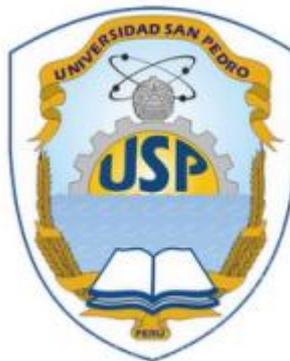


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**Enfoque del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico
peruano.**

Tesis de suficiencia profesional para obtener el título de abogado

Autor:

Soriano Portal, Fredy Roger

Asesor:

Mg. Guevara Vásquez, Marco Antonio

Cajamarca – Perú

2018

DEDICATORIA:

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mis padres, por ser el pilar más importante y por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional sin importar nuestras diferencias de opiniones. A mi esposa, por siempre apoyarme y darme fuerzas para seguir adelante, este trabajo lo dedico a ellos porque gracias ellos estoy logrado mis metas.

PRESENTACION

La presente investigación plantea desde una perspectiva netamente jurídica el enfoque del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo a la evolución histórica del divorcio y las consecuencias de la desintegración familiar.

En tal sentido, analizaremos la antigua y actual legislación peruana en cuanto a la materia; así como también revisaremos la legislación extranjera de acuerdo al tema planteado.

PALABRAS CLAVES

	Español	Inglés
Tema	Matrimonio	Marriage
Especialidad	Penal	Penal

LINEAS DE INVESTIGACION SEGÚN OCDE:

Área	Sub Área	Disciplina
Ciencias Sociales	Derecho	Derecho

INDICE

DEDICATORIA:	i
PRESENTACION	ii
PALABRAS CLAVES	iii
LINEAS DE INVESTIGACION:.....	iii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	1
I. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN EL PERÚ FAMILIA y MATRIMONIO	2
1. CONCEPTO DE FAMILIA:	2
2. CONCEPTO DE MATRIMONIO.....	3
2.1. DEBERES DE LOS CÓNYUGES	4
2.1.1. DEBERES DE FIDELIDAD	4
2.1.2. DEBER DE ASISTENCIA.....	5
2.1.3. DEBER DE HACER VIDA EN COMÚN.....	6
2.1.4. DEBER DE ALIMENTAR Y EDUCAR A LOS HIJOS.....	7
3. INVALIDEZ DEL MATRIMONIO	7
3.1. NULIDAD ABSOLUTA	9
3.2. NULIDAD RELATIVA.....	10
II. FACTORES DEL CONFLICTO CONYUGAL.....	11
1. CONFLICTO CONYUGAL.....	11
2. FACTORES EXTERNOS	12
3. FACTORES INTERNOS	13
4. REFLEJO DE LA CRISIS MATRIMONIAL EN LOS HIJOS	14
III. DIVORCIO	14
1. ETIMOLOGÍA	14
2. CONTEXTO HISTÓRICO.....	14
2.1 DERECHO ANTIGUO.....	14
2.2. EN EL DERECHO MEDIEVAL	16
2.3. DERECHO MODERNO.....	16
2.4. DERECHO CONTEMPORÁNEO.....	17

3.	CONCEPTO DE DIVORCIO	17
4.	CLASES DE DIVORCIO	19
4.1.	DIVORCIO RELATIVO O SEPARACIÓN PERSONAL	19
4.2.	DIVORCIO ABSOLUTO O VINCULAR	19
5.	TESIS DEL DIVORCIO	19
5.1.	TESIS DIVORCISTA	19
5.2.	TESIS ANTIDIVORCISTA	20
6.	TEORIAS DEL DIVORCIO:	21
6.1.	Divorcio Sanción:	21
6.2.	Divorcio remedio:	22
7.	CAUSALES DE DIVORCIO	22
7.1.	ADULTERIO	22
7.2.	VIOLENCIA FISICA OPSICOLOGICA	23
7.3.	ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE	24
7.4.	INJURIA GRAVE	24
7.5.	ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL	25
7.6.	CONDUCTA DESHONROSA	26
7.7.	TOXICOMANÍA	26
7.8.	HOMOSEXUALIDAD	27
7.9.	CONDENA JUDICIAL POR DELITO DOLOSO	27
8.	ANÁLISIS DE LA LEY N° 27495	28
8.1.	Nuevas Causales	28
8.1.1.	Separación de Hecho:	28
	Antecedentes:	28
8.1.2.	La imposibilidad de hacer vida común debidamente probada en Proceso Judicial:	32
8.1.3.	La enfermedad grave de transmisión sexual:	34
IV.	NORMATIVIDAD PROCESAL	35
1.	EN EL CÓDIGO CIVIL	35
2.	EN EL CÓDIGO PROCESAL	35
V.	DERECHO COMPARADO	35
1.	Ecuador:	36
2.	Italia:	36

3. Estados Unidos:	37
4. Alemania:	37
5. España:	37
6. Argentina:	38
7. México:	38
CONCLUSIONES	39
RECOMENDACIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	42
ANEXO	44

RESUMEN

En la presente monografía se ha analizado comparativamente la evolución del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo a la evolución histórica del divorcio y las consecuencias de la desintegración familiar, partiendo de definir adecuadamente los institutos jurídicos involucrados para luego confrontarlos con las teorías sobre el matrimonio y el divorcio, analizándolos tanto en la legislación nacional y extranjera, como en la jurisprudencia, de todo lo cual se extraen conclusiones que revelan las ventajas y desventajas del actual ordenamiento normativo sobre la materia.

ABSTRACT

In this monograph the comparative analysis of the evolution of marriage in our legal system according to the historical evolution of divorce and the consequences of family disintegration, starting from properly defining the legal institutes involved and then confronting them with theories on marriage and Divorce, analyzing them both in domestic and foreign legislation, as well as in jurisprudence, all of which draw conclusions that reveal the advantages and disadvantages of the current legal order on the subject.

INTRODUCCIÓN

Podemos iniciar manifestando que cuando hablamos de la figura legal del divorcio ésta acarrea como una figura polémica en nuestro ordenamiento jurídico. Puesto que la razón, es la necesidad de mantener la institución matrimonial aún a costa de lo que manifiestan o representan las partes involucradas con su propio actuar por parte de nuestros legisladores, los reguladores por excelencia.

El divorcio suele ser concebido como un medio legal que destruye el vínculo matrimonial. Sin embargo, consideramos que por medio de éste se brinda la posibilidad de ponerle fin a una relación sin contenido y con el mínimo sentido de mantener una vida en común. Esta última, es una característica propia de una relación matrimonial saludable que proyecta desarrollo de manera individual y en pareja.

Es así que debieron pasar aproximadamente veinte años y diversos proyectos de ley para que la causal de separación de hecho pasara a formar parte de nuestra estructura taxativa de causales de divorcio. La mayoría de estas propuestas tenían como fundamento la ausencia de elementos básicos de un matrimonio, como la vida en común que se ve representada en el alejamiento de las partes por razones que no sería necesario exponer en la demanda de divorcio.

Además de ello, fue necesario poner fin a situaciones de facto irregulares (uniones de hecho impropias) que no sólo afectarían a las partes involucradas, sino a terceros en relación a una serie de actos contractuales que incluyen el ámbito patrimonial de la comunidad conyugal.

Si bien, el hombre y la mujer tienden a vivir en pareja generalmente unidos en matrimonio, en algunos casos se logra mantener esa unión por toda la vida, en otros no solo les produce infelicidad dando origen a las frustraciones y malos tratos que suelen llegar a la violencia y como todo en la vida es aventura, muchas veces el matrimonio fracasa y entonces viene la ruptura de la pareja optando por el divorcio o sea la separación definitiva.

I. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN EL PERÚ FAMILIA y MATRIMONIO

1. CONCEPTO DE FAMILIA:

La palabra familia etimológicamente deriva la sanscrita *fama* o *famaque*, que significa habitación, residencia de vestido, lugar, casa.

La palabra “fama” significa habitación, residencia, casa. Desde el punto de vista del tiempo, evolución la familia es una categoría social, es decir un fenómeno social, mutable, basado en el matrimonio y en el parentesco. Desde el punto de vista social, es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de procreación y del parentesco.

Para otros, deriva de la voz latina *fames* que significa hambre y alude al hecho de que en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias. También se le vincula con esclavo o el que habita la casa (Morante).

Para Aguilar Llanos, la familia, es la comunidad de personas que tiene como misión principal revelar y comunicar el amor, es reconocida por todas y su importancia y trascendencia ha llevado a que numerosos cuerpos legales, nacionales e internacionales, le presten una atención preferente por parte del Estado y la comunidad.

Para Mallqui y Mahometano; la familia es una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas, unidas íntimamente por vínculos de sangre o por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación, y que se sujetan a una conducta y convivencia en un mismo domicilio.

Una de las formas de origen de la familia lo constituye el matrimonio.

2. CONCEPTO DE MATRIMONIO

Etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos de raíz latina *matris* madre y *munim* carga o gravamen, por lo que algunos han señalado que se trata de una carga o gravamen para la madre, por cuanto sería ella quien lleva el peso, antes y después del parto, en tanto que ella concibe a los hijos, los alumbró, los cuida, atiende su formación y los educa.

Unión legal del hombre y la mujer para la comodidad recíproca de vida y afecto cuya finalidad primaria es la procreación y formación laboral y educaciones y otros secundarios como el amor mutuo y ayuda mutua.

Según Planiol, el matrimonio es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona, y que puede romper por su voluntad”.

Para Aguilar Llanos, el matrimonio implica un consentimiento libre y válido, por ello la aptitud de los contrayentes es indispensable. En atención a esto se regular los impedimentos para celebrar un matrimonio válido y si, pese a ello, se celebra el matrimonio, entonces se regula la ineficacia del mismo. El matrimonio como acto es formal, pues por la importancia del mismo no queda al arbitrio de las partes escoger la forma, pues ésta ya viene determinada por la ley. El fin del matrimonio es la plena comunidad de vida, en la que se da remedio a la concupiscencia que nos hablaba Santo Tomás, la procreación, la educación de los hijos, entre otros.

Ludwing Enneccerus define el matrimonio como la unión de un varón y una mujer reconocida por la ley, investido de ciertas consideraciones jurídicas, que están dirigidas al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges.

Luis Diez Picazo y Antonio Gullón entienden es casamiento como “la unión de un varón y una mujer concertada de por vida, mediante la observancia de ritos o

formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia”.

Nuestro Código Civil de 1984 define el matrimonio como la institución fundamental del Derecho de Familia, que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común.

2.1. DEBERES DE LOS CÓNYUGES

2.1.1. DEBERES DE FIDELIDAD

Es la esencia del matrimonio y tiene su fundamento en la moral, este deber tiene carácter recíproco, pues si se permitieran relaciones extraconyugales, la unión de almas y de cuerpos se vería profundamente resquebrajada.

Se dice de la exactitud en el cumplir con el compromiso asumido; también se alude a la constancia en el cariño. Llevado a sede matrimonial diremos que el respeto hacia el consorte implica no ofenderlo ni con palabras ni con hecho, respeto hacia la persona como compañero de esta vida en común, guardando su buen nombre, nos lleva a la fidelidad que debe existir entre los consortes; la cual no se refiere sólo a las relaciones íntimas que deben ser excluyentes, sino también es fidelidad en el plano social y económico, demostrando identificación con el cónyuge, pues los intereses deben ser comunes en tanto que se trata de una comunión de vida.

Barbero asevera que “... la fidelidad comporta para cada cónyuge el deber de abstenerse de relaciones sexuales y filo-sexuales con otra persona que no se el propio cónyuge; deber que, en cuanto a ciertos aspectos, está también envuelto en una tutela de orden penal, que castiga como delitos la bigamia.”

Belluscio, asevera que: El deber de fidelidad es una consecuencia necesaria del matrimonio monogámico. No sólo excluye la posibilidad de que uno de los

esposos tenga relaciones sexuales con un tercero, sino también toda relación con persona del otro sexo que resulte sospechosa a los ojos de quienes la conozcan, o que pueda lesionar la reputación a los sentimientos del otro cónyuge.

La igualdad de los cónyuges con relación a este deber se ha impuesto en la legislación contemporánea.

En el Perú el deber de fidelidad está consagrado como el primer deber recíproco, tal como lo prescribe el artículo 288° del Código Civil.

2.1.2. DEBER DE ASISTENCIA

Consiste en prestarse mutua ayuda económica y espiritual asistirse en las dolencias, sufrir y aceptar las situaciones derivadas de la pobreza o enfermedades; es decir compartir las alegrías y tristezas.

El Código Civil Peruano se refiere al aspecto económico o patrimonial de este deber recíproco en el artículo 290° el cual prescribe que:

- Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar.
- Mudar el domicilio conyugal.
- Artículo 291° C.C Prescribe que si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, es obligación del otro el sostenimiento de la familia, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que se deben en uno y otro campo.

Belluscio asevera que: “El deber de asistencia es de la esencia del matrimonio, es recíproco entre los cónyuges, y tiene un aspecto moral o espiritual y otro material. En el primero, se ha señalado como su contenido concreto. 1) La solidaridad personal, representada no sólo por un trato considerado y decoroso sino también

por la prestación de los estímulos necesarios para el logro del propio destino, y por la coparticipación en todos los avatares de la vida alegrías y dolores, éxitos y fracasos. 2) El auxilio moral o espiritual en caso de enfermedad. 3) Finalmente, la conducción por la mujer de la vida doméstica, sea realizando las tareas del hogar por si misma o dirigiendo su realización, y hasta la ayuda de un cónyuge al otro en sus negocios particulares según lo corriente en el medio social en que actúan”

2.1.3. DEBER DE HACER VIDA EN COMÚN

Principal deber que nace del matrimonio. Pues, la cohabitación es indispensable y está orientada al aspecto moral, amistoso y psicológico. Esto implica vivir bajo un mismo techo denominado domicilio conyugal, compartiendo la “cama” correspondiéndoselos afectos; es decir, comprende:

- 2.1.3.1. El amor conyugal recíproco
- 2.1.3.2. La sexualidad
- 2.1.3.3. La fecundidad
- 2.1.3.4. La convivencia conyugal y familiar

Para Aguilar Llanos, cohabitar significa vivir bajo un mismo techo; recordemos sobre el particular que el fin del matrimonio en la plena comunidad de vida entre los cónyuges, pues bien para posibilitar ello precisamente existe la cohabitación, que se traduce jurídicamente, entre otros efectos, a establecer un domicilio común de los cónyuges y que a tenor del artículo 36° del Código Civil se define el domicilio conyugal como aquel en el cual los cónyuges viven de consuno, o en su defecto, el último que compartieron. Sin embargo la cohabitación no se reduce a que los cónyuges vivan bajo un mismo techo, sino que este vivir juntos denominado comunidad de vida implica el débito sexual exclusivo y excluyente entre la pareja.

2.1.4. DEBER DE ALIMENTAR Y EDUCAR A LOS HIJOS

Los hijos que vienen al mundo son seres indefensos, desvalidos e incapaces, por lo que necesariamente deber ser socorridos por sus padres, quienes resultan ser los primeros obligados frente a ellos, pues son los que les han dado la vida. Más que un imperativo legal lo que impele a los padres a socorrer a sus hijos es un imperativo moral, que se traduce en el derecho de los hijos al sustento, educación y seguridad.

Obligación de ambos cónyuges, por el hecho de matrimonio, de alimentar y educar a los hijos en los siguientes periodos:

1. Periodo prenatal desde la concepción del hijo, la gestación y alumbramiento.
2. Periodo de la niñez y adolescencia del hijo.
3. Periodo de culminación de educación esta es una excepción de la regla.

3. INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

La palabra invalidez proviene del adjetivo inválido que en latín significa *invalidus* que quiere decir sin fuerza. Es la declaración judicial de ineficacia de un matrimonio. Surge por la ausencia de algún elemento esencial para celebrar el matrimonio. Es decir la existencia de algún impedimento.

Cabe precisar lo siguiente: Si el legislador trata de separar la nulidad de la anulabilidad del matrimonio, entonces resulta necesario establecer las diferencias entre éstos. Sobre el particular vamos a citar algunas, precisando que se trata de mencionarlas con carácter enunciativo y no limitativo.

- a) Respecto de la acción.- En cuanto a la nulidad, en tanto que el interés que se da en el matrimonio no sólo se circunscribe a los contrayentes, entonces el campo de acción se hace a todos aquellos que tengan interés, por ello la pretensión de nulidad de matrimonio puede ser intentada por cuantos tengan un interés

legítimo y actual. Esta acción igualmente se extiende al Ministerio Público como defensor de la legalidad, precisándose que si la nulidad es manifiesta el juez declara de oficio, lo que supone que si dentro de un proceso que viene conociendo un juez observa una causal de nulidad evidente, entonces queda facultado para decretar la nulidad de dicho matrimonio. Sin embargo, a la luz de nuestra jurisprudencia no encontramos casos de nulidad de oficio, pero la posibilidad ha quedado abierta.

Con respecto a la anulabilidad, si bien es cierto que se ha violentado una prohibición o la voluntad aparece en algunos casos viciada, el interés que se protege es particular, limitándose en la mayoría de los casos a uno de los cónyuges o también, en menor proporción, puede abarcar a los dos, por ello la acción es mucho más restringida y en ningún caso se posibilita la intervención del Ministerio Público ni mucho menos la del juez para decretarla de oficio. En la mayoría de los casos sólo puede ser intentada por el cónyuge agraviado, como sería del que padeció de error al ignorar un defecto sustancial que hace imposible la vida en común, o por los cónyuges, tal sería el caso del matrimonio del impotente.

- b) En lo que se refiere al interés que hay detrás de estas acciones; en la nulidad del matrimonio hay un interés social, pues interesa al cuerpo social que los matrimonios se realicen con apego a las normas legales, a los cánones morales y sociales, mientras que en la anulabilidad hay un interés particular, privado, que se centra en los cónyuges.
- c) En lo que atañe a la confirmación o no del matrimonio debemos señalar que el matrimonio nulo no se puede convalidar, esto es, inconfirmable y la acción no cauda, por lo tanto, no hay término para solicitar la nulidad, pudiendo demandarse en cualquier tiempo, tal como lo señala el artículo 276° del Código Civil de 1984; mientras que el matrimonio anulable sí puede ser confirmado, convalidado, bien por acto confirmatorio del interesado, tal como es el caso del adolescente que se casa sin la autorización judicial respectiva y luego se

declara la ineficacia del mismo, posteriormente llegado el menor a la mayoría de edad puede solicitar al juez que reconoció la invalidez que el matrimonio recupere validez y por el sólo pedido este matrimonio recupera su eficacia con efectos retroactivos, o bien puede ser confirmado dejando transcurrir el término para accionar, pues en el caso de los matrimonios anulables la ley si prevé plazos para internar la anulabilidad del matrimonio. Existiendo dos formas de invalidez del matrimonio la nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad.

3.1. NULIDAD ABSOLUTA

Existe nulidad de matrimonio cuando éste adolece en su formación la ausencia de algún elemento esencial para realizarlo.

El matrimonio nulo se considera no realizado, no produciendo ningún efecto jurídico. Como excepción produce efectos civiles respecto a sus hijos, o al cónyuge o a los cónyuges que lo contrajeron de buena fe.

El Código Civil considera nueve situaciones sujetas a nulidad de matrimonio.

1. El matrimonio de sordomudos, ciego sordo y ciego mudo siempre que no puedan expresar su voluntad de modo indubitable.
2. El matrimonio contraído entre consanguíneos en línea recta (padre con hija o suegro con nuera). No caduca la acción.
3. El matrimonio entre colaterales por consanguinidad en segundo grado y tercer grado (en este último caso el matrimonio se convalida por dispensa judicial de parentesco).
4. El matrimonio entre afines en segundo grado de la línea colateral (cuñado y cuñada) cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive. No caduca la acción.
5. El matrimonio del enfermo mental, aunque tenga intervalos de lucidez y aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el matrimonio. No

caduca la acción.

6. El matrimonio del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente. La acción no caduca.
7. El matrimonio celebrado sin intervención de funcionamiento competente (alcalde provincial o distrital del domicilio de los contrayentes el funcionario autorizado; el comité en las comunidades campesinas; el jefe del Registro Civil donde existe; el sacerdote en caso de inminente peligro de muerte), siempre que los cónyuges hayan actuado de mala fe. La acción no caduca.
8. El matrimonio celebrado con prescindencia de los trámites establecidos en la ley, si los cónyuges actuaron de mala fe.

3.2. NULIDAD RELATIVA

La nulidad relativa o anulabilidad del matrimonio puede proceder cuando a la celebración en la ley no lo considera esencial.

La anulabilidad sólo puede ser pedida por determinadas personas, expresamente señaladas en la ley (los cónyuges y en ciertos casos por sólo uno de ellos; excepcionalmente puede ser intentada por los ascendientes. No siendo extensibles a terceros (acreedores o herederos), Ministerio Público o el Juez.

1. El matrimonio del impúber (varón 16 años y mujer de 14 años).Salvo dispensa judicial. La acción corresponde al impúber y a sus ascendientes que no prestaron consentimiento. La acción caduca cuando el menor alcanza mayoría de edad o cuando la mujer ha concebido.
2. El matrimonio contraído por persona que padece de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia o de vicio. La acción caduca al año de conocido el vicio.
3. El matrimonio del raptor y la raptada. La acción caduca al año de cesado el rapto.
4. El matrimonio del que se haya en pleno ejercicio de sus facultades mentales

por una causa pasajera. Caduca la acción si hizo vida común durante seis meses después de desaparecida la causa.

5. El matrimonio contraído por error sobre la identidad física del otro contrayente, vida deshonrosa, la homosexualidad, toxicomanía, la enfermedad grave, condena por delito doloso. Caduca a los dos años de celebrado el matrimonio.
6. El matrimonio contraído de buena fe ante funcionario incompetente.
7. El matrimonio del casado, si el cónyuge del bígamo ha fallecido o el vínculo fue invalidado o disuelto por divorcio. Caduca al año de conocido el matrimonio anterior.
8. El matrimonio del casado, si el cónyuge del bígamo es desaparecido y no fue declarada la muerte presunta. Caduca si se declara el reconocimiento de existencia del cónyuge del bígamo declarado desaparecido.
9. El matrimonio del enfermo mental que recobra la plenitud de sus facultades mentales. Caduca al año de cesada la incapacidad.
10. El matrimonio del sordomudo, ciego sordo y ciego mudo. Caduca al año de cesada la incapacidad.

II. FACTORES DEL CONFLICTO CONYUGAL

1. CONFLICTO CONYUGAL

El matrimonio es aquella institución cuya construcción recae en manos de los cónyuges, quienes tienen una serie de metas y finalidades que deben desarrollar, no sin antes pasar por serios obstáculos que la vida les presenta. Grandes retos, situaciones desconocidas son algo cotidiano dentro de un matrimonio. Estas situaciones ponen a prueba a los cónyuges cuando se produce el nacimiento, crianza y educación de los hijos. En este devenir cotidiano aparecen una serie de desavenencias, roces, cambios de opiniones, discusiones, que en muchos casos

conducen a conflictos conyugales. Este conflicto es fruto de factores externos (sociales, políticos, culturales, educativos, económicos, familiares y físicos) e internos (conductuales, afectivos, éticos, temperamentales, sexuales y teleológicos). Estos conflictos se producen en el mundo real y físico de la vida familiar, teniendo desenlaces de diverso tipo, que en algunos casos buscan la recomposición del grupo familiar y en otros se produce el fracaso o destrucción del matrimonio.

2. FACTORES EXTERNOS

- a) La constitución de matrimonios precoces o de adolescentes, no fueron frutos de una decisión voluntaria y planificada, fueron fruto de las circunstancias, consecuencias de relaciones pre-matrimoniales, embarazos no deseados, la inmadurez y poca experiencia de los cónyuges juega un papel decisivo para el fracaso de dichas uniones.
- b) La constitución de matrimonios de interés (económico, social, político, etc.) duración limitado, supeditado al interés buscado, carente de un lazo afectivo, fuerte, desaparece.
- c) Dificultades en el trabajo de uno o de ambos cónyuges, pérdida de empleo, cambio de puesto de trabajo a otra ciudad, inestabilidad laboral sub-empleo con la secuela de bajas remuneraciones, emigración por razones laborales. Mejores condiciones de trabajo en otros países produce separación en las familias y aparición de uniones de hecho irregulares en los centros poblados que reciben dicha migración.
- d) El surgimiento de un conflicto de intereses, tipo económico (mayores ingresos por parte de uno de los cónyuges), político nacionalidad distinta de los cónyuges.

- e) Escasez de vivienda produce un hacinamiento y tugurización, varias familias tienen que compartir un mismo techo, lo que produce roces, incomodidades, falta de privacidad y hasta violencia física y psicológica.
- f) Desgracia familiar como la discapacidad de un hijo o grave enfermedad en uno de los cónyuges.
- g) Conflicto bélico separa por un periodo largo de tiempo a los cónyuges.
- h) Alejamiento físico de los cónyuges por parte de uno de ellos debido al cumplimiento de una pena privativa de la libertad prolongada.

3. FACTORES INTERNOS

- a) Desarrollo de la personalidad de los cónyuges en forma desigual.
- b) Cambio de religión de uno de los cónyuges, variación drástica en los hábitos costumbres y valores morales.
- c) Declinación de las convicciones morales y religiosas de la sociedad en general, conductas deshonrosas, vicios tales como alcoholismo o dependencia toxicológica, promiscuidad sexual y el contagio de enfermedades sexuales.
- d) Fin del amor conyugal y surgimiento de aparición de infidelidad y adulterio.
- e) Desacuerdos forma de cuidado, crianza y educación de los hijos.
- f) Conflicto de género, fruto de la rigidez de los roles de los cónyuges, dominación del varón sobre la mujer. Malos tratos a la mujer a un papel esposa –madre–sumisa.

g) Conflictos sexuales, disfunciones sexuales, impotencia.

4. REFLEJO DE LA CRISIS MATRIMONIAL EN LOS HIJOS

Perturba notablemente el normal desarrollo del hogar conyugal, afectando a los esposos, generando repulsión, rechazo, violencia verbal y física.

- a. Aparición de enfermedades psicopatológicas culpabilidad en el niño. Cree que la desavenencia de sus padres se debe a él.
- b. Dificultades de comprensión de la propia identidad. Alteraciones de la imagen del matrimonio y de la familia.
- c. Conductas evasivas, inducir dependencia alcohólica o toxicológica y a la aparición de enfermedades mentales.

III. DIVORCIO

1. ETIMOLOGÍA

La palabra divorcio deriva del término latino *divortium* que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado. Otros atribuyen su origen a *divortoo divortes* que equivale a separarse, disgregarse.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 DERECHO ANTIGUO

El origen del divorcio se remonta a los más lejanos tiempos. Su forma primitiva fue el repudio concedido generalmente a favor del marido y para

aquellos casos en que la mujer se embriagara, castigara a los animales doméstico, no tuviera hijos o tuviera solamente mujeres. Montesquieu recuerda, a este respecto, que Rómulo permitió que el marido repudiara a su mujer, si esta cometía adulterio, preparaba un veneno, tenía llaves falsas. Pero no le daba a la mujer el derecho de repudio; ley durísima juicio de Plutarco, y mencionaba una ley de solón según la que, en Atenas, se daba a la mujer como al marido el derecho de repudiar a su cónyuge, y trajo colación la opinión de Ciceron, que atribuya las causas de la repudiación a las Doce Tablas. No cabe duda, pues, concluye, de que esta ley aumentó las causas de repudio establecidas por Rómulo; la ley no exigía (para el divorcio) que se expusieran razones; para el repudio se necesitan causas y para el divorcio no.

De todas maneras, la repudiación, practicada en distinta forma pero con igual severidad en los diversos pueblos, evolucionó en un largo y complicado proceso, hasta traducirse en el divorcio.

- a)** EN EL PUEBLO HEBREO.- Se infiere del Deuteronomio y de la ley mosaica, no era desconocido el divorcio “si un hombre toma una mujer y se casa con ella, y no halla gracia ante sus ojos a causa de algo malo, debe escribirle una carta de divorcio y poniéndosela en la mano la enviara a su casa “prescribía la ley de Moisés; y ello, no obstante la ayuda discrepancia que origino la frase “a causa de algo malo” muestra inequívocamente la posibilidad del repudio y consiguiente disolución del vínculo matrimonial. En cambio, inexacto que el adulterio no solo daba derecho al divorcio, sino que lo imponía como un deber.

- b)** EN EL DERECHO ROMANO.- Se admite el divorcio, tanto para el matrimonio de patricios (Ceremonia religiosa llamada confarreatio) como para los plebeyos (convención civil denominada coemptio), en el primer caso, a través de una ceremonia denominada disfarreatio, en la que el divorcio consistía en un acto formal que se efectuaba ante la estatua de Júpiter y en la presencia de doce sacerdotes en la que se departía un pastel de harina hecha con hiel, la que se cortaba y arrojaba al río Tiber, y que con posteridad fuera imitado por plebeyos, además las causales más conocidas fueron la infertilidad, el uso de venenos y la sustracción de las llaves de las bodegas de vino; los litigios con la nuera y la

impudicia; el envenenamiento y la alcahuetería; el repudio por homicida, por envenenador o violador de sepulcros. Las novelas aceptaron como causales la impotencia del varón, el ingreso a la vida monástica, el cautiverio, la expedición militar al presumirse la muerte, la profanación de tumbas, el encubrimiento de ladrones, el levantamiento de las audaces manos contra el marido, el adulterio, el bañarse o comer con un extraño; entre otras.

c) EN EGIPTO.- Se dieron numerosos contratos matrimoniales que datan de 3000 a 4000 a.c. Pone de manifiesto el predominio del matrimonio monógamo, pero también la posibilidad del divorcio cuando la mujer incurría en culpa grave.

d) EN LA ANTIGUA CHINA.- La ley China más antigua es ampliamente liberal respecto a los derechos que tiene el marido para repudiar a su mujer. Según el testimonio de uno de los códigos más antiguos: “cuando alguna mujer tiene una mala cualidad es muy justo y muy razonable ponerla a la puerta” reconocía la ley siete causales de divorcio que eran; esterilidad, impudicia, falta de consideración y mal carácter y enfermedad incurable. No obstante la abundancia de causales, la práctica de la repudiación o del divorcio en la China inmemorial, era poco frecuente.

2.2. EN EL DERECHO MEDIEVAL

Particularmente en el derecho canónico, sobre la base del evangelio de San Marcos: “no desate el hombre lo que Dios ha unido” se precisó y determinó el carácter sacramental e indisoluble del vínculo matrimonial, lo que ha sido recogido en los concilios de Letrán (1215) y de Trento (1562), donde por excepción se permite la separación de cuerpos pero solo para los casos de matrimonios desafortunados. Así, la lucha de la iglesia contra el divorcio duró algo más de quinientos años y pese a las explicables resistencias que opusieron, terminó con la imposición del punto de vista favorable a las ideas divorcistas.

2.3. DERECHO MODERNO

Con la reforma luterana se aceptó el divorcio, porque en opinión de su mentor, el

casamiento era un asunto de naturaleza profana, así como se van polarizando las corrientes y las doctrinas divorcistas y antidivorcistas, cada una con principios y peculiaridades debidamente determinadas. No obstante lo mencionado, sin aceptar las enseñanzas de Cristo que condenara el divorcio, fue practicado mucho tiempo por la fuerza de las costumbres ya que muchos fieles se acogieron a la legislación civil que permitía la disolución del matrimonio.

2.4. DERECHO CONTEMPORÁNEO

Después de la revolución francesa el divorcio absoluto se incorpora en la mayoría de las legislaciones del mundo y tuvo básicamente en el Code de 1804, tres causales: las señaladas en cada ordenamiento jurídico ,las concedidas por mutuo disenso y no las peticionadas por voluntad de cualquiera de los cónyuges; pero el divorcio esta hoy muy generalizado en casi todos los demás países del mundo, con escasas y significativas excepciones como en Irlanda, Portugal, España, Argentina, Chile, Brasil, para matrimonios canónicos, mas no así para los civiles. Desde el punto de vista doctrinal es posible dividirlo en los siguientes tipos: divorcio-repudio (disolución sin expresión de causa), divorcio-sanción (cuando se incurre en culpa), divorcio-quiebra (actos que resquebrajan el vínculo), divorcio-remedio (por causas objetivas y sin culpa); divorcio-convencional por mutuodisenso).

En el Perú el Código Civil de 1852 admitió el divorcio pero tan solo como un caso de separación de cuerpos. Los códigos de 1836 y 1984 adoptan criterios divorcistas aunque con serias deficiencias y defectos. En este último cuerpo jurídico, el divorcio se encuentra regulado en el libro III, Sección segunda, titulo, capítulo segundo y, específicamente, en los artículos 348 al 360, últimamente modificado por la ley 2749.

3. CONCEPTO DE DIVORCIO

Un matrimonio se divorcia cuando los integrantes de la pareja deciden que ya no pueden continuar viviendo juntos y no quieren seguir estando casados.

Acuerdan firmar ciertos papeles con validez legal que les permiten volver a ser solteros y casarse con otras personas si lo desean. Es decir que el divorcio es sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos, por la intervención de una autoridad judicial, notarial o municipal, facultada por las leyes.

Al entrar en el tema del decaimiento y la disolución del vínculo conyugal, nos estamos refiriendo a circunstancias sobrevinientes a la celebración del matrimonio que debilitan la relación conyugal hasta el punto de disolverla. Las causales de decaimiento y disolución conyugal son taxativas, contempladas expresamente en la legislación. No queda al libre arbitrio de los cónyuges determinar qué circunstancias fácticas lleven a debilitar o extinguir definitivamente este.

Es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges y se obtiene por sentencia judicial y por aquellas causas que determinadas por la ley. En sentido amplio, divorcio significa relajación de la íntima comunidad de vida en que el matrimonio consiste; por ruptura del vínculo conyugal, o por separación del consorte. La noción comprende tanto al denominado divorcio absoluto y al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica.

Según Aguilar Llanos, significa el rompimiento, concluye el matrimonio. Los ex cónyuges se convierten en extraños ante sí y por lo tanto cada uno de ellos queda en aptitud de contraer nuevo matrimonio, cesan todas las obligaciones y derechos que emergen de la institución.

Méndez dice: El divorcio implica el distanciamiento o la ruptura de algo o de alguien jurídicamente, se refiere el quebrantamiento de la vida conyugal, a la interrupción de la convivencia y a la alteración del estado de familia matrimonial, el cual se transforma en otro que reconoce particularidades específicas. Bajo estas expectativas que remite el estado de familia que se notifica, podemos decir que el divorcio es la transformación del estado de familia a matrimonial en otro estado, derivado de una sentencia, la cual emplaza a los cónyuges en la condición de

divorciados, con efectos sobre su persona y sus bienes .

4. CLASES DE DIVORCIO

Tanto la doctrina positiva como la doctrina universal admiten la existencia de dos clases de divorcio: el divorcio absoluto o vincular y el divorcio relativo o separación personal.

4.1. DIVORCIO RELATIVO O SEPARACIÓN PERSONAL

El divorcio relativo o separación personal es conocida en nuestra legislación como separación de cuerpos. Consiste en la relajación del vínculo conyugal, por la cual los cónyuges se separan del lecho y la habitación, poniendo término a la vida en común, cesando los deberes matrimoniales, especialmente el de cohabitación, subsistiendo el vínculo conyugal, no pudiendo ambos cónyuges contraer nuevo matrimonio por estar vigente el deber de fidelidad. La separación se obtiene por causales específica y por acuerdo de los esposos. Con la última modificación del Código Civil, también es posible separarse por voluntad unilateral basada en la separación de hecho o en la imposibilidad de hacer vida en común.

4.2. DIVORCIO ABSOLUTO O VINCULAR

La disolución total, definitiva y perpetua del vínculo conyugal. Es declarado por la autoridad judicial competente, teniendo como principal efecto el poder contraer nuevas nupcias.

5. TESIS DEL DIVORCIO

5.1. TESIS DIVORCISTA

La sociedad no puede tener interés en mantener matrimonios destruidos, inexistentes, en la práctica los hijos sufren en carne propia las consecuencias de esa batalla encarnizada, donde el odio y la incompreensión son una constante.

Para los divorcistas, el mantener unidos a los cónyuges cuando el amor conyugal ha desaparecido es inmoral y perjudicial para la familia. El matrimonio pertenece al sentir y no al reflexionar. Cuestiona la separación de cuerpos considerándola insuficiente al mantenerse el deber de fidelidad se condena a los cónyuges a permanecer en celibato forzoso.

5.2. TESIS ANTIDIVORCISTA

Indisoluble nadie contrae matrimonio para deshacerlo posteriormente. El matrimonio descansa la estabilidad de la familia, ya que en él realizan valores espirituales y morales.

Así “El matrimonio como comunidad de vida de hombre y mujer condiciona su unidad y su indisolubilidad, esto es, la unión duradera de un solo hombre con una sola mujer. Cualquier otra forma de unión sexual está en contradicción con la esencia del verdadero amor entre personas, cuyos fines existenciales, en el aspecto sexual, no pueden constituir sino una parte de la totalidad de los fines existenciales.

La unidad e indisolubilidad del matrimonio resaltan aún más claramente partiendo del fin social de la unión matrimonial: la crianza de los hijos. A consecuencia de este fin natural, contiene el contrato matrimonial condiciones que no están abandonadas a la libre voluntad de los contrayentes, sino que están establecidas por la ley natural. Por consiguiente, quien concluye un contrato matrimonial se obliga *ipso facto* también a las condiciones derivadas del fin social del matrimonio. Estas son la nulidad y la indisolubilidad. Puesto que el bien común tiene prioridad sobre el bien individual, el matrimonio es indisoluble por la naturaleza.

A toda la colectividad al peligro de ver en el divorcio la solución a los problemas conyugales anulando el espíritu de reflexión, de fidelidad, de paciencia.

También se argumenta que el divorcio causa un grave perjuicio a los hijos, en su desarrollo físico y psicológico perturbando su educación. Se sataniza un nuevo matrimonio, atribuyéndole desatención de los hijos. Produciendo en estos sentimientos de inadaptación a la nueva pareja o madre, pérdida de respeto por la aparición de celo y desconfianza.

Desnaturalización de la monogamia pues el divorcio es el camino que conduce a la sociedad, hacia el amor libre o a la poligamia encubierta.

Para los que sostienen esta tesis optar por la separación de cuerpos en caso de situaciones extremas de conflicto conyugal, suspenden el deber de lecho más no el deber de fidelidad ya que el vínculo conyugal continua vigente hasta la muerte.

6. TEORIAS DEL DIVORCIO:

6.1. Divorcio Sanción:

Ante el fracaso matrimonial, se busca al responsable de este fracaso, quien es sancionado por ley. Se establecen causales específicas y taxativas, todas ellas describiendo inconductas. Quienes critican esta corriente señalan lo peligro del enfrentamiento entre los cónyuges y el riesgo de la colusión entre aquellos, según esta concepción se entiende que la ruptura matrimonial se da sólo por causales específicamente enumeradas en la ley, en lo que presupone la comisión por parte de uno o de ambos cónyuges de hechos o actos culpables cuya atribución deviene incompatiblemente con la continuación de la vida en común, se exteriorizan por inconductas o faltas; en resumen, se puede señalar que causan transgresión de deberes y obligaciones, la realización de conductas antijurídicas o contra la moral pública; interesa la causa del conflicto (acreditación de la culpa) e interesa identificar al culpable.

6.2. Divorcio remedio:

No se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente, en la que se incumplen los deberes conyugales. Aquí no interesa buscar al que provocó la situación. El divorcio es considerado como remedio, en el sentido que es una salida del conflicto conyugal en el que no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de efectuar la vida en común, de naturaleza ética que la unión matrimonial propone. Así el divorcio remedio no indaga el porqué del fracaso conyugal, ni a quién es imputable tal o cual hecho, lo que sí importa es que se ha generado una ruptura conyugal o quiebra matrimonial, la cual se pone de manifiesto ante la imposibilidad, o la extraordinaria dificultad de alcanzar las funciones esenciales del matrimonio, ya que tal situación impone un sacrificio superior a lo que razonablemente es exigible de acuerdo a las condiciones sociales imperantes.

7. CAUSALES DE DIVORCIO

7.1. ADULTERIO

Deriva del término latino *alteriusytorus* que significa lecho de otro. Para Borda el adulterio es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero, mientras que Cornejo Chávez nos señala que es el trato sexual de unos de los cónyuges con distinta persona.

El adulterio es una falta grave al deber de fidelidad, y ofende seriamente al consorte, ofensa que lo lleva a considerar que la vida en común ya no es posible, pues se ha introducido un elemento disociador entre la pareja, el elemento confianza desaparece, sin embargo, si el cónyuge agraviado no siente tal ofensa, si considera que pese a la falta puede continuar la relación de pareja, que aún es posible la armonía entre ellos, entonces no es dable que la ley le otorgue el camino de la separación, y así lo hace saber el legislador en el artículo 336 del código Civil, cuando refiere que no procede la separación si el ofendido provocó,

consintió o perdonó el adulterio, y que la cohabitación posterior al adulterio implica un perdón.

7.2. VIOLENCIA FISICA OPSICOLOGICA

La raíz etimológica del término violencia se remite al concepto de la fuerza. El sustantivo violencia mantiene correspondencia con verbos tales como violentar, violar, forzar. La violencia implica entre otros hechos el empleo de cualquier medio lógico destinado a causar daño, inspirar temor o intimidación sobre la persona y que se traduce en la afectación de la integridad de la persona, sea ésta física, psíquica o sexual.

Entendemos por violencia física a toda acción destinada a causar un daño en la integridad física y salud de una persona, y que, en la generalidad de los casos, deja huellas visibles perceptibles por los sentidos; el daño físico comprende heridas contusas, heridas cortantes, contuso-cortantes, equimosis, tumefacciones, escoriaciones, hemorragias.

De otro lado, la violencia psicológica es toda acción u omisión encaminada a intimidar, atemorizar, humillar, desvalorizar, causar inseguridad personal, por medio de frases y o acciones físicas indirectas; en general es todo tipo de agresión emocional o afectiva, que se produce por parte de uno de los cónyuges respecto al otro, y casi siempre derivado de la distribución del poder en el hogar, el conocimiento, los ingresos, posición social, etc., subvalorando e intimidando a la persona contra la que se arremete. El maltrato psicológico entre cónyuges puede expresarse a través de agresión verbal, insultos, amenazas, ridiculizaciones, agresiones con el comportamiento, aislamiento, encierro, negación de derechos, chantaje efectivo, lo que trae como consecuencia para la víctima en muchos casos estados depresivos que, en casos extremos, pueden llegar a intentos de suicidios o hasta la muerte.

En cuanto a las pruebas para acreditar la causal, ésta es más viable si estamos a la violencia física, la que deja huellas exteriores, mas no cuando nos referimos a la psicológica, que incluso es más grave que la física, puede ir creando un cuadro de anormalidad que puede desembocar en una enfermedad psiquiátrica. En este caso, el informe psicológico va a resultar importante para calificar la causal.

7.3. ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE

Es el intento de homicidio perpetrado por un cónyuge contra el otro, en esta causal debe existir por lo menos una investigación policial previa que señale al autor del hecho.

Borda afirma que el atentado contra la vida del cónyuge supone la *intención* de provocar su muerte; con toda lógica, la ley no distingue entre el autor principal y el cómplice; en ambos casos procede el divorcio (o la separación de cuerpos). Pero no si se trata de un delito simplemente culposo, aunque de él hubiera deriva un peligro de muerte; tal, por ejemplo, un accidente automovilístico.

Azpiri expresa que el acto haya comenzado a ejecutarse y que sea idóneo para lograr el fin propuesto, es decir, el homicidio. Quedan fuera de esta causa los actos preparatorios que no hay llegado al comienzo de la ejecución; por ejemplo, si un esposo compra un revólver, se tratará de un acto preparatorio que por sí mismo no encuadra en ninguna causal, pero si dispara a la persona del cónyuge (...) y no le da en el blanco, allí si habrá existido tentativa.

7.4. INJURIA GRAVE

Son las ofensas contra el honor, la dignidad o su calidad de ser humano que realiza un esposo contra el otro. Estos hechos deben ser más o menos continuos y deben ser realmente graves; caduca a los seis meses de ocurrido el hecho.

Significa un atentado grave e inexcusable contra el honor, la reputación o la personalidad del ofendido con el propósito de hacer insoportable la vida en común.

Según se colige del artículo 337 del Código Civil, la injuria grave será apreciada por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

7.5. ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL

Supone el alejamiento unilateral inmotivado y voluntario con el propósito de sustraerse de las obligaciones conyugales; ahora bien, dentro de los deberes que impone el matrimonio se encuentra la vida en común, por ello cuando uno de los cónyuges se niega a convivir con su consorte se está incumpliendo tal deber, y consecuentemente se posibilita en el cónyuge abandonado la acción de separación.

Son tres los elementos que configuran esta causal, a saber: dejación de la casa conyugal o el abandono físico, que ese hecho sea injustificado, y el término de abandono que es de dos años a los periodos de abandono exceden ese plazo.

Requisito indispensable para que se pueda alegar la causal es acreditar la existencia del domicilio conyugal de donde precisamente el demandado se alejó.

Rébora refiere que el abandono voluntario y malicioso abarcan la dejación de posiciones, en el hogar, como la comisión en el incumplimiento de deberes personales; ya explícitos por haber sido comprendidos en la respectiva enumeración legal, ya implícitos, por ser connaturales entre personas que conviven dentro de un marco adecuado a un índice de sensibilidad y de costumbres.

7.6. CONDUCTA DESHONROSA

La conducta deshonrosa consiste en la realización de hechos carentes de honestidad, que atentan contra la consideración y respeto que debe existir entre los cónyuges, a fin de lograr la armonía conyugal.

Enneccerus, Kipp y Wolff afirman que la conducta inmoral o deshonrosa no presupone un acto directo contra el otro cónyuge. Han de señalarse ante todo, la comisión de crímenes o delitos deshonraros, los ultrajes graves a los familiares del otro cónyuge, la embriaguez, la explotación de un negocio deshonroso, la demostración de sentimientos perversos, a veces también, la negativa a la bendición matrimonial eclesiástica prometida.

Son los actos realizados por uno de los esposos que son vergonzosos para el otro, como por ejemplo: la ebriedad y alcoholismo, actos delincuenciales, frecuentar prostíbulos, o constantes actos de infidelidad en la que no fuera posible acreditar el adulterio.

Al momento de invocar esta causal se debe cuidar no confundirla con la imposibilidad de hacer vida en común, ello acarrearía la ruina de su caso.

La causal no puede agotarse en un solo acto, sino que está referida a un estilo de vida, a una secuencia de hechos, por ello el término “conducta”, y que ofenda gravemente al consorte dificultando o imposibilitando una vida en común.

7.7. TOXICOMANÍA

El constante uso de tóxicos y drogas injustificables que genere adicción. En este caso el consumo debe haberse operado luego del matrimonio y debe ser continuo.

Bossert y Zannoni dicen lo siguiente: Se trata de dependencias crónicas a sustancias psicoactivas, como la cocaína, marihuana, heroína, etc. Es importante señalar que se comprende aquellos supuestos en que uno de los cónyuges está afectado por su dependencia a las drogas psicoactivas, es decir, padece de una falta de libertad en la relación que establece respecto a la droga.

7.8. HOMOSEXUALIDAD

Es el acto sexual que mantiene uno de los esposos con tercera persona de su mismo sexo, la homosexualidad debe haber operado durante la vigencia del matrimonio.

La presente causal debe interpretarse respecto del cónyuge agraviado, el mismo que toma conocimiento del estado de su consorte, ya dentro del matrimonio, y si este conocimiento se da dentro de los dos años de celebrado el matrimonio tendría dos acciones a su favor, la de anulabilidad del matrimonio y la de separación, y si el conocimiento se da luego de superado los dos años de matrimonio, la única vía será la separación.

7.9. CONDENA JUDICIAL POR DELITO DOLOSO

Consiste en la imposición a uno de los cónyuges de una condena judicial a pena privativa de libertad mayor de dos años por un delito doloso, después de la celebración del matrimonio.

La condena penal afecta la reputación (honor externo) del otro consorte, la conducta del condenado que ha dado lugar a una sanción penal es pública, y termina afectando las relaciones personales de cónyuge agraviado. Es como si sobre él o ella cayera una infamia, una suerte de repudio público por lo que ha hecho el consorte.

Debe aclararse que el cónyuge que conoció del delito antes de casarse no puede invocar esta causal que determina la destrucción del lazo matrimonial. Para que el delito doloso sea considerado como causa de divorcio requiere del cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Que uno de los cónyuges haya sido condenado a pena privativa de la libertad superior a dos años.
- Que la condena sea impuesta después de la celebración del matrimonio.
- Que la sentencia condenatoria sea por delito doloso y no culposo.
- Que ese hecho afecte el honor del otro cónyuge y de la familia.

8. ANÁLISIS DE LA LEY N° 27495

Mediante la ley N° 27495 del 7 de julio del 2001 se incorporan modificaciones importantes en la regulación del Código Civil sobre la materia, precisándose algunos cambios en las causales ya existentes, pero particularmente se introduce dos nuevas causales de divorcio, las previstas en el numeral 11 y 12 del Artículo 333 del Código Civil, esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

8.1. Nuevas Causales

8.1.1. Separación de Hecho:

Antecedentes:

La causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos legal o de divorcio, en nuestra patria se remonta al año de 1931; posteriormente fue aprobada en la Cámara de Diputados; pero, no fue aprobada en la Cámara de Senadores. Igualmente en los últimos años no fue aprobada por el discutido anterior régimen

y tampoco no fue promulgada por el Señor Ex Presidente Constitucional de la República Dr. Valentín Paniagua Corazao, motivo por el cual el Congreso de la República ordenó su publicación y cumplimiento.

Los legisladores del 84, adoptaron el sistema del divorcio–sanción desperdiciando una ocasión para consagrar el sistema del divorcio–remedio en el Código Civil; sin embargo, con la reforma efectuada por la Ley 27495 se logra éste propósito. Entonces, el sistema peruano contempla, por un lado, causales subjetivas o inculpatoria propias del sistema del divorcio– sanción previstas en los incisos 1 al 12 del Código Civil, por otro, causales objetivas o no inculpatorias contempladas en los numerales 12 y 13 del mismo cuerpo legal. Estas son la separación de hecho y la separación convencional propias del sistema del divorcio remedio, que se van ajustando a nuestra realidad.

Las discusiones legislativas precedentes, su lucha en el tiempo por introducirse en el sistema legislativo nacional y una lectura literal dela fórmula empleada en el inciso 12 del artículo en estudio, pueden inducirnos a pensar que se trata de una típica causal objetiva propia del sistema divorcio remedio.

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

El análisis e impacto de las nuevas causales será materia en gran medida de la comprensión que de ellas haga la judicatura, a quién le corresponderá fijar los criterios y alcances para su configuración, en el caso de la separación de hecho, frente a una objetividad que se proclama, pero cuyo denominado "requisito de admisibilidad", supuesto de improcedencia y rigurosidad de la probanza por sus efectos también patrimoniales, la alejan de enfoques, remedios clásicos y de una perspectiva facilista del divorcio.

Es la constatación fehaciente que debe hacer el juzgador a fin de acreditar que los cónyuges han optado en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de la convivencia y de la vida en común. Esta causal, ha sido bastante discutida y extrovertida, tanto es así que proyectos de ley, se presentaron en el último quinquenio y en el penúltimo Congreso de la República, como el Proyecto de Ley N° 1716/97-CR y el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR.

El inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, contempla la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años si no tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen. La doctrina mayoritaria plantea que si bien esta causal debe incluirse debía ser sólo para la separación de cuerpos legal, no directamente para el divorcio, y debería transcurrir cuatro años de separación de hecho, teniendo o no hijos, a fin de defender la estabilidad familiar, puesto que el fundamento social es que casi un millón de personas que permanecen en condición de separados de hecho podrán regularizar su situación conyugal en virtud de esta ley.

Sobre el particular diremos que la separación de hecho debe presentarse como causa objetiva, sin entrar a investigar el por qué se produjo la separación ni tampoco buscar culpables, basta sólo la separación que se hayan cumplido los plazos, por lo tanto podríamos estar frente al caso del abandonante que luego de cometer una ilicitud, como la de abandonar a su cónyuge e hijos, esperaría el transcurso del plazo para solicitar la separación legal, tan cierto es esto que el mismo inciso contiene una excepción al artículo 335 del Código Civil, referido a

que nadie puede invocar hecho propio para solicitar separación, pues bien, para este caso no se aplicaría tal artículo, como parte de una base ética.

Entre los requisitos para la configuración de la causal encontramos los siguientes:

- Objetivo o material:** Es el quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia, esto es, el alejamiento físico de uno de los cónyuges del hogar conyugal, alejamiento que puede ser unilateral o convenido por las partes. Se discute si cae dentro de la causal el que los cónyuges sigan viviendo en domicilio conyugal pero han suspendido la cohabitación. Creemos que le correspondería al Juez en cada caso concreto amparar o desestimar la causal.
- Subjetivo:** Es la falta de voluntad para continuar juntos, falta de voluntad que puede ser unilateral o acordada.
- Temporal:** Transcurso ininterrumpido del término legal.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad procesal:

- Cumplimiento de la obligación alimentaria:** Debe acreditarse con los pruebas pertinentes que su familia corre peligro de abandono económico; ahora bien, si el demandante es la persona que recibía los alimentos, solo declarará en su demanda dicha situación.
- Que la separación no se haya dado por razones laborales:** Pues si así fuera el elemento subjetivo para se configure la causal, en tanto que no habría el ánimo de suspender la vida en común.

La norma contiene elementos criticables en tanto que permite fundar demanda de hecho propio, lo que implica que una persona puede unilateralmente apartarse en forma injustificada del hogar conyugal, y luego de que el término legal se haya

cumplido, solicitar la separación legal. Según esto, el Derecho estaría consistiendo que un hecho ilícito (abandono injustificado) sirva de fuente de Derecho, pues tal abandono otorga el derecho al abandonante para solicitar su separación.

En cuanto a los efectos de la sentencia de separación legal por la causal de separación de hecho, si bien es cierto que al tratarse de una causal remedio donde no hay culpables ni inocentes, también lo es que el legislador trata de socorrer al cónyuge que resulta perjudicado por la separación, pero en este caso no debe confundirse perjudicado con culpabilidad, observándose que es un proceso de esta naturaleza el cónyuge perjudicado, puede ser el demandante o demandado indiferentemente.

8.1.2. La imposibilidad de hacer vida común debidamente probada en Proceso Judicial:

El artículo 2 de la Ley N° 27495 ha variado el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente texto "La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial".

Se trata de la recepción legislativa, en nuestro sistema jurídico, de la tesis del matrimonio desquiciado o dislocado vale decir, la consideración al grado que desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado y, por ello, no puede sentarse esperanza alguna de reconstrucción del hogar. Se sustenta en el alta de interés social de mantener en el plano jurídico un matrimonio articulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos.

La imposibilidad de hacer vida en común, significa la falta de actitud personal de los cónyuges para emprender o continuar un proyecto de vida compartido, afectando con ello al matrimonio, ya que la permanencia de éste reside precisamente en la intención de hacer vida en común.

Al debilitarse e inclusive destruirse esta intención de hacer vida en común se produce la quiebra o fracaso y el fin de la relación matrimonial.

Algunos han comparado esta causal con la incompatibilidad de caracteres que se maneja en otras legislaciones. Señalan que la imposibilidad de hacer vida en común puede deberse a diversos factores tales como psicológicos, funcionales, económicos, familiares, sexuales e incluso religiosos.

La imposibilidad de hacer vida en común, se da cuando los cónyuges se encuentran dentro de un gran estado de quiebra en sus relaciones internas matrimoniales, de tal manera que para ambos, resulte imposible la convivencia estable y armoniosa y que haga apacible la vida en común. Porque para que se configure esta causal no bastará pequeñas rencillas y receres encontrados sobre tareas cotidianas o rutinarias que se presentan toda relación humana.

En el inc. 11 se trata de una definición abierta que deroga la configuración del tema de causales *numerus elegius* de Brenzos en materia de las causales. Recuérdese que, como toda causal de divorcio culpable - pues así ha sido regulada por la Ley N° 27495 - la imposibilidad de hacer vida común que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y su inmutabilidad al otro consorte: quién, con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio.

Téngase presente que la imputabilidad no necesariamente significa la concurrencia de un propósito - *ánimus* - de provocar la frustración del fin del matrimonio - hacer vida común, artículo 234 - basta que los hechos importen errores de conducta de los que se tiene o debe tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales.

8.1.3. La enfermedad grave de transmisión sexual:

El artículo 2 de la Ley N° 27495 ha variado el inciso 8 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente tenor: "La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio". El texto se refería a la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.

Esta causal es una modificación del mismo inc. que antes decía "enfermedad venérea grave" por "enfermedad grave de transmisión sexual". Siguiendo el principio de eugenesia, el Código Civil Peruano consagra dispositivos de orden familiar que protegen el derecho a la integridad y salud, tanto de los hijos como del cónyuge.

Las enfermedades según el tipo implicarán un estado biológico con consecuencias jurídicas que el Derecho regula de manera particular con el fin de proteger a la familia; de allí que todo tipo de patología que sea contagiosa (al cónyuge) o transmisible (a la prole) implicará un impedimento matrimonial o una causal.

La reforma coincide con el criterio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que, en el año 1975, estableció la denominación de enfermedades de transmisión sexual (ETS) para las enfermedades que se adquieren por contacto sexual directo, independientemente que existen pocos casos adquiridos por otras vías (como heridas, instrumentos quirúrgicos, sangre, etc.), y que se diferencian de otras enfermedades infecciosas y parasitarias por la presencia del elemento sexual.

En esta causal, el legislador lo que desea es proteger al cónyuge sano y, sin embargo tal como está redactado, es decir que tiene que ser por "transmisión sexual" implicaría adulterio que tiene una regulación propia.

IV. NORMATIVIDAD PROCESAL

1. EN EL CÓDIGO CIVIL

La constitución política del Perú establece la competencia exclusiva de la ley civil para regular la forma y las causas de separación y de disolución del matrimonio. (art.4)

El divorcio en el Perú está regulado, en su parte sustantiva, en el código civil, Libro III Derecho de familiar sección Segunda Sociedad Conyugal, Título IV, Decaimiento y Disolución del Vínculo. En el capítulo primero se regula la separación de cuerpos (art.332al 347); y en el capítulo segundo se regula el Divorcio vincular (art.348 al360).

2. EN EL CÓDIGO PROCESAL

En su parte adjetiva el divorcio está normado: el de separación de cuerpos o de Divorcio por causal, contemplado en el código procesal civil, sección Quinta, título I Proceso de conocimiento, Capítulo II, subcapítulo I (Art. 480 al 485); y el de separación Convencional y Divorcio Ulterior, sección quinta, título III, Proceso Sumarísimo, capítulo II, subcapítulo 2(art.573 al 580).

V. DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado, en la actualidad, es mayoritaria la tendencia a legislar autónomamente la separación de cuerpos y el divorcio y, simultáneamente prever la conversión de la separación personal en divorcio vincular. La separación, institución heredada del derecho canónico medieval como remedio a los matrimonios rotos sin llegar a la disolución que ejerció el código civil francés que ha influido en todas ellas, y por la necesidad de conceder una solución para los matrimonios en dificultades cuando los esposos tienen escrúpulos de conciencia para acudir al divorcio.

Es previsible pues, que algunas personas estén dispuestas a separarse personalmente,

pero no acepten inicialmente una petición de divorcio vincular. De ahí que se conserve la nueva separación personal como alternativa posible aunque la separación de cuerpos en cuanto impone un celibato a quienes ya han vivido en matrimonio, pueda convertirse en una situación poco frecuente.

1. Ecuador:

La separación instancia es la audiencia de conciliación, en donde la pareja tiene su última posibilidad de seguir juntos; si el divorcio es de mutuo consentimiento, viene un juicio que determinará los derechos de los cónyuges, la repartición de los bienes y la tuición de los hijos.

La pensión alimenticia dependerá del status social y el padre deberá comprometerse a mantener la calidad de vida de sus hijos.

Los divorciados deben esperar un año para volver a casarse. Aunque los ecuatorianos son una sociedad conservadora, cada vez más gente está conviviendo, las uniones de hecho también son reconocidas.

2. Italia:

Aumentan las separaciones y divorcios entregando a las madres la tutoría de los hijos. Un estudio hecho por el organismo INSTAT reveló que la separación aumentó en comparación a los divorcios. El primero mostró un incremento del 4,1 por ciento y el segundo, 0,5 por ciento.

De cada 10 mujeres, siete prefieren la separación, mientras que los hombres eligen una vía más definitiva, como el divorcio. La edad en que se presenta el malestar conyugal es entre los 38 y 44 años.

3. Estados Unidos:

Dicen que seis de cada siete matrimonios divorciados estadounidenses vuelven a separarse y que ocho de cada 10 divorciados por segunda vez, lo hacen por tercera.

Más del 50 por ciento rompe sus matrimonios, por eso muchos dicen que esta unión legal y sacramental ha vuelto a entrar en los corazones de los estadounidenses; de tanto fracaso se ha convertido en algo así como la moda de casarse por la iglesia y tener una pareja estable.

4. Alemania:

Está en la lista de países que han duplicado los divorcios durante los últimos 14 años. Para esto hay que vivir separados por más de un años, y más de tres, en caso de que una de las partes no esté dispuesto a divorciarse el tiempo puede ser más corto en caso de que haya existido violencia, alcoholismo o amantes de por medio.

5. España:

En una de las últimas encuestas hechas por el Centro de Investigaciones Sociológicas se demostró que los jóvenes españoles, de 15 a 19 años, consideran que la familia es más importante que la amistad, trabajo, vivienda, educación, ocio o ganar dinero. Sólo la salud supera todo.

A pesar de esto, en España el número de divorcios ha aumentado un 47 por ciento en los últimos siete años. Otro cambio en la estructura social clásica está dado por las familias con hijos, pero sin padre o madre.

Los expertos también aseguran que las uniones de hecho son otra realidad en

aumento y que no han desaparecido por la existencia del divorcio.

6. Argentina:

Según datos de la legislación de familia, en los últimos años (1992-1997) aumentó el número de parejas convivientes, como así también los divorciados. Comenzaron a casarse menos y a convivir más, aunque la cantidad de solteros es bastante alta.

A mayor edad disminuye el porcentaje de población unida. Los hombres tienen mayor presencia en la categoría de unidos después de los 50 años, mientras que los jóvenes están dentro de las uniones consensuales.

7. México:

El código de este país establece como causales de divorcio: el adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la esposa, violencia, inmoralidad que corrompa a hijos, enfermedades como sífilis, enajenación mental y el mutuo consentimiento, entre otros.

CONCLUSIONES

Ha quedado demostrado que la figura del divorcio, es criticada porque es considerada responsable de la desintegración familiar, sin embargo con este orden de ideas podría concluirse que: Si el divorcio es el causante de la descomposición familiar con todas sus negativas consecuencias, con prohibirlo no se lograría el renacimiento de la integración familiar.

Ha quedado demostrado que la justicia interviene para romper lazos de un matrimonio, haciéndolo después de un serio examen y con absoluta imparcialidad declara el divorcio o la separación de cuerpos. La ley no rompe el matrimonio, es la justicia la que sanciona una ruptura ya consumada por los cónyuges.

Ha quedado demostrado que el conflicto conyugal tiene una importante gravitante en el desenvolvimiento de la vida cotidiana de la familia, ya que perturba notablemente el normal desarrollo del hogar conyugal, afectando a los esposos generando violencia y repulsión entre ellos y esto tiene una secuela de afectación en los hijos.

De acuerdo a la evolución histórica del divorcio se observa que en un primer momento existió el divorcio repudio, el mismo cedió paso al divorcio sanción, y en momentos actuales se ha incorporado el divorcio remedio. Hoy podemos afirmar que en nuestro Código Civil se aprecia un sistema mixto: divorcio sanción y divorcio remedio.

Además ha quedado demostrado que en nuestro Código Civil hay diferencia entre divorcio absoluto y separación de cuerpos, el primero implica la ruptura del vínculo matrimonial decretada judicialmente, iniciándose la autonomía individual de los que integraron el matrimonio con opción a contraer nuevas nupcias, en cambio el segundo solo suspende los deberes de lecho y habitación poniendo fin al régimen patrimonial, quedando subsistente el vínculo matrimonial por estar vigente el deber de fidelidad.

Ha quedado demostrado que en el derecho comparado es mayoritaria la tendencia a legislar autónomamente la separación y el divorcio, en cambio en nuestro sistema de Derecho Peruano sigue un sistema mixto y complejo en que caven vías para obtener la separación de cuerpos y divorcio.

Así en la separación de cuerpos admite el mutuo consentimiento que puede convertirse después en divorcio vincular, y además existen causales que deben ser alegadas, cualquier cónyuge está legitimado para demandar al otro y está permitido el divorcio ulterior.

Con la incorporación de nuevas causales se demuestra que se promueve más el divorcio, porque ante los primeros problemas matrimoniales que se presentan ya no buscan el diálogo ni la comprensión, sino que más bien buscan una solución personal de retirarse del domicilio, acudir a la vía judicial y solicitar el divorcio; es decir estas nuevas causales son una puerta abierta que sin querer pone a la separación de cuerpos y el divorcio al alcance de todos, poseyendo mayores facilidades con respecto al tiempo y materia económica.

Ha quedado demostrado que existe una serie de consecuencias generadas por la disolución del vínculo matrimonial, primero los esposos vivirán en diferentes casas, pueden tener relaciones afectivas con otros adultos, se convertirán en ex esposo(a) pero nunca en ex padres, madres que se quedarán solas con la carga familiar y los hijos son las más grandes víctimas del divorcio, o mejor dicho se multiplica el número de “huérfanos con padres vivos” porque estos pierden el cariño mutuo de los padres dentro de un hogar, el ingrediente necesario para su óptima formación. El divorcio nunca dejará de ser una constante problemática.

RECOMENDACIONES

Se recomienda que los cónyuges sean los primeros en arreglar su vida como lo deseen, separarse o volver a unirse, trabajar por separado, en conjunto, o aportar distintos tipos de ayuda el uno al otro. Este elemento junto a la cohabitación física, es lo que hace a la convivencia.

Que se considere que el hecho de un distanciamiento no significa necesariamente el abandono voluntario y malicioso, sino el deber de asistencia. Es más: si se conserva el deber de fidelidad y el deber de asistencia recíproca los distanciamientos puede ser indefinidos. Las variables por las que puede pasar el hogar conyugal, pueden ser muchas, pero, la esencia, no reside, necesariamente en la cohabitación.

Sin perjuicio de lo expuesto, al abandono de los deberes matrimoniales acordados y/o definidos en conducta por ambos cónyuges, debe ser atendido como una causa subjetiva de abandono voluntario y malicioso recíproco, sea que esté acordado o no.

Por lo expuesto me remito a la peligrosidad de extender el fallo más allá de los hechos, por considerar la preeminencia de causales subjetivas sobre las objetivas. Puesto que lo que caracteriza al matrimonio es la dinámica del mismo, o sea el funcionamiento de la sociedad conyugal. Si ésta no tiene existencia, difícil es hablar de matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Benjamín “La Familia en el Código Civil Peruano” Primera Edición Lima – Perú 2008. Editorial San Marcos E.I.R.L. Págs. 195.

ANTONIO DE IBARROLA “Derecho de familia” Cuarta Edición México 1993. Editorial PORRUA S.A. Págs. 609.

BAUTISTA, Pedro y HERRERA, Jorge “Manual de Derecho de Familia” Tercera Edición, Lima – Perú 2008. Ediciones Jurídicas. Págs. 345.

BERMUDEZ, Manuel “Divorcio y Separación de Cuerpos” Primera Edición. Lima-Perú 2009. Editora y Librería Jurídica Grijley.

BOSSERT, Gustavo. A y ZANNONI, Eduardo. A “Manual de Derecho de Familia” Quinta Edición Buenos Aires 2000. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Págs. 659

CORNEJO, Héctor “Derecho Familiar Peruano” Décima Edición Lima- Perú abril 1999. Gaceta Jurídica Editores. Págs. 846

C. SIMONIN “Medicina Legal Judicial” Tercera Edición. Barcelona. Editorial JIMS. Págs. 1162

GALLEGOS, Yolanda y JARA, Rebeca “Manual de Derecho de Familia” Primera Edición. Lima-Perú enero 2008. Jurista Editores. Págs. 755

HERRERA, Santiago “Proceso de Divorcio” Segunda Edición Lima-Perú marzo 2008. Editorial Marsol. Págs. 329.

MALQUI, Max y MOMETHIANO, Eloy “Derecho de Familia” Lima-Perú 2001. Editorial San Marcos. Págs. 711.

PERALTA, Javier “Derecho de Familia” Cuarta Edición Lima-Perú julio 2008.

Editorial IDEMSA. Págs. 693.

UMPIRE, Eulogio “El divorcio y sus causales” Primera Edición Lima- Perú julio 2008. Librería y Ediciones Jurídicas. Págs. 332.

VARSÍ, Enrique “Divorcio y Separación de Cuerpos” Primera Edición Lima-Perú 2007. Editora jurídica GRIGLEY. pág. 141.

ANEXO

SENTENCIA DE DIVORCIO

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Transitoria

Casación N° 806-2006

Lima

Divorcio por Causal

Lima, Primero de Agosto del año dos mil siete.- VISTA: En discordia la presente causa, con el voto en discordia de los señores Ticona Postigo y Carrión Lugo, obrante a fojas treinticinco del presente cuadernillo, al que posteriormente se ha adherido el señor Vocal Supremo Miranda Molina, conforme a su voto obrante a fojas cuarentisiete; con el voto de los señores Ferreira Vildózola, Palomino García y Hernández Pérez obrante a fojas veintisiete, al que se adhiere el señor Castañeda Serrano, conforme se advierte en su voto precedente, con lo que se hace resolución, de conformidad con el artículo ciento cuarentiuno de la Ley Orgánica del Poder Judicial; haciéndose constar que el voto suscrito de los señores Ferreira Vildózola y Hernández Pérez fue dejado oportunamente en Relatoría, de lo cual da fe el Secretario de Sala; y, estando a lo expuesto, el tenor de la resolución es como sigue: LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número ochocientos seis - dos mil seis, en Audiencia Pública, y producida la votación con arreglo a Ley emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Abner Noel Ocampo Sánchez, mediante escrito de fojas doscientos ochentinueve, contra la resolución emitida por la

Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas doscientos ochentiuno, su fecha siete de noviembre del dos mil cinco, que desaprobando la apelada (sic) y revocando la sentencia dictada por el A quo que declara fundada la demanda de separación de hecho, declara Improcedente la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y otros.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Que, concedido el Recurso de Casación, fue declarado procedente por resolución del quince de junio del dos mil seis, por la causal prevista en el inciso primero del Artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, esto es la interpretación errónea de la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco argumentando que las partes se encuentran separadas de hecho desde el año mil novecientos noventa y siete, esto es, antes de la interposición de la demanda, que fue el dieciocho de julio del año dos mil dos, por lo que a la fecha de la interposición de la demanda las partes ya contaban con cuatro años de estar separados, siendo esto corroborado con la demanda de separación convencional y divorcio ulterior que las partes suscribieron el doce de agosto de mil novecientos noventa y siete, haciendo inventario de bienes el dieciocho de julio de mil novecientos noventa y siete, el mismo que está suscrito por las partes, con firmas legalizadas ante Notario; por ende, si las partes están separadas desde antes de la interposición de la demanda, ya han configurado la causal invocada.

CONSIDERANDO

PRIMERO

- Que, el Recurso de Casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Procesal Civil.

SEGUNDO

- Que, en el caso de autos, el actor recurrente interpone demanda de divorcio por

causal de separación de hecho argumentando que contrajo matrimonio con la demandada el veinticinco de noviembre de mil novecientos noventitrés, ante la Municipalidad de Comas, Provincia y Departamento de Lima, habiendo procreado a una hija, que tiene siete años de edad; durante su matrimonio adquirieron el inmueble (terreno) ubicado e identificado como Lote número doce de la Manzana G del Programa de Vivienda Manizales, Primera Etapa, El Naranjal, en San Martín de Porres, que a la fecha el recurrente ya ha cancelado y el menaje propio de la casa; dichos bienes deben liquidarse dándosele el cincuenta por ciento a cada uno; desde hace cinco años las partes se encuentran separadas de hecho, debido a que en mil novecientos noventa y seis su relación se vio afectada debido a la incomprensión de la demandada; el recurrente se retiró del hogar conyugal el tres de julio de mil novecientos noventa y siete, conforme consta en la constatación policial, siendo que el doce de agosto de mil novecientos noventa y siete, ambas partes, de común acuerdo, interpusieron demanda de separación de cuerpos y divorcio ulterior; sin embargo, dicho trámite quedó inconcluso; desde que se retiró del hogar conyugal el recurrente ha venido asistiendo a la parte demandada con una suma de cuatrocientos o cien nuevos soles semanales hasta marzo de mil novecientos noventa y nueve; en Febrero de mil novecientos noventa y nueve el recurrente viajó al extranjero puesto que no tenía trabajo; es así que le enviaba entre ciento cincuenta y trescientos dólares norteamericanos, incluso mandaba un monto mayor en algunos casos; sin embargo, como consecuencia del evento ocurrido el once de septiembre del dos mil uno la situación de los latinos cambió, siendo el trabajo cada vez más escaso, por lo que desde junio del dos mil dos solamente le envía la cantidad de ciento cincuenta dólares norteamericanos, que es el monto que le seguirá enviando, lo cual equivale a quinientos veinticinco nuevos soles que es superior a los cuatrocientos nuevos soles pactados por las partes; sosteniendo que como es la cónyuge la que conserva la tenencia, debería mantenerla, pero se le debe conceder un régimen de visitas amplio.

TERCERO

- Que admitida a trámite la demanda y trasladada a la emplazada ésta la contesta afirmando que reconoce estar casada con el actor habiendo procreado una hija y durante el transcurso del matrimonio han adquirido un bien inmueble así como el menaje de la casa; que al principio su matrimonio se desenvolvía dentro de un ambiente de armonía;

refiere que con el trabajo de ambos han estado educando a su menor hija; refiere también que a partir de mil novecientos noventa y seis su cónyuge empezó a consumir bebidas alcohólicas, incluso la agredía verbalmente hasta que en Navidad del año mil novecientos noventa y seis pretendió agredirla físicamente; que el tres de julio de mil novecientos noventa y siete, sin mayor motivo, el actor se retiró del hogar conyugal, dejando constancia de ello en la Delegación Policial de Santa Luzmila en Comas; posteriormente le pidió disculpas y retornó al hogar conyugal; sin embargo, luego le presentaría una demanda de separación de cuerpos que la demandada firmó sin leer, a pesar de que vivían juntos; indica además que la recurrente intentó variar la demanda y por eso solicitó ante el Juez una asignación dineraria ascendente a la suma de dos mil nuevos soles mensuales por concepto de alimentos para su manutención y la de su hija, ya que la recurrente ya no trabaja sino que se dedica a las labores domésticas y a la atención de su hija, quien se dedica a estudiar y a someterse a los tratamientos médicos, por ser una menor enfermiza; incluso, la recurrente le solicitó al actor la renuncia del cincuenta por ciento de sus derechos sobre el predio adquirido; por ello, la demanda no prosperó puesto que no tomó una decisión sobre éste último ítem; indica que desde que se retiró del hogar conyugal cambió su forma de asistirle, solicitando la suscripción de un recibo, y argumentando que era para llevar un control; refiere que las partes se pusieron de acuerdo para que el actor se fuera a los Estados Unidos, siendo ayudado por el hermano del demandante; indica que el actor ha conseguido un trabajo donde labora en dos turnos y gana la suma de dos mil dólares norteamericanos; refiere que el acuerdo era que el actor iría a trabajar y estabilizarse primero y luego se trasladarían la recurrente y su hija; indica asimismo que el demandante la llamaba al teléfono de su hermana del actor todos los domingos en la tarde; así ha sido desde julio de mil novecientos noventa y nueve a septiembre del dos mil; indica que el actor, ahora que ya tiene teléfono, la llama de los Estados Unidos y conversan con toda cordialidad; es más, la navidad del dos mil uno, tanto la recurrente como su hija, fueron a pasar fiesta en casa de sus hermanos; refiere que el actor envía dinero a través de una amistad de su hermana y es ésta la que al final le entrega el dinero, dándole trescientos o cuatrocientos nuevos soles; otras veces cien, ciento cincuenta o doscientos cincuenta dólares americanos, luego subió a trescientos dólares llegándole a dar hasta la cantidad de quinientos dólares americanos en julio (ver fojas ciento treintinueve - ciento cuarenta) lo cual indica que tiene solvencia económica. Indica que el actor le remite dinero a sus

hermanos a través de la Empresa Lima Express Courier, por lo que se debe solicitar a la misma la determinación de la cantidad enviada; indica que la pensión del Colegio de su hija es de solo ciento setena nuevos soles, a lo que se debe sumar los gastos de útiles, uniformes, etcétera; Por otro lado, el A quo deberá confirmar la patria potestad que viene ejerciendo y le deberá fijar un régimen de visitas.

CUARTO

- Que luego de las audiencias respectivas, el A quo dicta su sentencia declarando fundada la demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho, en consecuencia declárese disuelto el vínculo matrimonial que los unía; por fenecido el régimen de sociedad de gananciales cuya liquidación deberá efectuarse conforme a lo expresado en la presente; la tenencia es para la madre; se establece un régimen de visitas y un régimen de alimentos; sosteniendo que de acuerdo con la pretensión principal y las accesorias; conforme el artículo trescientos cuarentiocho del Código Civil; teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión demandada; teniendo presente los elementos objetivos y subjetivos de la causal; se ha acreditado que las partes están casadas; se ha acreditado que el actor ha migrado al extranjero desde el veintisiete de febrero de mil novecientos noventinueve; por ende, se concluye que las partes se encuentran separadas, de hecho, por más de cuatro años, no teniendo el actor la voluntad de seguir con la relación matrimonial; por lo demás, las pretensiones accesorias deben de ampararse.

QUINTO

- Que, apelada esta resolución, por la parte emplazada, y absuelto el grado, la Sala resuelve desaprobaron la apelada (sic) y revocaron la sentencia dictada por el A quo que declaraba Fundada la Demanda del actor contra Silvia Manuela Flores Sheen y el Ministerio Público, sobre Divorcio por la causal de Separación de Hecho, en consecuencia Disuelto el Vínculo Matrimonial contraído por las partes; sosteniendo que bajo este contexto, se tiene que el actor básicamente argumenta su separación de hecho, con el certificado de movimiento migratorio, donde aparece con salida del país desde el veintisiete de febrero de mil novecientos noventinueve (fojas dieciocho); siendo así, y estando a lo previsto en la Primera Disposición Transitoria de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco, esta se contrapone con lo expresamente normado en Constitución Política del Estado, y del Código Civil anotado líneas arriba, pues desde la entrada en vigencia de la citada ley, esto es el ocho de julio del dos mil uno a la fecha de

presentación de la presente demanda, el dieciocho de julio del dos mil dos, según sello de recepción que aparece a fojas sesentitrés, no alcanza el plazo de cuatro años que para su procedencia exige la ley de la materia, toda vez que con la partida de nacimiento de fojas nueve, se acredita el nacimiento de su menor hija; caso contrario se estaría aplicando la ley a hechos anteriores al ocho de julio del dos mil uno, cuando aún no estaba vigente la precitada ley; de ahí que es posible afirmar que en atención a los artículos ciento veintiuno in fine y cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil, no resulta procedente la demanda; por otro lado, en cuanto a lo expresado por el señor Fiscal en su dictamen de ley (fojas doscientos sesenta), debe tenerse presente los Principios de Dirección e Impulso del Proceso, que rige en nuestra norma procesal, en ese sentido, resultaría dilatorio declarar la nulidad de la recurrida únicamente por este aspecto, toda vez que la cuestión fáctica de fondo imposibilita la procedencia de la presente causa, que en nada va a variar con el cuestionamiento del Fiscal; estando a los artículos invocados.

SEXTO

- Que, el recurrente denuncia la interpretación errónea de la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco, es así que, como ya ha señalado esta Sala Suprema, la causal casatoria de interpretación errónea de una norma de derecho material se configura cuando los magistrados de mérito han aplicado, correctamente, la disposición legal pertinente al caso que están resolviendo, pero le han dado una interpretación o alcance que no se desprende de su texto; es así que la doctrina nacional indica que: "(?) interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, aplicarlo al caso que se juzga por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde (?)" (La Casación Civil, Francisco Velasco Gallo; en: Revista Derecho; PUCP; Lima-Perú; Diciembre de mil novecientos noventicuatro; página cincuenticuatro); " (?) el juez ha elegido la norma pertinente, pero se ha equivocado sobre su significado, y por una interpretación defectuosa le da un sentido o alcance que no tiene (...)" (El Recurso de Casación Civil-Praxis; Manuel Sánchez-Palacios Paiva; editorial Cuzco; Lima - Perú; junio de mil novecientos noventinueve; página sesentitrés); esta misma conceptualización la acoge Jorge Carrión Lugo quien afirma que: "(...) habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la

norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla (...)" (Tratado de Derecho Procesal Civil; Editorial Grijley; Lima-Perú; dos mil uno; página doscientos diecinueve).

SÉPTIMO

- Que, en el caso de autos, efectivamente, mediante Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco, publicada el siete de julio del dos mil uno, se incorporó al ordenamiento jurídico nacional la causal de separación de hecho, al modificarse el artículo trescientos treintitrés y trescientos cuarentinueve del Código Civil.

OCTAVO

- Que, esta norma entró en vigencia, conforme lo establece el artículo ciento nueve de la Carta Magna, al día siguiente de su publicación; por lo demás, esta Sala Suprema es conciente de lo dispuesto por el artículo ciento tres de la Constitución vigente, en cuyo segundo párrafo establece que ninguna ley tiene efectos retroactivos.

NOVENO

- Que, debe entenderse el contexto en el que se ha desarrollado la causal de separación de hecho, es así que, los legisladores, al momento de redactar esta norma, tuvieron en cuenta, que su finalidad era la de resolver un problema social, el cual consistía en dejar de mantener la ficción de una relación conyugal existente, la cual producía daños a las partes, quienes tendrían la posibilidad de rehacer, sentimentalmente, su vida o formalizar sus nuevas relaciones de pareja.

DÉCIMO

- Que, por ende, al igual de toda norma legal, el fin último de los legisladores fue el procurar resolver el problema social surgido entre dos personas que, a pesar del tiempo de separación, no tenían posibilidad legal de separarse y divorciarse, bajo las estrictas causales de divorcio, propias de un sistema jurídico absolutamente protector del matrimonio,

DÉCIMO PRIMERO

- Que, es en esas circunstancias que se dicta la norma que instituye como causal de divorcio, la separación de hecho, convirtiendo nuestro sistema o modelo de divorcio sanción, en un sistema o modelo plurimodal en donde también se insertan causales

propios del sistema o modelo del divorcio remedio, lo cual es analizado por la doctrina nacional, casi concordadamente (El Nuevo Régimen Familiar, de David Percy Quispe Salsavilca, editorial Cuzco, Lima - Perú, dos mil dos; El Divorcio, Alex Plácido Vilcachagua, Gaceta Jurídica, Lima - Perú, dos mil uno; Derecho de Familia y Derecho genético, Manuel Miranda Canales).

DÉCIMO SEGUNDO

- Que, es así que la separación de hecho, como causal de divorcio, se conceptúa como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; es por ello, que cuando 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; es más, cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción por esta causal, si se tiene en cuenta que ambos cónyuges disfrutaban de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminados por ninguna razón.

DÉCIMO TERCERO

- Que, ante ello, es preciso aclarar que existe una diferencia entre violar el principio de irretroactividad de la ley, que es una garantía constitucional, que brinda seguridad jurídica, propia de un Estado de Derecho, con la interpretación de la ley, de acuerdo a los fines señalados o establecidos, por los propios legisladores, los mismos que repercuten en la sociedad.

DÉCIMO CUARTO

- Que, de acuerdo con la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, para la configuración de esta causal se requiere, que los cónyuges estén separados de hecho durante un período ininterrumpido de dos años; dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad; esto quiere decir que, objetivamente, solo el transcurso del tiempo configura la causal invocada.

DÉCIMO QUINTO

- Que, además, la primera disposición complementaria y transitoria de la ley prescribe que esta 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.

DÉCIMO SEXTO

- Que, haciendo una interpretación sistemática y concordada, entre los fines, contenidos en la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco, y que han sido explicados en los considerandos anteriores, y el contenido mismo de la ley, se tendrá que interpretar la norma, en el sentido que los sujetos, a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplan con el plazo establecido por ésta, podrán iniciar su acción judicial, amparándose en esta causal, la cual deberá ser calificada y analizada por los jueces de mérito, a fin de determinar, si se cumplen todos los supuestos configurativos de la causal invocada; plantear una interpretación diferente, como el sostener que recién a la entrada en vigencia de la ley, se deberá iniciar el plazo exigido por ella misma, es tan absurdo, como señala el Doctor Espinoza "como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiese entendido que ésta sólo era aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de la misma" (El Computo del plazo en la separación de hecho; Juan Espinoza Espinoza; en: Dialogo a la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica; número setentiséis; Lima - Perú; Enero del dos mil cinco; página veintiséis).

DÉCIMO SÉPTIMO

- Que, esta interpretación de la ley no sólo se basa en los fines de la misma, que no es otro sino el de resolver el problema social que representa el mantenimiento de una relación marital, que realmente, se encuentra irremediablemente extinguida, en la vía de los hechos, sino que también se ajusta lógicamente y coherentemente a la realidad, puesto que considerar que un sujeto debe esperar el plazo establecido en la ley, para recién iniciar una acción de este tipo, es un absurdo legal, que no debe ampararse por el sólo hecho de existir poca claridad en la redacción de la norma.

DÉCIMO OCTAVO

- Que, en el caso de autos, el actor sustentan su demanda en que se alejó del hogar conyugal, voluntariamente, el tres de julio de mil novecientos noventa y siete y la propia emplazada ha reconocido, expresamente, que el actor dejó el hogar conyugal en dicha fecha, lo que implica que no es un punto controvertido la fijación temporal del momento en que el actor dejó el hogar conyugal, aun cuando la emplazada argumenta

que luego, el actor regresaría, lo cual tiene que ser objeto de análisis y pronunciamiento específico, siendo, el movimiento migratorio del actor, un elemento que debe de tomarse en cuenta.

DÉCIMO NOVENO

- Que, por ende, se justifica que, excepcionalmente, la Sala vuelva a expedir su fallo y se pronuncie sobre el fondo de la controversia, y emita una sentencia en donde desarrolle todos los extremos alegados por las partes; es más, independientemente de lo que resuelva, debe tener presente que el legislador le ha establecido la obligación legal de velar por el cónyuge que se vea afectado con el divorcio, teniendo presente además, las condiciones económicas y demás variables objetivas que le permitan adoptar una decisión que restablezca la paz social quebrada a raíz de este conflicto; por las razones esgrimidas, con lo expuesto por la Fiscal Suprema, de conformidad con el apartado dos punto uno, del inciso segundo, del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil: declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fojas doscientos ochentinueve por Abner Noel Ocampo Sánchez; en consecuencia **NULA** la resolución de vista, de fojas doscientos ochentiuno, del siete de noviembre del año dos mil cinco; **DISPUSIERON** que el Colegiado Superior dicte nueva sentencia, con arreglo a las consideraciones esgrimidas en esta resolución; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Abner Noel Ocampo Sánchez con Silvia Manuela Flores Sheen, sobre divorcio por causal; y los devolvieron; Vocal Ponente señor Castañeda Serrano.

S.S.

FERREIRA VILDÓZOLA.

PALOMINO GARCÍA.

HERNÁNDEZ PÉREZ.

CASTAÑEDA SERRANO