger no sólo la cónyuge perjudicado sino también, a su familia . Siendo esta situación frecuente en nuestra sociedad tenemos que concluir que, una vez mas, el cónyuge perjudicado con la separación de hecho queda desamparado.

d.- Cómo proceder en caso de que la vivienda familiar fuese alquilada?, en este caso resulta evidente la imposibilidad de una asignación preferente de bienes a favor del cónyuge perjudicado, por lo que el juez en su caso puede disponer la continuación de la obligación del pago de la renta por parte del cónyuge culpable o en todo caso que asuma una parte proporcional de la obligación .

e.- El Cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales?, por lo suigeneris de esta causal, la pérdida de gananciales para el cónyuge culpable , solo se da respecto del tiempo de duración de la separación de hecho. En efecto el artículo 324 del Código Civil señala que “ en caso de separación de hecho , el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación” . El contenido de esta norma resulta completamente fundado habida cuenta que lo que justifica la división en partes iguales de los gananciales es la existencia de la comunidad de esfuerzos que los cónyuges desarrollan en la unión conyugal . La separación de hecho implica la interrupción de la comunidad de esfuerzos y por ello no podría hablarse de una división en partes iguales.

Sin embargo resulta también necesario que para la aplicación del artículo 324 del Código Civil, se deberá acreditar la culpabilidad del cónyuge abandonante y la fecha de dejación del hogar conyugal. El cónyuge culpable perderá la mitad de gananciales que correspondan al tiempo de separación de hecho a favor del cónyuge inocente, pero respecto de los anteriores a la separación de hecho, conserva su derecho en la proporción del 50 %.

5.3.- La Reparación del Daño .

La ley 27495 en el artículo 345-A establece que el juez, velando por la estabilidad económica del agraviado, deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal. “Se trata de un supuesto de hecho tipificado como responsabilidad civil familiar”⁷⁸. Es por ello que el cónyuge culpable de la separación de hecho debe reparar el daño causado el mismo que fue causado en forma subjetiva al dar lugar a la separación.

El daño causado en el cónyuge perjudicado, está referido al daño al proyecto de vida, al daño moral y a la persona al daño psicológico, todo ello constituye lo que se denomina daños personales. Pero también el cónyuge perjudicado puede sufrir daños extrapersonales, daños emergentes referidos a los gastos incurridos en tratamiento psicológico o médico y a su recuperación.

El daño es el menoscabo, la afectación a la persona o a sus bienes. Es la lesión a un interés jurídicamente protegido. El interés es la posibilidad de que una necesidad humana pueda verse satisfecha con un bien y el bien es todo aquello que puede satisfacer una necesidad.

A.- El Daño Moral.- El artículo 1984 del Código Civil, señala que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido en la víctima y en su familia, pero el daño moral no tiene contenido patrimonial, no puede ser expresado en términos económicos ni repararse con dinero, porque no puede medirse el dolor, el sufrimiento, la impotencia del cónyuge perjudicado. La función de la reparación es resarcir el daño, “si asignamos un valor arbitrario al dolor, al

⁷⁸ PLACIDO VICACHAHUA ,Alex, Op. Cit.

sufrimiento a la impotencia , acaso la víctima regresará a su estado original?”⁷⁹. El daño moral pues, es el daño que afecta a la esfera sentimental de la persona , expresados en el dolor y el sufrimiento .

Ya desde los tiempos de Roma el daño moral no era tenido en cuenta como daño reparable económicamente, la forma de reparación era una satisfacción que en el fondo nos es mas que “ el deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra por lo menos en su patrimonio , tiene una naturaleza vengativa”⁸⁰.

Sin embargo no hay un concepto único de daño moral y por el contrario existe gran controversia en la doctrina y aun el texto del artículo 1984 del Código Civil no permite una aplicación precisa, siendo el juez el que deberá hacer uso de su buen criterio, ya que su probanza es difícil .

Hay tratadistas como André Tunc, citado por Fernando de Trasegnies⁸¹ que sostiene que en ocasiones, el juez deberá rechazar de plazo la petición del pago por daño moral por razones de dignidad , tal es el caso del marido engañado por su mujer , porque no resulta digno que el marido pretenda lucrar con esa situación.

Si el daño moral según la mayoría de concepciones no resulta reparable , si el dolor, el sufrimiento , no resulta valorable y mucha veces no resulta digno pedir un pago por reparación, entonces tenemos que señalar que en el caso del divorcio por separación de hecho, también el cónyuge perjudicado se encuentra dentro de tales supuestos y por ello, no se encuentra del todo amparado, tanto por la falta de criterio único sobre la naturaleza del daño moral, como por la dificultad de su probanza.

No obstante el deber impuesto por ley al juez, determina que tenga en cuenta lo establecido en la casación 606-2003 en el sentido de que “ todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges , que no lograron consolidar una familia estable, de modo que en los procesos de divorcio por separación de hecho, los juzgadores deben pronunciarse necesariamente aun cuando no se haya

⁷⁹ DE TRASEGNIES GRANDA , Fernando , La Responsabilidad Extracontractua, Pág. 128. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú , Lima , 1988

⁸⁰ DE TRASEGNIES GRANDA, Fernando , Op, Cit Pág. 128.

⁸¹ DE TRASEGNIES GRANDA, Fernando, Op Cit. Pág. 132.

solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte mas perjudicado de acuerdo a la apreciación de los medios probatorios en los casos concretos . De existir fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes , que estime, pueden adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio”⁸². Sin embargo una última jurisprudencia ha establecido que el daño debe ser probado . En efecto la casación 2449-2006-Cuzco señala “La norma imperativa es la que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido , siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Acotado en forma imperativa exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con el daño personal o moral que se le cause (todo ello) debidamente probado , a efectos de cuantificarlo vía indemnización; por lo tanto, es cierto que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización , pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado”⁸³

El actuar doloso del cónyuge culpable en el incumplimiento de los deberes conyugales que emergen de la relación conyugal, implica un atentado directo contra los derechos personales del otro. Por ello en este caso, el daño moral al cónyuge agraviado deriva de tales hechos, lo que determina que el juez disponga el pago de una reparación justa a favor del agraviado, para lo cual deberá tener en cuenta que la reparación de daño moral, producido por los hechos que son causa del divorcio, sólo puede ser reclamada por el cónyuge inocente y cuando la ofensa sea de magnitud, pero además tal daño, debe ser probado..

El artículo 351 del Código Civil vigente establece que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen el legítimo interés del cónyuge inocente , ello ameritaría una indemnización por concepto de reparación de daño moral. De tal manera que el juez también podría hacer uso de esta norma en un caso concreto.

El tema del daño moral , por su novedad “es uno de lo que han puesto mas a prueba la llamada *creación judicial del Derecho* con participación importante del juez como sujeto activo, dinámico, inteligente, que hace justicia efectivamente sin estar

⁸² CASACION 606-2003, Diario Oficial “ El Peruano” 11 de julio del 2003, Lima.

⁸³ CASACIÓN 2449-2996, Diario oficial “El Peruano”, 30 de noviembre del 2006, Lima

atado con cadenas a normas rígidas, a veces obsoletas y otras veces incompletas. Por ello el juez se valdrá de conceptos o valores indeterminados o flexibles, y con auxilio de ellos elaborará el fallo”⁸⁴

B.- El Daño Personal .- Según el Dr. Carlos Fernández Sessarego, “ el daño a la persona, es el que lesiona a la persona en si misma, estimada como valor espiritual psicológico, inmaterial”⁸⁵.

El Daño a la Persona, no es sino una sub-especie del daño moral, por tanto es de naturaleza extrapatrimonial. Por ello para su reparación surge el mismo problema que en el caso del daño moral ya que su naturaleza de inmateriales determinan, que en estricto, no puedan ser reparados con una cantidad de dinero, A este respecto Fernando de Trasegniez señala que “Si lo espiritual se puede reparar con dinero, ya no es tan espiritual”⁸⁶. La reparación económica del daño espiritual, lo devalúa

El daño a la persona es una novedad introducida a nuestro Código por el doctor Carlos Fernández Sessarego, que se menciona en el artículo 1985 del Código Civil, lo que no parecía necesario habida cuenta que el daño a la persona no es sino una subespecie del daño moral. Sin embargo, el mencionado tratadista considera que si bien existe una división clásica de daño patrimonial y el no patrimonial, este último admite una división. “El daño a la persona es el que lesiona a la persona en si misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial, en cambio el daño moral queda reducido al dolor, pena y sufrimiento”⁸⁷

Sin embargo, el daño a la persona es aquel que no está formado necesariamente por un dolor, sino que simplemente constituye una violación de los llamados derechos de la personalidad. Estas violaciones también producen daños patrimoniales como es el caso de una privación de la libertad, de la pérdida de una integridad física, la lesión al honor, la apropiación de derechos de autor o de inventor. Sin embargo también derivan de ellos daños no patrimoniales, la humillación, la

⁸⁴ FUEYO LANERI, Fernando, Instituciones del Derecho Civil Moderno, Pág. 56 Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1990.

⁸⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS., Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil, Peruano. Derecho de las Personas, Editorial Industria Avanzada, Lima 1985

⁸⁶ DE TRASEGNIEZ GRANDA, Fernando, Op.Cit. Pág.136

⁸⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos Op. Cit. Pag. 93

frustración del proyecto de vida, el sentimiento herido del honor. Estos daños espirituales no son diferentes a los que se ha conocido como daño moral, las violaciones a los derechos de la personalidad, son parte del daño moral y por eso creemos que no resulta necesario crear una especie adicional con el nombre de daño a la persona .

Consecuentemente si existen limitaciones en cuanto a la naturaleza del daño personal y en la dificultad de su prueba, el cónyuge agraviado con la separación de hecho no se encuentra amparado convenientemente, máxime que el artículo 1985 del Código Civil no precisa que la indemnización deba ser en dinero y por tanto los demandados podrían proponer otras formas de reparación .

C.- Los Daños Síquicos .- Esta categoría de daños, están considerados dentro del daño a la persona y por tanto, dentro de la categoría del daño moral al que hemos hecho mención en el punto anterior.

En cuanto al daño psicológico es necesario señalar que en tanto constituyan una patología que determine un tratamiento, podrían ser cuantificados, pero entonces constituirían una daño patrimonial, similar a una lesión física que da lugar a un daño emergente y a un lucro cesante porque puede ser probado.

Pero si las perturbaciones no llegan a crear una patología o no han sido objeto de tratamiento, entonces estarían dentro de la categoría de daño moral y por tanto, extrapatrimonial. Consecuentemente, una vez mas, encontramos desprotegido al cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

Siendo, las categorías de daños señaladas de carácter inmaterial , surge la pregunta de como podemos dar una indemnización material por algo que es inmaterial? . Si lo inmaterial es algo inmedible en dinero , tampoco es reparable en dinero habida cuenta que pertenece aun orden de cosas diferente. Se ha tratado de justificar la reparación mediante dinero con la teoría de que “ una alegría inesperada quita una pena indebida”, en este sentido habría que considerar que el dinero que se recibe por el daño moral permitiría la realización de un viaje o la compra de un bien

deseado con lo cual se olvidaría la pena y el sufrimiento padecido. Pero si ello es así, lo espiritual de toda manera se devaluaría .

Por todo ello, la indemnización económica de un daño extrapatrimonial , tiene las siguientes objeciones : No tiene efecto porque aplica un remedio material a un mal inmaterial o, tiene efecto paliativo, pero entonces es que el mal no era tan inmaterial .En países como en el caso de Italia, existe la posibilidad de publicar la sentencia cuando ello puede contribuir a la reparación del daño y específicamente el daño moral (extrapatrimonial).

Además , el daño extrapatrimonial y por tanto el daño moral, como todo daño debe probarse siendo un error grave aquella afirmación de que se presume. Por ello quien lo reclama debe probar:

- a.- Que tiene legitimidad activa para demandar por daños.
- b.- Que el demandado ha obrado con culpa o dolo
- c.- Que hay relación de causalidad entre el hecho o acción que da lugar al daño y el resultado dañoso producido
- d.- Que ha existido una agresión a su persona o a un bien o derecho de la personalidad , o a un derecho de familia propiamente tal . En todo caso lo precisará nombrándolo

Actuada la prueba vendrá la discrecionalidad, equidad, sana crítica para fijar la reparación del daño en forma pecuniaria o no pecuniaria.

Por todo ello pues, consideramos que la Ley 27495, no protege al cónyuge agraviado con la separación de hecho, la misma que sigue resultando muy cómoda para el infractor y favorece la irresponsabilidad de los conformantes de la sociedad conyugal uno o ambos.

5.4.- LA JURISPRUDENCIA EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

En este ítem consignaremos algunas ejecutorias que han ido señalando las tendencias de la jurisprudencia relacionadas con el divorcio por la causal de separación de hecho

El divorcio es una creación jurídica que responde a una necesidad entre las parejas imposibilitadas, por diferentes razones, de hacer vida en común; por tal razón el ordenamiento jurídico ha previsto causales de divorcio, algunas que obedecen a la concepción del divorcio sanción y otras a la concepción del divorcio remedio. La causal de divorcio por separación de hecho está dentro de la concepción del divorcio remedio, se sustenta en la falta de uno de los elementos constitutivos del matrimonio; la cohabitación. En el plano fáctico la separación de hecho es la demostración más evidente de la falta de voluntad de los cónyuges para continuar la vida en común y por consiguiente impide el cumplimiento de los demás deberes y derechos propios del matrimonio.

Dentro de este punto mencionaremos, algunas casaciones que han orientado el tratamiento en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

1.- DEFINICIÓN.-

Casación 1120-2002- Puno

Fecha: 10/01/2003

La Separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por la voluntad de uno de ellos o de ambos, cuando ya se ha producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal, no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable ni de un cónyuge perjudicado y, a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios,. Cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción conforme a esta causal, ya que no está limitada por ley

COMENTARIO

La inexistencia de la causal de hecho, no impedía en la práctica, que las parejas conyugales optaran por finalizar la cohabitación, al no encontrar una solución legal a su estado civil. A su vez, esta situación generó numerosos problemas, entre ellos la proliferación de uniones impropias (no protegidas por ley) conformándose familias paralelas. Finalmente la problemática puso en peligro la credibilidad del matrimonio como institución, obligando a mantenerse juntos o casados a uniones claramente fracasadas.

2.- PRUEBA.-

Casación 2548-2003-Lima

Fecha : 10/08/2004

Para demostrar la separación de hecho de los cónyuges como causal de separación de cuerpos, no se requiere medio probatorio alguno que revista de formalidad siendo admitido para tal fin todo documento público o privado que evidencie la certeza de los hechos.

COMENTARIO

La causal exige que se pruebe con algún documento público o privado el hecho de la separación convivencial.

Debe acreditarse igualmente el tiempo transcurrido de ley. La ventaja de esta causal es que no se exige la expresión de motivos, que la separación se haya debido a cuestión específica, si hubo o no consenso de ambos cónyuges para tal hecho. Esto significa que las razones de la separación quedarán en la esfera privada. El problema, sin embargo, es que conforme a ley debe fijarse una indemnización a favor del cónyuge no culpable, lo cual distorsiona la causal de separación de hecho, pues obliga al juez a evaluar en última instancia los motivos de la separación.

3. INDEMNIZACION

Casación : N° 606-2003-Sullana

Fecha : 111/07/2003

El Juez debe pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio.

COMENTARIO

De primera vista, el hecho que el juez en la sentencia señale a uno de los cónyuges como el afectado y le conceda una indemnización, aparenta ser un pronunciamiento *extrapetita*, pues la pretensión se sustenta en la mera falta de convivencia y apunta a lograr el divorcio. No obstante, la ley entiende que cuando uno de los cónyuges se retira del hogar conyugal siempre ocasiona algún tipo de daño económico y sobre todo emocional

Por otro lado, el daño moral es imposible de cuantificar y dependerá de cada caso en concreto. Ahora bien, analizado desde la perspectiva de pareja, si es la voluntad de ambos cesar la convivencia la opción más apropiada sería la separación convencional. Entonces, la separación de hecho recoge una realidad que no necesariamente consiste en un acuerdo entre los cónyuges y está cargado de desavenencias propias de una ruptura marital.

4.- CAMBIO DE CRITERIO EN LA INDEMNIZACIÓN

Casación 2449-2006- Cusco

Fecha 22 de agosto del 2006.

La norma imperativa es la que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido , siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Acotado en forma imperativa exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con el daño personal o moral que se le cause (todo ello) debidamente

probado , a efectos de cuantificarlo vía indemnización; por lo tanto, es cierto que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización , pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado

COMENTARIO

EL daño ha sido definido como el menoscabo o diferencia patrimonial seguida al hecho dañoso. Teniendo en cuenta lo señalado debemos afirmar que resulta evidente que el sujeto que desea obtener un resarcimiento debe acreditar el daño sufrido toda vez que de no ser así no podría activarse la tutela resarcitoria . Por consiguiente sin prueba de la presencia del daño , no cabe otorgar resarcimiento.

5.-CÓMPUTO DE PLAZO

Casación : N° 1720-2003-Junín

Fecha : 30/11/2004

Solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 27495, que crea la causal de divorcio por separación de hecho se puede acumular el plazo de separación, no siendo computable la que ocurra con anterioridad.

COMENTARIO

Con el precedente aquí citado se deberían declarar improcedentes todas las demandas de divorcio por causal de separación de hecho, en las cuales para cumplir con el plazo legal de separación requerido se hubiera contabilizado el periodo (de separación) anterior al 8 de julio de 2001, fecha en la que entró en vigencia la ley N° 27495 que creó la causal mencionada. esto significa que solo dentro de dos o cuatro años la acción por separación de hecho estaría expedita para cualquiera de los cónyuges.

Es de notar que la primera disposición complementaria y Transitoria de la ley referida señala literalmente que: “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”. La Corte Suprema considera, sin embargo, que lo anterior contraviene la prohibición constitucional de la

aplicación retroactiva de las leyes, en tanto una nueva ley tiene aplicación inmediata y no puede regir situaciones anteriores a su vigencia.

Por lo tanto, en la práctica, un cónyuge solo puede solicitar el divorcio computando el plazo a partir del 8 de julio de 2001, fecha en la cual entró en vigencia la ley. Así, serían improcedentes todas las demandas hasta el 8 de julio de 2005 en caso existan hijos menores. Esta resolución no solo desconoce una disposición complementaria de la propia ley sino que se aleja de la realidad y evita reconocer las innumerables situaciones de hecho mantenidas hasta la promulgación de esta ley. Nos parece que el plazo legal de separación es solo un parámetro para determinar si la separación es lo suficientemente relevante como para producir un divorcio y lo estipulado en la disposición complementaria citado, por lo tanto, no implica aplicación retroactiva alguna.

5.- CAMBIO DE CRITERIO SOBRE CÓMPUTO DEL PLAZO

Casación :2263-2004-Junín

Fecha: 1 de setiembre del 2005

Es legítimo que la ley 27495 que creó la causal de divorcio por separación de hecho, disponga en su primera disposición complementaria y transitoria que ella es aplicable a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia, no solo porque dicha circunstancia no colisiona con el principio de irretroactividad de la norma previsto en el artículo 103 de la Constitución, pues las leyes reflejan la realidad y no la imponen, sino porque aquello guarda relación con lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil al establecer que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

COMETARIO.- Este criterio jurisprudencial resulta realmente adecuado a la intención del juzgador y acorde con la problemática de los cónyuges que se encuentran separados de hecho, problemática social que se soluciona con la aplicación de este criterio jurisprudencial y que demuestra además, la utilidad de la ley para la solución de los conflictos .

6.- DIFERENCIA CON LA CAUSAL DE ABANDONO DE HOGAR

Casación : N° 1431-200-Cajamarca

Fecha : 21/11/2000

El amparo de la demanda de separación en hecho propio supone que el cónyuge demandante propicia la causal sustento de su pretensión.

Asimismo, dicha norma supone que el cónyuge demandante haya propiciado la causal sustento de su pretensión, por lo que debe determinarse en el caso concreto si el abandono del hogar conyugal fue convenido por las partes, o por el contrario si fue ejecutado en primer término por el actor.

COMENTARIO

El abandono de hogar se configura con el incumplimiento del deber de cohabitación y para accionar el demandante debe acreditar la existencia de domicilio conyugal y la prueba de alejamiento unilateral por un periodo mayor a dos años continuos o alternados. Además, resulta indispensable para quien invoca la causal no haber dado motivos para ese distanciamiento y probar el cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales.

Ahora bien, esta causal y la separación de hecho comparten algunos elementos, principalmente, la renuencia de uno de los cónyuges (elemento volitivo) a proseguir con la vida común. No obstante, en el abandono, por el contrario, el factor subjetivo de los motivos del alejamiento es indispensable para la configuración misma de la causal.

Como se ha comentado, la separación de hecho es una causal objetiva, pues en un principio no se detiene a analizar la causa del alejamiento, ni restringe su accionar al cónyuge que quedó en el domicilio común; simplemente supone probar el hecho de separación por un plazo determinado (como excepción, no podrá alegarse la causal si el alejamiento responde a causas laborales siempre que se acredite el cumplimiento de las

obligaciones alimentarias) los motivos de la separación, entonces, no sirven para la configuración de la causal, solo para efectos de fijar la indemnización de ley.



IV CAPÍTULO

INVESTIGACIÓN EN EXPEDIENTES JUDICIALES DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

En el presente capítulo exponemos los resultados estadísticos de la investigación realizada en 50 expedientes sobre divorcio por la causal de separación de hecho. EL ámbito geográfico que cubre la investigación son la mayoría de provincias de la jurisdicción, tanto la capital, Arequipa como las provincias de Caravelí, Islay, Condesuyos y Camaná por lo que la muestra resulta representativa.

Para realizar este estudio se ha seleccionado al azar la muestra de expedientes, y luego se ha examinado cuidadosamente: la demanda, la contestación, la resolución de saneamiento, la audiencia de conciliación y la de pruebas y finalmente la sentencia expedida a nivel de juzgado especializado así como la expedida a nivel de segunda instancia tanto por consulta como por apelación. Así se pudo determinar la condición del demandante respecto de ser agraviado o culpable o determinar también la inexistencia de cónyuge agraviado. Se verificó también el cumplimiento de la obligación alimentaria como supuesto de admisibilidad de la demanda en caso de los cónyuges culpables, el tiempo que han permanecido casados, si han solicitado medidas de protección y si el juez accedió a concederlas para el caso del cónyuge agraviado.

También se ha investigado, cuales son las consecuencias para el cónyuge agraviado, de la declaración de divorcio, respecto de los alimentos, la asignación preferente de bienes de la sociedad conyugal y en su caso de indemnización por daños. Finalmente también se ha investigado sobre las consecuencias para el cónyuge agraviado, respecto del derecho hereditario, previsional y la posibilidad de la asignación de una pensión alimenticia. Todos los resultados han sido consignados en sendos cuadros estadísticos, con gráficas y su correspondiente interpretación.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE EXPEDIENTES DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO CUADRO DE REGISTRO DE LA MUESTRA

	Expediente N°	Juzgado	Demandante			Abandonante			Alimentos ?		Años Mat.	Hijos	Años Sep.
			V	M	ambos	V	M	M. acu.	Sí	No			
1	2002 - 1048	2° J. Familia	X			X			X		1	0	2
2	2004 - 1546	2° J. Familia	X			X				X	3	1	3
3	2005 - 078	J. Mixto Paucarpata		X		X				X	24	2	8
4	2002 - 529	J. Mixto M. Melgar	X			X			X		9	2	5
5	2006 - 022	J. Mixto Hunter	X			X			X		15	3	8
6	2003 - 732	J. Mixto Paucarpata	X			X				X	6	2	12
7	2005 - 080	J. Mollendo		X		X				X	1	1	31
8	2005 - 752	2° J. Familia		X		X				X	6	2	20
9	2003 - 126	J. Mixto M. Melgar	X			X			X		3	1	7
10	2004 - 563	J. Mixto Paucarpata		X				X		X	2	1	12
11	2002 - 511	J. Mixto Paucarpata	X			X			X		18	2	9
12	2003 - 63	J. Mixto Paucarpata	X				X		X		2	1	8
13	2005 - 7	2° J. Familia			X	X				X	2	1	12
14	2002 - 206	J. Mixto Hunter	X			X				X	1	1	27
15	2003 - 22	J. Mollendo	X			X				X	22	4	5
16	2002 - 1299	3° J. Familia			X	X				X	16	2	5
17	2005 - 213	J. Mixto Paucarpata		X		X				X	5	1	7
18	2002 - 371	J. Mixto M. Melgar	X			X				X	10	3	19
19	2003 - 677	3° J. Familia		X		X				X	3	0	3
20	2004 - 633	J. Mixto Hunter		X		X				X	3	2	21
21	2003 - 1310	2° J. Familia	X			X				X	5	1	9
22	2002 - 321	J. Mixto M. Melgar		X		X				X	8	2	7
23	2003 - 1178	2° J. Familia	X					X	X		8	2	9
24	2003 - 875	J. Mixto Hunter		X		X				X	3	1	10
25	2004 - 563	J. Mixto M. Melgar		X		X				X	2	1	12
26	2004 - 1450	2° J. Familia	X				X			X	1	0	13
27	2002 - 92	J. Caylloma		X		X				X	7	5	7
28	2003 - 1291	3° J. Familia	X			X			X		9	1	4
29	2003 - 201	J. Mollendo	X			X				X	5	1	8
30	2005 - 618	J. Mixto Paucarpata		X		X				X	9	3	4
31	2003 - 732	J. Mixto Paucarpata	X			X				X	6	2	21
32	2004 - 171	2° J. Familia	X			X				X	6	0	10
33	2002 - 484	2° J. Familia	X			X				X	3	2	8
34	2002 - 980	2° J. Familia	X			X				X	23	1	10
35	2003 - 195	2° J. Familia	X				X		X		6	0	8
36	2003 - 650	2° J. Familia	X				X			X	1	0	6
37	2003 - 619	J. Mixto M. Melgar		X		X				X	1	0	3
38	2003 - 245	J. Mixto M. Melgar		X		X				X	15	2	15
39	2004 - 43	J. Camaná			X	X			X		0	0	13
40	2002 - 360	J. Mixto M. Melgar	X			X			X		2	1	6
41	2002 - 462	J. Mixto M. Melgar		X		X			X		1	0	5
42	2003 - 124	2° J. Familia		X		X			X		17	2	5
43	2004 - 201	J. Mixto M. Melgar			X			X		X	3	2	21
44	2003 - 254	J. Mixto Hunter	X			X			X		7	3	13
45	2002 - 92	J. Chivay		X				X		X	20	5	6
46	2003 - 350	J. Mixto M. Melgar		X		X				X	5	1	8
47	2003 - 255	J. Mixto M. Melgar		X		X				X	15	2	15
48	2005 - 74	J. Camaná		X			X			X	12	3	30
49	2003 - 87	J. Chivay			X	X			X		10	2	8
50	2002 - 45	2° J. Familia		X			X		X		13	2	9

CUADRO DE REGISTRO DE LA MUESTRA

	Medidas Protección Solicitadas				Medidas Protección Concedidas				Sentido de Sentencia			Grado		Sentencia de Vista			Pérdida Derecho Agraviado				
	Ali	Bie	Ind	Nin	Ali	Bie	Ind	Nin	Fun	Inf	Imp	Ape	Cons	Conf	Rev	Nul	Ap	Des	Prev	Here	Ali
1	X							X	X			X		X					X	X	X
2	X							X	X				X				X		X	X	X
3			X				X		X				X				X		X	X	X
4			X					X	X				X				X		X	X	X
5	X							X	X				X				X		X	X	X
6			X				X		X			X		X					X	X	X
7		X						X	X				X				X		X	X	X
8			X					X	X				X					X	X	X	X
9				X				X	X			X		X					X	X	X
10				X				X	X				X				X		X	X	X
11		X						X	X				X				X		X	X	X
12	X							X	X			X		X					X	X	X
13				X				X	X				X				X		X	X	X
14		X				X			X				X				X		X	X	X
15			X				X		X				X				X		X	X	X
16				X				X	X				X				X		X	X	X
17	X				X				X				X				X		X	X	X
18	X							X	X			X		X					X	X	X
19				X				X	X				X			X			X	X	X
20	X							X	X				X				X		X	X	X
21			X				X		X				X				X		X	X	X
22			X					X	X				X				X		X	X	X
23			X					X	X				X				X		X	X	X
24		X				X			X				X				X		X	X	X
25			X				X		X				X				X		X	X	X
26				X				X	X				X				X		X	X	X
27			X					X	X				X				X		X	X	X
28	X							X	X				X				X		X	X	X
29				X				X	X				X				X		X	X	X
30			X				X		X				X				X		X	X	X
31			X				X		X			X		X					X	X	X
32				X				X	X				X				X		X	X	X
33	X							X	X				X				X		X	X	X
34			X					X	X				X				X		X	X	X
35			X					X	X				X				X		X	X	X
36		X						X	X				X				X		X	X	X
37			X				X		X				X				X		X	X	X
38								X	X			X				X			X	X	X
39				X				X	X				X			X			X	X	X
40			X					X		X			X		X				X	X	X
41	X							X	X				X			X			X	X	X
42		X						X		X			X		X				X	X	X
43			X					X	X				X		X				X	X	X
44		X						X	X					X			X		X	X	X
45			X				X		X				X				X		X	X	X
46			X					X	X				X				X		X	X	X
47								X	X			X				X			X	X	X
48				X				X	X				X			X			X	X	X
49	X							X	X				X				X		X	X	X
50			X				X		X				X				X		X	X	X

El consolidado que antecede contiene los datos de los expedientes seleccionados como muestra para esta investigación y en él se ha consignado los números del expediente, los juzgados por ante los cuales se tramitaron.

Además este consolidado nos permite precisar quien demanda con mas frecuencia el divorcio recurriendo a la causal de separación de hecho , si el hombre o la mujer; así mismo nos da referencias quien el que con mas frecuencia, es el causante de la separación de hecho que posteriormente permitirá invocar la causal de divorcio materia de esta investigación.. Los años de duración del matrimonio , los años que los cónyuges se encuentran separados y el número de hijos , también ha sido materia de este trabajo .

Respecto de los requisitos especiales para la interposición de la demanda , se ha hecho referencia al cumplimiento de la obligación alimenticia que es exigida como requisito de procedencia por el artículo 345- A del Código Civil .

En cuanto a las medidas de protección que se debe disponer a favor del cónyuge perjudicado con la separación de hecho en aplicación de lo dispuesto por el artículo 345-A del Código civil, esta investigación nos permite verificar si las mismas son solicitadas, y si son concedidas por el juez, a fin de llegar a la conclusión de si el cónyuge perjudicado con la separación de hecho , efectivamente recibe la protección que el legislador había previsto. o si queda desamparado.

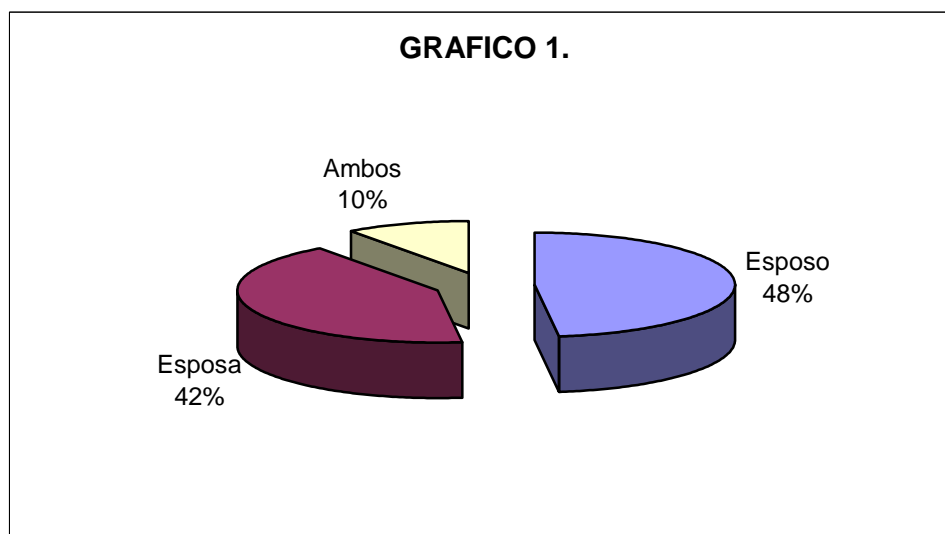
Respecto del sentido de las sentencias, así como los resultados de las apelaciones y de las consultas, el consolidado nos muestra, si finalmente el divorcio que se invoca por la causal de separación de hecho es amparado mayormente o no, y finalmente nos permitirá verificar la situación del cónyuge perjudicado con la separación de hecho respecto de los derechos que normalmente le hubiera correspondido de no haberse amparado el divorcio por la causal de separación de hecho.

Cada uno de los ítems de este consolidado, han sido materia de una estadística con su respectivo gráfico al pie del cual se consigna la correspondiente interpretación

CUADRO N° 1

**DEMANDAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN
LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y JUZGADOS MIXTOS DE
AREQUIPA CONSIDERANDO EL SEXO DE QUIEN
INTERPONE LA DEMANDA**

DEMANDANTE	NÚMERO DE DEMANDAS	%
ESPOSO	24	48
ESPOSA	21	42
AMBOS	5	10
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

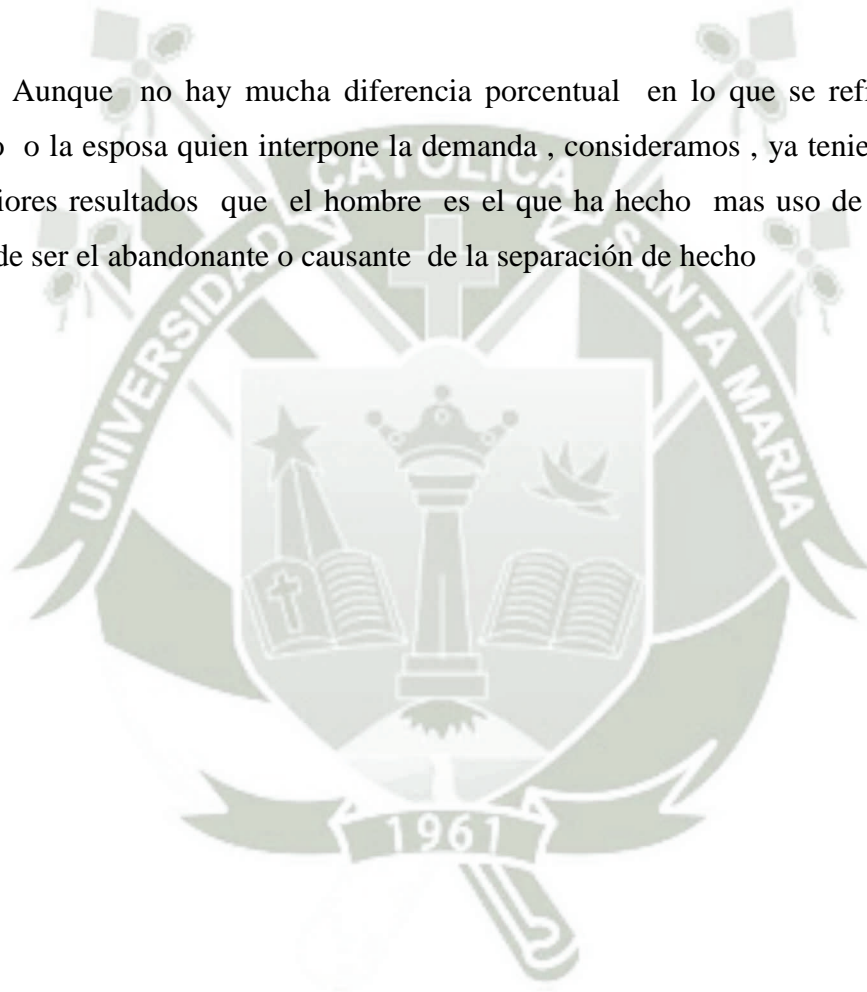
El Cuadro y la Gráfica que anteceden se refieren al cónyuge que solicita la separación de hecho considerando su sexo..

Los resultados permiten comprobar que de la muestra de 50 expedientes, en 24 demandas, que constituyen el 48% , son los hombres los que solicitan el divorcio, en tanto que en 21 demandas, 42 % , lo hacen las esposas. En 5 demandas, 10 % , ambos

cónyuges han solicitado el divorcio por la causal de separación de hecho , ello se ha dado tanto en la demanda como en la reconvención planteada por el demandado, quien también ha formulado la misma pretensión del demandante.

Los resultados explican que ante la causal de separación de hecho ubicada dentro de la corriente divorcio remedio, ambos cónyuges la han acogido como una forma de solucionar situaciones vigentes o pendientes, derivadas del fracaso matrimonial . Desde esta perspectiva consideramos que en efecto, la intención del legislador de solucionar la problemática existente , se ha cumplido.

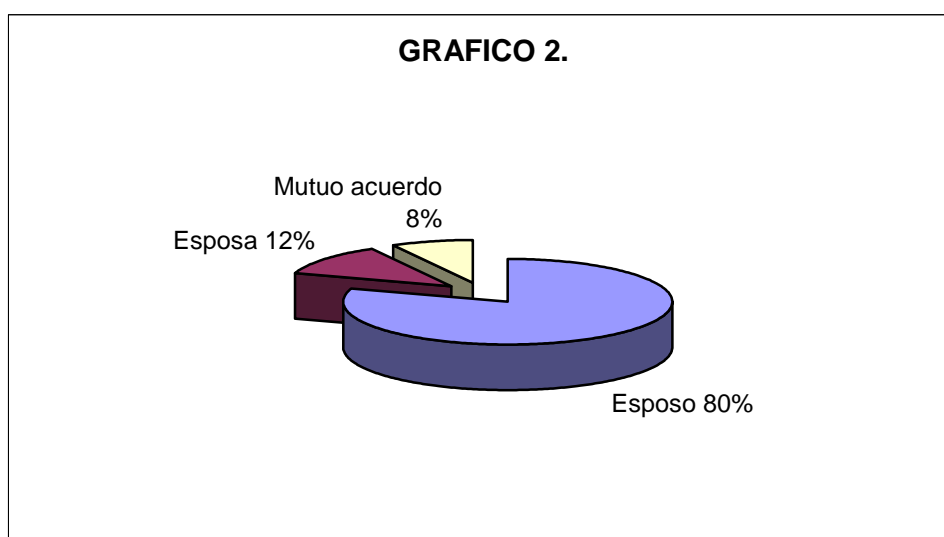
Aunque no hay mucha diferencia porcentual en lo que se refiere a si es el esposo o la esposa quien interpone la demanda , consideramos , ya teniendo en cuenta posteriores resultados que el hombre es el que ha hecho mas uso de esta causal a pesar de ser el abandonante o causante de la separación de hecho



CUADRO N° 2

**DEMANDAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN
LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y JUZGADOS MIXTOS DE
AREQUIPA
CONSIDERANDO LA CONDICIÓN DEL QUE ABANDONA**

ABANDONANTE	NÚMERO DE DEMANDAS	%
ESPOSO	40	80
ESPOSA	6	12
MUTUO ACUERDO	4	8
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

El Cuadro y la Gráfica que anteceden se refieren al cónyuge que es el causante de la separación de hecho, como en la mayoría de los casos esta separación se ha producido por el abandono de uno de los cónyuges, lo hemos denominado abandonante.

La estadística nos muestran que son los hombres los que mayormente son los causantes de la separación de hecho y por tanto los responsables en gran medida del fracaso matrimonial. Ello revelaría una irresponsabilidad de parte de los varones para mantener el vínculo matrimonial, lo que muchos psicólogos consideran también, que es fruto de la inmadurez del varón.

En efecto los números no pueden ser mas claros, pues de las 50 demandas que constituyen la muestra, en 40 de ellas, 80 %, son los varones los culpables de la separación de hecho. Las consecuencias de este acto no sólo alcanzan al otro cónyuge sino también a los hijos que mayormente quedan en el desamparo ante esta conducta que contraría a la importancia que el Estado le da al matrimonio, de la cual no han hecho eco los varones.

Contrariamente es la madre quien pese a no ser la causante de la separación de hecho, es la que asume, no solo el drama del abandono, sino que a pesar de ello sigue cuidando de la familia de haberla.

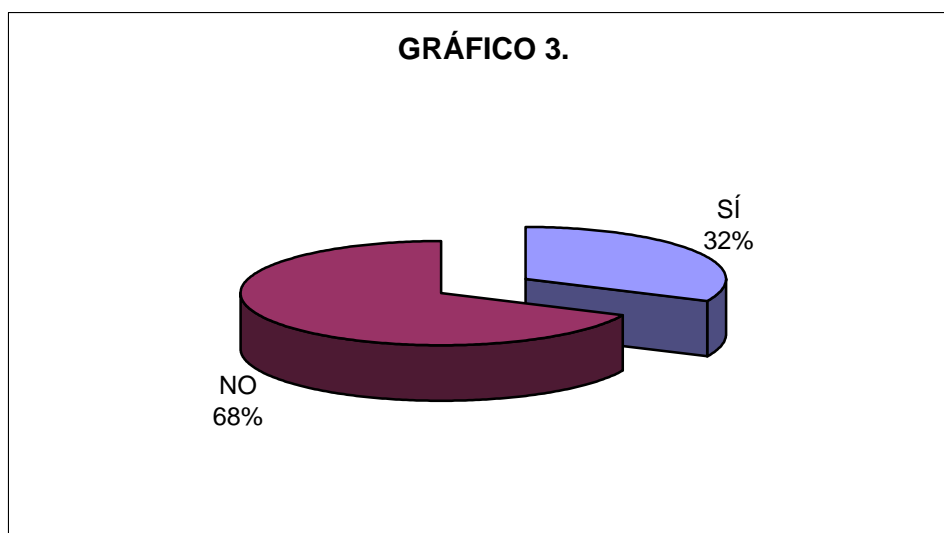
De estos resultados se desprende una seria reflexión tanto para la familia, que debe inculcar en los hijos hombres la responsabilidad familiar, como también para los educadores que deben informar de la importancia del matrimonio y de la responsabilidad de los cónyuges para mantenerlo, habida cuenta que se trata de la institución básica de toda sociedad.

.

CUADRO N° 3

**DEMANDAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN
LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y JUZGADOS MIXTOS DE
AREQUIPA
CONSIDERANDO LA CONDICIÓN DE CUMPLIMIENTO DE
ALIMENTOS**

CUMPLE CON ALIMENTOS	NÚMERO DE DEMANDAS	%
SÍ	16	32
NO	34	68
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

El Cuadro y la Gráfica que anteceden se refieren al cumplimiento del requisito de legitimidad que la ley señala en el artículo 345-A como necesario para interponer la demanda en caso de ser el cónyuge culpable de la separación de hecho.

El artículo 335 del Código Civil , prescribe que nadie puede basar el divorcio en hecho propio, lo que resulta explicable ya que para promover una acción se debe tener interés legítimo y moral, y ello no alcanzaría a quien incumpliendo la responsabilidad derivada del matrimonio propicia una separación de hecho poniendo en difícil situación a los confortantes de la familia.

La estadística nos muestra , que además de ser causante de la separación de hecho , el cónyuge que la provoca que a menudo es el hombre , incumple con la obligación fundamental de proporcionar alimentos a los miembros de su familia. Ello constituye un agravante a la situación de por si dolorosa del fracaso matrimonial y da lugar a un injusto sufrimiento sobre todo de los hijos.

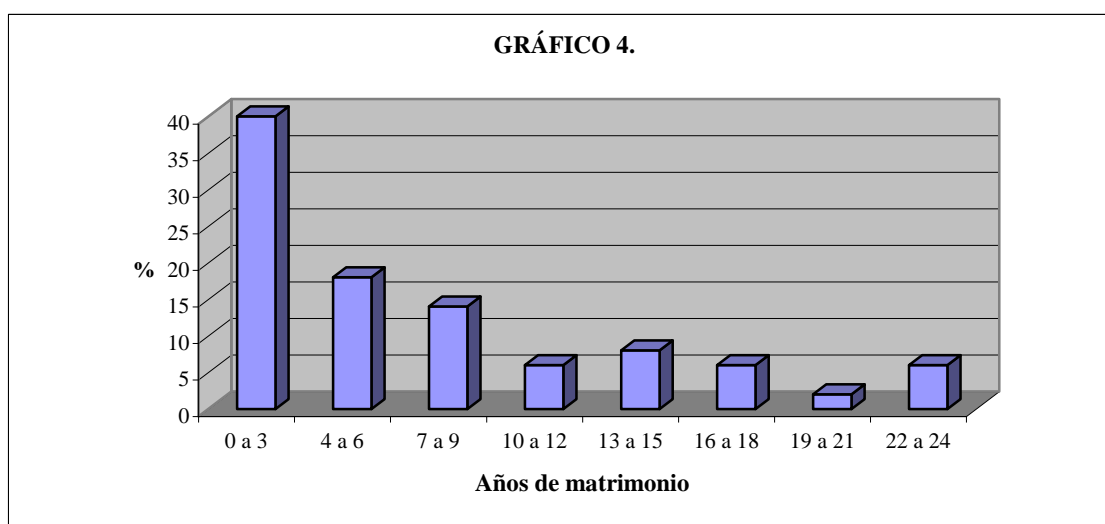
Como se ve del cuadro que comentamos en 34 demandas , 68%, se ha verificado que el cónyuge causante además de serlo no cumple con proporcionar los alimentos.

Muchas veces la esperanza del retorno al hogar o la falta de medios económicos ha determinado que el cónyuge perjudicado no inicie las acciones judiciales para lograr una pensión alimenticia , esto ha permitido al cónyuge abandonante cumplir fácilmente con el requisito haciendo algunas consignaciones en meses anteriores a la demanda. En el 32 % de la muestra el cumplimiento de la obligación alimentaria , se ha dado a consecuencia de los procesos judiciales existentes en los cuales, previo proceso judicial, se descuenta al culpable , de sus remuneraciones, la pensión fijada por el juez.

CUADRO N° 4.

**DEMANDAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN
LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y JUZGADOS MIXTOS DE
AREQUIPA
CONSIDERANDO LA DURACIÓN DEL MATRIMONIO**

AÑOS DE MATRIMONIO	NÚMERO DE DEMANDAS	%
0 – 3	20	40
4 – 6	9	18
7 – 9	7	14
10 – 12	3	6
13 – 15	4	8
16 – 18	3	6
19 – 21	1	2
22 – 24	3	6
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

El Cuadro y la Gráfica que anteceden se refieren a los años de duración del matrimonio, después de los cuales se ha interpuesto la demanda.

Los resultados nos permiten verificar que 40 % de la muestra no ha superado los 3 años de matrimonio y la separación de hecho se ha producido precisamente en ese periodo. Este alto porcentaje nos permite inferir que la separación de hecho se produce en los primeros años de matrimonio, que son en los que los cónyuges deben comprenderse, adecuarse a los caracteres del otro y por lo tanto mostrar mayor paciencia y en algunos casos hacer algunas renunciaciones. Los cónyuges no han superado esta difícil prueba y en vez de intentar solucionar el problema, han optado por lo más cómodo para ellos, retirarse del hogar.

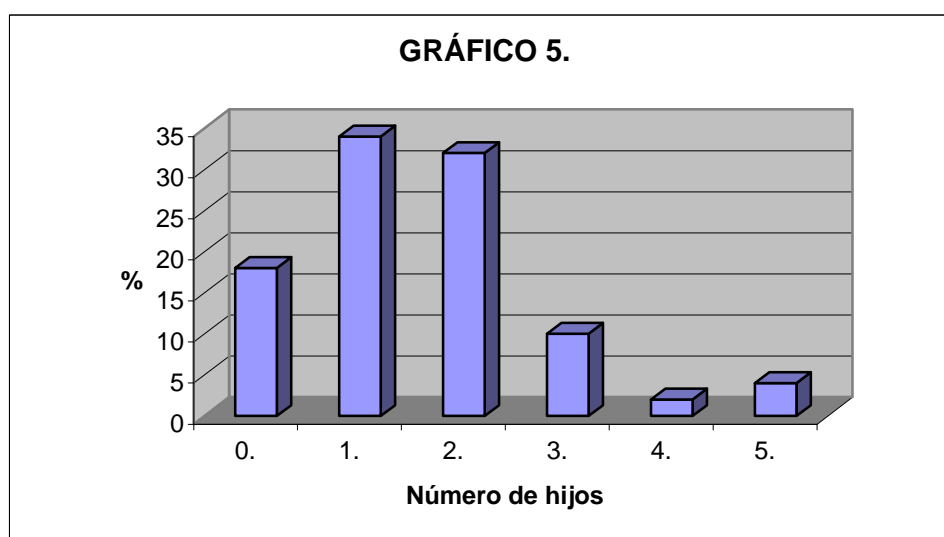
Luego de este retiro no se ha intentado ninguna recomposición, antes bien, en muchos casos alguno de los cónyuges, sino los dos, han buscado otras parejas. Lo que hace imposible cualquier reconciliación, antes bien, ha acentuado las discrepancias. Ello pone de manifiesto la poca preparación de los cónyuges respecto de las responsabilidades y sacrificios personales respecto del matrimonio.

Conforme van aumentando los años de convivencia matrimonial, el número de demandas de divorcio por la causal de separación de hecho disminuye. Lo que ratifica que pasados los primeros tiempos de comprensión con la pareja, los conformantes de la unión matrimonial se adecúan. Sin embargo hay un 6 % de la muestra que se refiere a personas cuya convivencia matrimonial ha durado hasta 22 años y luego de ello han interpuesto la demanda. La explicación es que en estos casos ya son motivos patológicos derivados de los estados síquicos de los cónyuges, muchos de los cuales han culpado a su pareja de ser causantes de su infelicidad personal.

CUADRO N° 5

**DEMANDAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN
LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y JUZGADOS MIXTOS DE
AREQUIPA
CONSIDERANDO EL NÚMERO DE HIJOS MATRIMONIALES**

NÚMERO DE HIJOS	NÚMERO DE DEMANDAS	%
0	9	18
1	17	34
2	16	32
3	5	10
4	1	2
5	2	4
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

El cuadro y la gráfica que anteceden se refieren al número de hijos de los conformantes de las uniones matrimoniales que se han involucrado en un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho .

El número de hijos parece actuar como un elemento disuasivo del divorcio por esta causal , pues mientras el número es mayor las demandas interpuestas son menos .

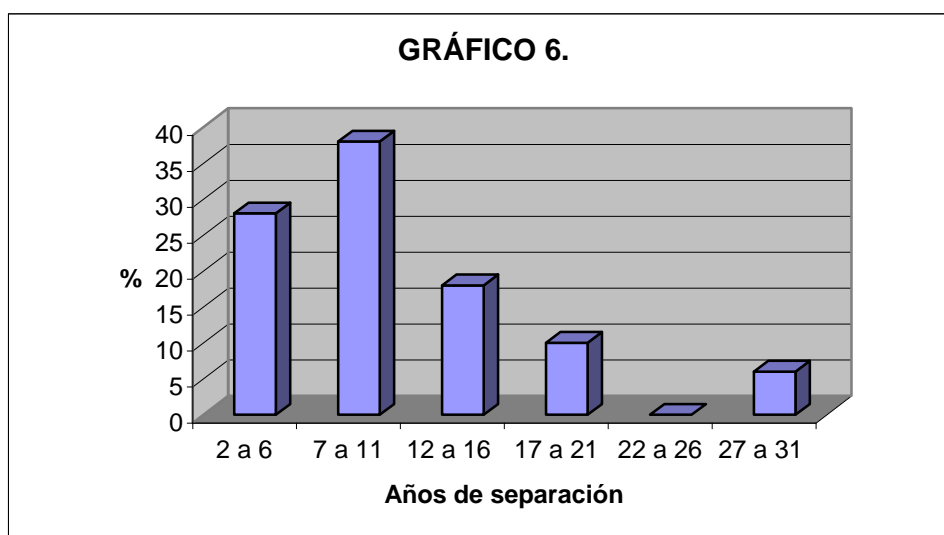
Sin embargo en los matrimonios con 1 o 2 hijos el número de demandas de divorcio es realmente alto, en conjunto llegan al 66 % de la muestra . Ello pone de manifiesto que el perjuicio que se causa con la separación de hecho llega a una buena cantidad de hijos , y refuerza nuestro punto de vista respecto de la responsabilidad de los cónyuges en el matrimonio . Ese elevado número de hijos queda sin contar con la presencia de ambos padres , muchas veces sin tener lo necesario para su alimentación y sin duda son víctimas inocentes de las acciones de los padres.

También merece nuestro comentario, el hecho que el 18% de la muestra , está constituida por matrimonios en los cuales los cónyuges ni siquiera han procreado hijos.

CUADRO N° 6.

**DEMANDAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN
LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y JUZGADOS MIXTOS DE
AREQUIPA
CONSIDERANDO EL TIEMPO DE SEPARACIÓN**

AÑOS DE SEPARACIÓN	NÚMERO DE DEMANDAS	%
2 – 6	14	28
7 – 11	19	38
12 – 16	9	18
17 – 21	5	10
22 – 26	0	0
27 – 31	3	6
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

El cuadro y la gráfica que anteceden se refieren a los años que llevan separados los conformantes de la unión matrimonial antes de recurrir a solicitar la disolución del vínculo matrimonial por la causal de separación de hecho.

Los resultados ponen de manifiesto que a la causal de divorcio por separación de hecho, se han acogido quienes se encontraban separados mayormente entre 2 y 16 años o sea el 84 % al momento de la promulgación de la ley.

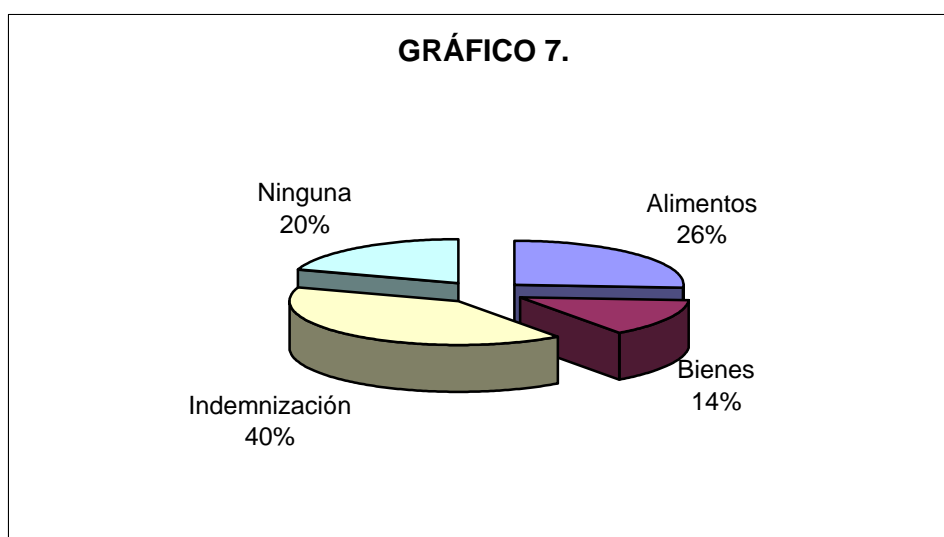
Los resultados ponen de manifiesto que una buena cantidad de matrimonios separados, no solicitaron inmediatamente el divorcio, en gran medida porque nuestra legislación no permitía basar el divorcio en hecho propio, desaparecido ese obstáculo, ya no había problema de solicitar el divorcio.

Es ese aspecto la intención de legislador de contribuir a la solución de la problemática referente a los matrimonios que en realidad ya no cumplían sus fines, se ha cumplido, sin que ello quiera decir, que la forma de solucionar el problema fue la mas adecuada.

CUADRO N° 7.

**DEMANDAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN
LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y JUZGADOS MIXTOS DE
AREQUIPA
CONSIDERANDO LA MEDIDA DE PROTECCIÓN SOLICITADA**

MEDIDA DE PROTECCIÓN	NÚMERO DE DEMANDAS	%
1. Alimentos	13	26
2. Asignación de bienes	7	14
3. Indemnización	20	40
4. Ninguna	10	20
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

El cuadro y la gráfica que anteceden se refieren a la protección que debe recibir el cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

La intención de legislación era la de compensar en algo al cónyuge perjudicado, velar por su estabilidad económica en el tiempo posterior al divorcio habida cuenta que se había levantado, para esta causal, la prohibición contenida en el artículo 335 del Código Civil, que impedía basar el divorcio en hecho propio.

En un porcentaje del 20% los cónyuges no solicitaron ninguna medida de protección. La explicación puede radicar en el hecho de que a menudo ambos cónyuges siempre tienen algo de responsabilidad en el fracaso matrimonial, en el que reparan después de un tiempo que generalmente es el de separación, luego de lo cual les interesa mayormente regularizar su situación matrimonial.

Respecto de las medidas de protección que solicitan los cónyuges dentro del proceso de divorcio por la causal de separación de hecho encontramos que la que más se solicita es la de indemnización, en un 40%, ello está unido a la explicación que dan respecto de que el otro cónyuge es el culpable del fracaso matrimonial con el cual le ha perjudicado a su proyecto de vida, y por ello estima que la forma de repararlo es mediante una indemnización.

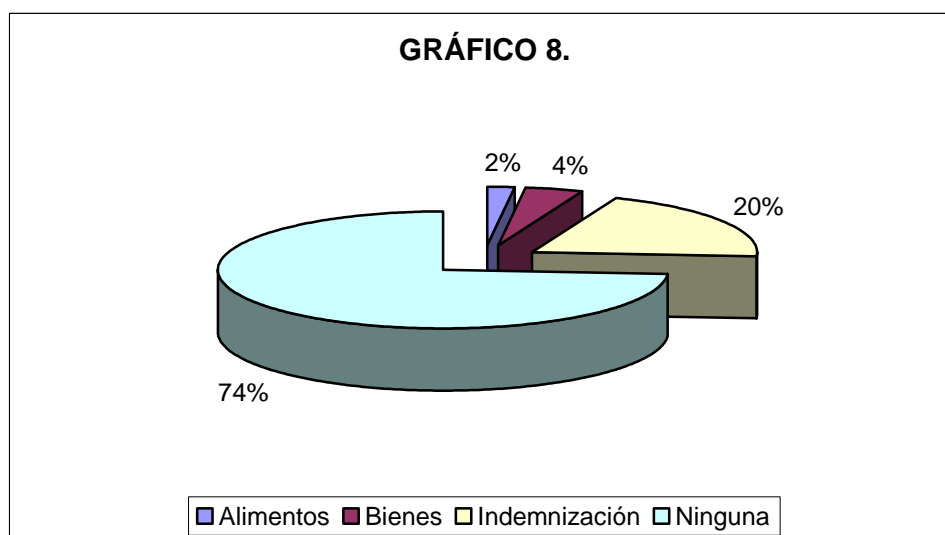
La siguiente medida más solicitada es la de alimentos en un 26%, ello se explica porque en varios casos antes del divorcio existía un proceso de alimentos, en el cual el juez fijó una pensión a favor de la cónyuge y de los hijos en su caso, gracias a la cual el cónyuge perjudicado, de alguna manera pudo salir adelante.

La medida de asignación preferente de bienes de la sociedad conyugal, solo aparece en un 14% y ello se explica porque dada la situación económica del país, los matrimonios, en sus primeros años de vida no tienen mayor patrimonio, lo que imposibilita en muchos casos el pedido de asignación preferente de bienes de la sociedad conyugal.

CUADRO N° 8.

**DEMANDAS DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO EN
LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y JUZGADOS MIXTOS DE
AREQUIPA
CONSIDERANDO LA MEDIDA DE PROTECCIÓN CONCEDIDA**

MEDIDA DE PROTECCIÓN	NÚMERO DE DEMANDAS	%
1. Alimentos	1	2
2. Asignación de bienes	2	4
3. Indemnización	10	20
4. Ninguna	37	74
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

El cuadro y la gráfica que anteceden se refieren a la medida de protección que le juez ha concedido al cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil, el juez deberá velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado con la separación de hecho, para tal efecto deberá otorgar al cónyuge perjudicado con la separación, una indemnización por daños, incluyendo el daño moral u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. En el cuadro anterior, verificamos si el cónyuge perjudicado con la separación de hecho solicitó alguna de estas medidas y en el presente cuadro verificaremos si el juez le concedió alguna.

El resultado de la investigación realmente arroja un resultado preocupante para el cónyuge perjudicado con la separación, pues los jueces del proceso en el 74% de la muestra no han concedido ninguna medida de las que precisa el artículo 345-A del Código Civil. Este resultado preocupa decimos porque ya el cónyuge perjudicado, sufrió la frustración de su proyecto de vida, el abandono, la falta de ayuda ante la decisión unilateral del cónyuge culpable, de separarse, y ahora por disposición judicial se queda también sin apoyo. Para el cónyuge culpable de la separación de hecho, el resultado favorable ratificaría su irresponsabilidad y además la decisión del juez alentaría conductas similares en otros casos.

De los resultados se desprende que la medida más otorgada es la indemnización que solo alcanza al 20% de la muestra, siguiéndole la de asignación preferente de bienes en un 4% y finalmente la de alimentos en el 2%.

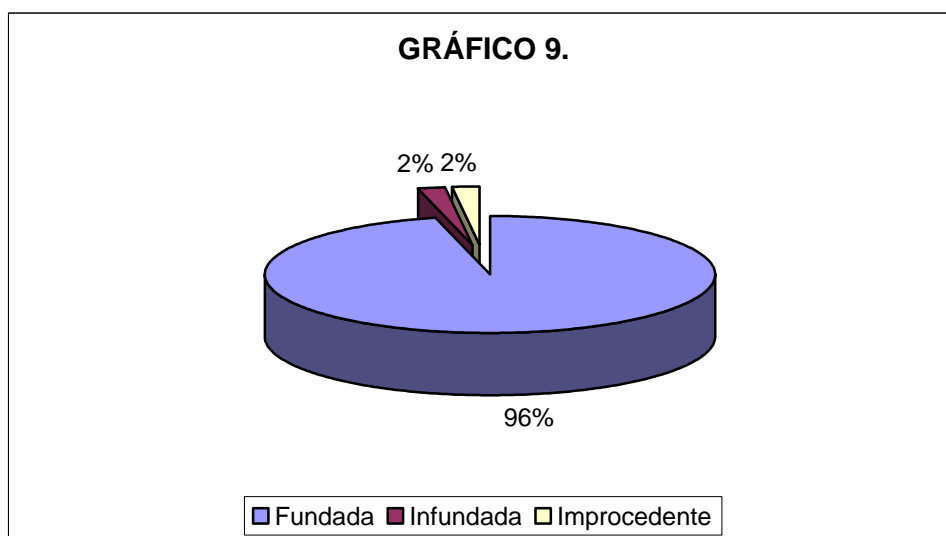
Es conveniente aclarar que el otorgamiento de las medidas precisadas en el artículo 345-A del Código Civil está sujeta a prueba y no a la simple petición de uno de los cónyuges, está sujeta también a la determinación del cónyuge culpable de la separación de hecho, de manera que si no se ha determinado al culpable, el juez no la concede. La dificultad probatoria en los casos de indemnización de daños, también puede servir como elemento que ayude a comprender los resultados y la actuación del juez del proceso.

En todo caso el cónyuge perjudicado con la separación de hecho sigue quedando desprotegido.

CUADRO N° 9.

**RESULTADO DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO POR
SEPARACIÓN DE HECHO**

SENTIDO DE LA SENTENCIA	NÚMERO DE DEMANDAS	%
FUNDADA	48	96
INFUNDADA	1	2
IMPROCEDENTE	1	2
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

El cuadro y la gráfica que anteceden se refieren al sentido de la sentencia ,
luego de haberse tramitado conforme a ley.

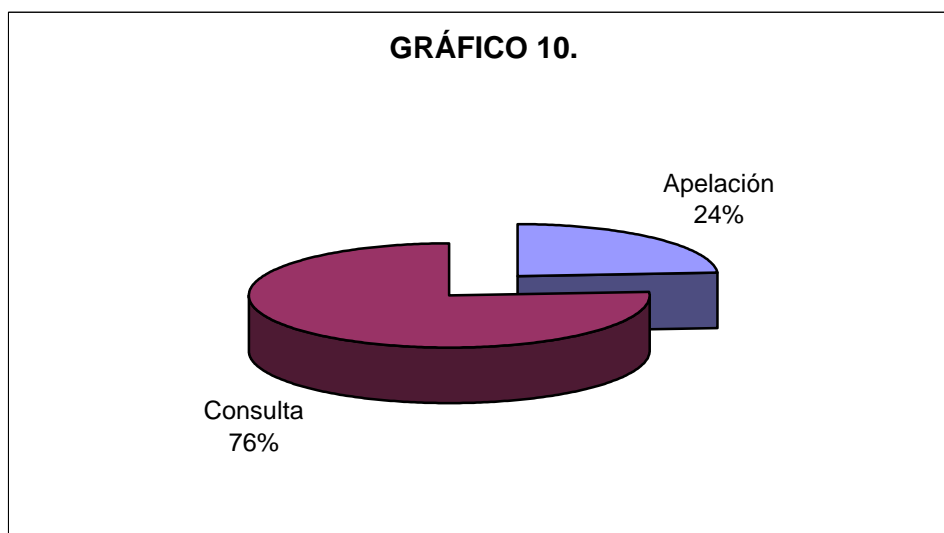
Los resultados expuestos nos servirán para verificar el grado de dificultad para obtener una sentencia que disuelva el vínculo matrimonial por la causal de separación de hecho.

Examinados los resultados se verifica, que el 96 % de las demandas de la muestra ha tenido sentencia que ha declarado fundada la pretensión, lo que indudablemente alienta para recurrir a esta causal a fin de conseguir la disolución del vínculo matrimonial, pues es casi segura la posibilidad de obtener una sentencia que declare fundada la pretensión, disuelva el vínculo matrimonial y además no establezca medida de protección a favor del cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

CUADRO N° 10.

**ELEVACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE DIVORCIO CON SENTENCIA
SEGÚN GRADO**

GRADO	NÚMERO DE DEMANDAS	%
1. EN APELACIÓN	12	24
2. EN CONSULTA	38	76
TOTAL	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

El cuadro y la gráfica que anteceden se refieren a la elevación de los expedientes sentenciados a instancia superior, tanto en apelación interpuesta por una o ambas partes como en consulta en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 359 del Código Civil.

De los resultados obtenidos se verifica que solo en el 24 % de la muestra las partes apelan , pero que en el 76% no lo hacen , es decir que aceptan la decisión del juez de declarar fundada la demanda interpuesta .

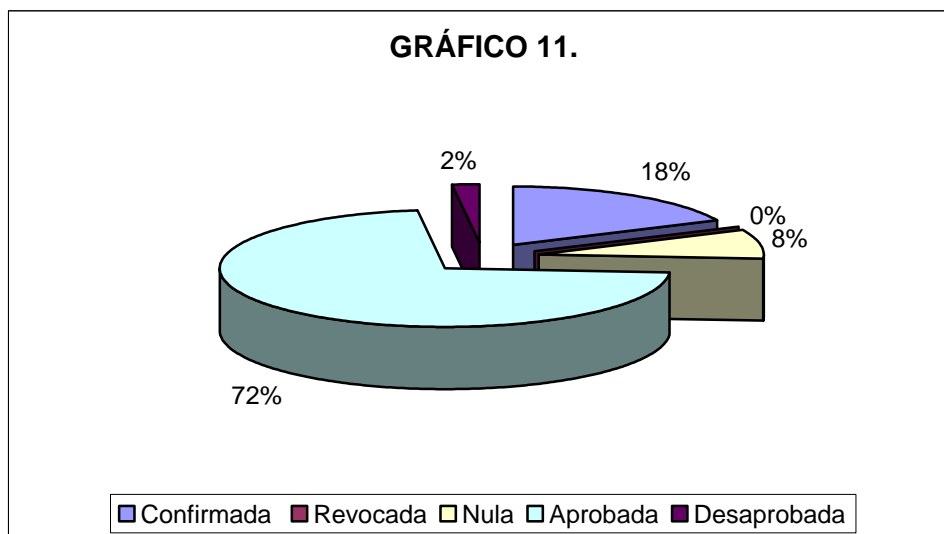
Sin duda ello está unido a la alta probabilidad de que la sentencia sea confirmada y a la dificultad probatoria respecto de las medidas que pueda tomar el juez en cuanto a la estabilidad económica del cónyuge perjudicado con la separación de hecho .

Así pues, en la Instancia Superior tampoco se encuentra la posibilidad de un amparo para el cónyuge perjudicado pues el alto porcentaje de causas que suben en consulta , por la naturaleza propia de la misma , no permiten que el superior examine el fondo del asunto y solo se limite a la verificación del cumplimiento del debido proceso por parte del juez de la causa habida cuenta que los cónyuges no han cuestionado la decisión de fondo del juez del proceso.

CUADRO N° 11.

**RESULTADO DE LAS SENTENCIAS DE VISTA DE LOS
EXPEDIENTES DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO**

EN APELACIÓN	NÚMERO DE EXPEDIENTES	%
CONFIRMADA	9	18
REVOCADA	0	0
NULA	4	8
EN CONSULTA		
APROBADA	36	72
DESAPROBADA	1	2
TOTAL	50	100



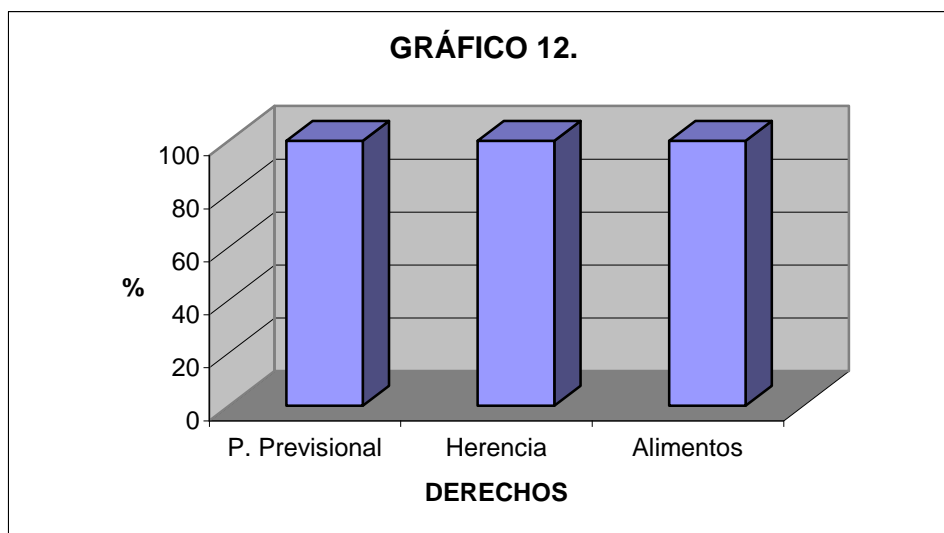
Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

El cuadro y la gráfica que anteceden, se refieren a los resultados de los expedientes que suben en apelación o consulta a las Salas Superiores, es decir al sentido de la resolución de segunda instancia a la que se remiten en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 359 del Código Civil.

Como se ve de los resultados obtenidos el 18 % de las sentencias apeladas han sido confirmadas y el 72 % de las causas subidas en consulta han sido aprobadas, es decir que en la instancia superior el 90% de las sentencias no han sido modificadas, lo que vuelve a ratificar el alto porcentaje de posibilidad de que una demanda por la causal de separación de hecho concluya declarando la disolución del vínculo matrimonial.

CUADRO N° 12.

DERECHOS	TOTAL DE DEMANDAS	% PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DEL AGRAVIADO A CONSECUENCIA DE LOS RESULTADOS DE LA SENTENCIA
1. PENSIÓN PREVISIONAL	50	100
2. HERENCIA	50	100
3. ALIMENTOS	50	100



Fuente.- Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

El cuadro y la gráfica que anteceden se refieren a los derechos que normalmente le asiste al cónyuge si no se hubiera divorciado. Hablamos del cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

Como ya lo hemos comentado en cuadros anteriores el cónyuge perjudicado con la separación de hecho , continua perjudicado mayormente con lo que se declara en la sentencia y luego al declararse la disolución del vínculo matrimonial , sin haber dado motivo para el fracaso del matrimonio y haber sido mas bien una víctima, y no obstante termina privado de los derechos que normalmente le corresponden a un cónyuge que no se hubiera divorciado es decir del derecho a la herencia , a la pensión previsional y compensación por tiempo de servicios del cónyuge y también de la pensión alimenticia que le correspondía por el hecho de ser casado.

Todo ello constituye una realidad preocupante pues el cónyuge perjudicado con la separación de hecho continua siendo perjudicado totalmente sin que haya realmente una medida que pueda amparar su estabilidad económica pues en el caso de análisis no existe un solo caso que haya conservado los derechos precisados .

Lo expuesto nos lleva a la conclusión que es necesario una modificación o reajuste de la norma que introduce la separación de hecho como causal del divorcio, habida cuenta que, si bien en algunos casos sirve para solucionar una problemática referida a los matrimonios que en realidad no se encuentran vigentes y no cumplen los fines impuestos por la ley, han propiciado el desamparo del cónyuge perjudicado con la separación de hecho y pueden fortalecer la conducta irresponsable del cónyuge abandonante.

RESÚMEN INTERPRETATIVO DE LOS CUADROS ESTADÍSTICOS.

Los cuadros estadísticos anteriores son la expresión de los aspectos investigados en una muestra de 50 expedientes y nos permite hacer el siguiente resumen interpretativo y crítico :

1.- La causal de divorcio por separación de hecho introducida a nuestra legislación por la Ley 27495, no ha tenido en cuenta nuestra realidad social , económica, ni nuestra idiosincrasia por lo que realmente no constituye una solución real a la problemática existente porque favorece la conducta irresponsable generalmente del varón y desampara a la mujer, pese a que el artículo 345-A del Código Civil , incluido por la Ley en mención , tiene una finalidad protectora .

2.- En efecto, de la muestra analizada se demuestra que la mayoría de demandantes son hombres y que , la mayoría de ellos , son los que abandonaron el hogar conyugal es decir fueron culpables de la separación de hecho, con el agravante que ni siquiera cumplieron con su obligación alimenticia respecto de sus hijos y de su cónyuge. Esta situación resulta criticable en razón a que la ley 27495, les ha dado legitimidad activa para demandar pese a ser culpables , lo que contradice lo dispuesto por el artículo VI del Título preliminar del Código Civil que exige que para ejercitar una acción se debe tener legítimo interés económico y moral.

3.- La estabilidad económica para el cónyuge perjudicado con la separación de hecho a la que hace referencia el artículo 345-A del Código Civil , no cumple con su objetivo por cuanto las medidas que señala en la realidad no tienen un efecto protector para el cónyuge agraviado, ya que la indemnización referida al daño moral, personal o psicológico no puede cuantificarse fácilmente por el carácter extramatrimonial, inmaterial de los mismos y porque se desnaturalizarían si los reducimos a una compensación monetaria, material. La asignación preferente de bienes a favor del cónyuge agraviado, no priva de los gananciales al cónyuge culpable el extremo que en su caso , el cónyuge perjudicado, que es el que puede recibir la asignación preferente, tendría que compensar al culpable. En cuanto a la pensión alimenticia , es

necesario tener en cuenta que el artículo 350 del Código Civil, que dispone que por el divorcio cesa la obligación alimentaria, resulta de aplicación también para esta causal, por ello la pensión alimenticia para el cónyuge perjudicado, solo se fijará como excepción, cuando haya estado de necesidad, cuando haya imposibilidad para trabajar o de subvenir sus necesidades o se encontrara en la indigencia.

4.- Finalmente los estudios estadísticos demuestran, que lamentablemente, en un 100 % el cónyuge perjudicado con la separación de hecho pierde la vocación a los derechos hereditarios, provisionales, y de alimentos que normalmente les hubiera correspondido habida cuenta que no dieron motivo para la separación de hecho.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- El matrimonio es la unión voluntaria entre marido y mujer que tiene como base el sentimiento del amor y del cual se genera la familia ; su finalidad está orientada tanto a la procreación como hacer realidad para los cónyuges, de una serie de proyectos de vida . Por su importancia , todas las sociedades , en épocas tan antiguas como la Babilonia del Código de Hamurabi , lo han regulados y también lo han protegido como institución fundamental .

SEGUNDA.- En nuestro país se ha legislado sobre el matrimonio en sucesivos cuerpos legales , así: el proyecto Vidaurre le consideró como un contrato civil , extrayéndolo así de la concepción del sacramento vigente anteriormente ; el Código de Santa Cruz en su artículo 99 nuevamente eleva al matrimonio a condición de sacramento ; el Código Civil de 1852 volvió a consagrar la posición conservadora que reconocía a los tribunales eclesiásticos como competentes para asuntos del matrimonio; el Código Civil de 1936 combina para el matrimonio, la finalidades de perpetración de la especie con la comunidad plena de vida , el Código Civil de 1984 precisa que el matrimonio es una unión monogámica formalmente constituida , entre personas con aptitud para contraerlo , cuya ruptura o disolución no es de libre disposición de sus conformantes.

TERCERA.- El divorcio como disolución del vínculo matrimonial es tan antiguo como el matrimonio así: el Código de Manú lo aceptó respecto de las malas costumbres y de la fidelidad; en Persia se admitió el repudio; Grecia y Atenas en el mundo antiguo reconocen el divorcio sin necesidad de alegar causa pero previa devolución de la dote ; en Roma se admitía el repudio y causales relacionadas con la fidelidad; los germanos aceptaron el divorcio por mutuo convenio; el Fuero Juzgo español lo admitió por adulterio y por sodomía ; en la Edad Media al inició no se admitió el divorcio por considerar que es una unión para toda la vida sin embargo los Concilios de Trento y de Letrán lo admitieron por excepción para casos de “matrimonios desafortunados”. Mas tarde las reformas protestantes del siglo XVI en Inglaterra , Dinamarca, Suecia y Alemania fundamentalmente lo admitieron por la causal de Adulterio , con la Revolución Francesa de 1789 , se implantó la tesis

divorcista al sostener que el matrimonio se basa en la libertad por lo que surge el divorcio por mutuo consentimiento, lo que fue consagrado también el Código de Napoleón de 1804 así como la separación de cuerpos por las mismas causales que el divorcio.

CUARTA.- La causal de divorcio por separación de hecho prevista en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, es una causal que corresponde a la doctrina del divorcio remedio; exige para su conformación la presencia de a) un elemento objetivo, constituido por la existencia de una separación de hecho o alejamiento físico de uno de los cónyuges, b) un elemento subjetivo, constituido por la falta de voluntad falta de los cónyuges o de uno solo de continuar conviviendo y c) un elemento temporal constituido por la duración de la separación, cuatro años cuando hay hijos menores y dos años cuando no hay hijos o son mayores de edad.

QUINTA.- Aunque el artículo 345-A del Código Civil, establece medidas de protección a favor del cónyuge agraviado como son, la indemnización por daños, la asignación preferente de bienes conyugales o la atribución de una pensión alimenticia, en la práctica no se llegan a concretizar por la dificultad probatoria o la falta de bienes conyugales, lo que determina que el cónyuge ya perjudicado con la separación de hecho, se vea nuevamente perjudicado.

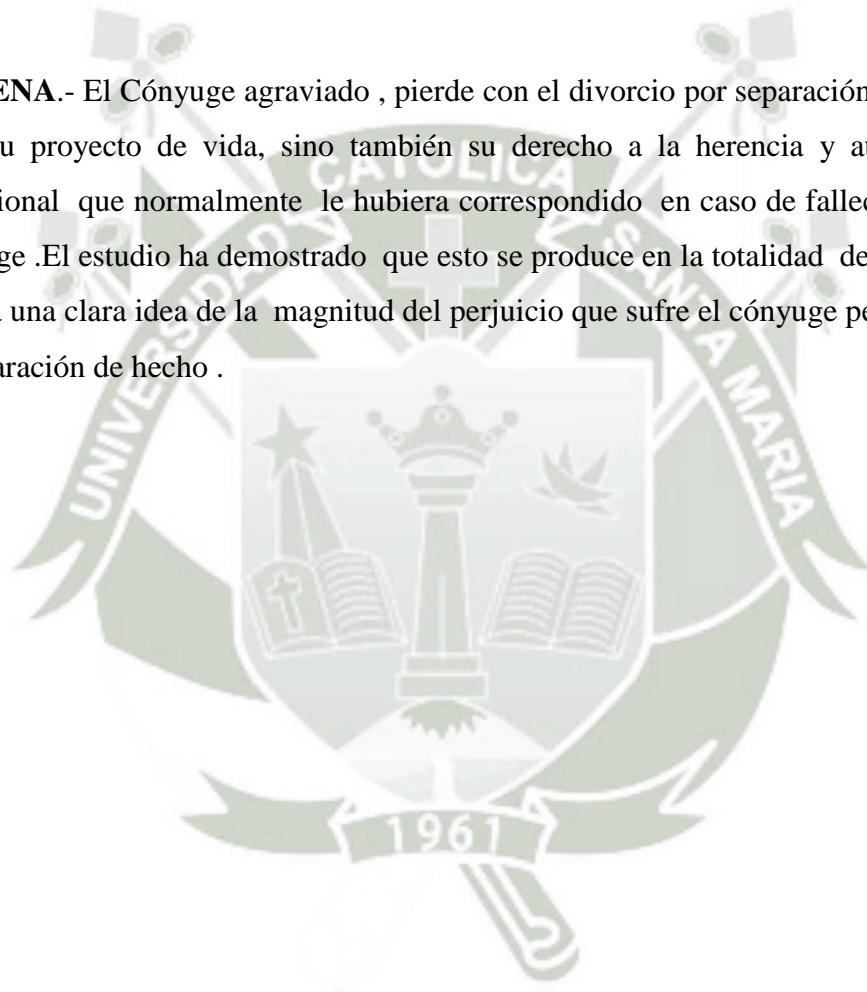
SEXTA.- Que en el 80 % de la muestra (40 expedientes), pese a tener las condiciones de culpables, son los abandonantes los que interponen la demanda aprovechando de que no rige para ellos, la prohibición de basar el divorcio en hecho propio prevista por el artículo 335 del Código Civil, que los accionantes a pesar de ser los abandonantes, no cumplieron con la obligación de estar al día en el pago de su obligación alimenticia establecido como requisito de la demanda por el artículo 345-A del Código Civil en un 68 %.

SETIMA.- Que de las medidas de protección, Indemnización, Asignación preferente de bienes y alimentos, la más solicitada por el cónyuge agraviado es la deindemnización en una proporción del 40 % de la muestra y solo se ha concedido en el 20 % es decir en diez casos de la muestra. Lo que resulta más preocupante aun es

que de la muestra estudiada , se ha demostrado que en el 74 %, no se concede ninguna medida de protección al cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

OCTAVA .- Que las demandas interpuestas ha sido declaradas fundadas en un 96 % de la muestra, lo que traduce un alto índice de seguridad con la que cuenta el demandante, mayormente el abandonante para intentar con éxito su demanda. En tanto que para el cónyuge perjudicado ese mismo porcentaje es el que tiene en contra para su defensa, a lo que se agrega que en el alto porcentaje de 76% los cónyuges no apelan y el 72% de los expedientes que suben en consulta son aprobados.

NOVENA.- El Cónyuge agraviado , pierde con el divorcio por separación de hecho , no solo su proyecto de vida, sino también su derecho a la herencia y aun el derecho previsional que normalmente le hubiera correspondido en caso de fallecimiento de su cónyuge .El estudio ha demostrado que esto se produce en la totalidad de la muestra, lo que da una clara idea de la magnitud del perjuicio que sufre el cónyuge perjudicado con la separación de hecho .



SUGERENCIAS

Primera.- En necesario que el legislador peruano elabore leyes teniendo en cuenta nuestra realidad social y económica y si bien existen modelos en las legislaciones extranjeras, ellas deben ser tomadas como ilustración pero no transplantadas a nuestra realidad. El hecho de no tener en cuenta nuestra realidad, ha dado lugar a la introducción de la causal de separación de hecho que en realidad no ha solucionado el problema de los matrimonios fracasados.

Segunda.- Respecto de la legitimidad activa del cónyuge para promover la demanda, debe variarse la legislación cuando se trata de cónyuge culpable, a fin de que el mismo pueda proponer en su demanda, la forma como se va atender a la subsistencia del cónyuge perjudicado con la separación de hecho, ya que con la actual ley, solo se limitan a solicitar la disolución del vínculo familiar sin preocuparse del cónyuge perjudicado con la separación.

Tercera.- Las medidas de protección a favor del cónyuge agraviado deben ser efectivas en lo que se refiere a la protección, le deben permitir por lo menos mantener el status que tenía antes de producirse la separación de hecho ya que las actuales de indemnización del daño personal, de adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal o de alimentos, resultan ilusorias en razón a la imposibilidad de valorizar los daños que son de carácter extramatrimonial, o porque no hay bienes o porque no hay estado de necesidad.

Cuarta.- En necesario también variar la legislación, respecto del derecho hereditario del cónyuge perjudicado o del derecho provisional del cónyuge culpable, pues el estudio ha demostrado que sin culpa, pierde todos estos derechos y queda en el desamparo total. Por todo ello, propondremos un proyecto de Ley.

PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CONSIDERANDO

Prmero.- Que la familia es la institución natural y fundamental de la sociedad, y conforme a nuestro ordenamiento, la forma principal de constituirla es mediante el matrimonio, así se desprende al artículo 4 de la Constitución Política, el mismo que señala que el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio.

Segundo.- Que la importancia de la familia y del matrimonio, han sido reconocidas por tratados internacionales suscritos por el Perú como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas

Tercero.- Que aunque el derecho al divorcio, también tiene reconocimiento constitucional y legal, dicho derecho debe ejercitarse respetando la institución del matrimonio, de tal manera que las normas referentes a él, no menoscaben la institución del matrimonio.

Cuarto.- Que si bien la causal de divorcio por separación de hecho fue introducida en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil por la Ley 27495 del 7 de julio del 2001 para solucionar el problema de muchos matrimonios que no tenían vigencia efectiva, si embargo no ha dado protección efectiva al cónyuge perjudicado con dicha separación.

Quinto.- Que la falta de protección efectiva que se ha mencionado en el artículo anterior constituye una injusticia para el cónyuge que no obstante de cumplir con las obligaciones que nacen del matrimonio, se ve perjudicado con la separación de hecho

realizada por el otro cónyuge y por la falta de una protección adecuada por parte de la ley .

Sexto.- Que consecuentemente, resulta necesario modificar el artículo 345-A del Código Civil a fin de velar en forma efectiva por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado con la separación de hecho.,

Por las consideraciones expuestas , se presenta el siguiente proyecto de Ley:

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, en uso de las facultades contenidas en el artículo 107 de la Constitución Política del Estado; ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1 .- Modifíquese el artículo 345-A en los términos siguientes :

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

El cónyuge que solicita el divorcio al amparo de la dispensa del artículo 335 del Código Civil , deberá seguir cumpliendo con sus obligaciones respecto de su cónyuge y de sus hijos, debiendo precisar en la demanda los medios y la forma como cumplirá con dichas obligaciones.

En el caso de que el que interponga la demanda sea el cónyuge perjudicado con la separación de hecho, podrá acumular a la pretensión de disolución del vínculo matrimonial , además de las previstas en la ley, el pago de una indemnización por daños , solicitar 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 perjudicado con la separación de hecho , las disposiciones contenidas en los artículos 323,324,342,343,351 y 352, en cuanto sean pertinentes.

Lima 15 de octubre del 2007

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-AGUILAR LLANOS BENJAMÍN , EL instituto Jurídico de los Alimentos , Fondo Editorial PUP, Lima ,2002
- 2.-ALDEN MASON, James, Las Antiguas Culturas del Perú, Fondo de Cultura Económica, México ,1981.
- 3.-ALEXI ,Robert. . Teoría de los Derechos Fundamentales. En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.
- 4.-ALTERINI , Atilio, Derecho Privado, Pág 587, Editorial Perrot, 1981, Buenos Aires
- 5.- ARIANO DEHO, Eugenia. La Corte Suprema en el dilema entre la sustancia y la forma
- 6.- ARIAS SCHEREIBER PEZET ,Max, .Exégesis del Código Civil Peruano de 1084.Tomo VIII. Derecho de Familia . Gaceta Jurídica ,Lima 2001.
- 7.-AZULA CAMACHO , Jaime, Manual de Derecho Procesal Civil , Editorial Temis, 1995, Santa fe de Bogotá
- 8.- BARBERO , Doménico. Sistema de Derecho Privado. Tomo I Buenos Aires EJE, 1967.
- 9.-BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto, “ La nulidad del Matrimonio del Bigamo: ¡ La Casada Caso Quiere! En Diálogo con la Jurisprudencia N° 41, Lima 2002.
- 10.-BIDART CAMPOS , Germán . La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación . En Diálogo con la Jurisprudencia . Año 3 , número 5. Gaceta Jurídica , Lima 1997.
- 11.-BORDA, Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Editorial Perrot, 1984, Buenos Aires
- 12.- CABELLO MATAMALA Julia, Divorcio Remedio en ele Perú?,en Tercer Curso Especial Para el Ascenso de Magistrados, Academia de la Magistratura, Lima 2002.
- 13.-CASACION 220-2004- Lima, Diario Oficial “ El Peruano” 1 de junio del 2006.
- 14.-CASACIÓN N° 220-2004- Lima, Diario Oficial “ El Peruano” 1 de junio del 2006.
- 15.-CASACIÓN 1720-2003-Junín, Diario “ El Peruano”, 30 de noviembre 2004, Lima 2004.
- 16.-CASACIÓN 220-2004- Lima, Diario Oficial “ El Peruano” , 1 de junio del 2006.
- 17.-CASACION 606-2003, Diario Oficial “ El Peruano” 11 de julio del 2003, Lima.
- 18.-CASACION 606-2003, Diario Oficial “ El Peruano” 11 de julio del 2003, Lima.
- 19.- COLIN AMBROISE Y CAPITAN, Henrí . Curso elemental de Derecho Civil. Tomo I. Reus Madrid 1922.
- 20.-CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Constitución Política del Perú , Edición Oficial , Editora Perú, Lima 1988.

- 21.-CORNEJO Chávez , Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima 1998.
- 22.-CORRAL TALCIANI, Hernán, Derecho y Derechos de Familia, Grijley, 2005, Lima
- 23.-CRETNEY, Samuel, Elementos del derecho de Familia, Maxwel Ed. London,1992.
- 24.-DE TRASIGNIES, Fernando , La Responsabilidad Extracontractual, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- 25.-DIEZ PICAZO, Luis y GULLON Antonio, Sistema de Derecho Civil IV Tomo, Tecnos ,1990, Madrid,
- 26.-ENGELS , Federico, El origen de la Familia, Ediciones Cultura Peruana, Arequipa, 2004
- 27.-ENNECERUS Ludwid, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Editorial. Bosch Barcelona 1967.
- 28.-ESPIN CANOVAS , Diego .El Principio Constitucional de Igualdad y las Relaciones de Filiación . En Curso de Actualización de la Academia de la Magistratura . Lima1998.
- 29.-ESPINOZA ESPINOZA , Juan- Una Vedette , un reportero y un viejo cuento. En Diálogo con la jurisprudencia . Año 8n , N° 40. Gaceta Jurídica , Lima enero 2002.
- 30.-ESPINOZA ESPINOZA , Juan-v Caso Saraí . El Interés superior del niño frente al interés superior del presidente En Diálogo con la jurisprudencia . Año 8 , N° 47. Gaceta Jurídica , Lima agosto 2002.
- 31.-ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “El cómputo del plazo de la Separación de hecho a Propósito de la Ley 27495, ¿Control Difuso o Control Confuso?”, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 76, enero 2005, Año 10, Gaceta Jurídica , Lima 2005.
- 32.-FERNADEZ , Marisol. Alcances Sobre el Marco Constitucional e Internacional del Derecho Familiar Peruano . Fondo Editorial PUCP. Lima 2002.
- 33.-FERNADEZ SESSAREGO, Carlos . El Derecho a la Identidad Personal . Editorial Astrea. Buenos Aires . 1992.
- 34.-FERNANDEZ SESSAREGO ,CARLOS., Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil, Peruano . Derecho de las Personas, Editorial Industria Avanzada, Lima 1985.
- 35.-FUEYO LANERI, Fernando, Instituciones del Derecho Civil Moderno , Editora Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1990.
- 36.-JOSSERAND , Louis. Derecho Civil, Tomo I, Pág, 24 Editorial Bosch Buenos Aires 1950-
- 37.-GUTIERREZ BOADA, John. Los Límites del Derecho a la Intimidad . En Curso de ascenso de la Academia de la Magistratura . Lima .2002
- 38.-LOGOMARSINO, Carlos, URIARTE, Jorge, Separación Personal y Divorcio, Editorial Universidad , Buenos Aires 1991.
- 39.-HOLZAHUER, Hans, EL Divorcio y sus Consecuencias, Centro de Investigación Científica1,980. Berlín
- 40.-NOVOA MONTREAL , Eduardo. Derecho a la vida Privada y Libertad de Información . Un Conflicto de Derechos. Siglo XX Editores. México 1981
- 41.-OFICIAL, Código Civil Santa Cruz, Edición oficial, Imprenta de José Masías, 1936, Lima.

- 42.-OFICAL , Código Civil del Perú, Imprenta del Gobierno , 1852, Lima.
- 43.-OFICIAL.- Código Civil de 1936, Editorial Universo , 1936, Lima
- 44.-PECES BARBA –MARTINEZ. Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.
- 45.-PERALTA ANDIA , Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil. IDEMSA . Lima. 2002.
- 46.-PEREZ LUÑO , Antonio. Los derechos Fundamentales . En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.
- 47.-PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex. Manual de Derecho de Familia . Gaceta Jurídica . Lima 2001
- 48.-PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex. Ensayo de Derecho de Familia . Rodhas . Lima 1997
- 49.-PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex.. EL Petitum y la Causa Petendi en la reclamación de la paternidad matrimonial . En Dialogo con la jurisprudencia . Año 8 , N° 40. Gaceta Jurídica , Lima Enero 2002.
- 50.-PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex. Filiación y Patria Potestad. Gaceta Jurídica . Lima 2003.
- 51.-PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex. Creditur Virgini Pregnanti , volviendo al Ancient Droit. Ponencia en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón , Lima 2005.
- 52.-PLACIDO VILCACHAHUA, Alex, Divorcio Reforma del Régimen de Decaimiento y Disolución de Matrimonio , Gaceta Jurídica, Lima 2001
- 53.-PLACIDO VILCACHAHUA, Alex , Regulación de la Separación de Hecho, en Tercer Curso Especial Para el Ascenso de Magistrados, Academia de la Magistratura, Lima, 2002
- 54.-PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex, ¿Divorcio Culpa o Divorcio Remedio? En Diálogo con la Jurisprudencia N° 55, abril del 2003, Gaceta Jurídica , Lima, 2003.
- 55.-PLANIOL, Marcel y RIPERT ,George, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II Cultural S.A. La Habana, 1939
- 56.-PLANIOL, Marcel Y RIPPERT, George , Tratado elemental de Derecho Civil , Albatros, Bs. Aires 1978.
- 57.-RAMOS NUÑEZ, Carlos , Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial , Lima 2003
- 58.-REYNA ALFARO Luis Miguel. Delitos Contra la Familia . Gaceta Jurídica . Lima 2004
- 59.-ROMERO COLOMA, Aurelia, Aspectos Sustantivos y Procesales de la Nulidad, Separación y Divorcio, Revista General de Jurisprudencia, Barcelona 1986
- 60.-RUIZ DE SANTIAGO, Jaime . LA Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.
- 61.-TRABUCCHI Alberto “ Un Nuevo Divorcio”, traducido por Luis Martínez, Ed. Revista de Derecho Civil, 1987 Madrid.
- 62.-VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español Pág. 10, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938
- 63.-VARSI ROSPIGLIOSI , Enrique. El Derecho Genético. Principios Generales . Normas Legales. Trujillo 1995.
- 64.-VARSI ROSPIGLIOSI , Enrique LA Filiación no es cuestión de sexo ,, es cuestión de piel. En Diálogo con la jurisprudencia . Año 8n , N° 40. Gaceta Jurídica , Lima Enero 2002

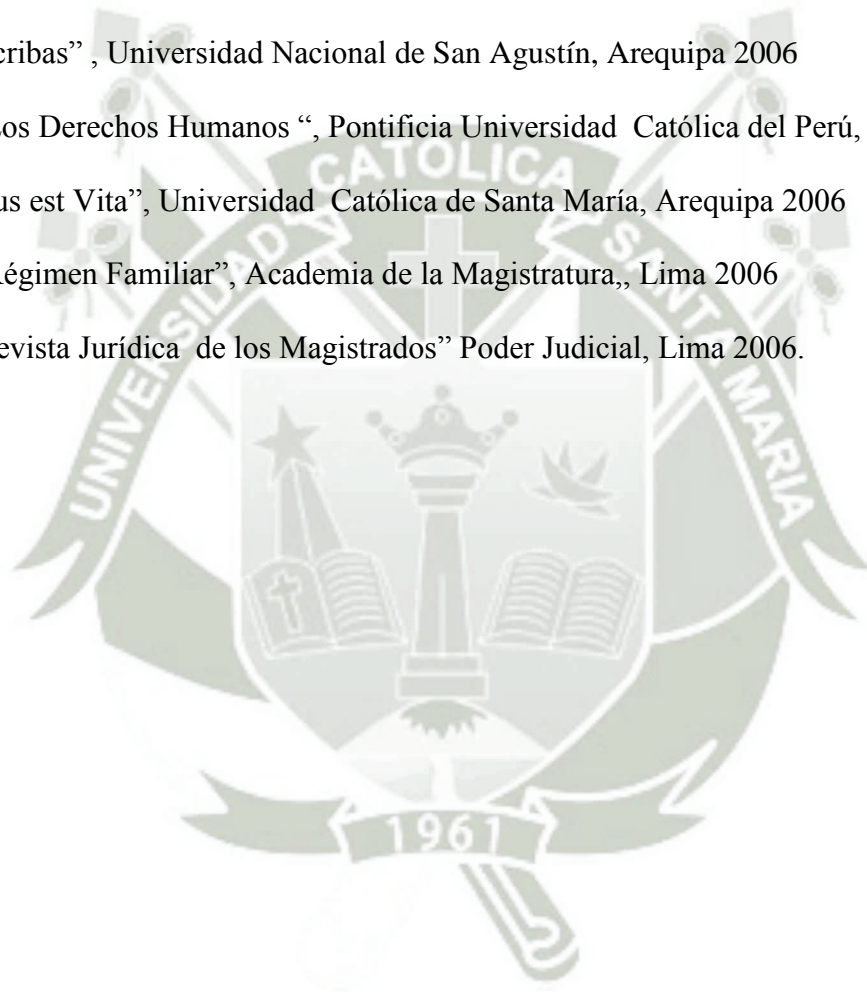
- 65.-VARSÍ ROSPIGLIOSI , Enrique. Divorcio , Filiación y Patria Potestad. Grijley. Lima, 2004
- 66.-VASAK , Karel . Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos . En Curso a Distancia para Magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.
- 67.-VIDAURRE, Manuel Lorenzo Proyecto del Código Civil Peruano , Primera Parte, de las personas, Imprenta del Constitucional, Lima 1834,
- 68.-WHITEHEAD, Bárbara, La Cultura del Divorcio, Alfred Editorial. New York 1997
- 69.-ZANONNI , Eduardo , Manual de Derecho de Familia , Astrea, Buenos Aires, 1989



HEMEROGRAFÍA

REVISTAS:

- 1.- “Vox Juris”, Universidad San Martín de Porres, Lima 2006
- 2.- “Iuris Omnes”, Corte Superior de Justicia de Arequipa., Arequipa., 1er. Semestre 2007
- 3.- “Revista Jurídica”, Poder Judicial , Lima, 2006
- 4.- “ Diálogo con la Jurisprudencia” Gaceta Jurídica, Lima 2006 y 1er Semestre 2007
- 5.- “Scribas” , Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa 2006
- 6.- “ Los Derechos Humanos “, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2006.
- 7.- “ Ius est Vita”, Universidad Católica de Santa María, Arequipa 2006
- 8.- “ Régimen Familiar”, Academia de la Magistratura., Lima 2006
- 9.- “Revista Jurídica de los Magistrados” Poder Judicial, Lima 2006.





LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

¿Procede en caso de que se haya configurado por razones laborales?

La causal de separación de hecho se configura de manera objetiva, pero no debe obedecer a causas de fuerza mayor relacionadas con las razones laborales, toda vez que la separación se ha producido por una circunstancia de necesidad que origina que no exista nexo causal para que opere la causal.

CASACIÓN N° 220-2004-LIMA.

(El peruano, 1 de junio de 2006)

CAS. N° 220-2004-LIMA. DIVORCIO POR CAUSAL. Lima, seis de setiembre de dos mil cinco.- La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; vista la causa número doscientos veinte - dos mil cuatro; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** se trata del recurso de casación interpuesto por Marylin Ivette Rojas López, contra la sentencia de vista de fojas noventiséis, su fecha ocho de setiembre de dos mil tres, emitida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la sentencia apelada de fojas sesenta, su lecha treinta de diciembre de dos mil dos, declara infundada la demanda de divorcio, por la causal de separación de hecho interpuesta por doña Marylin Ivette Rojas López contra Rubén Aldo Pecci, **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** esta Sala Suprema mediante resolución de fecha quince de marzo de dos mil cuatro, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de interpretación errónea de una norma de derecho material, respecto de la norma contenida en el inciso doce del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; argumentando la recurrente que la presente acción versa sobre divorcio por la causal de separación de hecho y no por abandono injustificado del hogar conyugal del demandando, acción esta ultima en la que tendría que acreditarse si el abandono no se ha producido por razones laborales o la de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales; **Y, CONSIDERANDO:** **Primero.-** Que, el inciso doce del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, adicionado por la modificatoria establecida por la Ley veintisiete mil cuatrocientos noventicinco, publicada en el diario oficial El Peruano, con fecha siete de julio de dos mil uno, contempla la separación de hecho, como causal de separación de cuerpos,

estableciendo que dicha causal se configura por la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, precisando que dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad; y que en estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo trescientos treinticinco del Código Civil; **Segundo.-** Que, la causal de separación de hecho puede ser también invocada como causal de divorcio, conforme a lo dispuesto en el artículo trescientos cuarentinueve del Código Civil, modificado por la Ley veintisiete mil cuatrocientos noventaicinco; **Tercero.-** Que, el inciso doce del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, establece que en el caso de la causal de separación de hecho, no resulta de aplicación lo previsto en el artículo trescientos treinta y siete del citado Código, en cuanto establece que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio; **Cuarto.-** Que, lo señalado anteriormente implica que la causal de separación de hecho se configura de manera objetiva cuando se quiebra el deber de hacer vida en común, a que se refiere el artículo doscientos treinta y siete del Código Civil, durante el plazo que prevé la Ley, no resultando relevante para ello determinar si la separación resulta imputable a una de las partes; **Quinto.-** Que, si bien la causal de separación de hecho se configura de manera objetiva; sin embargo ello no debe obedecer a causas de fuerza mayor relacionadas con razones laborales, toda vez. Que en este caso, la separación ha obedecido a una circunstancia de necesidad que origina que no exista nexo causal para que opere la causal, estableciendo a este respecto expresamente la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete, que para efectos de la aplicación del inciso doce del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, no se considerara separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, precisando la norma acotada que en este caso se requerirá el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo; **Sexto.-** Que, en el caso sub materia la recurrente ha alegado la causal de separación de hecho, a que se refiere el inciso doce del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil; sin embargo no ha cumplido con acreditar en autos el requisito exigido por la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos treinta y siete, relativo a que la separación no haya obedecido a razones laborales; **Sétimo.-** Que, al Sala de mérito así como el Juez de la causa ha apreciado correctamente los alcances del inciso doce del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, respecto a que se requiere acreditar que la separación de hecho no haya obedecido a razones laborales; sin embargo no han examinado previamente el cumplimiento del

otro requisito relativo al cumplimiento de las obligaciones alimentarias exigido por la misma norma, así como por el primer párrafo del artículo trescientos noventa y siete – A del Código Civil, extremo respecto del cual tampoco se ha pronunciado la actora en su escrito de demanda de fojas seis, a efectos de señalar lo pertinente respecto de esta manera; **Octavo.**-Que, siendo así, las instancias de mérito no han examinado previamente el cumplimiento de un presupuesto para la interposición de la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, a que se refieren las normas acotadas, incurriendo de esta manera en la causal *in judicando* a que se contrae el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, razón por la cual corresponde actuar en sede de instancia y declarar improcedente la demanda interpuesta por la actora, dejándose a salvo su derecho para que lo haga valer en la forma de ley; por tales razones, con lo expuesto en el Dictamen Fiscal, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Marylin Ivette Rojas López, en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas noventiséis, su fecha ocho de setiembre de dos mil tres, y actuando en sede de instancia revocaron la sentencia apelada de fojas sesenta, su fecha treinta de diciembre del dos mil dos, que declara infundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta a fojas seis y **REFORMÁNDOLA** declararon: **IMPROCEDENTE** dicha demanda; sin costas ni costos por haber existido motivos atendibles para litigar; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; bajo responsabilidad; en los seguidos por doña Marylin Ivette Rojas López contra Rubén Aldo Pecci, sobre divorcio; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN, TICONA POSTIGO, LOZA ZEA, SANTOS PEÑA, PALOMINO GARCÍA



**LA OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL DE VELAR POR LA
ESTABILIDAD ECONÓMICA DEL CÓNYUGE PERJUDICADO
POR LA SEPARACIÓN DE HECHO**

El fallo supremo comentado señala que en los casos de divorcio por separación de hecho los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo con su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir se le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que se estime puedan adjudicársele de modo que se compense su mayor perjuicio. El autor comparte el criterio, pues la determinación del cónyuge perjudicado (o sea, aquel que no motivó la separación) permite al juez cumplir adecuadamente su función tuitiva de velar por la estabilidad económica de aquel, así como la de sus hijos. En todo caso, si no acredita la existencia de un perjudicado, no hay óbice para que igual se produzca el pronunciamiento judicial sobre el fondo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Casación N° : 606-2003-SULLANA

Demandante : Carlos Cevallos Saavedra

Demandado : Martha Farfán Ruiz

Materia : Divorcio por causal de separación de hecho

Fecha : 11 de julio de 2003 (El Peruano del 1 de diciembre de 2003)

CAS. N°606-2003-SULLANA

Lima, once de julio de dos mil tres.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número seiscientos seis-dos mil tres, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación de fojas ciento oventa y siete interpuesto por doña Martha Farfán Ruiz contra la sentencia de vista de fojas ciento oventa y siete, emitida por la Sala Mixta de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura de fecha

veinticuatro de enero de dos mil tres, que confirma la apelada de fojas ciento once, de fecha veintiséis de julio del año dos mil dos, que declaró fundada la demanda de fojas trece, y la disolución del vínculo matrimonial contraído entre las partes el dos de diciembre de mil novecientos ochentitrés y disuelta la sociedad de gananciales existentes entre las partes;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución de este Supremo Tribunal del cinco de mayo de dos mil tres se declaró la procedencia del recurso por la causal contemplada en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, al haberse acusado la inaplicación del inciso a) del artículo trescientos oventa y siete del Código Civil, modificado por la ley veintisiete mil cuatrocientos novecicinco, pues tanto el *a quo* como el *ad quem* no han fijado la indemnización correspondiente ni ordenado la adjudicación preferente de los bienes sociales a favor de la demandada, toda vez que siendo la parte perjudicada por la separación de hecho debe velarse por la estabilidad económica de ella, así como la de sus hijos;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, por la institución del divorcio uno o ambos cónyuges de acuerdo a ley – en este último caso luego de realizada la separación convencional-pueden acudir al órgano jurisdiccional a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial civil existente entre ellos conforme es de entenderse del artículo trescientos oventa y siete del Código Civil, concordado con los artículos trescientos oventa y siete , trescientos treintitrés y trescientos oventa y siete de ese mismo texto normativo;

Segundo.- Que en ese marco (descartados los casos en que se solicita el divorcio luego de decretada la separación de cuerpos) debe precisarse que pueden presentarse las siguientes posibilidades: **I)** Que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada del “divorcio-sanción”, que se hallan contempladas en los acápites primero al sétimo y décimo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; **II)** Que accione el cónyuge ya no “perjudicado”, sino aquel que busca solucionar una situación conflictiva siempre y cuando no se base en hecho propio, supuestos regulados en los incisos ocho, nueve y once del artículo trescientos treintitrés citado, que se hayan

justificados por la teoría conocida como “divorcio-remedio”; y, **III)** Que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar al igual que en el caso anterior, una situación conflictiva, caso que contempla el inciso doce del multicitado artículo trescientos treintitrés y que también pertenece a la teoría del divorcio remedio, en el que se busca no un culpable sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales;

Tercero.- Que, este último caso, en el que cualquiera de los cónyuges puede ser quien active el aparato jurisdiccional, es el de la separación de hecho, introducida en nuestro sistema Civil mediante la ley veintisiete mil novecientos oventa y siete , modificatoria del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; causal que busca dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad de acuerdo al artículo doscientos oventa y siete del Código Civil;

Cuarto.- Que, sin embargo en busca de la protección de la familia las normas que la regulan establecen determinados requisitos para que pueda entablarse y en su caso ampararse, como es el plazo de dos años si no existen hijos y de cuatro si los hay, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones alimentarias; y la fijación de una indemnización al cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente a su parte de los bienes de la sociedad conyugal independientemente a la pensión de alimentos que pudiera corresponder;

Quinto.- Que, en efecto el artículo trescientos oventa y siete -A del Código Civil dispone textualmente: “Para invocar el supuesto del inciso doce del artículo trescientos treintitrés 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 al cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro, trescientos cuarentidós, trescientos

cuarentitrés, trescientos oventa y siete y trescientos cincuentidós en cuanto sean pertinentes”;

Sexto.- Que interpretando dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo con su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio;

Sétimo.- Que la impugnante ha denunciado la inaplicación del artículo trescientos oventa y siete -A del Código Civil, sustentada en que los juzgadores no han fijado la indemnización correspondiente, ni ordenado la adjudicación preferente de los bienes sociales a su favor no obstante ser la perjudicada, a lo que es de anotar que de la revisión de las sentencias se tiene que no existe un pronunciamiento sobre tales aspectos señalados por el artículo trescientos oventa y siete-A; sin embargo, para que se diluciden tales puntos es necesaria la revaloración de la prueba, lo que no puede efectuarse en sede de casación, por lo que deben remitirse los autos a fin de que las instancias se pronuncien sobre dichos puntos de conformidad con el artículo ciento veintidós incisos tercero y cuarto del Código Procesal Civil, considerando asimismo el artículo cuatrocientos ochentitrés del Código Procesal Civil en lo pertinente.

Octavo.- Que, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código procesal Civil, declararon **FUNDADO** el recurso de Casación de fojas ciento cuarenta y cuatro, interpuesto por doña Martha Farfán Ruiz; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de fecha veinticuatro de enero de dos mil tres; e **INSUBSISTENTE** la apelada; **ORDENARON** que el Juez emita nuevo fallo con arreglo a ley; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El peruano; en los seguidos por Carlos Cevallos Saavedra con Martha Farfán Ruiz sobre Divorcio por causal; y los devolvieron.-

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN, AGUAYO DEL ROSARIO; LAZARTE HUACO;
PACHA ÁVALOS; QUINTANILLA QUISPE

**SI SE CONCEDE UNA INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO
CON LA SEPARACIÓN DE HECHO**

¿Esto excluye el otorgamiento de una pensión alimenticia?

CAS N° 208-2004-PIURA

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

DEMANDADA : Blanca Luisa Sáenz de Silva
DEMANDANTE : Marco Antonio Silvia Barrio de Mendoza
ASUNTO : Divorcio por causal de separación de hecho
FECHA : 6 de setiembre de 2005

El juez está obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado debido a la separación de hecho. En tal sentido, establecerá un monto de indemnización por daños, incluyendo el daño personal o inclusive ordenando la adjudicación preferente de un bien social. Por otro lado, la pensión alimenticia es un concepto independiente respecto a la indemnización

CAS. N° 208-2004-PIURA. Divorcio por causal de separación de hecho. Lima, seis de setiembre de dos mil cinco.- **La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República**, vista la causa en audiencia pública en el día de la fecha, producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Jorge W. Alva Inga, abogado de Marco Antonio Silva Barrio de Mendoza, contra la resolución número veintisiete, de fojas trescientos veintidós, su fecha veintiuno de octubre de dos mil tres, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos oventa y siete , su fecha treinta de enero de dos mil tres, que declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho; en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído ante la Municipalidad Provincial de Lima el veintidós de noviembre de mil novecientos oventa y siet; la revocó en el monto del porcentaje que el demandante acude a la demandada con la pensión alimenticia del dieciocho por ciento del total de sus remuneraciones; reformándola dispusieron el veinte por ciento del total de sus

remuneraciones y demás beneficios que percibe o percibiera el demandado; la confirmaron en lo demás que contiene; e integrando la sentencia venida en grado, declararon infundada la tacha formulada a fojas ciento oventa y siete ; en el proceso seguido por Marco Antonio Silva Barrio de Mendoza con Blanca, Luisa Sáenz de Silva sobre divorcio por la causal de separación de hecho; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante resolución expedida por esta Suprema Sala, de fecha diez de marzo de dos mil cuatro, se declaró **PROCEDENTE** el presente recurso, denunciando las causales previstas en los incisos primero y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, esto es, la interpretación errónea de una norma de derecho material y la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso; denunciando: **a) la interpretación errónea de los artículos trescientos oventa y siete guión A y trescientos cincuenta del Código Civil**, argumentando que de la lectura de las normas se concluye que existe una aparente contradicción entre ellas; siendo que la Sala erróneamente considera que, el recurrente tendría que en vía de acción demandar el cese de la obligación alimentaria, sin reparar que era evidente la colisión del artículo trescientos cincuenta del Código Sustantivo con el artículo trescientos oventa y siete guión A del mismo cuerpo legal; siendo que para la Sala, erróneamente quien demanda divorcio por la causal prevista en el inciso doce del artículo trescientos treintitrés del Código Sustantivo, no puede aplicar el artículo trescientos cincuenta del mismo Código, lo cual no es cierto; de acuerdo al artículo trescientos oventa y siete guión A del Código Civil, al momento de la presentación de la demanda se debe cumplir con los requisitos establecidos en la norma, pero eso no impide que, al concluir el proceso, declarando fundada la demanda, no surta efectos lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenta mencionado; por otro lado, el artículo trescientos oventa y siete guión A del citado cuerpo legal, cuando refiere que se otorgará una indemnización al cónyuge perjudicado, independientemente de los alimentos que le pudiera corresponder, está en el supuesto que la parte emplazada haya alegado indigencia y se ha comprobado; y, **b) la contravención** de los artículos trescientos cincuentiséis, trescientos setenta y numeral séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, indicando que los magistrados han ido más allá del petitorio señalado y demandado por la emplazada en su contestación a la demanda y en su recurso de apelación, puesto que se ha afectado el principio de rogación, al revisar situaciones y hechos no peticionados ni por el recurrente ni por la demandada, sino que se ha analizado de oficio, es más, el a quo no emite ningún pronunciamiento respecto

del estado de indigencia de la demandada, puesto que el único argumento de apelación de la emplazada era que se elevará el monto de su pensión del dieciocho por ciento al veinte por ciento; consecuentemente, se ha afectado su derecho al debido proceso; por otro lado la resolución de vista, al referirse a la sentencia del a quo, hace alusión expresa a los fundamentos pertinentes, sin indicar cuales son estos, lo cual afecta el principio de claridad; asimismo, de los puntos controvertidos, fijados en la audiencia correspondiente, no se desprende que exista como punto el señalamiento de una pensión alimenticia en este proceso, ni que se merítue prueba alguna sobre este extremo, lo que viola el principio de congruencia; además, la Sala viola el principio de la lógica, previsto en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Magna y el inciso tercero del artículo ciento veintiuno del Código adjetivo, el cual exige una motivación ordenada de la sentencia; **CONSIDERANDO: Primero:** Que, respecto de la causal referida a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo trescientos oventa y siete guión A del Código Civil, el juez está obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, para lo cual 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 alimenticia que le pudiera corresponder; **Segundo:** Que, en este caso, la demandada está perjudicada por la separación de hecho, y el juez al expedir la sentencia lo único que ha hecho, es cumplir con lo establecido en el segundo párrafo del artículo trescientos oventa y siete guión A del Código Sustantivo; **Tercero:** Que, más aún, en este caso la pensión alimenticia es producto de la sentencia expedida en un proceso de aumento de alimentos y el juez al haber fijado dicha pensión no ha incurrido en irregularidad alguna]. **Cuarto:** Que, todo esto determina que la sentencia de vista se encuentra debidamente fundamentado por lo cual la causal adjetiva resulta infundada; **Quinto:** Que, en cuanto a la interpretación errónea de los artículos trescientos oventa y siete guión A y trescientos cincuenta del Código Civil, el juez ha interpretado válidamente el segundo párrafo del artículo trescientos oventa y siete guión A, por cuanto ha cumplido con su obligación de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, al adjudicar a la demandada bienes de la sociedad conyugal y respetando la pensión alimenticia que ha sido señalado en el proceso correspondiente; **Sexto:** Que. En lo que respecta a la aparente contradicción entre los artículos trescientos oventa y siete guión A y trescientos cincuenta del

Código sustantivo, el primero de ellos resulta de aplicación para la separación de hecho contemplada en el inciso doce del artículo trescientos treintitrés del Código Civil y artículo trescientos cincuenta del mismo Código a las otras causales de divorcio del artículo acollado; Séptimo: Que. Además, en este caso no se traía de verificar la indigencia de la demandada, por cuanto existe una sentencia en un juicio de aumento de alimentos; **RESOLUCIÓN:** Estando a las consideraciones expuestas; de conformidad con el dictamen fiscal y a lo establecido en el artículo trescientos oventa y siete del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos veintinueve por Jorge W. Alva Inga Abogado de Marco Antonio Silva Barrio de Mendoza; en consecuencia **NO CASARON** la resolución recurrida de fojas trescientos veintidós, su fecha veintiuno de octubre de dos mil tres; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal: **DISPUSIERON** que, la presente resolución se publique en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Marco Antonio Silva Barrio de Mendoza Cerrada contra Blanca Luisa Sáenz de Silva, sobre divorcio por separación de hecho; y. Los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZEN, TICONA POSTIGO; LOZA ZEA; SANTOS PEÑA, PALOMINO GARCÍA



CAMBIO DE CRITERIO SOBRE EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

**¿Se puede computar el lazo de separación anterior a la
creación legal de la causal?**

CAS N° 2263-2004-JUNIN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DEMANDANTE : *Hildebrando Tapia Samaniego*
DEMANDADO : *Ruth Nelly Manrique Gutierrez*
ASUNTO : *Divorcio por separación de hecho*
FECHA : *1 de setiembre de 2005 (El Peruano, 01/03/2006)*

Es legítimo que la Ley N° 27495, que creó la causal de divorcio por separación de hecho, disponga en su primera disposición complementaria y transitaría que ella es aplicable a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia, no solo porque dicha circunstancia no colisiona con el principio de irretroactividad de la norma previsto en el artículo 103 de la Constitución, pues las leyes reflejan la realidad y no la imponen, sino porque aquello guarda relación con lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil al establecer que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes

CAS. N° 2263-2004-JUNÍN. Lima, primero de setiembre de dos mil cinco. – **La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**, vista la causa número dos mil doscientos sesenta y tres guión dos mil cuatro en audiencia pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas setecientos dos, su fecha dieciocho de junio del dos mil cuatro, expedida por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín que revoca la sentencia apelada de fojas quinientos setenta y nueve, su fecha treinta y uno de octubre de dos mil tres, en los extremos que declaró improcedente la demanda e infundada la reconvención y reformándolos, declara: a) Fundada en parte la demanda, amparándose únicamente la pretensión de divorcio por causal de separación de hecho; b) Fundada en parte la reconvención, solo en lo que se refiere a la tenencia del menor la

que debe ser compartida por ambos padres; y, c) Confirmaron la apelada en todos los demás extremos. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Mediante resolución del veinticuatro de enero del año en curso obrante en el cuaderno del casación, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por doña Rut Manrique Gutiérrez por las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, denunciando: **a) Inaplicación del artículo 345 del Código Civil**, sosteniendo que en su reconvención demandó entre otras pretensiones la referida a que se prive de la patria potestad al actor y se le otorgue a la recurrente, fijándose también como punto controvertido en la etapa procesal correspondiente; empero, el Colegiado no se pronunció, sobre dicho extremo; **b) Contravención de los artículos 103 de la Constitución y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, argumentando que el fallo recurrido vulnera el debido proceso pues el ad quem aplicó retroactivamente las disposiciones de la Ley 27495; **c) Contravención de los artículos VII y IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, afirmando que la impugnada en forma incongruente declara fundada en parte la reconvención disponiendo que la tenencia del menor sea compartida por ambos cónyuges, no obstante que la pretensión propuesta por la recurrente estuvo referida a que se le otorgue solo a ella; d) Agrega que también se advierte la incongruencia desde que la Sala revisora resolvió la reconvención en el sentido indicado sin haber determinado la existencia de las causales que dan lugar a la pérdida de la patria potestad y tenencia por el demandante reconvenido. **3. CONSIDERANDOS: Primero.-** Que al haberse declarado la procedencia del recurso por un vicio *in indicando* y otro *in procedendo* corresponde pronunciarse en primer término sobre la denuncia relativa a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso pues de ampararse ya no cabría pronunciamiento respecto a la inaplicación de una norma de derecho material. **Segundo.-** Fluye de autos que don Hildebrando Tapia Samaniego interpuso demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho y en forma acumulativa la tenencia de su menor hijo Brando Michael Tapia Manrique, dirigiéndola contra doña Ruth Nelly Manrique Gutiérrez, esgrimiendo como fundamentos de su pretensión entre otros, el hecho de estar separado de su cónyuge por más de siete años por lo que se encuentra bajo los alcances del artículo 333 inciso 12 del Código Civil, modificado por Ley 27495; además de encontrarse al día en su obligación alimentaria para su menor hijo. **Tercero.-** Que absuelto el traslado negativamente por la mencionada emplazada, esta propuso demanda reconvencional contra el demandante

por las causales de violencia física y psicológica y abandono injustificado del hogar conyugal, en forma acumulativa la privación definitiva de la patria potestad al demandante del hijo de ambos, indemnización por daño moral y liquidación de la sociedad de gananciales conforme a los fundamentos de hecho y derecho que en dicho acto procesal expuso. **Cuarto.-** Que tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, el a quo sentenció declarando infundada la reconvencción en todos sus extremos e improcedente la demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho arribando a la conclusión de que la emplazada no acreditó su pretensión como lo exige el artículo 196 del, Código Procesal Civil por lo que en aplicación del artículo 200 del acotado la desestimó por improbadada; en tanto que sobre la demanda concluyó que en autos no se configuró el requisito de procedibilidad referido al transcurso de los cuatro años ininterrumpidos contados a partir del día siguiente de la promulgación de la Ley 27495 teniendo en cuenta que tal norma no puede ser aplicada retroactivamente conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución, razón por la que dicha norma es aplicable desde el día siguiente de la publicación de la acotada ley teniendo en cuenta la edad del hijo de los sujetos procesales. **Quinto.-** Que el ad quem al absolver el grado revocó la apelada en los extremos que declaró infundada la reconvencción e improcedente la demanda y reformándolos declaró fundada en parte la demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho y respecto a la reconvencción también fundada pero solo en el extremo referido a la tenencia del menor decidiendo que debe ser compartida por ambos cónyuges. **Sexto.-** Que en ese contexto, analizando los errores *in procedendo* debe precisarse que el presente proceso es uno de divorcio por la causal de separación de hecho incorporada al artículo 333 del Código Civil a partir de la Ley 27495 siendo evidente que dicha causal tiene por finalidad solucionar un conflicto real que, a diferencia de otras causas de ruptura del vínculo matrimonial, salvo la del inciso 1 del citado artículo no se orienta a determinar la culpa de uno de los cónyuges para que se declare el divorcio sino que busca regularizar, una situación de hecho existente. **Sétimo.-** Que por ello es legítimo que la Ley 27495 disponga en su Primera Disposición Complementaria y transitoria su aplicación a las separaciones de hecho al momento de entrada en vigencia no solo porque dicha circunstancia no colisiona con el principio de Irretroactividad de la norma previsto en el artículo 103 de la Constitución, pues las leyes reflejan la realidad y no la imponen, sino porque aquello guarda relación con lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil al establecer que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes,

Octavo.- Que en tal entender, se advierte de autos que la Sala revisora, en base a la prueba actuada, determinó que los sujetos procesales se encuentran separados por más de cinco años superando el plazo previsto en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil en atención a la edad del menor hijo de las partes. **Noveno.-** Que estando a lo expuesto, se arriba a la conclusión de que el Ad quem no ha transgredido el mencionado principio de irretroactividad de la norma pues al decretar el divorcio por la causal aludida regularizó la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda, concluyéndose de ello, que no se configura la contravención denunciada por lo que el agravio identificado como cargo b) no resulta amparable. **Décimo.-** Respecto de los cargos c) y d) relacionados con la tenencia del menor y la privación de la patria potestad al demandante es menester destacar que como se aprecia de la reconvención de la demandada, tales materias han sido propuestas como pretensiones conjuntas y así han sido consideradas como un solo punto controvertido según acta de audiencia de fojas trescientos treinta y ocho y si bien es cierto que el a quo en su sentencia obvió pronunciamiento expreso en la parte resolutive respecto a la patria potestad, este extremo no fue considerado como parte de los agravios denunciados por la demandada en su recurso de apelación de fojas seiscientos treinta y siete por lo que opera la convalidación a que se refiere el artículo 172 del Código Procesal Civil a lo que debe agregarse que la sentencia de vista recurrida sí se pronunció sobre este extremo declarándolo infundado. **Undécimo.-** Que, ello no obstante, es del caso destacar que las motivaciones para desestimar la privación de la patria potestad en referencia se coligen de los considerados décimo sexto *in fine* de la sentencia del a quo y décimo noveno de la de vista que han establecido como cuestión fáctica, respectivamente, que el demandante “goza de buena salud física y mental y que reúne las condiciones para asumir la patria potestad” y “que para la buena formación psicológica, moral e interpersonal y social, conviene que el menor comparta la presencia de ambos padres” lo que indudablemente refleja que el demandante no se encuentra incurso en las causales, de pérdida o privación de la patria potestad previstas en los artículos 462 y 463 del Código Civil, por lo que las denuncias en referencia deben ser desestimadas. **Duodécimo.-** Que en lo que concierne a la causal *in iudice* referida a la inaplicación del artículo 345 del Código Civil según el cual, y por lo que atañe a la materia de autos, en caso de separación de hecho el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, pero como quiera que esta norma al ser concordada con el artículo 420 del mismo Código, necesariamente involucra la tenencia de los hijos menores, y siendo que la demandada

ha impugnado la decisión de la Sala revisora para que la tenencia del menor sea compartida por ambos padres, y por su parte, el actor mediante escrito con firma legalizada presentado en esta sede ha manifestado su voluntad de que la tenencia la ejerza exclusivamente su esposa, tal –situación así establecida permite definir la materia concerniente a la patria potestad. **Décimo tercero.**- Que, en efecto, según el artículo 420 del Código Civil, entre otros supuestos, en caso de divorcio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos en tanto que el otro cónyuge, en este caso el actor, queda suspendido en su ejercicio, no por pérdida o privación, sino porque así lo establece esta norma, por lo que habiéndose determinado que la tenencia del menor le corresponde a la cónyuge es a ella a quien igualmente le corresponde el ejercicio de la patria potestad, concluyéndose de todo ello que la denuncia casatoria de la recurrente en cuanto a la inaplicación del artículo 345 del Código Civil concordada en la forma descrita en el considerando anterior, debe ser declarada fundada. **4. DECISIÓN:** Estando a las consideraciones expuestas y de conformidad en parte con lo dictaminado por el Fiscal Supremo en lo Civil y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil: a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas setecientos catorce; interpuesto perdona Ruth Nelly Manrique Gutiérrez, únicamente en lo relacionado con la tenencia del menor y ejercicio de patria potestad; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas setecientos dos, su fecha dieciocho de junio de dos mil cuatro, en el extremo antes citado, b) Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas quinientos setenta y nueve; su fecha treinta y uno de octubre del dos mil tres, en cuanto declara infundada la reconvenición interpuesta por doña Ruth Nelly Manrique Gutiérrez respecto a la tenencia y a la patria potestad del menor Brando Michael Tapia Manrique y; **REFORMÁNDOLA** en dicho extremo, la declararon **FUNDADA**; en consecuencia, **ORDENARON** que la tenencia de dicho menor y su patria potestad será ejercida por la nombrada demandada, manteniéndose inalterables los demás extremos de la sentencia de vista recurrida, c) **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por don Hildebrando Tapia Samaniego, sobre divorcio por causal de separación de hecho y otros conceptos; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS ÁVALOS; EGÚSQUIZA ROCA,
QUINTANILLA CHACÓN, MANSILLA NOVELLA

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN ADICIÓN DEL SEÑOR VOCAL PACHAS ÁVALOS, ES COMO SIGUE: y, CONSIDERANDO: Primero.- Que si bien en oportunidad anterior, y especialmente al formar parte de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, el suscrito ha votado y resuelto alguna causa en casación aplicando el control difuso para considerar que la Ley 27495 es de aplicación a partir de su vigencia y no a los hechos acaecidos con anterioridad, empero el decurso de mi función jurisdiccional a posteriori con examen y análisis de otras numerosas causas relacionadas con acciones de divorcio por causal de separación de hecho, ha incidido en mi decisión de variar de criterio lo que, en efecto; lo expreso en la precedente resolución para lo cual explico los motivos de conformidad con lo que dispone el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; **Segundo.-** Que el suscrito considera que cuando la Primera Disposición Transitoria de la citada Ley 27495, dispone que esta se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes, al momento de su entrada en vigencia, se ha adherido a la teoría de los hechos cumplidos según la cual las normas deben ser aplicadas inmediatamente, y si bien ninguna ley tiene efecto retroactivo, el artículo III del Título Preliminar del Código Civil al regular esta materia establece que las normas se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, asumiendo así la referida teoría de los hechos cumplidos; **Tercero.-** Que siendo así, considero que la “ratio legis” de la norma en examen trasunta la finalidad de dar solución a un problema social inocultable y objetivo como es la existencia fáctica de matrimonios que en la práctica no cumplen con la finalidad prevista en el artículo 234 del Código Civil y que, antes bien, la desvirtúan al generar conflictos de orden moral y patrimonial en perjuicio de los diversos núcleos familiares, concluyendo de todo ello que en el caso de autos la sentencia de vista al considerar la aplicación de la citada ley a la separación de hecho existente al tiempo de su vigencia, se encuentra arreglada a ley en dicho extremo.

SS. PACHAS ÁVALOS.

**LA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE
NO CULPABLE DEL DIVORCIO**

¿Debe ser fijada por el juez aún cuando no se haya probado el daño?

CAS N° 2449-2006-CUSCO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DEMANDANTE : *Orlando Edilberto La Torre Barra*
DEMANDADO : *María Eduviges Jara Quispe*
ASUNTO : *Divorcio por causal*
FECHA : *22 de agosto de 2006 (El Peruano, 30/11/2006)*

La norma imperativa es aquella que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido. Siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 345-A del Código acotado, en forma imperativa, exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause (todo ello debidamente probado) a efectos de cuantificarlo vía indemnización; por lo tanto, es cierto que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización, pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado

CAS. N° 2449-2006-CUSCO. Lima, veintidós de agosto de dos mil seis. **La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República,** vista la causa en audiencia pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a Ley, con los acompañados, emite la siguiente sentencia: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas trescientos cuatro por doña María Eduviges Jara Quispe contra la resolución de vista de fojas doscientos –noventa y cinco su fecha veintiséis de abril de dos mil seis, en el extremo que confirmando la apelada de fecha seis de diciembre de dos mil cinco declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha doce de julio de dos mil seis ha estimado procedente el recurso solo por causal de interpretación errónea del artículo 345-A, segundo párrafo del Código Civil . **3. CONSIDERANDO:** **Primero.-** Que, se acusa la interpretación errónea del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, sosteniendo que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización por daños o en su defecto, la adjudicación preferente de los bienes de la

sociedad conyugal al cónyuge perjudicado, no siendo necesario que se demande tal indemnización o adjudicación preferente de bienes. **Segundo.-** Que, en primer lugar, debe establecerse como premisa que la Sala Casatoria se circunscribe al debate de derecho que pueda surgir de la causal denunciada. Para el caso su fin esencial determinar cuál es la correcta interpretación del derecho objetivo, y no si le corresponde o no a la recurrente una indemnización por daños derivado de la separación de hecho, ni mucho menos reexaminar la prueba. **Tercero.-** Que, la indemnización es el resarcimiento pecuniario de los daños que se ocasiona en perjuicio de alguna persona, entendiéndose por daño personal al daño no patrimonial inferido en los derechos de la personalidad, en los valores, que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad, debiendo por tanto probarse el desmedro y cómo este ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño que puede ser cuantificable económicamente o patrimonialmente por el juez. **Cuarto.-** Que, en el considerando décimo cuarto de la sentencia de vista, la sala ha señalado que la demandada no ha solicitado oportunamente tal indemnización y menos ha probado que haya sufrido perjuicio o daño con la separación de hecho, siendo improcedente su atención en esa instancia. **Quinto.-** Que, la Sala para denegar la indemnización parte de la premisa que la demandada no ha solicitado oportunamente tal indemnización; en este sentido cabe tener presente que la recurrente al contestar la demanda no alegó el perjuicio o daño ocasionado a su persona, motivo por el cual el juez de Primera Instancia no se pronunció al respecto, y si bien el espíritu de la norma radica en la protección económica del cónyuge abandonado que hubiere sufrido algún perjuicio, debe considerarse también que siendo la sentencia una operación analítica y crítica, mediante la cual el juez elige entre la tesis del actor o la antítesis del demandado, esta no puede fundarse en alegaciones no efectuadas por las partes ni mucho menos improbadas, por tanto la recurrente debió hacer valer su derecho en su oportunidad y no al momento de apelar la sentencia de primera instancia. **Sexto.-** Que, asimismo cabe señalar que la norma imperativa es aquella que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido, siendo así el segundo párrafo del artículo 345-A del Código acotado en forma imperativa exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause (todo ello debidamente probado) a efectos de cuantificarlo vía indemnización; por tanto lo alegado por la recurrente que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización es cierto, pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado, siendo así, la sala al

concluir que la demandada tampoco ha probado que haya sufrido perjuicio o daño alguno con la separación, ha efectuado una correcta interpretación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, al pronunciarse respecto a la indemnización advertida dado el carácter imperativo de la norma, sin embargo en base a las pruebas aportadas ha considerado que no se ha acreditado el daño o perjuicio alegado. **4. DECISIÓN:** a) Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña María Eduviges Jara Quispe, en consecuencia **NO CASAR** la resolución de vista de fojas doscientos noventa y cinco su fecha veintiséis de abril de dos mil seis, b) **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal. C) **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, en los seguidos por don Orlando Edilberto La Torre Barra con doña María Eduviges Jara Quispe sobre divorcio por causal; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PEÑA, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES



INDEMNIZACIÓN Y ALIMENTOS DEL CÓNYUGE PERJUDICADO CON LA SEPARACIÓN DE HECHO

La Corte Suprema señala que en los casos de divorcio por separación de hecho, la pensión alimenticia será fijada por el juez independientemente de la indemnización que corresponda al cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho. La autora comenta el fallo analizando el contenido de los artículos 345-A y 350 del Código Civil, conviniendo con el Tribunal en que los alimentos y la indemnización son aspectos distintos pero no excluyentes

CAS. N° 208-2004-PIURA

Divorcio por causal de separación de hecho. Lima, seis de setiembre de dos mil cinco.- **La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República,** vista la causa en audiencia pública en el día de la fecha, producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Jorge W. Alva Inga, abogado de Marco Antonio Silva Barrio de Mendoza, contra la resolución numero veintisiete, de fojas trescientos veintidós,” su fecha veintiuno de octubre de dos mil tres, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos oventa y siete , su fecha treinta de enero de dos mil tres, que declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho; en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído ante la Municipalidad Provincial de Lima el veintidós de noviembre de mil novecientos oventa y siete; la revocó en el monto del porcentaje que el demandante acude a la demandada con la pensión alimenticia del dieciocho por ciento del total de sus remuneraciones; reformándola dispusieron el veinte por ciento del total de sus remuneraciones y demás beneficios que percibe o percibiera el demandado; la confirmaron en lo demás que contiene; e integrando la sentencia venida en grado, declararon infundada la tacha formulada a fojas ciento oventa y siete ; en el proceso seguido por Marco Antonio Silva Barrio de Mendoza con Blanca Luisa Sáenz de Silva sobre divorcio por la causal de separación de hecho; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante resolución expedida por esta Suprema Sala, de fecha diez de marzo de dos mil cuatro, se declaró **PROCEDENTE** el presente recurso, denunciando las causales previstas en los incisos primero y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, esto es, la interpretación errónea de una norma de derecho material y la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso; denunciando: a) la interpretación

errónea de los artículos trescientos oventa y siete guión A y trescientos cincuenta del Código Civil, argumentando que de la lectura de las normas se concluye que existe una aparente contradicción entre ellas; siendo que la Sala erróneamente considera que, el recurrente tendría que en vía de acción demandar el cese de la obligación alimentaría, sin reparar que era evidente la colisión del artículo trescientos cincuenta del Código Sustantivo con el artículo trescientos oventa y siete guión A del mismo cuerpo legal; siendo que para la Sala, erróneamente quien demanda divorcio por la causal prevista en el inciso doce del artículo trescientos treintitrés de! Código Sustantivo, no puede aplicar el artículo trescientos cincuenta del mismo Código, lo cual no es cierto; de acuerdo al artículo trescientos oventa y siete guión A del Código Civil, al momento de la presentación de la demanda se debe cumplir con los requisitos establecidos en la norma, pero eso no impide que, al concluir el proceso, declarando fundada la demanda, no surta efectos lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenta mencionado; por otro lado, el artículo trescientos oventa y siete guión A del citado cuerpo legal, cuando refiere que se otorgará una indemnización al cónyuge perjudicado, independientemente de los alimentos que le pudiera corresponder, está en el supuesto que la parte emplazada haya alegado indigencia y se ha comprobado; y, b) la contravención de los artículos trescientos cincuentiséis, trescientos setenta y numeral séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, indicando que los magistrados han ido más allá del petitorio señalado y demandado por la emplazada en su contestación a la demanda y en su recurso de apelación, puesto que se ha afectado el principio de rogación, al revisar situaciones y hechos no peticionados ni por el recurrente ni por la demandada, sino que se ha analizado de oficio, es más, el que no emite ningún pronunciamiento respecto del estado de indigencia de la demandada, puesto que el único argumento de apelación de la emplazada era que se elevará el monto de su pensión del dieciocho por ciento al veinte por ciento; consecuentemente, se ha afectado su derecho al debido proceso; por otro lado la resolución de vista, al referirse a la sentencia del a quo, hace alusión expresa a los fundamentos pertinentes, sí indicar cuales son estos, lo cual afecta el principio de claridad; asimismo, de los puntos controvertidos, fijados en la audiencia correspondiente, no se desprende que exista como punto el señalamiento de una pensión alimenticia en este proceso, ni que se merite prueba alguna sobre este extremo, lo que viola el principio de congruencia: además, la Sala viola el principio de la lógica, previsto en el inciso quinto del artículo ciento oventa y siete de la Carta Magna y el inciso tercero del artículo ciento veintiuno del Código adjetivo, el cual exige una

motivación ordenada de la sentencia; **CONSIDERANDO: Primero:** Que, respecto de la causal referida a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo trescientos oventa y siete guión A del Código Civil, el juez está obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, para lo cual 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 alimenticia que le pudiera corresponder; **Segundo:** Que, en este caso, la demandada está perjudicada por la separación de hecho, y el juez al expedir la sentencia lo único que ha hecho, es cumplir con lo establecido en el segundo párrafo del artículo trescientos oventa y siete guión A del Código Sustantivo: **Tercero:** Que, más aún, en este caso la pensión alimenticia es producto,* de la sentencia expedida en un proceso de aumento de alimentos y el juez al haber fijado dicha pensión no ha incurrido en irregularidad alguna. **Cuarto:** Que, todo esto determina que la sentencia de vista se encuentra debidamente fundamentado por lo cual la causal adjetiva resulta infundada; **Quinto:** Que, en cuanto a la interpretación errónea de los artículos trescientos oventa y siete guión A y trescientos cincuenta del Código Civil, el juez ha interpretado válidamente el segundo párrafo del artículo trescientos oventa y siete guión A, por cuanto ha cumplido con su obligación de velar por la estabilidad económica : del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, al adjudicar a la demandada bienes de la sociedad conyugal y respetando la pensión alimenticia que ha sido señalado en el proceso correspondiente: **Sexto:** Que, en lo que respecta a la aparente contradicción entre los artículos trescientos oventa y siete guión A y trescientos cincuenta del Código sustantivo, el primero de ellos resulta de aplicación para la separación de hecho contemplada en el inciso doce del artículo trescientos treintitrés del Código Civil y artículo trescientos cincuenta del mismo Código a las otras causales de divorcio del artículo acotado; **Séptimo:** Que, además, en este caso no se trata de verificar la indigencia de la demandada, por cuanto existe una sentencia en un juicio de aumento de alimentos; **RESOLUCIÓN:** Estando a las consideraciones expuestas; de conformidad con el dictamen fiscal y a lo establecido en el , artículo trescientos oventa y siete del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos veintinueve por Jorge W. Alva Inga Abogado de Marco Antonio Silva Barrio de Mendoza; en consecuencia **NO CASARON** la resolución recurrida de fojas trescientos veintidós, su

fecha veintiuno de octubre de dos mil tres; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** que, la presente resolución se publique en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Marco Antonio Silva Barrio de Mendoza Cerrada contra Blanca Luisa Sáenz de Silva, sobre divorcio por separación de hecho; y, los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZEN; TICONA PÓSTIGO; LOZA ZEA; SANTOS PEÑA, PALOMINO GARCÍA.



CONVENIO DE PAGO DE ALIMENTOS

Subsistencia luego del divorcio

El convenio de pago de alimentos asumido por las partes en la separación convencional, subsiste a pesar de que posteriormente se declare la disolución del vínculo matrimonial, en razón a que dicho compromiso es expresión de la disponibilidad y liberalidad con la que cuentan las partes para contratar.

Cas. N° 2100-2003 LIMA (Publicada en El Peruano, 30 de setiembre de 2004)

Lima, veintiséis de mayo de dos mil cuatro.

LA SALA TRANSITORIA DE DERECHO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista con los acompañados, la causa número dos mil cien dos mil tres, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Adolfo Rafael Dammert Ludowieg, mediante escrito de fojas doscientos once, contra la sentencia de vista de fojas doscientos cinco, que revoca la sentencia apelada que declara Fundada la demanda y Nulo y sin efecto legal el Acto Jurídico, contenido en el numeral cuatro punto uno, de la propuesta de convenio de fecha setiembre de mil novecientos noventitrés, que establece la obligación de la parte del demandante de acudir con una pensión alimenticia de ochocientos dólares americanos a favor de la demandada; con costas y costos; y Reformándola declara Infundada dicha demanda; con costas y costos; en los seguidos por Adolfo Rafael Dammert Ludowieg contra Rosa María del Pilar Andrade de Lucio, sobre Nulidad de Acto Jurídico; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, este Supremo Colegiado, mediante resolución de fecha tres de octubre de dos mil tres, ha declarado Procedente el recurso de Casación por la causal contenida en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, esto es, por la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso; sosteniendo que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, al expedir la sentencia de vista, contraviene las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, por cuanto expresa que tanto la sentencia de primera instancia, que declaró la disolución del vínculo matrimonial entre el recurrente y la demandada, como el convenio de pago de alimentos cuya nulidad persigue con la demanda; al haber sido materia de

pronunciamiento jurisdiccional, ostenta la autoridad de cosa juzgada inmutable, afirmación que no toma en consideración que la sentencia expedida en un proceso de alimentos, no adquiere la autoridad de cosa juzgada material, en la medida en que la decisión que se adopte al respecto, puede ser posteriormente modificada en otro proceso, trasgrediendo lo dispuesto por la primera parte del inciso trece del artículo ciento oventa y siete de la Constitución Política del Estado y el inciso segundo del artículo ciento veintitrés del Código Procesal Civil. **CONSIDERANDO: Primero:** Que, es materia del recurso de mérito determinar si al emitir la resolución final el Superior Colegiado, ha incurrido en error *in procedendo*, al haber determinado que tanto la sentencia de primera instancia, que declaró la disolución del vínculo matrimonial entre el recurrente y la demandada, como el convenio de pago de alimentos cuya nulidad persigue con la demanda; al haber sido materia de pronunciamiento jurisdiccional, ostenta la autoridad de cosa juzgada inmutable, contraviniendo lo dispuesto en la primera parte del inciso trece del artículo ciento oventa y siete de la Constitución y el inciso segundo del artículo ciento veintitrés del Código Procesal Civil; **Segundo.-** Que, las mencionadas normas procesales, cuya trasgresión se denuncia, legislan respecto a la autoridad de cosa juzgada y la prohibición de revivir procesos fenecidos por resolución ejecutoriada; Tercero.- Que, tal como se advierte de fojas ciento dieciséis a ciento cuarenta, y como se estableciera en la sentencia recurrida, las partes que intervienen en el presente proceso, con fecha diecisiete de setiembre de mil novecientos noventitrés, suscribieron una “Propuesta de Convenio”, por la cual, según su cláusula cuatro punto uno, acuerdan los suscribientes del compromiso, que Adolfo Rafael Dammert Ludowieg, hoy demandante, acuda a doña Rosa Maria Del Pilar Andrade de Lucio, actualmente demandada, con una pensión alimenticia mensual y adelantada de ochocientos dólares americanos, mientras ella no contraiga nuevas nupcias; siendo que dicho compromiso asumido por las partes fue aprobado en la Sentencia de Separación Convencional, de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos oventa y siete , como se verifica de la copia que corre a fojas ciento treinta de autos; habiéndose declarado ulteriormente, por sentencia del dos de setiembre de mil novecientos oventa y siete , la disolución del vínculo matrimonial, quedando expresamente subsistente todo lo demás que contiene la sentencia de separación convencional, la cual fuera aprobada vía consulta con fecha veintiséis de octubre de mil novecientos oventa y siete , conforme se advierte de fojas oventa y siete ; **Cuarto.-** Que, si bien, la Sala ha concluido que el citado convenio, que incluye a los

alimentos de la ex cónyuge demandada, ha sido materia de pronunciamiento jurisdiccional que ha pasado a la autoridad de cosa juzgada inmutable, amparándose en el artículo ciento veintitrés parte final del Código Procesal Civil; este no ha sido el único argumento, sobre el que se basa el Colegiado para tomar su decisión; ya que como se advierte del cuarto considerando de la recurrida este postula el enfrentamiento entre la disposición contenida en el artículo trescientos cincuenta primera parte del Código Civil y la disponibilidad y liberalidad con la que cuentan las partes para contratar; que en tal sentido es en un contexto unitario en el que debe analizarse la recurrida; **Quinto.-** Que, en tal sentido, y estando a que del propio tenor de la Propuesta del Convenio corriente de fojas ciento dieciséis, como lo ha determinado el Superior Colegiado, no se verifica circunstancia alguna que genere la Nulidad del Acto Jurídico, que celebraran las partes en litigio, el recurso propuesto debe desestimarse; tanto más si dicho compromiso ha sido valorado como expresión de acuerdo de voluntades válido de las partes, tanto en la sentencia de Separación Convencional como en la consiguiente declaración de Divorcio Ulterior; respecto de las cuales el hoy demandante y recurrente estuvo conforme; **Sexto.-** Que, en consecuencia la sentencia impugnada no adolece del error in procedencia denunciada por el actor, por lo que al no haberse verificado la trasgresión a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y en aplicación de lo previsto en el artículo trescientos oventa y siete del Código Procesal Civil, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos once, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas doscientos cinco, su fecha veintiséis de marzo de dos mil tres; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos del proceso originados en la tramitación del recurso, así como a la multa de una unidad de referencia procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Adolfo Rafael Dammer Ludowieg, contra María del Pilar Andrade de Lucio; sobre Nulidad de Acto Jurídico; y los devolvieron.

SS. ROMÁN SANTISTEBAN; TICONA POSTIGO; LAZARTE HUACO;
RODRÍGUEZ ESQUECHE; EGÚSQUIZA ROCA.

PARA PROBAR LA SEPARACIÓN DE HECHO

¿Se requiere algún medio probatorio formal?

Para demostrar la separación de hecho de los cónyuges como causal de separación de cuerpos, no se requiere medio probatorio alguno que revista de formalidad, siendo admitido para tal fin todo documento público o privado que evidencie la certeza de los hechos.

CAS. N° 2548-2003 LIMA. (El Peruano, 30 de noviembre de 2004)

CAS. N° 2548-2003 LIMA. DIVORCIO. Lima, diez de agosto de dos mil cuatro.- **SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:** Vista la causa número dos mil quinientos noventa y siete – dos mil tres, en audiencia pública de la fecha, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos noventitrés por Hilda oventa Salinas, contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos noventa y siet, expedida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha catorce de julio de dos mil tres, que resuelve confirmar la sentencia apelada de fojas cuatrocientos veinte, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil dos, que declara Fundada la demanda de Separación de Cuerpos, por la causal de Separación de Hecho, y en consecuencia legalmente separados a don Jaime Leonardo Prieto Arrieta y doña Hilda noventa Salinas, respecto del matrimonio contraído el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete, por ante la Municipalidad Distrital de San Borja, la Revocaron en el extremo que ordena el pago de las costas y costos procesales, Reformándola en esta parte exoneraron a la demandada de dicho pago, con lo demás que contiene; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, por resolución de fecha catorce de noviembre de dos mil tres, obrante a fojas veintitrés del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por las causales relativas a la inaplicación de una norma de derecho material, y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, ha sido admitido el recurso de casación por los siguientes fundamentos: a) La recurrente refiere, que se ha inaplicado el artículo trescientos oventa y siete – A del Código Civil, según el cual el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, norma que, además, dispone que deberá señalarse una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, toda vez que en este caso, se omitió señalar que le

corresponde como cónyuge perjudicada en la presente contienda, lo que pone en riesgo su subsistencia; b) Que, asimismo, acusa la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sosteniendo que las instancias de mérito para amparar la demanda, se sustentaron en presupuestos que el demandante atribuye a la recurrente como conducta incompatible de una convivencia, sin que se haya demostrado concretamente la causal de separación de hecho durante los dos años consecutivos anteriores a la interposición de la demanda, e igualmente se tomó en cuenta para amparar la demanda, las acciones sobre alimentos iniciadas por su parte en que tuvo que llegar a convenios amistosos para el otorgamiento de la pensión, lo que constituye el ejercicio regular de un derecho y no puede servir de sustento para amparar la demanda incoada; **Segundo.-** Que, al haberse declarado procedente el Recurso de Casación, por las causales previstas en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, es necesario analizar previamente el vicio in proceden-do, toda vez que si se estima fundado esta causal, la consecuencia directa es la nulidad de la recurrida, resultando innecesario todo pronunciamiento respecto a los vicios in noventa y; **Tercero.-** Que, el requisito esencial para invocar el inciso duodécimo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, como causal de separación de cuerpos, es la demostración de la separación de hecho de los cónyuges, no estableciéndose para ello un medio probatorio determinado encerrado dentro de una formalidad establecida, siendo susceptible de ser valorado y admitido como medio de prueba de lo solicitado, todo documento público o privado que evidencie la certeza de los hechos; y se desprende de los medios probatorios aportados por el accionante a fojas cuatro y cinco, referente a la solicitud de garantías personales y demanda de alimentos solicitados por la demandada Hilda Salinas, que esta manifiesta expresamente que su separación data del mes de octubre de mil novecientos noventitrés; asimismo, del señalamiento de los domicilios reales de las partes, se advierte que estos son distintos, por lo cual existe evidencia de la fecha real de la separación de cuerpos de los cónyuges, que data de octubre de mil novecientos noventitrés; esto quiere decir, de casi ocho años, cumpliendo así el requisito de procedencia de la demanda; por lo que carece de fundamento la causal denunciada; **Cuarto.-** Que, en cuanto a la causal de inaplicación del artículo trescientos noventa y siete –A, este artículo del Código Civil, establece el pago de indemnización para el cónyuge que resulte perjudicado; en primer lugar no aparece en autos que la demandada haya reconvenido sobre este punto; en segundo lugar no se ha probado de manera alguna que sufra algún daño personal con la

declaración de la separación de cuerpos; por el contrario se evidencia que el demandante concurre económicamente a la demandada, con una pensión alimenticia desde el año de mil novecientos noventa y siete, el cual es directamente descontado de su pensión de jubilado y esposo, ya que no cuenta con carga familiar; y, además la tenencia de bienes patrimoniales de la sociedad conyugal, por parte de la recurrente, según documento de fojas treintiséis, sobre separación de bienes; **Quinto.-** Que, el daño personal es el daño no patrimonial, inferidos en los derechos de la personalidad, en valores que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad infiriendo directamente en las emociones, sufrimiento, dolor, pena, angustia y el proyecto de vida misma de la persona directamente afectada y quienes dependan de esta. Para configurar entonces el daño moral o personal, debe probarse el desmedro que se ha sufrido, cómo ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño que puede llegar a ser cuantificable económicamente o patrimonialmente por el Juez; **Sexto.-** Que, el acotado artículo, no contiene el mandato imperativo de fijar una indemnización, pues esta se encuentra supeditada en primer lugar, a la determinación del cónyuge perjudicado, y, en segundo lugar, a la determinación de la inestabilidad económica de este, en el caso que se declare fundada la demanda, por lo consiguiente de acuerdo a lo expuesto, no resulta amparable la pretensión del recurso de casación en este extremo; Que, estando a los considerandos anteriores, y de conformidad con lo previsto por el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos noventitrés, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas cuatrocientos noventa y siete su fecha catorce de julio de dos mil tres; **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jaime Leonardo Prieto Arrieta en contra de Hilda oventa Salinas sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron.

SS. ROMÁN SANTISTEBAN, TICONA POSTIGO, LAZARTE HUACO,
RODRÍGUEZ ESQUECHE, EGÚSQUIZA ROCA.

**SI AL DEMANDARSE EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO NO SE
PIDE INDEMNIZACIÓN ALGUNA**

Cas N° 606-2003

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

Demandante : *Carlos Cevallos Saavedra*

Demandado : *Martha Farfán Ruiz*

Asunto : *Divorcio por causal*

Fecha : *11 de julio del 2003 (El Peruano,
01/1/2003)*

Todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos conyugues, que no logran consolidar una familia estable, de modo tal que en los procesos de divorcio por separación de hecho, los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un conyugue que resalte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos. De existir, se le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio.

CAS. N° 606-2003 SULLANA. DIVORCIO Lima, once de julio del dos mil tres.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**; vista la causa número seiscientos seis- dos mil tres, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación de fojas ciento noventa y siete interpuesto por doña Martha Farfán Ruiz contra la sentencia de vista de fojas ciento noventa y siete, emitida por la Sala Mixta de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura de fecha veinticuatro de enero del dos mil tres, que confirma la apelada de fojas ciento once, de fecha veintiséis de julio del año dos mil dos, que declaró fundada la demanda de fojas trece, y la disolución del vínculo matrimonial] contraída entre las partes el dos de diciembre de mil novecientos ochentitrés y disuelta la sociedad de gananciales existentes entre las partes; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Por resolución de este Supremo Tribunal del cinco de mayo del dos mil tres se declaró la procedencia del recurso por la causal

contemplada en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, al haberse acusado la inaplicación del inciso a) del artículo trescientos noventa y siete del Código Civil [1], modificado por la ley veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete, pues tanto el *a quo* como el *ad quem* no han fijado la indemnización correspondiente ni ordenado la adjudicación preferente de los bienes sociales a favor de la demandada, toda vez que siendo la parte perjudicada por la separación de hecho debe velarse por la estabilidad económica de ella así como la de sus hijos;

CONSIDERANDO: Primero.- Que por la institución del divorcio uno o ambos cónyuges de acuerdo a ley –en este último caso luego de realizado la separación convencional- pueden acudir al órgano jurisdiccional a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial civil existente entre ellos conforme es de entenderse del artículo trescientos noventa y siete del Código Civil, concordado con los artículos trescientos cuarentinueve, trescientos treintitrés y trescientos noventa y siete de ese mismo texto normativo; **Segundo.-** Que ese marco (descartados los casos en que se solicita el divorcio luego de decretado la separación de cuerpos) debe precisarse que pueden presentarse las siguientes posibilidades: I) Que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada del “divorcio-sanción”, que se hallan contempladas en los acápites primero al séptimo y décimo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil [2]; II) Que accione el cónyuge ya no “perjudicado”, sino aquel que busca solucionar una situación conflictiva siempre y cuando no se base en hecho propio, supuestos regulados en los incisos ocho, nueve y once del artículo trescientos treintitrés [3] citado que se hallan justificados por la teoría conocida como “divorcio-remedio”; y III) Que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar, al igual que en el caso anterior, una situación conflictiva, caso que contempla el inciso doce del multicitado artículo trescientos treintitrés y que también pertenece a la teoría del divorcio remedio, en el que se busca no un culpable sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales; **Tercero.-** Que éste último caso, en el que cualquiera de los cónyuges puede ser quien active el aparato jurisdiccional, es el de la separación de hecho, introducida en nuestro sistema civil mediante la ley veintisiete mil novecientos noventa y siete, modificatoria del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; causal que busca dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad de acuerdo al artículo doscientos noventa y siete del Código Civil; **Cuarto.-**

Que sin embargo en busca de la protección a la familia las normas que la regulan establecen determinados requisitos para que pueda entablarse y en su caso ampararse, como es el plazo de dos años si no existen hijos y de cuatro si lo hay, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones alimentarias; y la fijación de una indemnización al cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente a su parte de los bienes de la sociedad conyugal independientemente a la pensión de alimentos que pudiera corresponder;

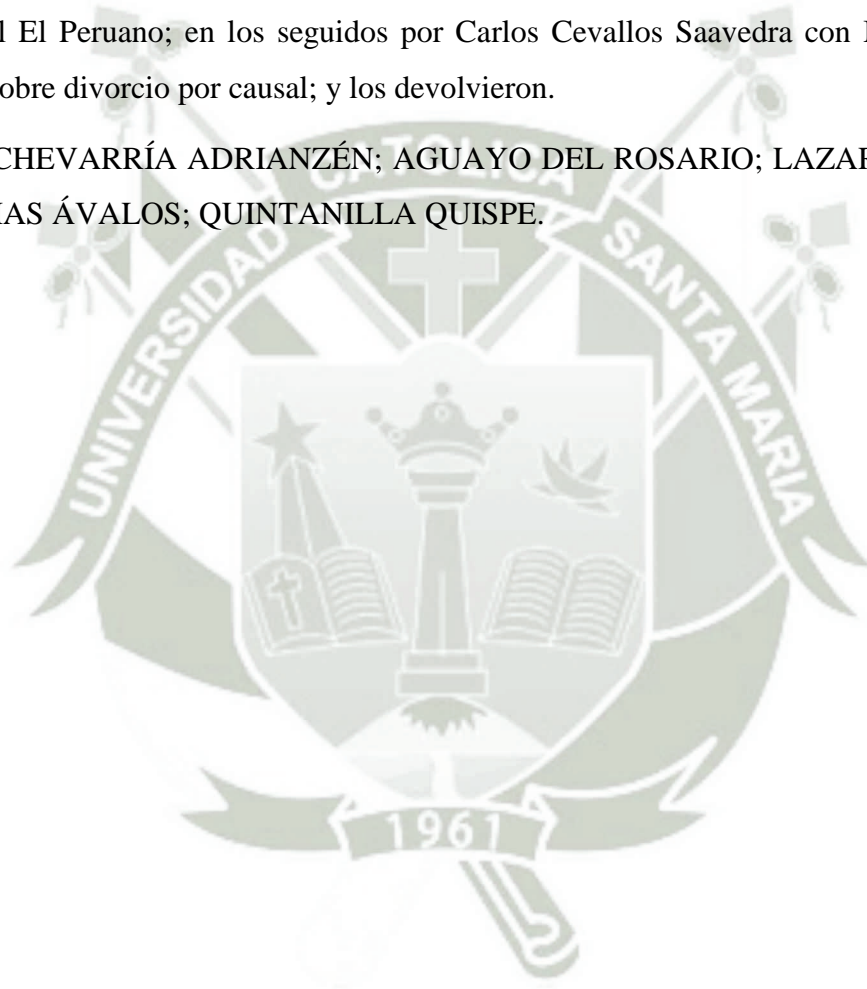
Quinto.- Que, en efecto el artículo trescientos noventa y siete –A del Código Civil dispone textualmente: “Para invocar el supuesto el inciso doce del artículo trescientos treintitrés el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por Inestabilidad 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 al cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro, trescientos cuarentidós, trescientos cuarentitrés, trescientos noventa y siete y trescientos cincuentidós en cuanto sean pertinentes”;

Sexto.- Que interpretado dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica “perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio [4];

Sétimo.- Que la impugnante ha denunciado la inaplicación del artículo trescientos cuarenta y cinco – A del Código Civil, sustentada en que los juzgadores no han fijado la indemnización correspondiente, ni ordenado la adjudicación preferente de los bienes sociales a su favor no obstante ser la perjudicada, a lo que es de anotar que de la revisión de las sentencias se tiene que no existe un pronunciamiento sobre tales aspectos señalados por el artículo trescientos noventa y siete –A; sin embargo para que se diluciden tales puntos es necesaria la revaloración de la prueba, lo que no puede efectuarse en sede de casación por lo que deben remitirse los autos a fin de que las instancias se pronuncien sobre dichos puntos de conformidad con

el artículo ciento veintidós incisos tercero y cuarto del Código Procesal Civil, considerando asimismo el artículo cuatrocientos ochentitrés del Código Procesal Civil en lo pertinente; **Octavo.-** Que, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento noventa y siete, interpuesto por doña Martha Farfán Ruiz; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento noventa y siete, de fecha veinticuatro de enero del dos mil tres; e **INSUBSISTENTE** la apelada; **ORDENARON** que el juez emita nuevo fallo con arreglo a ley; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Carlos Cevallos Saavedra con Martha Farfán Ruiz sobre divorcio por causal; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; AGUAYO DEL ROSARIO; LAZARTE HUACO;
PACHAS ÁVALOS; QUINTANILLA QUISPE.



LA SEPARACIÓN DE HECHO

¿DIVORCIO – CULPA O DIVORCIO – REMEDIO?

La sentencia en casación objeto de comentario es la primera que se publica en el diario oficial El Peruano sobre el divorcio por causal de separación de hecho. El autor analiza la resolución y aborda temas fundamentales a efectos del correcto entendimiento de esta causal del divorcio, como su configuración y naturaleza, la forma como se verifica el requisito de admisibilidad (probar que se está al día en las obligaciones alimentarias) y el cumplimiento del plazo legal mínimo, entre otros. Concluye, así, que algunos aspectos de la calificación legal de la separación de hecho no han sido completados y existen otros institutos trascendentales que demandan tratamiento, como la protección de los intereses económicos del cónyuge perjudicado.

CASACIÓN N° 1120-2002-PUNO

(EL PERUANO DEL 31 DE MARZO DE 2003)

Lima, diez de enero del dos mil tres.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número mil ciento veinte – dos mil dos, con el acompañado; en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas ciento dieciséis por doña Roxana Benito López contra la resolución de vista de fojas ciento diez expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Puno el trece de marzo de dos mil dos, que desaprueba la sentencia consultada que declara fundada la demanda interpuesta por la recurrente sobre divorcio por causal de separación de hecho; reformándola declararon improcedente la referida demanda;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Por resolución de esta Sala Suprema del veintinueve de mayo del dos mil dos se declaró procedente el recurso por la causal prevista en el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada en que se han interpretado erróneamente el artículo trescientos treintitrés inciso duodécimo y el artículo trescientos cuarenta y cinco – A del Código Civil, al señalar el Superior que esta acción solo puede

ser accionada por el cónyuge que abandonó el hogar y no por el perjudicado, lo que es erróneo porque la primera parte del inciso duodécimo del artículo trescientos treintitrés, se refiere a la separación de hecho de los cónyuges y no del cónyuge, por lo que cualquiera de ellos puede accionar; que la indemnización precisada en el artículo trescientos noventa y siete –A se refiere al padre demandante cuando éste ha sido la persona que ha ocasionado el perjuicio y se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas, y no cuando la madre alimentista es la demandante, por lo que lo resuelto atenta contra el derecho a la igualdad ante la ley, principio consagrado por el artículo dos de la Constitución Política del Estado;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que. La Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete vigente desde el día ocho de julio del año dos mil uno incorpora el inciso duodécimo al artículo trescientos treintitrés del Código Civil, el mismo que prevé la separación de hecho como una nueva causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio;

Segundo.- Que, el plazo previsto para la separación de hecho es de un período ininterrumpido de dos años, plazo que será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Civil;

Tercero.- Que, la Primera de las Disposiciones Complementarias y Transitorias de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete precisa que esta ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia;

Cuarto.- Que, como se advierte, el objeto de la ley acotada es precisamente no limitar la capacidad de accionar a ninguno de los cónyuges. Que, si bien el primer párrafo del artículo trescientos cuarenta y cinco –A del Código Civil, señala que para incoar esta acción quien demanda 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, es preciso acotar que esta norma le impone una restricción a aquel obligado que pretenda incoar la demanda;

Quinto.- Que, es de verse de autos que la demanda se interpuso en el mes de julio del año dos mil uno y que el A-quo estableció en su sentencia que la sociedad conyugal en conflicto tiene un hijo menor de edad y la existencia de una separación de hecho desde el año mil novecientos noventa y siete, por lo que acogió la pretensión demandada;

Sexto.- Que, el Colegiado Superior considera que solo puede accionar quien propicia la interrupción de la convivencia conyugal, interpretando así el Ad-quem el inciso duodécimo del artículo trescientos treintitrés y el Artículo trescientos noventa y siete – A del Código Civil;

Sétimo.- Que, al respecto deben hacerse las siguientes precisiones; en primer lugar, la separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge-culpable y de un cónyuge-perjudicado (sic) y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios, pues en este caso expresamente no resulta aplicable el artículo trescientos noventa y siete del Código Civil;

Octavo.- Que, por consiguiente ni el inciso duodécimo segundo del artículo trescientos treintitrés ni el artículo trescientos noventa y siete –A del Código Civil limitan la acción de divorcio únicamente a quien unilateralmente haya invocado la separación de hecho. Por consecuencia, han sido interpretadas en forma errónea las referidas normas;

Noveno.- Que, conforme a lo expuesto cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción conforme a la causal bajo estudio; más aún si tenemos en cuenta que ambos cónyuges disfrutaban de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminados por ninguna razón, según lo contempla el inciso segundo del artículo dos de la Constitución Política del Estado;

Décimo.- Que, configurándose la causal prevista en el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil y estando a lo dispuesto en el inciso primero del artículo trescientos noventiséis de ese mismo Código.

DECLARARON:

FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas ciento dieciséis, en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas ciento diez, su fecha trece de marzo del dos mil dos; y, actuando en sede de instancia **APROBARON** la sentencia elevada en consulta; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por doña Roxana Benito López con don Wilfredo Molina Bustinza sobre divorcio por causal de separación de hecho; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; AGUAYO DEL
ROSARIO; LAZARTE HUACO; PACHAS ÁVALOS.



SEPARACIÓN DE HECHO

¿El cómputo del plazo es retroactivo?

Solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 27495, que crea la causal de divorcio por separación de hecho, se puede acumular el plazo de separación, no siendo computable la que ocurra con anterioridad.

Cas. N° 1720 – 2003 JUNÍN (publicada en El Peruano, 30 de noviembre de 2004)

Lima, veinticinco de noviembre del dos mil tres.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE

LA REPÚBLICA; vista la causa número mil setecientos veinte guión año dos mil tres, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación

interpuesto a fojas doscientos veinticuatro, interpuesto por don Martín Ortega Villaverde contra la sentencia de vista de fojas doscientos diecinueve, emitida por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fecha nueve de mayo del año en curso, que confirmando la sentencia de Primera Instancia de fojas ciento noventa y siete, fechada el veintitrés de enero del mismo año, declaró improcedente la demanda de Divorcio por la causal de separación de hecho contra doña Nelly Miriam Peralta Romero; en los autos seguidos por Martín Ortega Villaverde con Nelly Miriam Peralta Romero, sobre Divorcio por causal de Separación de hecho; **FUNDAMENTOS**

DEL RECURSO: Por resolución de fecha quince de agosto del año en curso, obrante a fojas quince del presente cuaderno, formado en este Supremo Tribunal, declaró la procedencia del recurso por la causal contemplada en el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis de Código Procesal Civil, señalándose: que no puede considerarse la aplicación de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete, promulgada el seis de julio del dos mil uno, y publicada al día siguiente del mismo mes y año, contraria al principio de irretroactividad de la ley, habida cuenta que no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma, por el contrario la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la vigencia de la norma demuestra que estamos frente a un caso de aplicación de la Ley; y, en tal sentido, de la separación de hecho producida a partir del trece de enero de mil novecientos noventa y siete, a la fecha de interposición de la demanda que ocurrió el quince de enero del dos mil dos

habían transcurrido cinco años de transformación; que, conforme a la primera disposición complementaria y transitoria en referencia, la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete, debe aplicarse inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia, disposición en virtud de la cual deberá ampararse la demanda, la que se sustenta en la causal del inciso doce del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, que establece la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años; y **CONSIDERANDO:**

Primero.- Que, fluye del recurso sub examen y de la Resolución de Vista recurrida que la controversia se centra en determinar si la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete resulta atentatoria y violatoria del Principio de Irretroactividad de la Ley consagrado en el artículo ciento tres de nuestra **Carta Constitucional**; **Segundo.-** Que, en tal sentido corresponde a este Supremo Tribunal emitir pronunciamiento respecto de dicha situación jurídica controvertida, máxime si esta es la primera oportunidad en que se denuncia en sede casatoria un cuestionamiento respecto de la aplicación en el tiempo de la Primera Disposición Complementaria y Transitoria en referencia; siendo por consiguiente función de este Colegiado Supremo dilucidar tal aspecto desde que constituye fin de la casación velar por la correcta aplicación e interpretación del Derecho Objetivo conforme lo establece el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; **Tercero.-** Que, al respecto mediante la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete, se incorpora el inciso doce al artículo trescientos treintitrés del Código Civil, el mismo que prevé la “separación de hecho” como una nueva causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio; **Cuarto.-** Que, esta nueva causal, establece el plazo de dos años de separación de hecho entre los cónyuges de manera ininterrumpida y de cuatro años, cuando tuviesen hijos menores de edad, estableciendo la Primera Disposición Complementaria y Transitoria del citado cuerpo normativo, que la misma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; **Quinto.-** Que, la acotada Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y siete, fue promulgada el seis de julio del dos mil uno, publicada el siete del mismo mes y año, y en virtud a lo dispuesto en el artículo ciento nueve de la Constitución Política del Estado, es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, esto es, desde el día ocho de julio del dos mil uno; **Sexto.-** Que, como lo establece en forma expresa el segundo párrafo del artículo ciento tres de nuestra Carta Política vigente, ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en

materia penal, cuando favorece al reo; en tal sentido, en virtud al mandato Constitucional, la ley solo puede aplicarse hacia el futuro a los nuevos actos y a sus efectos que se produzcan en adelante; **Séptimo.-** Que el Código Civil vigente ha asumido como principio general que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Estado, regulando en sus artículos Tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del citado cuerpo normativo, lo que en doctrina se denomina como Teoría de los Hechos Cumplidos; **Octavo.-** Que, en el caso de autos, las instancias de mérito han declarado la improcedencia de la demanda basado en que no resulta de aplicación la Primera Disposición Transitoria de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos oventa y siete, debido a que ello se contrapone con lo expresamente normado en la Constitución Política del Estado, y en aplicación del control difuso del que se encuentran facultados los juzgadores, concluyen que solo a partir del de la entrada en vigencia del citado cuerpo normativo se puede acumular el plazo de separación de hecho de dos años que peticiona el actor; **Noveno.-** Que, si bien del tenor del aludido texto normativo, se aprecia que la aplicación inmediata que propugna, tiene como esencia dar respuesta a un. Problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con su finalidad del matrimonio que prevé el artículo doscientos oventa y siete del Código Civil, cuya tendencia es poner fin a un matrimonio ficticio, que en su mayoría han formado nuevos núcleos familiares; también lo es, que ello, no puede afectar el principio constitucional de irretroactividad de la ley, que es uno de los fundamentos de la seguridad jurídica, y significa que los derechos creados bajo el amparo de la ley anterior mantienen su vigencia, y sobre ellos no tiene efecto la nueva ley, pues las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos, como ocurre en el caso de autos, en que el actor afirma que la separación de hecho ha ocurrido es de el año mil novecientos oventa y siete, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos oventa y siete; **Décimo.-** Que, en tal sentido la interpretación realizada por las instancias respecto de la norma acotada es la correcta, por lo que no corresponde amparar la causal denunciada y no configurándose la causal sustantiva invocada, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil, **Declararon: INFUNDADO** el recurso de casación, interpuesto a fojas doscientos veinticuatro, por Martín Ortega Villaverde, en

consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas doscientos diecinueve, su fecha nueve de mayo del año en curso; **CONDENARON** al recurrente el pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; así como el pago de la multa de Tres Unidades de Referencia Procesal, **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; en los seguidos por Martín Ortega Villaverde con Nelly Miriam Peralta Romero sobre Divorcio por causal de Separación de hecho; y los devolvieron.

SS. WALDE JÁUREGUI, AGUAYO DEL ROSARIO LAZARTE HUACO, PACHAS ÁVALOS, QUINTANILLA QUISPE.

